



Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

Es público y notorio que, desde ciertos núcleos sociales y políticos, se está cuestionando el régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva. Así lo indican, entre otras manifestaciones, los antiguos pactos de investidura PP-Ciudadanos o el anteproyecto de ley de lucha contra el fraude de octubre de 2018, que han dado pie a un debate en el que se entremezclan elementos técnicos y políticos.

El presente estudio pretende, de una parte, ofrecer una visión sistemática del régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes, prestando especial atención a su proyección internacional, y de otra, formular algunas consideraciones en relación con el aludido debate.

Palabras clave: inversión colectiva; Unión Europea; convenios bilaterales; fondos de inversión americanos; privilegio fiscal; principios básicos.

Fecha de entrada: 03-12-2019 / Fecha de aceptación: 15-01-2020

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2020). Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E166.



Taxation of revenues obtained by collective investments institutions (IIC) and its partners

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

It is public and notorious that the tax regime of collective investments institutions and its partners is being challenged by certain political and social groups. That is manifested, among others, by the former government agreements undertaken by PP-Ciudadanos or the bill of fraud fighting presented in October 2018, which has given rise to a debate where both technical and political elements are involved.

The present paper is aimed at, on one hand, offering a systematic view of collective investments institutions and its partners tax regime with a special insight on its international perspective and, on the other hand, referring to other considerations related to the mentioned debate.

Keywords: collective investments; European Union; bilateral agreements; American mutual funds; tax privilege; basic principles.

Citation: Sanz Gadea, E. (2020). Taxation of revenues obtained by collective investments institutions (IIC) and its partners. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E166.



Sumario

1. Régimen legal y tipología de las IIC
 - 1.1. Normas reguladoras básicas
 - 1.2. Tipología
 - 1.2.1. Fondos y sociedades de inversión
 - 1.2.2. IIC financieras e inmobiliarias
 - 1.2.3. IIC armonizadas y no armonizadas
 - 1.2.4. IIC libre
 - 1.2.5. Instituciones de IIC libre
 - 1.2.6. IIC inmersas en la relación principal-subordinada
 - 1.2.7. IIC cotizadas
2. Tributación de las IIC
 - 2.1. Residentes en España
 - 2.1.1. Sujeción pasiva
 - 2.1.2. Base imponible
 - 2.1.2.1. El resultado contable como elemento nuclear de la base imponible
 - 2.1.2.2. La valoración por el valor razonable
 - 2.1.2.3. Eliminación de la doble imposición
 - 2.1.3. Tipo de gravamen
 - 2.1.3.1. El encadenamiento del tipo de gravamen a la normativa financiera
 - 2.1.3.2. El caso de las IIC en relación de subordinada a principal y de inversión libre
 - 2.1.3.3. IIC inmobiliarias
 - 2.1.3.4. La comprobación administrativa de los requisitos para disfrutar del tipo de gravamen privilegiado
 - 2.1.4. Deducciones de la cuota
 - 2.1.5. Retenciones
 - 2.1.6. Pago fraccionado
 - 2.1.7. Devolución
 - 2.2. Constituidas en el extranjero
 - 2.2.1. Dividendos

- 2.2.2. Intereses
- 2.2.3. Ganancias patrimoniales
- 3. Tributación de los socios o partícipes de las IIC
 - 3.1. Tributación de los socios o partícipes personas físicas residentes en territorio español
 - 3.1.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC
 - 3.1.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación
 - 3.1.1.2. Rentas distribuidas por la IIC
 - 3.1.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones
 - 3.1.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones
 - 3.1.1.5. El diferimiento por reinversión
 - 3.1.2. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro reguladas en la Directiva 2009/65/CE
 - 3.1.3. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE
 - 3.1.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales
 - 3.1.5. Socios o partícipes de las IIC residentes en Estados terceros
 - 3.1.6. Pérdidas patrimoniales
 - 3.2. Tributación de los socios o partícipes personas jurídicas residentes en territorio español
 - 3.2.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC
 - 3.2.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación
 - 3.2.1.2. Rentas distribuidas por la IIC
 - 3.2.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones
 - 3.2.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones
 - 3.2.2. Socios o partícipes de las IIC reguladas en la Directiva 2009/65/CE
 - 3.2.3. Socios o partícipes de las IIC constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales
 - 3.2.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE
 - 3.2.5. Socios o partícipes de las IIC constituidas en Estados terceros
 - 3.3. Tributación de los socios o partícipes residentes en el extranjero
 - 3.3.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 3.3.2. Rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones
 - 3.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones
 - 3.3.4. Rentas derivadas de la distribución de la prima de emisión
 - 3.3.5. Acciones o participaciones afectas a establecimiento permanente
- 4. Aspectos particulares de la tributación de las IIC y de sus socios o partícipes
 - 4.1. Eliminación de la doble imposición

- 4.1.1. Socios o partícipes personas jurídicas
 - 4.1.1.1. Doble imposición económica
 - 4.1.1.2. Doble imposición jurídica
 - 4.1.2. Socios o partícipes personas físicas
 - 4.2. Aplicación del régimen de fusiones y operaciones asimiladas
 - 4.2.1. Fusión
 - 4.2.2. Aportaciones no dinerarias
 - 4.2.3. Transformación
 - 4.2.4. Escisión
 - 4.2.5. Disolución y liquidación
 - 4.3. Transparencia fiscal internacional
 - 4.4. Tributación de salida
 - 4.4.1. Tributación de salida de la IIC
 - 4.4.2. Tributación de los socios o partícipes de la IIC
 - 4.5. Régimen de atribución
 - 4.6. El *trust* como vehículo de la inversión colectiva
 - 4.7. La residencia fiscal
 - 4.8. Información de bienes situados en el extranjero
 - 4.9. Reclasificaciones de participaciones o acciones
 - 4.10. Asimetrías híbridas
5. La obligación de retener
- 5.1. Rentas percibidas por las IIC
 - 5.1.1. IIC residentes en territorio español
 - 5.1.2. IIC residentes en el extranjero
 - 5.2. Rentas percibidas por los socios o partícipes de las IIC
 - 5.2.1. Socios o partícipes contribuyentes del IS
 - 5.2.1.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 5.2.1.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones
 - 5.2.1.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión
 - 5.2.2. Socios o partícipes contribuyentes del IRPF
 - 5.2.2.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 5.2.2.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones
 - 5.2.2.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

- 5.2.3. Socios o partícipes contribuyentes del IRNR
 - 5.2.3.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 5.2.3.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones
 - 5.2.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión
- 6. Convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 6.1. Aptitud de las IIC para disfrutar de los beneficios del convenio
 - 6.2. Posición de los socios o partícipes
 - 6.3. Las IIC constituidas en Luxemburgo
- 7. La tributación de las IIC y de sus socios o partícipes a la luz del derecho de la Unión Europea
 - 7.1. Tributación de las IIC no residentes respecto de las rentas obtenidas en territorio español
 - 7.1.1. Las sentencias del TJUE
 - 7.1.2. El ejercicio del poder-deber de inaplicación por los tribunales españoles
 - 7.1.3. La STS en el caso Delaware Pooled Trust
 - 7.2. Tributación de las IIC residentes respecto de las rentas obtenidas en el extranjero
 - 7.3. Tributación de los socios o partícipes no residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC residentes en territorio español
 - 7.4. Tributación de los socios o partícipes residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC no residentes en territorio español
- 8. Esquemas alternativos de tributación
 - 8.1. El privilegio fiscal de la inversión colectiva
 - 8.2. Un apunte de derecho comparado
 - 8.3. A la búsqueda de la causa que sustenta el privilegio fiscal de la inversión colectiva
 - 8.4. Hacia la recuperación de los principios básicos de la imposición
 - 8.5. Recaudación, contexto y condicionantes
 - 8.5.1. Recaudación
 - 8.5.2. Contexto
 - 8.5.3. Condicionantes
 - 8.6. Estabilidad normativa y confianza legítima
- 9. Conclusiones
 - 9.1. Conclusiones de naturaleza técnica
 - 9.2. Conclusiones de política tributaria

Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.

Una civilización como la nuestra basada en la industrialización y el urbanismo atribuye al sector público responsabilidades crecientes imposibles de afrontar, sin la colaboración de un sistema tributario bien construido y mejor aplicado [...] los fines que dan sentido al sistema económico [...] eficacia, justicia, estabilidad, y progreso [...] son inabordables, sin contar con un cuadro tributario que cumpla con los principios de la imposición [...]

Fuentes Quintana (1974, p. XLV)

1. Régimen legal y tipología de las IIC

La inversión colectiva forma parte del sector financiero de la economía. En un sentido amplio, se integra en el subsector de la inversión colectiva, junto con las IIC propiamente dichas, los fondos de pensiones y las entidades de capital-riesgo.

El régimen fiscal específico de las IIC y de sus partícipes, tal y como está establecido en las leyes reguladoras de la imposición sobre la renta, se proyecta exclusivamente en relación con las IIC que podrían denominarse típicas, esto es, las que están plenamente sujetas al conjunto de las normas que las regulan (Ballesteros, 2017). El resto de las IIC se rigen por las normas generales. Este es el caso de las denominadas IIC cerradas, cuya regulación está confiada a la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (LIIC)¹.

¹ En el preámbulo de la Ley 22/2014 se indica lo siguiente:

La disposición final primera modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva con el objetivo de adaptar el régimen de las sociedades gestoras que gestionan instituciones de inversión colectiva alternativa a la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011.

1.1. Normas reguladoras básicas

Un conjunto de normas, de diversa naturaleza, una buena parte de las cuales constituyen trasposición de directivas comunitarias, regulan la inversión colectiva. Estas normas versan sobre el establecimiento, la organización jurídica, la composición del patrimonio, el funcionamiento y la gestión de las IIC, y tienen como una de sus finalidades fundamentales configurar y tutelar los derechos de los socios o partícipes, de manera tal que integran lo que se ha venido en denominar «regulación prudencial». La vigilancia de su cumplimiento está encomendada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Son normas básicas las siguientes:

- 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.
- Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010.
- Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (LIIC).
- Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (RIIC).
- Circular 3/2008, de 11 de septiembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva.

Esas normas no abarcan la totalidad de las entidades que, de una u otra forma, realizan funciones de inversión colectiva. Por ello, la Directiva 2009/65/CE se ha preocupado

Esto supone la introducción de una diferenciación clara entre las instituciones de inversión colectiva armonizadas por la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, de las instituciones de inversión colectiva alternativa. De esta manera, se mantiene la estructura de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, que sigue recogiendo la regulación de las instituciones de inversión colectiva de tipo abierto, y sus sociedades gestoras; dejando la regulación de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y sus sociedades gestoras a la nueva ley.

de precisar, tanto por la vía positiva² como por la negativa³, su ámbito de aplicación. De las mismas se desprende que las notas que configuran la existencia de una IIC sujeta a la regulación prudencial pueden resumirse en las siguientes:

- Función de captar e invertir capitales. Por tanto, no realizan actividades consistentes en producir bienes y servicios para el mercado.
- La captación de esos capitales debe realizarse apelando al público. Por tanto, las entidades que constriñan la captación de capitales a un conjunto predeterminado de socios o partícipes, esto es, las IIC de tipo cerrado, quedan excluidas.
- Los socios o partícipes comparten equitativamente los frutos, positivos y negativos, de la inversión.
- Los socios o partícipes tienen el derecho de reembolso de su participación, sea directa o indirectamente.
- La política de inversiones debe ajustarse a lo establecido en la legislación prudencial.

² Artículo 1.2:

Para los fines de la presente directiva y sin perjuicio del artículo 3, se entenderá por «OICVM» los organismos:

- a) cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos a que se refiere el artículo 50, apartado 1, de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos, y
- b) cuyas participaciones sean, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos. Se asimilará a tales recompras o reembolsos el hecho de que un OICVM actúe para que el valor de sus participaciones en bolsa no se separe sensiblemente de su valor de inventario neto.
[...].

³ Artículo 3:

No están sujetos a la presente directiva los siguientes organismos:

- a) los organismos de inversión colectiva de tipo cerrado;
- b) los organismos de inversión colectiva que obtengan capitales sin promover la venta de sus participaciones entre el público en la Comunidad o en cualquier parte de esta;
- c) los organismos de inversión colectiva respecto de los cuales la venta de sus participaciones esté reservada por el reglamento del fondo o por los documentos constitutivos de la sociedad de inversión al público de terceros países;
- d) las categorías de organismos de inversión colectiva fijadas por la normativa del Estado miembro en el que esté establecido el organismo de inversión colectiva, y para las que sean inadecuadas las normas previstas en el capítulo VII y en el artículo 83, habida cuenta de su política de inversión y de endeudamiento.

Es la concurrencia de esas notas, y no la forma jurídica adoptada⁴, lo que confiere la cualidad de IIC sujeta a la regulación prudencial. Como se verá, la regulación prudencial, tanto comunitaria como interna, tiene gran relevancia en la configuración de la tributación de la inversión colectiva.

Fuera del marco jurídico delimitado por las normas citadas habitan las entidades afectadas por la Ley 22/2014⁵. Ninguna de estas entidades está bajo el régimen fiscal específico de las IIC y de sus socios o partícipes.

1.2. Tipología

El conjunto de las IIC ofrece una gran variedad, la cual puede ser ordenada en torno a seis ejes; a saber: la forma jurídica; el objeto de la inversión; la adecuación a la normativa comunitaria; las normas sobre la inversión; la cualidad de los socios o partícipes; y la cotización de las acciones o participaciones.

La identificación de la clase a la que pertenece una determinada IIC es una cuestión resuelta mediante la inscripción en los Registros de IIC⁶.

⁴ Artículo 1.3 de la Directiva 2009/65/CE:

Los organismos a que se refiere el apartado 2 podrán revestir la forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión) o de *trust* (*unit trust*), o la forma estatutaria (sociedad de inversión).

⁵ *Vid.* el artículo 4.

Artículo 4. Entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.

1. Se entenderá por entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (EICC) aquellas entidades de inversión colectiva que, careciendo de un objetivo comercial o industrial, obtienen capital de una serie de inversores, mediante una actividad de comercialización, para invertirlo en todo tipo de activos financieros o no financieros, con arreglo a una política de inversión definida.

2. Las EICC estarán gestionadas por sociedades gestoras autorizadas conforme a lo dispuesto en esta ley.

3. Las EICC pueden adoptar la forma jurídica de sociedades, que se denominarán sociedades de inversión colectiva de tipo cerrado (SICC), o de fondos, que se denominarán fondos de inversión colectiva de tipo cerrado (FICC).

4. A los efectos de lo previsto en esta ley no se entenderán incluidas en el concepto de EICC las entidades de capital-riesgo a las que se refiere el artículo anterior ni ninguna de las entidades autorizadas de conformidad con la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

⁶ Artículo 13 del RIIC:

[...]

- a) Registro de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV armonizadas.
- b) Registro de fondos de inversión de carácter financiero o FI armonizadas.

Lo que confiere unidad al citado conjunto es el objeto de las entidades que lo integran; a saber: «la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos» (art. 1 de la LIIC).

La diversa tipología tiene trascendencia fiscal. En efecto, como antes se ha indicado, el régimen fiscal específico es solo aplicable respecto de las IIC típicas, en el sentido anteriormente expuesto, pero incluso dentro de este conjunto existen especialidades en relación con determinados aspectos, como son, entre otros, los concernientes al diferimiento por reinversión y a la obligación de retener.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las IIC extranjeras pueden comercializar participaciones en España, y las españolas hacerlo en el extranjero, y que de estas relaciones transfronterizas surgen obligaciones de índole fiscal.

1.2.1. Fondos y sociedades de inversión

Según el artículo 3.1 de la LIIC:

Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos.

Los fondos de inversión son patrimonios separados cuya titularidad corresponde a todos y cada uno de los partícipes. Por tanto, responden a la naturaleza jurídica de las comunidades de bienes en el sentido del artículo 392 del Código Civil (CC), a cuyo tenor, «hay comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas». La «cosa» es el conjunto de los activos que integran el patrimonio de

- c) Registro de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas.
- d) Registro de fondos de inversión de carácter financiero o FI no armonizadas.
- e) Registro de sociedades de inversión inmobiliaria o SII.
- f) Registro de fondos de inversión inmobiliaria o FII.
- g) Registro de IIC de inversión libre o IICIL.
- h) Registro de IIC de IIC de inversión libre o IICIL.

[...].

la IIC; el título de «propiedad» se materializa en las participaciones ostentadas por todos y cada uno de los partícipes, que se proyecta *pro indiviso* sobre el patrimonio del fondo de inversión, el cual –bien se comprende– no pertenece al mismo, sino a sus partícipes.

Las sociedades de inversión deben adoptar la forma de sociedad anónima y su capital ha de ser variable, si tienen carácter financiero, de manera tal que las sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo debieron adoptar los oportunos acuerdos de transformación⁷.

Las dos formas jurídicas garantizan que el inversor pueda retirar, por su sola voluntad, las ganancias acumuladas a través de la IIC, así como obtener, también por su sola voluntad, frente a la IIC, el importe correspondiente al valor de su inversión. En el caso de fondos de inversión, mediante el reembolso de las participaciones, de manera tal que «las participaciones se emitirán y reembolsarán por la sociedad gestora a solicitud de cualquier partícipe [...]» (art. 7.3 de la LIIC), y en el de la sociedad de inversión, mediante la venta a la misma de las acciones, habida cuenta de que:

[...] su capital social será susceptible de aumentar o disminuir dentro de los límites del capital máximo o mínimo fijados en sus estatutos, mediante la venta o adquisición por la sociedad de sus propias acciones, sin necesidad de acuerdo de la junta general (art. 29 de la LIIC).

De esta manera, los inversores colectivos tienen la absoluta disposición sobre las rentas que, derivadas de la gestión del patrimonio, acrecen el mismo, tanto en los fondos de inversión como en las sociedades de inversión. No sucede así en el caso de las sociedades de capital, cotizadas o no, en las que el socio está supeditado a las decisiones de la junta general sobre la distribución del resultado y, desde luego, no puede formalizar un negocio jurídico de adquisición de acciones propias al margen de la junta general.

Esta característica del régimen jurídico de la inversión colectiva es fundamental para enjuiciar su régimen fiscal.

1.2.2. IIC financieras e inmobiliarias

Por el objeto de su inversión, cabe distinguir entre IIC financieras⁸, cuyo activo está compuesto por aquellos activos financieros aptos de acuerdo con lo dispuesto en las normas rectoras de la inversión, e IIC inmobiliaria⁹, cuyos activos son inmuebles de naturaleza

⁷ Vid. disposición transitoria segunda de la LIIC.

⁸ Vid. artículo 29 de la LIIC.

⁹ Vid. artículo 35 de la LIIC.

urbana destinados al arrendamiento y, con carácter residual, IIC que realizan inversiones en activos diferentes de los anteriormente mencionados¹⁰.

La distinción precedente también tiene relevancia fiscal; en particular, en lo que concierne al tipo de gravamen por el IS.

1.2.3. IIC armonizadas y no armonizadas

Por la adecuación a la normativa de la Unión Europea, cabe distinguir entre IIC que cumplan lo previsto en la Directiva 2009/65/CE y aquellas otras que no lo hagan, denominadas por ello IIC libre¹¹ así como las IIC de IIC libre¹².

La exposición de motivos del RIIC explica los criterios de distinción entre las dos clases de instituciones, indicando que:

[...] por virtud de los artículos 13, 48, 50, 51, 52 y 72 del reglamento se facilita la identificación de las IIC que cumplen con la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, y las IIC que no cumplen con la misma. En concreto, el artículo 72 fija el régimen de las disposiciones especiales aplicables a IIC que no cumplan con la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio. El artículo 13, apartados c) y d), hace referencia al registro en la CNMV de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas y de fondos de inversión de carácter financiero o fondos de inversión no armonizados. El artículo 48.1, apartado d), se refiere a la consideración, como activos aptos para la inversión de «acciones y participaciones de otras IIC de carácter financiero no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio» siempre que cuenten con una serie de requisitos. Por último, el artículo 51.5 y, por remisión a este, el artículo 52.4, hacen referencia a los límites de la concentración del riesgo en el caso de IIC de las mencionadas en el artículo 48.1 d), no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio.

El segundo párrafo del artículo 13 del RIIC concreta la distinción entre los dos tipos de IIC por referencia al régimen jurídico al que se someten unas y otras, de manera tal que:

Se considerarán sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV armonizadas y fondos de inversión de carácter financiero o FI armonizados aquellos que hayan sido autorizados conforme a 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,

¹⁰ Vid. artículo 39 de la LIIC.

¹¹ Vid. artículo 33 bis de la LIIC.

¹² Vid. artículo 33 ter de la LIIC.

reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios. Se considerarán sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas y fondos de inversión de carácter financiero o FI no armonizados aquellos que se acojan a las excepciones previstas en el artículo 72.

Esta distinción tiene trascendencia fiscal, tanto en relación con la IIC como con sus partícipes, acrecentada tras la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1581/2019, de 13 de noviembre (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–), en el caso Delaware Pooled Trust.

1.2.4. IIC libre

A ellas se refiere el artículo 73 del RIIC. Se caracterizan por que pueden realizar sus inversiones sobre un conjunto de activos financieros más amplio que las IIC de régimen común, de manera tal que pueden hacerlo, entre otros, en efectos comerciales, y conceder préstamos, así como acceder al endeudamiento dentro de límites amplios. Sus socios o partícipes deben tener la consideración de profesionales, y las acciones o participaciones, que deberán tener un valor mínimo inicial de 100.000 euros, podrán desembolsarse mediante la aportación de activos financieros.

Por tanto, estas IIC no están abiertas al público general, de manera tal que carecen del ingrediente básico de la colectividad. Se las conoce como *hedge funds*. De acuerdo con lo previsto en los artículos 13 y 72, del RIIC estas IIC no cumplen con las previsiones de la Directiva 2009/65/CE, lo que acarrea consecuencias fiscales.

1.2.5. Instituciones de IIC libre

A ellas se refiere el artículo 74 del RIIC. Se caracterizan por que deben invertir, al menos, el 60 % de su patrimonio en IIC de inversión libre constituidas en España y en IIC extranjeras similares, o bien domiciliadas en países pertenecientes a la Unión Europea o a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), o bien cuya gestión haya sido encomendada a una sociedad gestora sujeta a supervisión con domicilio en un país perteneciente a la Unión Europea o a la OCDE.

1.2.6. IIC inmersas en la relación principal-subordinada

De acuerdo con lo previsto en el artículo 54.1 del RIIC:

Por IIC subordinada se entenderá aquella IIC o uno de sus compartimentos que haya sido autorizada a invertir, como mínimo, el 85 % de sus activos en participaciones o acciones de otra IIC o de uno de los compartimentos de esta, que recibirá el nombre de IIC principal.

1.2.7. IIC cotizadas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 79.1 del RIIC, «son fondos de inversión cotizados aquellos cuyas participaciones estén admitidas a negociación en bolsa de valores». El apartado 8 del citado artículo conceptúa como sociedad de inversión de capital variable (SICAV) índice cotizadas «aquellas sociedades de inversión colectiva de capital variable que cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores», esto es, que coticen en bolsa de valores.

La cotización en bolsa de valores tuvo gran relevancia fiscal en el pasado, por cuanto era requisito para la aplicación del tipo de gravamen especial¹³. Ahora, la cotización tiene trascendencia en relación con la obligación de retener y el diferimiento por reinversión.

2. Tributación de las IIC

Las IIC, atendiendo al lugar de su residencia, pueden estar sujetas al IS o al impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) respecto de las rentas que obtengan rentas en territorio español.

2.1. Residentes en España

El régimen fiscal de las IIC constituidas en España está contemplado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS); concretamente, en los artículos 7, relativo a la sujeción pasiva; 29, concerniente al tipo de gravamen, y 52, dedicado a la base imponible y a las deducciones de la cuota.

Este régimen se aplica a las IIC reguladas en la LIIC. Cualesquiera otras entidades no reguladas por la misma quedan al margen del régimen fiscal aludido, por más que pudieran realizar funciones similares a las que desempeñan las IIC, tal como la tenencia y gestión de activos financieros. Quedan fuera de esta regulación, por tanto, las entidades de capital-riesgo (*private equity*), los fondos de pensiones, las comunidades de bienes financieras, las cuentas en participación colectivas, las entidades de tenencia de valores, entre otras, aunque sus funciones financieras estén próximas a las de las IIC propiamente dichas¹⁴. Incluso, dentro de estas, no todas tienen idéntico régimen fiscal. Así, existen diferencias en cuanto al tipo de gravamen aplicable, punto fundamental que está ligado al cumplimiento de lo previsto en la legislación prudencial respecto al número de socios o partícipes, al diferimiento por reinversión o a las retenciones, entre otros aspectos.

¹³ Vid. Díaz (2009).

¹⁴ Vid. capítulo III de Calvo (2008).

2.1.1. Sujeción pasiva

Las IIC que adoptan la forma de sociedades son contribuyentes del impuesto sobre sociedades (IS) en cuanto disfrutan de personalidad jurídica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 a) de la LIS.

En cuanto a los fondos de inversión, el artículo 7.1 c) de la LIS establece que son contribuyentes «los fondos de inversión, regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva».

Así pues, la sujeción pasiva de los fondos de inversión se ancla en la LIIC. En consecuencia, todos los fondos de inversión residentes en España e inscritos en los registros de la CNMV serán sujetos pasivos del IS. Por el contrario, aquellos patrimonios que, aun de titularidad colectiva, no hayan accedido a los registros de la CNMV, no serán contribuyentes por el IS, de manera tal que sus rentas seguirán el régimen de atribución de rentas, en el sentido del artículo 6 de la LIS, ya que, en efecto, se trata de comunidades de bienes en los términos del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT).

Como quiera que, de acuerdo con lo previsto en su artículo 2, la LIIC también se aplica, aunque de manera limitada, a las IIC constituidas en el extranjero cuyas participaciones se comercialicen en España, se plantea si las mismas son también contribuyentes del IS, máxime cuando su gestión esté encomendada a sociedades gestoras residentes en territorio español.

La condición de contribuyente no se gana exclusivamente por la personalidad jurídica (sociedades) o por la sujeción a la LIIC (fondos), sino que es necesaria la residencia en territorio español.

La cuestión de la residencia de las IIC, cualquiera que fuere su forma jurídica, se aborda en un epígrafe posterior.

2.1.2. Base imponible

Se determina como la de cualquier otro contribuyente del IS, excepto por lo que se refiere a la exención del artículo 21 de la LIS, cuyo disfrute descarta el artículo 52 de la misma ley respecto de las IIC reguladas en la LIIC que tributan a tipo de gravamen especial.

Sí podrán aplicar la exención del artículo 21 aquellas IIC que tributen al tipo general de gravamen.

2.1.2.1. El resultado contable como elemento nuclear de la base imponible

En consecuencia, el elemento nuclear en orden a la formación de la base imponible será el resultado contable. Ese resultado contable es el que se deriva de las normas previstas

en la Circular 3/2008 de la CNMV. Ese resultado contable cumple con el principio de reserva de ley, por cuanto el artículo 20 de la LIIC establece una habilitación «en desarrollo de las normas contables contempladas en el Código de Comercio, la Ley de sociedades anónimas [hoy, TRLSC] y el PGC», y de ahí que la norma 2.^a 1 de la Circular 3/2008 haya podido afirmar que:

Las normas contables específicas que deben cumplir las instituciones de inversión colectiva serán las contenidas en esta circular, que constituye el desarrollo y adaptación, para las instituciones de inversión colectiva, de lo previsto en el Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, Plan General de Contabilidad y normativa legal específica que les resulte de aplicación [...].

De acuerdo con lo previsto en la norma 1.^a 2 de la Circular 3/2008, la misma se aplica «a las instituciones de inversión colectiva a que se refiere el título III de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva»; por tanto, también a las no armonizadas.

2.1.2.2. La valoración por el valor razonable

La contabilidad de las IIC, amén de servir a la presentación de la imagen fiel, está orientada a la determinación del valor liquidativo, y de ahí la preponderancia de la valoración por el valor razonable. En este sentido, la norma 11.^a 3.2 de la Circular 3/2008 establece que:

Las instituciones calcularán, con la frecuencia que corresponda de acuerdo con la norma 10.^a, el valor razonable de cada uno de los valores e instrumentos de su cartera de activos financieros, debiendo imputarse los cambios que se produzcan en el valor razonable [...] en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por otro lado, la norma 12.^a 3.1 establece que «la cartera de inversiones inmobiliarias se valorará por su valor razonable», debiendo imputarse los cambios de valor, según los casos, a una «cuenta de ajustes por cambio de valor» integrante del patrimonio neto o a «resultados del ejercicio».

Los cambios de valor por aplicación del valor razonable surten efectos en la determinación de la base imponible en los términos previstos en el artículo 17.1 de la LIS, a cuyo tenor:

[...] las variaciones de valor originadas por aplicación del criterio del valor razonable no tendrán efectos fiscales mientras no deban imputarse a la cuenta de pérdidas

y ganancias, sin perjuicio de lo señalado en la letra l) del artículo 15 de esta ley, o mientras no deban imputarse a una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria.

El artículo 15 l) de la LIS califica como gastos fiscalmente no deducibles:

l) Las disminuciones de valor originadas por aplicación del criterio del valor razonable correspondientes a valores representativos de las participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades a que se refiere la letra anterior, que se imputen en la cuenta de pérdidas y ganancias, salvo que, con carácter previo, se haya integrado en la base imponible, en su caso, un incremento de valor correspondiente a valores homogéneos del mismo importe.

Las entidades en cuestión son aquellas sobre las que se tiene una participación igual o superior al 5 % o superior a 20 millones de euros de valor de adquisición, mantenida durante un año o, tratándose de entidades extranjeras, que tributen sobre sus beneficios a un tipo nominal de gravamen inferior al 10 % y no exista convenio bilateral para eliminar la doble imposición que contenga cláusula de intercambio de información.

En consecuencia:

- Se integrarán en la base imponible las variaciones de valor derivadas de la aplicación de la regla del valor razonable cuando las mismas deban reflejarse en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas.
- No se integrarán en la base imponible las variaciones de valor que, de acuerdo con la norma contable, deban integrarse en una cuenta de patrimonio neto que no tenga la calificación de reservas.
- Tratándose de instrumentos de patrimonio cuyas rentas disfrutan de la exención del artículo 21 de la LIS, cabe interpretar que la inscripción contable del aumento de valor ha de tener el mismo tratamiento que las rentas positivas derivadas de la transmisión, esto es, exención, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en dicho artículo. Sin embargo, como se explica más adelante, las IIC no pueden aplicar esta exención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la LIS.
- Las disminuciones de valor registradas en la cuenta de resultados como consecuencia de la valoración por el valor razonable también han de integrarse en la base imponible, excepto si son imputables a instrumentos de patrimonio hábiles para disfrutar de la exención del artículo 21 de la LIS o, tratándose de valores extranjeros, si la entidad emisora tributa a un tipo nominal inferior al 10 % y no media un convenio con cláusula de intercambio de información. Ahora bien, puesto que las IIC no tienen derecho a la exención del artículo 21, no parece que pueda afectarles esta restricción.

Si se consideran, de una parte, los requisitos que la LIIC establece respecto de las inversiones¹⁵ y, de otra, las exigencias de una gestión eficiente y prudente, se intuye que los cambios de valor de la mayor parte de los instrumentos financieros se integrarán en la base imponible.

Debe observarse que tal integración no implica una diferencia de trato respecto de otras entidades, ya que deriva de la aplicación de una regla general como es la contenida en el artículo 17.1 de la LIS.

2.1.2.3. Eliminación de la doble imposición

De acuerdo con lo previsto en el artículo 52.1 de la LIS, las IIC reguladas por la LIIC que tributen al tipo de gravamen del 1 % no tienen derecho a la exención de dividendos y plusvalías derivadas de participaciones significativas, en el sentido del artículo 21 de la LIS, ni a las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de la LIS.

De esta manera, las IIC soportan la doble imposición, tanto económica como jurídica, por más que el tipo de gravamen del 1 % la convierta en irrelevante. Más adelante se examina la posible discriminación derivada de esta restricción.

2.1.3. Tipo de gravamen

Frente al tipo general de gravamen del 25 %, las IIC pueden tributar al 1 % sobre el cumplimiento de ciertos requisitos.

2.1.3.1. El encadenamiento del tipo de gravamen a la normativa financiera

El artículo 29.4 a) de la LIS establece que tributarán al 1 %:

- a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

Del mismo modo, el artículo 29.4 b) establece que tributarán al 1 %:

- b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4.

¹⁵ Vid. artículo 23 de la LIIC.

Así pues, son dos los requisitos para aplicar el tipo de gravamen reducido:

- Que la IIC sea fondo de inversión o sociedad de inversión y esté regulada por la LIIC.
- Que cumpla con el requisito mínimo de socios o partícipes previsto en la propia LIIC.

Por tanto, las IIC no sujetas al cumplimiento del requisito del número mínimo de socios o partícipes establecido en los artículos 9.4 y 5.4 de la LIIC tributarán al tipo general de gravamen. También aquellas que, estando sujetas, lo incumplan.

El artículo 9.4 de la LIIC establece que «el número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100». No obstante, dicho precepto habilita a las normas reglamentarias para establecer un número distinto en atención a los distintos tipos de activos en los que la sociedad materialice sus inversiones, a la naturaleza de los accionistas o a la liquidez de la sociedad, y también para establecer «requisitos adicionales de distribución del capital social entre los accionistas». Del mismo modo, el artículo 5.4 de la LIIC establece que el «número de partícipes en un fondo de inversión no podrá ser inferior a 100», así como una habilitación reglamentaria semejante.

El desarrollo reglamentario ha adaptado la regla del número de socios al caso de los fondos y sociedades de inversión colectiva por compartimentos, pero no ha establecido requisitos adicionales de distribución de las acciones o participaciones, de manera tal que es posible la figura del socio o partícipe mayoritario rodeado de otros socios o partícipes muy minoritarios.

El artículo 6.2 del RIIC establece que «podrán crearse sociedades de inversión por compartimentos en las que bajo un único contrato constitutivo y estatutos sociales se agrupen dos o más compartimentos, circunstancia que deberá quedar reflejada expresamente en dichos documentos [...]». Los compartimentos no son meras organizaciones del patrimonio social, habida cuenta de que:

[...] Cada compartimento dará lugar a la emisión de acciones o de diferentes series de acciones representativas de la parte del capital social que les sea atribuida.

La parte del capital social que le sea atribuido a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y demás obligaciones expresamente atribuidas a ese compartimento [...]. A los compartimentos les serán individualmente aplicables todas las previsiones de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (art. 6.2 del RIIC).

Del mismo modo, el artículo 2.2 del RIIC, habilita la creación de fondos por compartimentos, lo que «dará lugar a la emisión de sus propias participaciones, que podrán ser de

diferentes clases, representativas de la parte del patrimonio del fondo que les sea atribuido», a la responsabilidad separada, y a la aplicación individual de las previsiones de la LIIC.

La emisión por cada compartimento de sus acciones o participaciones, la responsabilidad separada de cada compartimento, y la aplicación individual a cada compartimento de las previsiones de la LIIC implica que, bajo una misma forma jurídica y estatutos, se alberguen estructuras diversas. El inversor de un determinado compartimento obtendrá los frutos derivados del patrimonio adscrito al mismo sin que le afecten los habidos por otros compartimentos.

Sin embargo, la compartimentación sí afecta al número de mínimo de socios o partícipes, pues:

En el caso de sociedades de inversión por compartimentos, el número mínimo de accionistas en cada uno de los compartimentos no podrá ser inferior a 20, sin que, en ningún caso, el número de accionistas totales que integren la sociedad sea inferior a 100 (art. 6.4 del RIIC).

Una regla semejante se aplica en el caso de los fondos de inversión.

La compartimentación, tanto de fondos como de sociedades de inversión, relaja la regla del número mínimo de socios o partícipes, habida cuenta de que, realmente, cada compartimento es, desde el punto de vista económico, un todo separado. Esta relajación se transmite a la norma fiscal que habilita el tipo de gravamen del 1 %. Ya no será necesario compartir los riesgos entre 100 inversores, sino que basta con 20. Así, 20 personas, físicas o jurídicas, invirtiendo conjuntamente a través de formas jurídicas amparadas por la LIIC, pueden cobijar los frutos de su inversión al resguardo de la tributación de la IIC, sustentada en el tipo de gravamen del 1 %, mientras que un inversor individual debe tributar inmediatamente. Como más adelante se justificará, el tipo de gravamen del 1 % no encierra privilegio alguno. Cobijar las rentas en la IIC, sí.

2.1.3.2. El caso de las IIC en relación de subordinada a principal y de inversión libre

El artículo 6.5 del RIIC establece que no tendrán que cumplir con el requisito del número mínimo de socios «aquellas sociedades cuyos accionistas sean exclusivamente otras IIC reguladas en los artículos 54 y siguientes, ni aquellas sociedades de inversión libre reguladas en el artículo 73». La misma regla establece el artículo 3.3 del RIIC en relación con los fondos de inversión, de manera tal que no tendrán que cumplir con el referido requisito aquellos «cuyos partícipes sean exclusivamente otras IIC reguladas en los artículos 54 y siguientes, ni tampoco los fondos de inversión libre regulados en el artículo 73».

Puesto que el artículo 29.4 a) y b) de la LIS anuda el tipo de gravamen del 1 % al cumplimiento del número mínimo de socios o partícipes previsto en los artículos 9.4 y 5.4 de la LIIC, ha de entenderse que aquellas IIC que no estén sujetas al cumplimiento del requisito del número mínimo de socios no podrán aplicar dicho tipo de gravamen.

Sin embargo, el artículo 73.1 c) del RIIC establece que las IIC de inversión libre tendrán, como mínimo, 25 accionistas o partícipes. Se trata de una excepción a la regla general del número mínimo de socios de carácter general cubierta por la habilitación reglamentaria prevista en los artículos 5.4 y 9.4 de la LIIC, lo que podría abrir paso a interpretar que estas IIC pueden aplicar el tipo reducido del 1 %¹⁶. Se estima que esa interpretación es cuestionable porque, además del argumento precedente, debe recordarse que tales IIC son de aquellas que no cumplen con la Directiva 2009/65/E.

2.1.3.3. IIC inmobiliarias

Las letras c) y d) del artículo 29.4 de la LIS establecen reglas específicas respecto de las IIC de carácter inmobiliario. En los dos casos, deben reunir el número mínimo de socios o partícipes previsto en los artículos 5.4 y 9.4 de la LIIC.

La letra c) se refiere a las IIC que «tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento». La aplicación del tipo de gravamen del 1 % está supeditada a que los bienes inmuebles «no se enajenen hasta que no hayan transcurrido al menos 3 años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie la autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

En caso de incumplimiento de esta regla, se aplicará el tipo general de gravamen respecto de todas las rentas derivadas del inmueble, esto es, las correspondientes a los arrendamientos y a la transmisión, a cuyo efecto deberá realizarse la oportuna regularización.

La letra d) se refiere a aquellas IIC que «desarrollen la actividad de promoción exclusivamente de viviendas para destinarlas a su arrendamiento». La aplicación del tipo de gravamen del 1 % solo procederá cuando las inversiones en bienes inmuebles afectas a la actividad de promoción inmobiliaria no superen «el 20 por ciento del total del activo de la sociedad o fondo de inversión inmobiliaria» y los inmuebles derivados de la actividad de promoción permanezcan «arrendados u ofrecidos en arrendamiento por la sociedad o fondo de inversión inmobiliaria durante un periodo mínimo de 7 años».

¹⁶ Siguiendo a Ramírez:

Adicionalmente, los preceptos reglamentarios previamente señalados flexibilizan el número mínimo de partícipes/socios tratándose de fondos o sociedades de inversión libre, en cuyo caso es suficiente un mínimo de 25, en tanto que permiten la existencia de fondos principales participados íntegramente por los fondos subordinados (Ramírez, 2009, p. 87).

En caso de incumplimiento de estas reglas, se deberá practicar una regularización, mediante la aplicación del tipo general de gravamen, en los mismos términos anteriormente apuntados.

2.1.3.4. La comprobación administrativa de los requisitos para disfrutar del tipo de gravamen privilegiado

Como se ha indicado, el tipo de gravamen privilegiado exige la concurrencia de dos requisitos que, en realidad, vienen a ser concurrentes, puesto que, para disfrutar del amparo de la LIIC, es necesario cumplir con los requisitos establecidos en la misma y, entre ellos, se encuentra el número mínimo de socios o partícipes. Así, una IIC que no cumpliera con el citado requisito vería revocada la autorización concedida para operar como tal por la CNMV. En efecto, el artículo 11.1 d) de la LIIC establece, a modo de requisito para «obtener y conservar la autorización», entre otros, el de «contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible», y el artículo 13.1 a) de dicha ley establece que la CNMV podrá revocar la autorización por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 11. El artículo 16 del RIIC concede el plazo de un año para subsanar el descenso del número de socios o partícipes, durante el cual, las IIC podrán actuar como tales. Transcurrido dicho plazo sin haberse producido la recuperación del número de socios o partícipes, la CNMV cancelará la inscripción en el registro correspondiente, lo que implica, respecto del fondo de inversión, su disolución, y respecto de la sociedad de inversión, la pérdida de la condición de IIC.

El número mínimo de socios o partícipes no es el único requisito para obtener y mantener la autorización de la CNMV, aun cuando sí sea, tal vez, el de mayor sensibilidad a efectos fiscales. Existen otros cuyo incumplimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la LIIC, dará lugar a la revocación de la autorización. En tal caso, la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad, establece que:

[...] no resultará de aplicación el régimen especial de tributación previsto en la Ley del impuesto sobre sociedades con efectos desde el período impositivo en el que se hubieran producido las circunstancias determinantes de la suspensión o revocación acordada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La competencia para iniciar, tramitar y resolver el procedimiento de revocación corresponde a la CNMV¹⁷, pero comprenderá la incoación mediante petición razonada de

¹⁷ Siguiendo a Ramos y Ruiz:

El origen de esta norma se encuentra en sendas enmiendas, las número 81 y 82, formuladas por el Grupo Parlamentario catalán (Convergència i Unió), formuladas al texto del proyecto de ley correspondiente. Los términos de la justificación de las enmiendas no dejan lugar a dudas

la Administración tributaria. A tal efecto, la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 establece un procedimiento cuyos rasgos esenciales son los siguientes:

- La competencia para su ejecución corresponde a la CNMV. No obstante, la Administración tributaria puede instar su iniciación de manera razonada.
- Recibida la comunicación en tal sentido, la CNMV puede declarar la improcedencia de abrir el expediente de revocación o suspensión, o abrirlo y dictar el acuerdo que estime procedente en el plazo de seis meses.
- La decisión de no abrir el expediente o el acuerdo declarando que no ha lugar la suspensión o revocación inhabilita a la Administración tributaria para dictar un acto de liquidación adverso a la IIC, esto es, sobre la base de su exclusión del régimen especial de las IIC.
- La declaración de suspensión o revocación determina la pérdida del régimen fiscal especial, con efectos del periodo impositivo en el que se produjeron los hechos determinantes de aquellas.
- El término del plazo de seis meses desde que la comunicación hubiera tenido entrada en cualquiera de los registros de la CNMV habilita a la Administración tributaria para dictar el acto administrativo de liquidación que estime pertinente, pero una resolución posterior de la CNMV, en sentido adverso al criterio de la Administración tributaria, determina la procedencia del procedimiento de revocación del artículo 219 de la LGT.

La regulación establecida en la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 ha venido, a juicio del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), según Resolución de 22 de noviembre de 2007, a dar fuerza legal al criterio según el cual corresponde a la CNMV la

acerca de su finalidad; así, se afirma cómo «la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva no solo es un elemento fundamental de su régimen especial y contrapartida de las exigencias y limitaciones a que se ve sometida su actividad sino que, además, incide de un modo directo en el valor liquidativo de dichas entidades, en el que descansa no solo la toma de decisiones de los inversores sino también la garantía del valor de realización de los activos que éstos adquieren». Lo que justificaría «que la decisión que dé lugar a la pérdida del régimen especial se adopte por el órgano supervisor, dispensando un tratamiento unitario a las relaciones jurídicas de las instituciones de inversión colectiva y evitando el potencial riesgo de que una institución de inversión colectiva pueda ser considerada como tal a todos los efectos regulatorios, pero no lo sea a efectos fiscales, con el consiguiente desequilibrio entre derechos y obligaciones y la incidencia patrimonial sobre quienes hubieran confiado en la información bursátil y de los registros oficiales» (enmienda núm. 81) (Ramos y Ruiz, 2006, p. 30).

comprobación de las circunstancias relativas al cumplimiento de la legislación financiera sin que, por tanto, la inspección tributaria pudiera apreciar el incumplimiento de las mismas¹⁸.

Sin embargo, el proyecto de ley de presupuestos para 2019 adoptaba el punto de vista contrario, dando nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, a cuyo tenor:

La Administración tributaria podrá comprobar, a los exclusivos efectos de la aplicación del tipo de gravamen establecido en la letra a) del apartado 4 del artículo 29 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, que el número de accionistas requerido a las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

La norma proyectada recibió una crítica muy negativa procedente de la profesión, fundamentada en los perjuicios que se pronosticaban para el ejercicio de la actividad, poniendo especial énfasis en el fenómeno deslocalizador¹⁹.

¹⁸ Resolución del TEAC (RTEAC) de 22 de noviembre de 2007 (RG 2278/2007 –NFJ026818–):

[...] Llegados a este punto, no es baladí la reflexión de que la forma en que se expresan los preceptos tributarios que recogen el régimen fiscal especial de las instituciones de inversión colectiva, remitiendo en bloque a la configuración de estas en otras ramas del ordenamiento distintas de la tributaria, que articulan el mercado de valores, responde a una lógica que ha inspirado el régimen de las IIC desde su creación, que es la de que el régimen de las instituciones de inversión colectiva es un régimen especial unitario, que tiene previsiones especiales de carácter mercantil, financiero y administrativo y también tributarias, que el legislador ha concebido como un todo, constituyendo en presupuestos de la aplicación de las normas tributarias los mismos requisitos que dan lugar a la aplicación del resto del régimen especial [...] Esta unidad que no puede sustraerse a la uniformidad en criterios de aplicación que el Tribunal Constitucional resalta como esencial para la unidad del mercado [...] Puede percibirse la inseguridad jurídica que se introduciría en los mercados financieros no solo nacionales sino también internacionales (en tanto que el órgano supervisor competente en España, la CNMV, es el interlocutor oficial frente al exterior y el depositario de la confianza de los potenciales inversores) si los requisitos originados y previstos en el ámbito del mercado de valores pudiesen ser valorados y apreciados por la Agencia Tributaria, en contradicción con el que tiene atribuida la competencia específica en aquella área sustantiva [...].

¹⁹ Según el punto 2 de la nota de prensa de Inverco (2019b) (*vid.* también Torralba, 2019):

La encomienda a la Administración Tributaria de la potestad para comprobar el cumplimiento del número mínimo de accionistas, prevista en la LPGE 2019, no hace sino alejar aún más a las SICAV españolas del régimen europeo, lo que resultará perjudicial para la actividad de gestión española, con sus correspondientes efectos negativos sobre la financiación de la economía, la generación de empleo y la recaudación de impuestos, al desplazar sus inversiones, así como los puestos de trabajo y los ingresos fiscales derivados de su actividad, hacia otras jurisdicciones comunitarias.

En torno a la competencia para comprobar el requisito del número mínimo de socios, ha existido un relevante debate doctrinal en el que se han especificado dos tesis opuestas; a saber: la consistente en afirmar la competencia exclusiva y excluyente de la CNMV²⁰ y la favorable a la competencia de la inspección tributaria, con efectos limitados al ámbito fiscal²¹.

Si, acertada o desacertadamente, el legislador ha pretendido reservar la aplicación del tipo de gravamen reducido a los fondos y sociedades de inversión que practiquen la función de inversión colectiva, ya sea la inspección tributaria o la CNMV deberían desvelar las situaciones en las que un grupo de accionistas o partícipes, a pesar de ostentar formalmente la titularidad de acciones o participaciones, actúan realmente al margen de la causa del contrato de inversión colectiva, sin otra finalidad que la puramente fiscal de alcanzar el número de 100²².

No es el caso de juzgar el todo por la parte, pero no deja de ser sorprendente lo que se puede leer en alguna consulta formulada ante la Dirección General de Tributos (DGT), en la que el consultante describe una situación que, claramente, implica una burla de la función de inversión en colectividad²³.

2.1.4. Deducciones de la cuota

Las IIC pueden practicar todas las deducciones de la cuota previstas en la LIS excepto las previstas en los artículos 31 y 32, esto es, las establecidas para evitar la doble imposición internacional.

²⁰ Siguiendo a Falcón y Tella:

[...] más allá del tenor literal de la normativa aplicable, la imposibilidad de que la Agencia tributaria se pronuncie sobre materias que son competencia de otros órganos (en este caso, la CNMV), y sobre todo la imposibilidad de que el pronunciamiento de la Agencia sea contradictorio con el del órgano administrativo competente, deriva de la esencia misma del Estado de derecho concebido como una técnica de atribución de competencias específicas sin las cuales la Administración no puede actuar [...] (Falcón y Tella, 2005).

²¹ Siguiendo a Ramos y Ruiz:

Con esta norma [art. 115 de la LGT], la LGT no hace sino dar cumplimiento a un mandato constitucional, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, afirmando, precisamente en relación con la investigación de los hechos imposables, que «lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar; de ahí la necesidad y la justificación de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta» (SSTC 110/1984) [...] (Ramos y Ruiz, 2006, p. 32).

²² Vid. Domínguez (2018) y Durán-Sindreu (2016, p. 112).

²³ Consulta de la DGT V4692/2016, de 4 de noviembre (NFC062788):

[...] La sociedad C es una sociedad cuyo capital social es titularidad de 4 personas físicas, dos poseen un 8,86 % cada una de ellas, la persona física R un 54,60 % y el 27,68 % restante corresponde a la persona física T [...] la entidad C ostenta el 99,88 % del capital social de S, una SICAV. Esta sociedad se constituyó en 2003 y desde esa fecha ha tributado con arreglo al régimen especial de instituciones de inversión colectiva.

Por tanto, como ya se ha indicado, las IIC sufren doble imposición internacional, tanto jurídica como económica, si bien el carácter simbólico del tipo de gravamen la hace, en la práctica, inapreciable.

Con todo, desde una perspectiva teórica, no se advierten las razones por las que las IIC deban soportar la doble imposición, por muy reducida que la misma sea. En efecto, esa doble imposición infringe lo previsto en el convenio de doble imposición que sea aplicable, así como, en su caso, lo previsto en la Directiva matriz-filial e, incluso, podría determinar una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

- Lo previsto en un convenio bilateral para evitar la doble imposición, porque se opone a la imputación ordinaria prevista en el mismo respecto de la retención sobre las rentas, sean dividendos o intereses, percibidas por la IIC.
- Lo previsto en la Directiva matriz-filial, porque se opone a la imputación ordinaria prevista en la misma respecto del impuesto que ha recaído en un Estado miembro sobre el beneficio del que procede el dividendo.

Las retenciones practicadas en sede de las jurisdicciones fiscales extranjeras sobre las rentas del capital obtenidas por las IIC pueden parangonarse a las practicadas en sede de la jurisdicción fiscal española. Ahora bien, estas últimas serán devueltas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.2 de la LIS, a cuyo tenor, «cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso».

Por tanto, la retención nacional genera un crédito de impuesto, en tanto que la retención extranjera, no. Este régimen fiscal podría determinar una restricción a la libertad de movimiento de capitales, prohibida por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

2.1.5. Retenciones

Las rentas percibidas por las IIC están sujetas a retención, de acuerdo con las reglas generales. Así, en cuanto perceptoras de intereses y dividendos, sufrirán retención, a tenor de lo previsto en la letra a) del artículo 60.1 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades (RIS); por razón de las rentas procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos, de acuerdo con lo establecido en la letra e); a causa del reembolso o la transmisión de acciones o participaciones en otras IIC, según la letra f); y, en fin, por las rentas procedentes de la reducción de capital o de la distribución de la prima de emisión de acciones de otras IIC que tengan la forma de sociedades de inversión, en razón a la letra g).



2.1.6. Pago fraccionado

Las IIC no están obligadas a realizar pago fraccionado. En efecto, el artículo 40.1 de la LIS establece que «no deberán efectuar el referido pago fraccionado ni estarán obligadas a presentar la correspondiente declaración las entidades a las que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 29 de esta ley».

Consecuentemente, tampoco están obligadas al pago fraccionado mínimo previsto establecido por el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público. En efecto, la disposición adicional decimocuarta de la LIS establece que el pago fraccionado mínimo establecido por el Real Decreto-Ley 2/2016 «no resultará de aplicación a las entidades a las que se refieren los apartados 3, 4 y 5 del artículo 29 de esta ley», esto es, a las IIC que cumplan con los requisitos para disfrutar de la aplicación del tipo de gravamen reducido.

2.1.7. Devolución

El artículo 52.2 de la LIS establece que «cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso».

La devolución se practicará de acuerdo con las reglas generales previstas en el artículo 127 de la LIS.

2.2. Constituidas en el extranjero

Las IIC no residentes en territorio español están sujetas al IRNR respecto de las rentas que obtengan en territorio español; cuya regulación se encuentra en el Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR). Se tratará, fundamentalmente, de intereses y dividendos pagados por entidades residentes en territorio español, así como de plusvalías derivadas de la transmisión de activos financieros.

2.2.1. Dividendos

El artículo 14.1 l) del TRLIRNR establece una exención respecto de «los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos sin mediación de establecimiento permanente por las IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CE», la cual, sin embargo, no:

[...] podrá dar lugar a una tributación inferior a la que hubiera resultado de haberse aplicado a dichas rentas el mismo tipo de gravamen por el que tributan en el impuesto sobre sociedades las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

Se trata, por tanto, de una exención parcial, habida cuenta de que las IIC residentes en territorio español, reguladas en la LIIC, pueden tributar al 1 % en la medida en que tengan, al menos, 100 socios o partícipes.

Esta exención, en los mismos términos, también se aplica en relación con los dividendos y participaciones en beneficios percibidos por:

[...] las instituciones de inversión colectiva residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo siempre que estos hayan suscrito un convenio con España para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria (art. 14.1 I) del TRLIRNR).

La sujeción a la Directiva 2009/65/CE es un hecho cuya prueba se realizará a través de la autorización conferida por el Estado de origen de la IIC.

La exención se aplica a los dividendos y participaciones en beneficios. Cualquier otro tipo de renta cae al margen de la misma. Sin embargo, los intereses y las plusvalías derivadas de la transmisión de ciertos activos financieros podrán disfrutar de otras exenciones.

2.2.2. Intereses

El artículo 14.1 c) del TRLIRNR establece una exención respecto de los «intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios» percibidos por residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea.

Esta exención ampara a los intereses percibidos por IIC constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea, se hallen o no reguladas por la Directiva 2009/65/CE, siempre que acrediten la residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate. Esta acreditación deberá realizarse en los términos establecidos en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre la renta de no residentes (RIRNR), incorporada por el Real Decreto 595/2019, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio.

Se infiere de esta disposición que, cuando la IIC tribute en régimen de atribución de rentas, la exención se aplicará «en función del porcentaje de participación en la entidad que

corresponda a sus miembros con derecho a dicha exención a 31 de diciembre del año anterior a aquel en el que se obtengan las rentas».

También podrán disfrutar las IIC extranjeras, cualquiera que sea el lugar de su residencia o su régimen jurídico, de las exenciones establecidas respecto de «los rendimientos derivados de la deuda pública obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España» (art 14.1 d) del TRLIRNR), así como respecto de:

Las rentas derivadas de valores emitidos en España por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente, cualquiera que sea el lugar de residencia de las instituciones financieras que actúen como agentes de pago o medien en la emisión o transmisión de los valores (art. 14.1 e) del TRLIRNR).

Y, en fin, en relación con:

Los rendimientos de las cuentas de no residentes, que se satisfagan a contribuyentes por este impuesto, salvo que el pago se realice a un establecimiento permanente situado en territorio español, por el Banco de España, o por las entidades registradas a que se refiere la normativa de transacciones económicas con el exterior (art. 14.1 f) del TRLIRNR).

2.2.3. Ganancias patrimoniales

El artículo 14.1 c) del TRLIRNR también establece una exención a favor de «las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidos sin mediación de establecimiento permanente» obtenidas por residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, la cual ampara las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones y participaciones obtenidas por las IIC comunitarias, se hallen o no amparadas por la Directiva 2009/65/CE, en la medida en que concurren los requisitos previstos en el artículo 21 de la LIS, esto es, básicamente, un porcentaje de participación igual o superior al 5 % o un valor de adquisición superior a 20 millones de euros, y que el activo de la entidad participada no consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español.

Esta exención convive con la regulada en el artículo 14.1 i), a cuyo tenor, están exentas:

Las rentas derivadas de las transmisiones de valores o el reembolso de participaciones en fondos de inversión realizados en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información.

Esta exención ampara las ganancias patrimoniales obtenidas por IIC, comunitarias o no, con tal de que residan en un país con el que medie un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información y los activos financieros concernidos se negocien en mercados secundarios de valores oficiales españoles²⁴.

También ampara las rentas derivadas del reembolso de la participación en fondos de inversión cotizados en el mercado de valores oficial español. Por tanto, la exención no abarca los reembolsos relativos a las sociedades de inversión no cotizadas ni a los fondos de inversión no cotizados.

La importancia práctica de esta exención es muy limitada porque los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición otorgan, por regla general, la competencia para gravar las plusvalías mobiliarias al Estado de la residencia²⁵, excepto en los casos de subyacente inmobiliario o de participación significativa, supuestos en los que la competencia es compartida. Más adelante se analiza la cuestión de la aplicación de los convenios en relación con las IIC.

²⁴ Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores:

Artículo 43. Definición.

1. Son mercados regulados aquellos sistemas multilaterales que permiten reunir los diversos intereses de compra y venta sobre instrumentos financieros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación, y que están autorizados y funcionan de forma regular, conforme a lo previsto en este capítulo y en sus normas de desarrollo, con sujeción en todo caso, a condiciones de acceso, admisión a negociación, procedimientos operativos, información y publicidad.

2. Los mercados regulados españoles reciben la denominación de mercados secundarios oficiales. A tales efectos, se considerarán mercados secundarios oficiales de valores los siguientes:

- a) Las Bolsas de Valores.
- b) El Mercado de Deuda Pública en Anotaciones.
- c) Los Mercados de Futuros y Opciones, cualquiera que sea el tipo de activo subyacente, financiero o no financiero.
- d) El Mercado de Renta Fija, AIAF.
- e) Cualesquiera otros, de ámbito estatal, que, cumpliendo los requisitos previstos en el apartado 1, se autoricen en el marco de las previsiones de esta ley y de su normativa de desarrollo, así como aquellos, de ámbito autonómico, que autoricen las comunidades autónomas con competencia en la materia.

3. En los términos previstos en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, podrán negociarse en los mercados secundarios oficiales valores y otros instrumentos financieros que por sus características sean aptos para ello.

4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores mantendrá actualizada y enviará a la Autoridad Europea de Valores y Mercados y a los restantes Estados miembros de la Unión Europea la lista de los mercados secundarios oficiales, comunicando igualmente cualquier modificación de la lista.

²⁵ Vid. Carmona (2016, capítulo 12).

3. Tributación de los socios o partícipes de las IIC

Tomando en consideración la naturaleza de los socios o partícipes, el lugar de su residencia, el lugar de residencia de la IIC y su relación con la normativa comunitaria concerniente a la inversión colectiva, cabe desgranar un abanico de situaciones a las que les corresponde un determinado régimen fiscal.

3.1. Tributación de los socios o partícipes personas físicas residentes en territorio español

En función de la calificación de la IIC, cabe distinguir los siguientes regímenes:

- Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro reguladas en la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en Estados terceros.

3.1.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC

De acuerdo con lo previsto en el artículo 94.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF), los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC deben tributar cuando hagan efectiva la renta derivada de su inversión por causa de los siguientes hechos:

- Reembolso o transmisión de la acción o participación en la IIC.
- Percepción de rentas distribuidas por la IIC.
- Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada por la IIC.
- Distribución de la prima de emisión de acciones.

Todas estas rentas se clasifican como renta del ahorro, ya que el artículo 45 de la LIRPF no incluye las imputaciones de renta previstas en el artículo 94 de la misma ley entre la renta que califica como «general». Este precepto, además, califica como ganancias o pérdidas patrimoniales

las rentas derivadas del reembolso o transmisión de la participación, y como rendimiento del capital mobiliario, las inherentes a la reducción de capital con devolución de aportaciones, sin que, por el contrario, establezca un pronunciamiento expreso respecto de las restantes rentas, las cuales, como se verá, deben entenderse como rendimientos del capital mobiliario; distinción esta que es relevante a los efectos de la integración y compensación de rentas en la base del ahorro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la LIRPF.

Se notará que el artículo 94.1 se refiere a los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC, sin hacer mención al tipo de gravamen por el que tributan en el IS, a diferencia de lo que acontece, como más adelante se verá, en relación con los socios o partícipes personas jurídicas, a tenor de lo previsto en los artículos 52 y 53 de la LIS.

3.1.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación

Las rentas derivadas del reembolso o transmisión de la participación tienen la consideración de ganancias patrimoniales. En consecuencia, se rigen por lo previsto en la sección 4.^a del capítulo II del título III de la LIRPF, de manera tal que tienen la consideración de renta del ahorro en el sentido del artículo 46 b) de la citada ley.

El artículo 37.1 c) de la LIRPF establece un conjunto de reglas específicas de valoración para cuantificar el importe de la ganancia o pérdida patrimonial.

En el caso de reembolso o transmisión onerosa de la acción o participación, la ganancia o pérdida patrimonial:

[...] se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por el valor liquidativo aplicable en la fecha en que dicha transmisión o reembolso se produzca o, en su defecto, por el último valor liquidativo publicado (primer párrafo del artículo 37.1 c) de la LIRPF).

No obstante, el valor de transmisión así calculado «no podrá ser inferior al mayor [...] [del] precio efectivamente pactado en la transmisión [o del] valor de cotización en mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE [...]» (segundo párrafo y ss. del art. 37.1 c) de la LIRPF). Naturalmente, esta regla no es de aplicación al caso del reembolso.

Por tanto, como regla general, se toma como valor de transmisión, a efectos de calcular el importe de la ganancia o pérdida patrimonial, el valor liquidativo, pero, en caso de transmisión onerosa, prevalecerá el valor pactado o el de cotización; el mayor de los dos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 7.2 de la LIIC, «el valor liquidativo de cada clase de participación será el que resulte de dividir el valor de la parte del patrimonio del fondo

que corresponda a dicha clase por el número de participaciones de esa clase en circulación», y el artículo 78 del RIIC establece las reglas para valorar el patrimonio del fondo, las cuales se fundamentan en el valor de mercado de las inversiones en activos admitidos a negociación en mercados organizados.

Tratándose de transmisiones onerosas de participaciones en fondos de inversión cotizados o de acciones de SICAV índice cotizadas, el valor de transmisión se determina de acuerdo con lo establecido para los valores negociados en mercados regulados definidos en la Directiva 2004/39/CE; esto es, por su cotización en dichos mercados en la fecha en que se produzca la transmisión o por el precio pactado cuando sea superior a la cotización.

Las reglas precedentes se refieren al reembolso y a las transmisiones onerosas. Por tanto, respecto de las transmisiones lucrativas entre vivos, habrá de estarse a los valores que resulten de la aplicación de las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la LIRPF; esto es, el valor real de los bienes y derechos, el cual, tratándose de acciones o participaciones en IIC, será, bien el valor liquidativo, bien el valor de cotización, a la fecha del fallecimiento del causante.

La transmisión por causa de muerte no determina ni ganancia ni pérdida patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.3 b) de la LIRPF, pero el causahabiente tomará como valor de adquisición el valor liquidativo o el valor de cotización, lo que implica que la renta acumulada en sede de la IIC desde la fecha de realización de la inversión hasta la fecha de fallecimiento no tributará por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

Las ganancias patrimoniales así cuantificadas podrán ser objeto de reducción en los términos previstos en la disposición transitoria novena de la LIRPF. En consecuencia, la porción de ganancia patrimonial correspondiente a un valor de transmisión no superior a 400.000 euros, imputable al periodo de tenencia transcurrido hasta el 20 de enero de 2006 (para lo que se tomará en consideración el valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio -IP- de 2005), será objeto de reducción mediante la aplicación del coeficiente reductor del 25 % (14,28 % para la inversión inmobiliaria) por cada año de tenencia hasta el 31 de diciembre de 1996.

Cuando se transmita un conjunto de valores homogéneos, en el sentido del artículo 8 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (RIRPF), se considerará que los transmitidos o reembolsados son los adquiridos en primer lugar. La homogeneidad requiere, básicamente, la concurrencia del mismo emisor, la misma naturaleza y la atribución de los mismos derechos. En consecuencia, no serán homogéneas las participaciones emitidas por fondos de inversión diferentes, aun cuando se hallen gestionados por la misma entidad gestora y otorguen los mismos derechos, ni las correspondientes a distintos compartimientos del mismo fondo.

3.1.1.2. Rentas distribuidas por la IIC

La mayor parte de las IIC operan bajo el régimen de acumulación de las rentas obtenidas, pero tienen la posibilidad abstracta de distribuir la totalidad o parte de las mismas en los términos que establezcan sus estatutos.

El artículo 94.1 b) de la LIRPF se limita a señalar, lacónicamente, que los contribuyentes deben imputar, como renta, «los resultados distribuidos por las instituciones de inversión colectiva», sin concretar, por tanto, la calificación de esa renta. Sin embargo, es fácil colegir que tendrá la consideración de rendimientos del capital mobiliario, en cuanto deriva de «la participación en los fondos propios», en el sentido del artículo 25.1 de la LIRPF, del fondo de inversión o de la sociedad de capital variable, de manera tal que tendrá la condición de renta del ahorro, en el sentido del artículo 46 a) de la LIRPF.

Puede apreciarse que, cuando la inversión de la IIC se materializa en instrumentos financieros de pasivo, se produce un efecto de transformación de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, en el sentido del artículo 25.2 de la LIRPF, en rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Esa transformación es fiscalmente inocua, por cuanto los dos tipos de rendimientos se califican como renta del ahorro, en el sentido del artículo 46 a) de la LIRPF, y se sujetan a las mismas reglas de integración y compensación en la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la misma ley.

Lo que no es inocuo es la contraposición entre distribución y acumulación de rentas en sede de la IIC. En efecto, la distribución de rentas por parte de la institución colectiva frustra la principal ventaja fiscal de la inversión colectiva, esto es, la posibilidad de que el socio o partícipe decida el periodo impositivo en el que le conviene tributar por las rentas obtenidas.

La distribución de beneficios priva al socio o partícipe de la decisión respecto del periodo impositivo en el que le conviene tributar. Así, podría convenirle diferir indefinidamente la tributación sobre las rentas acumuladas por la IIC o, tal vez, provocar, mediante el reembolso, la generación de una ganancia o una pérdida patrimonial al efecto de neutralizar una pérdida o una ganancia patrimonial, en los términos previstos en el artículo 49 de la LIRPF.

3.1.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones

Desde un punto de vista formal, las cantidades recibidas por los socios de cualquier tipo de sociedad en concepto de devolución de aportaciones deben ser consideradas como recuperación de las cantidades aportadas, pero, desde un punto de vista sustancial, esas cantidades son fruto de la inversión realizada, representada en la acción o participación, en la medida en que la misma tenga, *ex post* de la distribución, un valor igual o superior al valor de adquisición.

Ese punto de vista sustancial es el que sustenta lo previsto en el artículo 33.3 a) de la LIRPF, a cuyo tenor:

[...] cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la reducción de capital y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva (tercer párrafo del art. 33.3 a) de la LIRPF).

El artículo 94.1 c) de la LIRPF ha adaptado esta regla al caso de las sociedades de inversión de capital variable calificando como rendimiento de capital el importe recibido como consecuencia de la reducción de capital con el límite del «aumento del valor liquidativo de las acciones desde su adquisición o suscripción hasta el momento de la reducción de capital social».

En efecto, la diferencia positiva entre el valor liquidativo existente en el momento de la adquisición de las acciones y el existente en el momento de la reducción de capital representa el fruto de dichas acciones que, como consecuencia de la reducción de capital con devolución de aportaciones, hace suyo el socio, total o parcialmente. El exceso del importe de la reducción de capital sobre el límite conformado por la diferencia entre los valores liquidativos no puede ser otra cosa que la recuperación del valor de adquisición de la inversión, de aquí que tal exceso «minorará el valor de adquisición de las acciones afectadas, de acuerdo con las reglas del primer párrafo del artículo 33.3 a) de esta ley, hasta su anulación», y solamente, cuando todavía restase un exceso, el importe resultante:

[...] se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión en el primer párrafo de la letra e) del apartado 1 del artículo 25 de esta ley (cuarto párrafo del art. 94.1 c) de la LIRPF).

Ahora bien, si el valor liquidativo se calcula, como así debe ser, en función del valor real del patrimonio de la IIC, tal exceso difícilmente se presentará.

No obstante, si el capital se hubiera nutrido con ampliaciones previas mediante la incorporación al mismo de beneficios, se considerará que «las reducciones de capital, cualquiera que sea su finalidad, afectan en primer lugar a la parte del capital social que provenga de beneficios no distribuidos, hasta su anulación» (tercer párrafo del art. 94.1 c) de la LIRPF), de manera tal que su total importe, sin limitación alguna, se considerará rendimiento del capital mobiliario. Esta regla puede conducir a excesos de gravamen, en la medida en que se rebase el límite de la diferencia de valores liquidativos, pues tal diferencia representa el fruto real de la inversión financiera. Ese exceso, ciertamente, se neutralizará con ocasión de la transmisión de la participación, sea bajo la forma de una disminución de patrimonio o de una minoración en la ganancia patrimonial. Ahora bien, dado el sistema de integración

y compensación de rentas en la base imponible del ahorro previstas en el artículo 49 de la LIRPF, tal neutralización será imperfecta.

3.1.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones

Igualmente, desde un punto de vista formal, las cantidades recibidas por los socios con cargo a la prima de emisión de acciones deben ser consideradas como recuperación de la prima en su día aportada y, por tanto, no determinantes de la obtención de renta, pero, desde un punto de vista sustancial, esas cantidades son fruto de la participación, en la medida en que la misma tenga, *ex post* de la distribución, un valor, igual o superior, al valor de adquisición.

El artículo 25.1 e) de la LIRPF se aproxima parcialmente al punto de vista sustancial calificando como rendimiento del capital mobiliario el exceso del importe recibido sobre el valor de adquisición de la participación, y lo hace con mayor cercanía para el caso de valores no cotizados, al establecer que:

[...] cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la distribución de la prima y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva (segundo párrafo).

Sin embargo, el artículo 94.1 d) de la LIRPF, relativo a la distribución de la prima de emisión por las sociedades de inversión de capital variable, desentendiéndose del verdadero significado de la distribución de la prima de emisión, establece que:

En los supuestos de distribución de la prima de emisión de acciones de sociedades de inversión de capital variable, [se considera renta] la totalidad del importe obtenido, sin que resulte de aplicación la minoración del valor de adquisición de las acciones previsto en el artículo 25.1 e) de esta ley.

Por tanto, la distribución de la prima de emisión se equipara plenamente a la distribución del beneficio en concepto de dividendo, cuando lo pertinente hubiera sido darle un tratamiento similar al previsto para las reducciones de capital con devolución de aportaciones.

3.1.1.5. El diferimiento por reinversión

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 94.1 a) de la LIRPF, las rentas obtenidas en la transmisión de acciones o el reembolso de participaciones en IIC no se imputarán, a condición de reinversión en «la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva».

Ningún otro instrumento financiero disfruta de un régimen de diferimiento por reinversión, de manera tal que se está ante un auténtico privilegio. Curiosamente, este privilegio halla su justificación en la perturbación generada por otro; a saber, el privilegio consistente en el diferimiento de la tributación hasta el momento de la transmisión o el reembolso de la acción o participación, el cual, en cierta medida, hacía al inversor prisionero de los gestores de la IIC. El diferimiento por reinversión, introducido por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del impuesto sobre la renta de las personas físicas y por la que se modifican las Leyes de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de no residentes, abrió la puerta de esa prisión virtual²⁶.

Desde la perspectiva del régimen sustantivo de las IIC, la reinversión se manifiesta a través del procedimiento de traspaso de participaciones o acciones previsto en el artículo 28 de la LIIC²⁷.

El diferimiento por reinversión se aplica respecto de las rentas obtenidas en los «reembolsos» de participaciones en las IIC que tengan la naturaleza de fondos de inversión, y en las «transmisiones» de acciones en las IIC que tengan la naturaleza de sociedades de inversión. Además, respecto de estas últimas, es necesario, según el artículo 94.1 a) de la LIRPF, «que el número de socios de la institución de inversión colectiva cuyas acciones se transmitan sea superior a 500» y «que el contribuyente no haya participado, en algún momento dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la transmisión, en más del 5 por ciento del capital de la institución de inversión colectiva».

Se notará que, en el caso de los fondos de inversión, el diferimiento se predica respecto de las rentas obtenidas en los «reembolsos», en tanto que en el de las sociedades de inversión, respecto de las rentas obtenidas en las «transmisiones».

²⁶ Siguiendo a Inverco:

Hasta la aprobación de dicha ley [Ley 46/2002], cuando se transmitía o reembolsaba una acción o participación de una IIC se tributaba por la ganancia o pérdida patrimonial cada vez que se producía una operación de este tipo, con independencia del destino que se diera al importe obtenido. Esto suponía un obstáculo para la movilidad de capital entre IIC que podía afectar de forma negativa a una asignación eficaz de los recursos. Con el fin de evitar este efecto perjudicial para el inversor, se introdujo el régimen de neutralidad con diferimiento de la ganancia patrimonial derivada del traspaso entre IIC.

Mediante dicho régimen se difiere la tributación –no se trata de una exención ni de un supuesto de no sujeción– hasta el momento en el que se obtiene el importe líquido para destinarlo a otra finalidad que no sea la inversión en otra IIC. En definitiva, el inversor puede diferir *sine die* la tributación de las rentas acumuladas hasta la fecha en que decida recuperar la inversión, siempre que el importe obtenido en la transmisión de acciones de sociedades de inversión o en el reembolso de participaciones en fondos de inversión, se destine, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 28 de la LIIC, a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en IIC (Inverco, 2007, p. 304).

²⁷ Consulta de la DGT V0828/2017, de 3 de abril (NFC064928).

La reinversión ha de ser del importe obtenido, no solo de la renta, y podrá realizarse en un instrumento de naturaleza distinta a la del transmitido o reembolsado, habida cuenta de que la norma nada establece en contrario, de manera tal que el producto obtenido en la transmisión de acciones de una sociedad de inversión podrá reinvertirse en participaciones de un fondo de inversión, y viceversa.

Aun cuando la norma no indica que el objeto de la reinversión debe materializarse en un instrumento, sea acción o participación, de una IIC acogida a la LIIC, es fácil colegir que así debe ser, por cuanto el artículo 94.1 a) de la LIRPF se refiere a las rentas procedentes de las IIC reguladas en la LIIC. No obstante, también cabe predicar la aptitud para ser objeto de la reinversión respecto de las acciones y participaciones de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE, habida cuenta de la homologación que, con carácter general, prevé el artículo 94.2 de la LIRPF. Y se abre un interrogante respecto de la aptitud de las acciones o participaciones de las IIC extranjeras que sean comparables o equivalentes a las reguladas por la Directiva 2009/65/CE que, tal vez, deba ser despejado por aplicación de la libertad de movimiento de capitales, como se explicará más adelante.

Sin embargo, están excluidas del régimen de diferimiento por reinversión, tanto por lo que se refiere a la renta generada como a la aptitud para ser objeto de la reinversión, las participaciones representativas del patrimonio de las IIC que tengan la consideración de fondos de inversión cotizados o las acciones de las sociedades del mismo tipo, en el sentido del artículo 49 del antiguo reglamento de la LIIC, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, esto es, las participaciones emitidas por IIC cotizadas o por SICAV índice cotizadas, en el sentido del artículo 79 del vigente RIIC. Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75.3 de la LIIC, a este tipo de acciones o participaciones no le es de aplicación el régimen de traspasos establecido en su artículo 28.

El régimen de diferimiento por reinversión no resultará de aplicación cuando, por cualquier medio, se ponga a disposición del contribuyente el importe derivado del reembolso o transmisión de las acciones o participaciones de IIC.

Admite esta causa de inaplicación una interpretación restrictiva, en el sentido de referir la puesta a disposición a las IIC intervinientes, señaladamente a la de salida, pero no puede descartarse otra más amplia comprensiva de las entidades de crédito o financieras que pertenezcan al mismo grupo mercantil al que lo hace la entidad gestora o la propia sociedad de inversión.

3.1.2. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro reguladas en la Directiva 2009/65/CE

A estos socios o partícipes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 94.2 a) de la LIRPF, les son de aplicación las reglas contenidas en el apartado 1, a condición de que la IIC

participada, constituida y domiciliada en algún Estado miembro de la Unión Europea se halle inscrita en el registro especial de la CNMV a efectos de su comercialización por entidades residentes en España. Se trata del Registro de IIC extranjeras comercializadas en España al que se refiere el artículo 13.1 ñ) del RIIC.

En orden a la aplicación del diferimiento por reinversión, a tenor de lo establecido en los puntos 1.º y 2.º del artículo del artículo 94.2 b) se exige que «la adquisición, suscripción, transmisión y reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva deberá realizarse a través de entidades comercializadoras inscritas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores» y, además, «en el caso de que la institución de inversión colectiva se estructure en compartimentos o subfondos, el número de socios y el porcentaje máximo de participación se entenderán referidos a cada compartimento o subfondo comercializado».

Comoquiera que los requisitos precedentes no se prediquen respecto de las IIC residentes en España, se abre un portillo al reproche por discriminación. No obstante, debe considerarse que tal discriminación podría estar justificada por las necesidades de control²⁸, si bien es cierto que el alcance que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido dando a esta causa de justificación no pronostica un camino alentador para la misma, habida cuenta de los instrumentos jurídicos de intercambio de información actualmente disponibles, como se comenta más adelante.

En fin, por lo que se refiere a los compartimentos, la discriminación desaparecería si, también en el caso de las IIC nacionales, el requisito del número de socios se proyectase respecto de cada compartimento.

²⁸ Consulta de la DGT V5194/2016, de 30 de noviembre (NFC063210):

[...] La aplicación del régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva requiere que se cumplan determinados requisitos, entre los que se encuentra, en el caso de las instituciones de inversión colectiva armonizadas domiciliadas en otros Estados miembros de la Unión Europea e inscritas en la CNMV, a efectos de su comercialización por entidades residentes en España, el previsto en el artículo 94.2 a) 1.º de la citada Ley 35/2006, que dispone:

«1.º La adquisición, suscripción, transmisión y reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva se realizará a través de entidades comercializadoras inscritas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

Tal como se expone en las referidas contestaciones, «el régimen de diferimiento por reinversión entre IIC regulado en el artículo 94 de la LIRPF constituye un beneficio fiscal con evidente dimensión temporal, y cuya aplicación requiere un necesario control de las operaciones, desde el momento en que se realiza la inversión inicial hasta que se produce el reembolso o transmisión definitivo, y en el cual desempeñan un importante papel las entidades intervinientes».

La DGT ha interpretado que el diferimiento por reinversión puede aplicarse cuando las acciones o participaciones se adquirieron antes de su comercialización en España²⁹; criterio que podría extenderse a todos aquellos casos en los que la adquisición a través de entidad comercializadora inscrita en el CNMV no era pertinente o posible.

La doctrina administrativa ha entendido que la restricción relativa a las IIC cotizadas no va referida a las extranjeras que cotizan en mercados extranjeros³⁰, excepto si también lo hicieren en el mercado de valores español³¹.

²⁹ Consulta de la DGT V2377/2013, de 16 de julio (NFC047992), reiterando la consulta V1232/2003, de 10 de septiembre (NFC017760):

[...] podrá resultar de aplicación a las acciones o participaciones el régimen de diferimiento por reinversión previsto en el apartado 1 a) del artículo 94 de la Ley 35/2006, siempre que, además de los requisitos relativos a las instituciones con forma societaria y al procedimiento de traspasos previstos en dicho artículo, se cumplan las siguientes condiciones:

Primera: Que las participaciones o acciones trasladadas se hubieran adquirido por el contribuyente con anterioridad al inicio de la comercialización de la institución en España por entidades situadas en territorio español inscritas a tal efecto en la CNMV.

Segunda: que se haya aportado a la entidad comercializadora toda la información necesaria que acredite suficientemente tanto la titularidad como los datos relativos a la adquisición de las participaciones o acciones por el contribuyente.

³⁰ Consulta de la DGT V4596/2016, de 27 de octubre (NFC062244):

En el presente caso se trata de instituciones de inversión colectiva extranjeras gestionadas por la casa central en Reino Unido de la entidad consultante, con forma de fondo de inversión o de SICAV, radicadas en un Estado miembro de la Unión Europea y amparadas en la Directiva 2009/65/CE, cuyas participaciones o acciones se cotizan en bolsas de valores europeas, pero no cotizan en la bolsa de valores española.

Estas instituciones se comercializan en España por una o varias entidades financieras radicadas en territorio español, mediante su correspondiente inscripción en el registro de la CNMV, las cuales son quienes ofertan la inversión y tramitan las operaciones de sus clientes relativas a las referidas instituciones para su ejecución en el correspondiente mercado bursátil por el intermediario financiero miembro del mismo [...]

Por consiguiente, los inversores, contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas, podrán aplicar el régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva en el supuesto de que dicha reinversión tenga como origen o destino, o ambos, participaciones o acciones de las instituciones objeto de consulta, siempre que se cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 94 de la LIRPF, entre ellos, que la reinversión se realice siguiendo procedimiento establecido en el artículo 28 de la Ley 35/2003 y que no se ponga a disposición del inversor el importe derivado del correspondiente reembolso o transmisión [...] siendo por tanto necesaria su intervención para la adquisición o transmisión de los mismos, cabrá entender cumplido el requisito establecido en el artículo 94.2 a).1.º de la LIRPF.

³¹ Consulta de la DGT V0713/2006, de 12 de abril (NFC022373):

[...] Sobre la base de la anterior normativa citada puede concluirse que en la medida en que un fondo de inversión constituido en un Estado miembro de la Unión Europea, que no sea territorio

Esta discriminación positiva a favor de dichas IIC tiene su compensación en la discriminación negativa relativa a la obligación de retener, que más adelante se comenta. Ahora bien, las dos discriminaciones son rechazables y, probablemente, hubieran podido salvarse mediante una interpretación de la normativa concernida atenta a su espíritu y finalidad.

El anteproyecto de ley de octubre de 2018, relativo a medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, añadía un punto, con el número 3.º, al artículo 94.2 a) de la LIRPF, a cuyo tenor, quedaban excluidas del régimen del diferimiento por reinversión, a todos los efectos, las:

[...] participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva análogas a los fondos de inversión cotizados o sociedades del mismo tipo previstos en el artículo 79 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, cualquiera que sea el mercado regulado o el sistema multilateral de negociación en el que coticen y la composición del índice que reproduzcan, repliquen o tomen como referencia.

En la exposición de motivos, se explicaba que la norma proyectada tenía por objeto:

[...] homogeneizar el tratamiento de las inversiones en determinadas instituciones de inversión colectiva, conocidas como fondos y sociedades de inversión cotizados (ETF, por sus siglas en inglés), con independencia del mercado, nacional o extranjero en el que coticen. Así, se extiende a las instituciones de inversión colectiva cotizadas que coticen en bolsa extranjera el tratamiento de las que coticen en bolsa española respecto a la no aplicabilidad del régimen de diferimiento.

En rigor, la norma proyectada nada innovaba, pues hubiera podido llegarse al mismo resultado mediante una adecuada interpretación del conjunto normativo en liza, habida cuenta de que el artículo 94.2 a) de la LIRPF declara aplicable el régimen previsto en su apartado 1, y que en dicho apartado se excluye del diferimiento por reinversión, a todos los efectos, a las IIC, sean fondos o sociedades, cotizadas, sin que la remisión al artículo 49 del antiguo reglamento de la LIIC (actual art. 79 del vigente RIIC) pudiera entenderse como determinante de la habilitación, a efectos del diferimiento por reinversión, de las acciones o participaciones de IIC cotizadas en mercados extranjeros.

calificado como paraíso fiscal, y adaptado a la Directiva 85/611/CEE, sea objeto de comercialización en España, mediante la negociación en la bolsa española de sus participaciones, sobre la base del cumplimiento de las condiciones requeridas en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, con las especialidades que determine la CNMV derivadas de la aplicación de dicha Directiva, le resultarán de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 73.3 j) y disposición adicional cuarta del RIRPF, anteriormente transcritos [...].

En efecto, carecería de sentido rechazar el diferimiento por reinversión respecto de las acciones o participaciones cotizadas emitidas por IIC sujetas a la LIIC y admitirlo respecto de las acciones o participaciones cotizadas emitidas por las IIC extranjeras, máxime cuando el régimen de las rentas relativo a las acciones y participaciones emitidas por IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE se construye mediante la remisión al régimen de las amparadas por la LIIC.

Sin embargo, como se ha indicado, la doctrina administrativa había urdido una interpretación distinta que, ahora, el legislador se proponía, con buen sentido, rectificar.

En conclusión, las rentas derivadas de la transmisión de acciones y del reembolso de participaciones emitidas por IIC extranjeras amparadas por la Directiva 2009/65/CE podrán afectarse al diferimiento por reinversión mediante la adquisición de acciones o participaciones de IIC, amparadas por la referida directiva y, por ende, por la LIIC, incluso si, según la doctrina administrativa, cotizan en mercados extranjeros sin hacerlo en el mercado español.

3.1.3. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE

De acuerdo con la exposición de motivos del RIIC, toda aquella IIC que no sea armonizada, es decir, autorizada según la Directiva 2009/65/CE, será considerada como una institución de inversión colectiva alternativa (FIA).

Las entidades gestoras de este tipo de IIC están reguladas por la Directiva 2011/61/UE, pero dicha regulación no afecta a las propias IIC. Así, en su exposición de motivos se indica que:

La presente directiva no regula los FIA. Por lo tanto, los FIA deben poder seguir siendo regulados y supervisados a nivel nacional. Resultaría desproporcionado regular la estructura o composición de las carteras de los FIA gestionados por GFIA a escala de la Unión y, dados los muy diversos tipos de FIA que estos gestionan, sería difícil realizar una armonización de tal envergadura. La presente directiva no impide, por consiguiente, a los Estados miembros adoptar o seguir aplicando requisitos nacionales en relación con los FIA establecidos en su territorio.

En consecuencia, las rentas obtenidas por los socios o partícipes de los FIA, constituidos y domiciliados en algún Estado miembro de la Unión Europea, no se regularán por lo previsto en el artículo 94.2 de la LIRPF, el cual, como se ha visto, se remite al artículo 94.1 de la citada ley.

Así las cosas, los socios o partícipes de este tipo de IIC se sujetarán a las reglas generales. En consecuencia, tributarán por las rentas derivadas de la transmisión o reembolso

de la acción o participación, las distribuidas por la IIC, y las reducciones de capital y devolución de la prima de emisión, y todo ello, bajo la consideración de renta del ahorro, esto es, de manera similar a como lo hacen los socios o partícipes de las IIC amparadas por la LIIC.

Sin embargo, no podrán acogerse al diferimiento por reinversión, por cuanto no existe una previsión normativa que lo permita.

En fin, no puede descartarse que, en ciertos casos, sea procedente aplicar el régimen de atribución. Más adelante se aborda esta cuestión.

3.1.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales

De acuerdo con lo previsto en el artículo 95.1 de la LIRPF, estos contribuyentes tributarán sobre la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación al día de cierre del periodo impositivo y su valor de adquisición.

Ante la eventualidad de dificultades en la determinación del valor liquidativo, el apartado 3 del referido artículo establece la presunción de que «la diferencia a que se refiere el apartado 1 es el 15 por ciento del valor de adquisición de la acción o participación». Esta presunción, que admite prueba en contrario, libera a la Administración tributaria de la carga de la prueba del valor liquidativo. Sin embargo, no parece posible que, en el curso de la misma, el contribuyente pueda hacer valer una diferencia negativa, por cuanto la norma versa sobre la diferencia positiva.

La renta así imputada se considera mayor valor de adquisición, de manera tal que en los sucesivos periodos impositivos se tributará sobre la diferencia positiva de valores liquidativos. Esa diferencia de valores liquidativos está integrada por la suma de la renta obtenida por la IIC y la variación de valor de su patrimonio. Por tanto, en ausencia de tal variación, el contribuyente tributará sobre la renta obtenida y acumulada por la IIC.

Se trata –bien se comprende– de un régimen que descansa en la técnica propia de la transparencia fiscal, y de ahí que los beneficios distribuidos por la IIC no se integren en la base imponible, sino que minorarán el valor de adquisición de la participación y que, a efectos de la determinación de la renta derivada de la transmisión o reembolso de la participación, las rentas imputadas deban añadirse al valor de adquisición.

La renta imputada se considera renta general en el sentido del artículo 45 de la LIRPF, de manera tal que tributará a la escala general del impuesto. Por el contrario, la renta derivada de la transmisión o reembolso de la participación será renta del ahorro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 b) de la LIRPF.

La imputación de renta por causa de paraíso fiscal se estableció por vez primera en el IRPF mediante la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y otras normas tributarias, siguiendo la estela de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades. Por tal razón, la disposición transitoria octava de la LIRPF, siguiendo el precedente de la disposición transitoria octava de la Ley 40/1998, establece que:

1. A los efectos de calcular el exceso del valor liquidativo a que hace referencia el artículo 95 de esta ley, se tomará como valor de adquisición el valor liquidativo a 1 de enero de 1999, respecto de las participaciones y acciones que en el mismo se posean por el contribuyente. La diferencia entre dicho valor y el valor efectivo de adquisición no se tomará como valor de adquisición a los efectos de la determinación de las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de las acciones o participaciones.

El efecto práctico de la norma transitoria es evitar que se sujeten a tributación, mediante el sistema de la diferencia de valores liquidativos, rentas que afluyeron a la IIC con anterioridad a la entrada en vigor de dicho sistema. No se trata, por tanto, de una suerte de actualización de valor sin carga fiscal, pues esas rentas tributarán, bien por su distribución, bien mediante la transmisión o el reembolso de la participación.

3.1.5. Socios o partícipes de las IIC residentes en Estados terceros

La LIRPF no regula específicamente esta materia. Consultas de la DGT de la segunda mitad de la década de los noventa postularon un criterio de asimilación respecto del régimen aplicable a las IIC españolas y a sus partícipes. En estas consultas se parte de la existencia de un régimen fiscal «específico y favorable» para las IIC y sus partícipes que:

[...] parte de unas premisas recogidas en la propia normativa reguladora y tienen como finalidad encauzar el ahorro hacia unas instituciones que deben caracterizarse por una adecuada gestión de los fondos aportados por los partícipes [...] tales premisas tienen su plasmación concreta en el conjunto de requisitos legales, financieros, mercantiles e, incluso, de control exigidos por la normativa reguladora de las instituciones de inversión colectiva. Son, por tanto, dichos requisitos los que sirven de fundamento al régimen fiscal específico y privilegiado configurado en la normativa referida [...] tales requisitos, además, deben ser exigidos tanto a las entidades constituidas en España como a las constituidas en otros Estados, comunitarios o no, cuyos partícipes se consideran acreedores al régimen fiscal específico de las instituciones de inversión colectiva [...] (consultas de la DGT 2489/1997, de 27 de noviembre –NFC007062–, y 1627/1998, de 8 de octubre –NFC008394–).

Esta doctrina, en sí misma estimable, en cuanto respetuosa del principio de libertad de movimiento de capitales, no conserva su vigencia, toda vez que, como se ha visto, en la actualidad existen normas específicas respecto de los socios o partícipes de las IIC comunitarias y de paraísos fiscales.

Así las cosas, los socios o partícipes de este tipo de IIC se sujetarán a las reglas generales en los mismos términos anteriormente descritos respecto de los FIA. En consecuencia, tributarán por las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la acción o participación, las distribuidas por la IIC, las reducciones de capital, y la devolución de la prima de emisión, y todo ello, bajo la consideración de renta del ahorro, sin que pueda descartarse el régimen de atribución.

No podrán acogerse al diferimiento por reinversión.

3.1.6. Pérdidas patrimoniales

El artículo 37.5 e), f), g) de la LIRPF establece un conjunto de reglas que rechazan el cómputo de las pérdidas patrimoniales cuando se produce la posterior adquisición de los activos transmitidos o de otros homogéneos dentro de ciertos plazos. Esas reglas no mencionan las acciones o participaciones de las IIC, pero, teniendo las mismas la consideración de valores negociables, en cuanto comprendidos en el anexo del Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores (TRLMV), es obvio que serán aplicables las previsiones contenidas en las letras f) y g), según que coticen o no, respectivamente, en alguno de los mercados secundarios de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.

Aun cuando las referidas letras se refieren a la transmisión, parece lógico que, tratándose de valores de IIC, también abarquen el reembolso.

En consecuencia, las pérdidas habidas en la transmisión o el reembolso de esos valores no serán computables si concurren con la adquisición de valores homogéneos dentro del entorno de los dos meses o del año a la transmisión o el reembolso, según que aquellos coticen o no en los mercados a los que se refiere la Directiva 2004/39/CE.

No siendo homogéneos los valores emitidos por distinto emisor, la adquisición de acciones o participaciones en otra IIC no frustrará el cómputo de la pérdida.

De esta manera, la reinversión dentro de la inversión colectiva difícilmente impedirá el cómputo de la pérdida patrimonial, en tanto que sí puede impedir el cómputo de la ganancia patrimonial.

3.2. Tributación de los socios o partícipes personas jurídicas residentes en territorio español

Al igual que en el caso de socios o partícipes personas físicas, en función de la calificación de la IIC, cabe distinguir los siguientes regímenes:

- Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC.
- Socios o partícipes de las IIC reguladas en la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC constituidas en Estados terceros.

3.2.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC

En este grupo, a diferencia de lo que acontece respecto de los socios personas físicas, debe efectuarse una distinción, según que las IIC tributen al tipo especial de gravamen del 1 % o lo hagan al tipo general. En efecto, el artículo 94.1 de la LIRPF proyecta su regulación respecto de los contribuyentes que sean socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC, pero el artículo 53.1 de la LIS, mediante una remisión al artículo 52.1 de dicha ley, lo hace respecto de los socios de las IIC reguladas en la LIIC, con excepción de las sometidas al tipo general de gravamen.

A los socios o partícipes de las IIC sujetas al tipo general de gravamen no les serán de aplicación las especialidades previstas en el artículo 53.1 de la LIS, las cuales, como se verá, restringen la eliminación de la doble imposición. No existiendo tal eliminación en el IRPF, la diferencia apuntada no implica una divergencia sustancial de criterio regulador.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 53 y 17.6 de la LIS, los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC deben tributar cuando hagan efectiva la renta derivada de su inversión, por causa de los siguientes hechos:

- Reembolso o transmisión de participaciones o acciones en la IIC.
- Percepción de rentas distribuidas por la IIC.
- Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada por la IIC.
- Distribución de la prima de emisión de acciones.

3.2.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 53.1 de la LIS, la renta así obtenida se integra en la base imponible sin derecho a la exención de dividendos y plusvalías de cartera procedentes de participaciones significativas prevista en el artículo 21 de la referida ley.

La no aplicación de la exención del artículo 21 es técnicamente correcta cuando las rentas obtenidas por la IIC hubiesen consistido en intereses u otras rentas que hubieren constituido gasto fiscalmente deducible en sede del pagador, pero no así cuando tales rentas fueren dividendos o participaciones en beneficios procedentes de beneficios obtenidos por entidades sujetas a tributación sobre los mismos, pues, en tal caso, se provoca un supuesto de doble imposición.

No obstante, si la IIC hubiere tributado al tipo general de gravamen, sí procedería la exención citada, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto.

El artículo 53.1 rechaza la aplicación de la exención prevista en el artículo 21, pero no las previsiones de dicho precepto que no versen sobre la exención, y de ahí podría inferirse que serían aplicables las reglas concernientes a las rentas negativas establecidas en su apartado 6, de manera tal que solo serían computables las rentas negativas derivadas del reembolso o transmisión de acciones o participaciones no significativas, esto es, que otorguen un porcentaje de participación inferior al 5 % o que tengan un valor de adquisición inferior a 20 millones de euros. Se estima que esta interpretación no sería acertada. En efecto, el artículo 53.1 de la LIS establece la integración en la base imponible de «las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso» sin distinguir entre rentas positivas o negativas y, por otra parte, el no cómputo de las pérdidas está asociado a la exención de las rentas positivas.

El artículo 53.1 también niega a los socios o partícipes la aplicación de «las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de esta ley», esto es, las previstas para evitar o paliar la doble imposición internacional, jurídica y económica, respectivamente, cometiendo un error de técnica tributaria, puesto que aquel precepto regula la tributación de rentas derivadas de IIC constituida y domiciliadas en territorio español, de manera tal que las mismas no habrán estado sujetas a tributación en el extranjero.

A diferencia de lo establecido para los socios o partícipes que sean contribuyentes del IRPF, no se prevé un régimen de diferimiento por reinversión.

3.2.1.2. Rentas distribuidas por la IIC

El artículo 53.1 de la LIS también ordena integrar en la base imponible «los dividendos o participaciones en beneficios» distribuidos por la IIC, sin que el socio o partícipe pueda

aplicar la exención del artículo 21, e igualmente niega la aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición internacional, lo cual ha de reputarse erróneo por contemplar un supuesto de hecho imposible.

No obstante, si la IIC hubiere tributado al tipo general de gravamen, sí procedería la exención citada, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto.

3.2.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones

El artículo 17.6 de la LIS establece, con carácter general, que «en la reducción de capital con devolución de aportaciones se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor de mercado de los elementos recibidos sobre el valor fiscal de la participación».

Sin embargo, respecto de sociedades de inversión reguladas por la LIIC que tributen al tipo de gravamen del 1 %:

[...] el importe total percibido en la reducción de capital con el límite del aumento del valor liquidativo de las acciones desde su adquisición o suscripción hasta el momento de la reducción de capital social se integrará en la base imponible del socio sin derecho a ninguna deducción en la cuota íntegra (tercer párrafo del art. 17.6 de la LIS).

Se trata –bien se comprende– de una regla especial que agrava el régimen de la reducción de capital con devolución de aportaciones respecto del previsto en la regla general, lo que no sucede en el caso de los socios personas físicas, por cuanto, respecto de los mismos, la regla especial está construida a tenor de la regla general relativa a la reducción de capital con devolución de aportaciones para el caso de valores no cotizados prevista en el artículo 33.3 a) de la LIRPF.

La falta de sintonía ha de cargarse en la cuenta del IS, cuya regla general concerniente a la reducción de capital con devolución de aportaciones no afina al modo en como lo hace la LIRPF en relación con los valores no cotizados.

Tratándose de sociedades de inversión que tributen a tipo general, habrá de estarse a la regla general.

3.2.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones

También en el caso de la distribución de la prima de emisión se establece, respecto de las sociedades de inversión reguladas por la LIIC, que tributen al tipo de gravamen del 1 %; una regla más restrictiva que la establecida con carácter general.



En efecto, la regla general ordena integrar en la base imponible el exceso del importe recibido sobre el valor de adquisición de la participación, en tanto que la concerniente a dichas entidades, establecida en el cuarto párrafo del artículo 17.6 de la LIS, prevé que:

Cualquiera que sea la cuantía que se perciba en concepto de distribución de la prima de emisión realizada por dichas sociedades de inversión de capital variable, se integrará en la base imponible del socio sin derecho a deducción alguna en la cuota íntegra.

Se aplicará la regla general cuando la sociedad de inversión tribute al tipo general de gravamen.

3.2.2. Socios o partícipes de las IIC reguladas en la Directiva 2009/65/CE

El artículo 53.2 de la LIS extiende la aplicación de lo previsto para las IIC amparadas por la LIIC, y sujetas a tipo de gravamen del 1 %, en relación con las rentas distribuidas y las derivadas de la transmisión o reembolso de la participación, a los socios o partícipes de las IIC, reguladas por la Directiva 2009/65/CE, inscritas en el registro especial de la CNMV.

La misma regla prevé el artículo 17.6 de la LIS respecto de las rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la distribución de la prima de emisión de acciones.

Respecto de estos socios o partícipes, sí tiene sentido la regla que respecto de los socios o partícipes de IIC constituidas y domiciliadas en España no lo tiene, consistente en negar «la aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de esta ley».

En cuanto a las rentas negativas derivadas de la transmisión o el reembolso, deberán ser computadas por las razones anteriormente expuestas.

3.2.3. Socios o partícipes de las IIC constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales

El artículo 54 de la LIS establece las mismas reglas que las previstas en el artículo 95 de la LIRPF, anteriormente examinadas, de manera que los socios o partícipes personas jurídicas también tributan sobre los beneficios obtenidos y acumulados por las IIC en función de la diferencia positiva de valores liquidativos, operando igualmente la presunción del 15 % sobre el valor de adquisición de la participación, y la norma transitoria, la séptima,

que ordena tomar como valor de adquisición inicial el valor liquidativo existente «el primer día del primer periodo impositivo al que haya sido de aplicación la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades».

La imputación integrada en la base imponible se considerará «mayor valor de adquisición» y las rentas distribuidas por la IIC «no se integrarán en la base imponible y minorarán el valor de adquisición de la participación».

Las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación podrán integrarse en la base imponible, por cuanto la norma nada establece sobre el particular.

3.2.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE

El artículo 53.2 de la LIS solamente extiende la aplicación del régimen fiscal previsto para los socios o partícipes de las IIC sujetas a la LIIC a los de las reguladas por la Directiva 2009/65/CE.

Ciertamente, por lo que se refiere a la reducción de capital con devolución de aportaciones y a la distribución de la prima de emisión, el artículo 17.6 de la LIS expresamente prevé que las reglas que en el mismo se establecen específicamente respecto de las IIC reguladas en la LIIC también se aplicarán a «organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable que estén registrados en otro Estado». Ahora bien, estas reglas se refieren a la determinación del importe de la renta, de manera tal que la cuestión de la aplicación de la exención de plusvalías del artículo 21 de la LIS queda en pie, habida cuenta de que la renta derivada de la reducción de capital, y por ende de la prima de emisión, sigue el régimen de las rentas obtenidas en la transmisión de la participación. Y por lo que concierne a las rentas procedentes de las distribuciones de beneficios y de la transmisión o reembolso de la participación, no existe previsión específica alguna.

En este punto, se abren dos alternativas; a saber, entender aplicable lo previsto respecto de los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC o, simplemente, entender aplicables las normas concernientes a dividendos y plusvalías del artículo 21 de la LIS.

La primera alternativa es débil frente al reproche de la analogía. La segunda es respetuosa con las reglas de relación entre las normas generales y las especiales, pero, como se verá, lleva a consecuencias inapropiadas.

El artículo 21 versa sobre los «dividendos o participaciones en beneficios de entidades así como sobre la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad», de manera tal que esas rentas, cuando provienen de IIC, también entran dentro de su ámbito de aplicación.

Como se ha expuesto, el artículo 53.1 de la LIS excluye, respecto de los socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC que tributan al tipo de gravamen del 1 %, la aplicación de la «exención prevista en el artículo 21 de esta ley», y su apartado 2 extiende tal régimen a los socios de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE. Por tanto, tal exclusión no parece afectar a los socios o partícipes de las IIC distintas de las mencionadas. En particular, a los socios o partícipes de las IIC extranjeras no amparadas por la Directiva 2009/65/CE.

Naturalmente, la aplicación de la exención requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos, esto es, porcentaje de participación mantenido durante un año igual o superior al 5 % o valor de adquisición de la participación superior a 20 millones de euros y, lo que es más relevante, sujeción y no exención de la IIC extranjera a un tipo de nominal de gravamen no inferior al 10 %, si bien tal requisito se entiende cumplido cuando medie un convenio para evitar la doble imposición.

De esta manera, los socios o partícipes de las IIC extranjeras no sujetas a la disciplina de la normativa prudencial de raíz comunitaria podrán disfrutar de una exención que se niega a los de las IIC amparadas por la misma.

En cuanto al cómputo de las rentas negativas derivadas de la transmisión o el reembolso de acciones participaciones, no basta con que concurra la característica de no ser significativas, sino que, además, es necesario que la IIC esté sujeta y no exenta a tributar sobre sus beneficios a un tipo nominal de gravamen no inferior al 10 %, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 c) de la LIS, si bien tal requisito se entiende cumplido cuando la entidad en cuestión sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información. Por tanto, dado que todos los convenios bilaterales concluidos con los Estados miembros contienen cláusula de intercambio de información, las pérdidas podrán ser computables en los términos expuestos.

Véase a lo que se ha llegado con la interpretación que postula la aplicación del régimen general que, por otra parte, es la más acorde con una interpretación sistemática. Los socios o partícipes que ostenten participaciones significativas podrán disfrutar de exención respecto de los beneficios distribuidos por la IIC y las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de la participación, cualquiera que sea el tipo de gravamen al que esté sujeta la IIC extranjera, siendo así que este régimen de exención no lo tendrán los socios o partícipes de las IIC constituidas al amparo de la LIIC o de la Directiva 2009/65/CE, si bien, no podrán computar las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación. Y aquellos que no ostenten una participación no significativa, no disfrutarán de exención, pero sí podrán computar la pérdida al mediar un convenio bilateral con cláusula de intercambio de información, ya que el convenio da por cumplido el requisito del artículo 21.1 b) de la LIS, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 b).

Ciertamente, no parece apropiado que los socios o partícipes, personas jurídicas, de las IIC no sujetas a la regulación prudencial de raíz comunitaria, que incluso han podido estar exentas o tributar a un tipo de gravamen simbólico, puedan disfrutar de exención respecto de las participaciones en beneficios y plusvalías procedentes de las mismas, cuando tal ventaja no se otorga en relación con las IIC sujetas a dicha regulación prudencial.

El vacío normativo es notorio y sus efectos, sorprendentes. Este vacío ya se producía con la Ley 43/1995, pero en aquel entonces la aplicación del régimen general no provocaba serias distorsiones por cuanto los dividendos procedentes de participaciones significativas no estaban exentos, sino que tributaban en régimen de imputación, y las plusvalías tampoco estaban exentas. La exención de dividendos y plusvalías del artículo 21 de la LIS ha variado el tablero y la inversión colectiva no ha movido ficha.

Más todavía, de acuerdo con las reglas generales, el socio o partícipe tendrá derecho a la deducción, sujeta a imputación ordinaria, de las retenciones que sobre el dividendo distribuido hubiera podido practicar la IIC extranjera no amparada por la Directiva 2009/65/CE, cuando, si lo estuviere, operaría la exclusión prevista en el artículo 53.2 de la LIS.

En fin, no puede descartarse la aplicación del régimen de atribución a estos socios o partícipes, de acuerdo con lo que más adelante se expone.

3.2.5. Socios o partícipes de las IIC constituidas en Estados terceros

Estos socios se hallan en idéntica situación a los de las IIC residentes en Estados miembros no amparadas por la Directiva 2009/65/CE. Por tanto, nos remitimos a lo dicho anteriormente.

3.3. Tributación de los socios o partícipes residentes en el extranjero

Los socios o partícipes no residentes en territorio español de las IIC residentes en territorio español están sujetos al IRNR respecto de las rentas derivadas de su inversión. Esas rentas son las mismas que afluyen a los socios o partícipes residentes en territorio español:

- Percepción de rentas distribuidas por la IIC.
- Reembolso o transmisión de participaciones o acciones en la IIC.
- Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada por la IIC.
- Distribución de la prima de emisión de acciones.



3.3.1. Rentas distribuidas por la IIC

Estas rentas se entienden obtenidas en territorio español por tratarse de «dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en fondos propios de entidades residentes en España», en el sentido del artículo 13.1 f).1.º del TRLIRNR.

3.3.2. Rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones

Estas rentas se entienden obtenidas en territorio español por tratarse de ganancias patrimoniales derivadas de «valores mobiliarios emitidos por personas o entidades residentes en territorio español», en el sentido del artículo 13.1 i).1.º del TRLIRNR.

Sobre las mismas se proyectan dos exenciones. La primera ampara, con carácter general, a todos los residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR. La segunda ampara a cualquier no residente, siempre que el reembolso o la transmisión se haya realizado «en alguno de los mercados oficiales de valores españoles», en el sentido del artículo 14.1 i) del TRLIRNR. Se tratará, por tanto, de las acciones o participaciones de las sociedades y fondos de inversión del artículo 79 del RIIC.

El importe de la renta se determina, según la remisión establecida por artículo 24.4 del TRLIRNR, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 94.1 a) de la LIRPF, excepción hecha del diferimiento por reinversión. Esta remisión también ha de proyectarse respecto de los coeficientes reductores de la disposición transitoria novena de la LIRPF, si bien solo para el caso de socios o partícipes que sean personas físicas.

3.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones

En virtud de la remisión que, a efectos de la calificación de rentas, efectúa el artículo 13.3 del TRLIRNR a las normas reguladoras del IRPF, estas rentas, en los términos previstos en el artículo 33.3 a) de la LIRPF, tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario, entendiéndose obtenidas en territorio español de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1 f).1.º del TRLIRNR.

3.3.4. Rentas derivadas de la distribución de la prima de emisión

En virtud de la mencionada remisión, estas rentas tendrán la consideración de rendimientos del capital mobiliario, en los términos previstos en el artículo 25.1 e) de la LIRPF, de manera tal que se entenderán obtenidas en territorio español de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1 f).1.º del TRLIRNR.

3.3.5. Acciones o participaciones afectas a establecimiento permanente

Cuando los socios o partícipes no residentes operen en España a través de un establecimiento permanente al que se afecten las acciones o participaciones en la IIC residente en territorio español, tributarán de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 53 de la LIS.

4. Aspectos particulares de la tributación de las IIC y de sus socios o partícipes

Bajo tal etiqueta, seguidamente se comentan sucintamente algunas materias de diversa contextura, en cuanto afectan a las IIC o a sus socios o partícipes.

4.1. Eliminación de la doble imposición

Aun cuando al exponer la tributación de los socios o partícipes de las IIC esta materia ya ha sido abordada, conviene volver sobre ella, parangonando la situación del inversor colectivo respecto del inversor individual.

4.1.1. Socios o partícipes personas jurídicas

4.1.1.1. Doble imposición económica

Cuando la IIC está sujeta a la LIIC y tributa al tipo del 1 %, o a la Directiva 2009/65/CE, sus socios o partícipes no tienen derecho a la exención del artículo 21 de la LIS.

Por tanto, estos socios o partícipes sufren doble imposición económica, interna o internacional.

Desde la perspectiva de la eliminación de la doble imposición económica, tanto interna como internacional, la inversión a través de una IIC sufre una penalización por comparación con aquella inversión directa que reúne los requisitos para disfrutar del régimen de exención de dividendos o plusvalías del artículo 21 de la LIS.

Esta penalización es débil cuando los ingresos de la IIC son intereses o asimilados, por cuanto el impuesto subyacente es del 1 %, y es fuerte cuando son dividendos o participaciones en beneficios, por cuanto a ese gravamen se une el de la entidad operativa de la que proceden los dividendos.

En este sentido, para participaciones significativas, es inconveniente la interposición de un vehículo de inversión colectiva regulado por la LIRPF y que tribute al 1 % o amparado por la Directiva 2009/65/CE.

El mismo razonamiento cabe respecto de la eliminación de la doble imposición económica internacional por el método de imputación, puesto que estos socios o partícipes no tienen derecho a la deducción del artículo 32 de la LIS.

Sin embargo, respecto del resto de las IIC, sus socios o partícipes sí podrán disfrutar de la eliminación de la doble imposición económica interna, por el método de exención, o internacional, sea por el método de exención o por el de imputación, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 21 o 32 de la LIS, respectivamente. Es habitual que las IIC extranjeras disfruten de un régimen de exención o asimilado y, puesto que, si residen en un país con el que media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, se dará por cumplido el requisito de tipo de gravamen mínimo del 10 %, es concebible la obtención de rentas totalmente desfiscalizadas a través de IIC, no amparadas por la Directiva 2009/65/CE, residentes en un país con convenio.

En fin, puesto que los artículos 21 y 32 de la LIS determinan la eliminación de la doble imposición económica, tanto en el plano interno como en el internacional, deben entenderse que dan cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2001/96/CE, matriz-filial. Siendo esto así, el artículo 53.2 de la LIS tiene por efecto la exclusión de las rentas distribuidas por las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE del régimen previsto en aquella directiva. Sin embargo, esta exclusión no parece infringir la citada Directiva matriz-filial, por cuanto las IIC no están mencionadas entre las formas jurídicas relacionadas en la lista a la que hace referencia el artículo 2 a) iii) de la misma.

4.1.1.2. Doble imposición jurídica

Las retenciones que una jurisdicción fiscal extranjera haya podido practicar respecto de las rentas pagadas por una IIC amparada por la Directiva 2009/65/CE no serán deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.2 de la LIS. Sí lo serán las practicadas sobre las rentas pagadas por cualquier otro tipo de institución colectiva extranjera, en los términos previstos en el artículo 31 de la LIS o del correspondiente convenio bilateral para eliminar la doble imposición internacional.

De esta suerte, paradójicamente, los socios o partícipes de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE sufren peor trato. Sin embargo, la preferencia de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición respecto de la legislación interna permitirá la deducción.

4.1.2. Socios o partícipes personas físicas

Estos contribuyentes sufrirán la doble imposición económica, en paridad de trato con los rendimientos y ganancias patrimoniales realizados mediante inversión individual. En

efecto, la LIRPF no contempla ningún mecanismo para aliviar la doble imposición económica, sea interna o internacional. Por tanto, tampoco puede negarlo en relación con la inversión colectiva.

Sin embargo, sí pueden aplicar la deducción para evitar la doble imposición internacional jurídica en los términos previstos en el artículo 80 de la LIRPF, a diferencia de lo que acontece respecto de los socios o partícipes personas jurídicas, cualquiera que sea el lugar de la residencia de la IIC.

4.2. Aplicación del régimen de fusiones y operaciones asimiladas

El capítulo IV del título II del RIIC establece las normas relativas a las operaciones de disolución, liquidación, transformación, fusión y escisión de IIC.

4.2.1. Fusión

Las operaciones de fusión y asimiladas, en sus distintas modalidades, entre IIC, son jurídicamente viables al amparo de lo previsto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; la LIIC y el RIIC. En cuanto formalizadas con sujeción a esas normas, merecen la aplicación del régimen fiscal del capítulo VII del título VII de la LIS, aun cuando las entidades concernidas no revistan la forma de sociedad mercantil, sino de fondo de inversión, habida cuenta de que el artículo 76.6 de la LIS declara aplicable tal régimen a todos los contribuyentes del IS, con tal de que esas operaciones «produzcan resultados equivalentes» a los descritos en el apartado 1 del artículo 76.

La conclusión precedente también es válida para el caso de las fusiones transfronterizas, en cuanto las mismas sean jurídicamente viables, por cuanto el artículo 76.6 de la LIS ampara a todos los contribuyentes del IS, incluso a aquellos que, como las IIC, no están mencionados en el anexo 1 de la Directiva 2009/133/CE.

Son bastantes las consultas de la DGT que, tanto bajo el Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS), como de la LIS³², han declarado aplicable el régimen fiscal especial al caso

³² Consulta de la DGT V0773/2015, de 10 de marzo (NFC054277):

En el presente caso, se pretende efectuar la cesión en bloque del patrimonio de varios fondos de inversión, en el momento de su disolución sin liquidación, en favor de una SICAV residente en Luxemburgo y se asignaría a distintos compartimentos de la misma. Los partícipes de los fondos fusionados se convertirán en accionistas de la SICAV luxemburguesa recibiendo acciones representativas del correspondiente subfondo compartimento, pero no recibirán pago

de la absorción de IIC constituidas en España, sean fondos o sociedades de inversión, por IIC, sean fondos o sociedades de inversión.

Cuando la IIC adquirente resida en el extranjero, las plusvalías latentes en los activos financieros de las IIC españolas absorbidas deberán integrarse en sus bases imponibles, por cuanto tales activos no quedan afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español, como así lo exige el artículo 77.1 a) de la LIS³³. No será esto un obstáculo, habida cuenta del tipo de gravamen del 1 % y de la extensión de la valoración por el valor razonable establecida por las normas contables aplicables.

El efecto relevante del régimen fiscal especial se produce en sede de los socios o partícipes, pues las plusvalías latentes en sus acciones o participaciones no se gravarán, valorándose las acciones o participaciones recibidas por el valor de las entregadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 de la LIS.

Sabido es que la práctica administrativa, a raíz de la modificación introducida en la denominada «cláusula antiabuso» por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha venido entendiendo que la acreditación de motivos económicos válidos es un requisito para la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones y operaciones asimiladas. Desde entonces, una nube de consultas se ha cernido sobre la DGT. Nótese que el legislador de la Ley 14/2000 animaba a ello³⁴, tal vez

en metálico alguno como consecuencia de la fusión, con independencia de cuál sea el tipo de canje, ya que se permite el fraccionamiento en decimales de las acciones del correspondiente compartimento absorbente.

Por tanto, si el supuesto de hecho a que se refiere la consulta se realiza en el ámbito mercantil, al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y conforme a lo establecido en la Ley de instituciones de inversión colectiva y en su reglamento de desarrollo, en relación con los fondos de inversión que intervienen en la fusión, y se cumple lo dispuesto en el artículo 76.1 de la LIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VII del título VII de la LIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo.

³³ Consulta de la DGT V2896/2017, de 13 de noviembre (NFC067094):

[...] se pretende fusionar una sociedad de inversión de capital variable (en adelante, SICAV) domiciliada fiscalmente en España, contribuyente del impuesto sobre sociedades, siendo la entidad absorbente una entidad SICAV luxemburguesa. Por tanto, en la medida en que los elementos patrimoniales de la entidad absorbida no quedaran afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español, la SICAV consultante deberá integrar en su base imponible las rentas derivadas de la transmisión de los elementos consecuencia de la fusión, en los términos previstos en el artículo 77.1 a) de la LIS [...].

³⁴ Artículo 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades, según redacción del artículo 2.6 de la Ley 14/2000:

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

impremeditadamente, pues la apreciación de la motivación de una operación rebasa el marco interpretativo de las normas tributarias; es tarea distinta de fijar el régimen, la clasificación o la calificación tributaria correspondientes al caso.

Las consultas sobre fusiones de las IIC han sido relativamente abundantes en los últimos años. En todas ellas, los consultantes han esgrimido razones bastantes similares y la DGT las ha venido considerando suficientes, en orden a la existencia de motivos económicos válidos, por más que en los círculos financieros haya venido flotando la noticia de que la verdadera finalidad de algunas de ellas pudiera ser la de evitar los efectos adversos de una eventual modificación legislativa temida a raíz de los pactos de investidura PP-Ciudadanos³⁵. Al parecer, algunos de los potencialmente afectados consideraron que la solución más inmediata era una absorción de las sociedades de inversión por fondos de inversión debidamente compartimentados, habida cuenta de que estos no estaban afectados por lo previsto en tales pactos, y otros decidieron que la medida más expeditiva era cruzar la frontera mediante una fusión por absorción con una IIC luxemburguesa³⁶, si bien alegando motivaciones extrafiscales³⁷.

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.

En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en este y cualesquiera otros tributos.

³⁵ Punto 8 del Pacto PP-Ciudadanos:

Devolver a la Agencia Tributaria el control fiscal de las SICAV, haciendo que las que no sean auténticas instituciones de inversiones colectivas no tributen al tipo privilegiado del 1 % sino al tipo general del impuesto de sociedades.

Se promoverá 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. Para lograr este fin, solo se computarán a efectos del número mínimo de 100 accionistas, los que tengan una participación superior al 0,55 % (RTVE, s. f., p. 5).

³⁶ «El miedo a inminentes cambios fiscales son un punto clave. "Las fusiones transfronterizas son un procedimiento reglado, que permite que la sicav cambie de jurisdicción de una forma menos complicada" [...]» (*Cinco Días*, 2017, octavo párrafo).

³⁷ Consulta de la DGT V2896/2017, de 13 de noviembre (NFC067094):

[...] mediante la operación de fusión con la SICAV luxemburguesa planteada se persigue abandonar el régimen regulatorio de las SICAV españolas, toda vez que en España estos vehículos gozan de una publicidad excesiva frente al gran público en cuanto a la identidad de los accionistas relevantes; y, adicionalmente, seguir en el marco de un vehículo de inversión sometido a reglas de armonización, que permiten un mayor control regulatorio de la gestión y la depositaria de los activos. Estos motivos pueden considerarse igualmente válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS [...].

En una operación de fusión de IIC puramente interna, el consultante, además de exponer un abigarrado conjunto de motivos económicos, en línea con los que habitualmente se habían venido exponiendo en consultas precedentes, indicó que también pretendía el diferimiento en la tributación de las plusvalías de los socios o partícipes de la IIC absorbida³⁸, lo que dio pie a que la DGT afirmara que:

Si bien estos motivos, en conjunto, pueden considerarse válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS, debe tenerse en cuenta que uno de estos motivos conlleva una ventaja fiscal, en caso de aplicación de un régimen de diferimiento en el IRPF en la transmisión de las participaciones del fondo de inversión. Por tanto, si el principal motivo de esta operación es acceder a ese diferimiento en caso de que resultará de aplicación, se entendería que la misma no es económicamente válida, por cuanto conllevaría principalmente una ventaja fiscal, cuestión que podrá ser analizada por los órganos de comprobación³⁹.

Hay, en toda la peripecia descrita, varias enseñanzas.

³⁸ Consulta de la DGT V1957/2016, de 9 de mayo (NFC060081):

En el escrito de consulta se indica que las operaciones planteadas se realizan con la finalidad de concentrar en una IIC la gestión de carteras e instituciones separadas, lo que redundará en el aumento de la eficiencia en la gestión; la mejora de las políticas de inversión, gracias al aumento del patrimonio de la entidad resultante; el ahorro de costes de administración y gestión por la unificación de instituciones sujetas a distintas exigencias regulatorias; alcanzar economías de escala que supongan una reducción del TER (*total expenses ratio*) para el inversor de ambas instituciones, como consecuencia de la eliminación de costes fijos duplicados y la reducción del coste unitario de costes variables; concentrar un mayor volumen de activos en un único vehículo inversor, consiguiendo que el fondo de inversión sea más atractivo para inversores futuros; mejorar la protección de los intereses de todos los inversores con independencia del volumen de inversión; mejorar la gestión en momentos de recesión por reducción del riesgo de desinversión forzada consecuencia del mayor volumen de activos gestionados y distribución del capital invertido; dotar de una mayor liquidez a los socios de la entidad; integrar a los socios de la entidad en una entidad acorde con el marco de la Unión Europea para los fondos de inversión; mejorar la seguridad de los socios de la entidad por efecto de la privacidad de la información sobre la titularidad de las participaciones significativas; y, finalmente, la aplicación del régimen de diferimiento en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en la transmisión de las participaciones del fondo de inversión. Si bien estos motivos, en conjunto, pueden considerarse válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS, debe tenerse en cuenta que uno de estos motivos conlleva una ventaja fiscal, en caso de aplicación de un régimen de diferimiento en el IRPF en la transmisión de las participaciones del fondo de inversión. Por tanto si el principal motivo de esta operación es acceder a ese diferimiento en caso de que resultará de aplicación, se entendería que la misma no es económicamente válida, por cuanto conllevaría principalmente una ventaja fiscal, cuestión que podrá ser analizada por los órganos de comprobación.

³⁹ Vid. *Cinco Días* (2016).

En primer lugar, no parece que una fusión planeada para sortear una eventual reforma legislativa, cuyo modesto objetivo era garantizar el carácter colectivo de la inversión en sede de las sociedades de inversión, pudiera ser considerada como un motivo económico válido, pero de ahí no se infiere que la operación proyectada se hubiera de realizar con una finalidad fraudulenta, en el sentido de violentar el espíritu y finalidad de una norma vigente. En este sentido, difícilmente podía ser atacada mediante una norma antiabuso, aunque sí mediante la elevación de los motivos económicos válidos a la categoría de requisito de aplicación del régimen fiscal.

En segundo lugar, es claro que el diferimiento en la tributación de las plusvalías latentes no es un motivo económico válido, sino un efecto del régimen fiscal. Yerra el consultante al alegarlo bajo tal concepto, y arrastra al error a la DGT. Perseguir ese efecto fiscal no puede, sin embargo, calificar la operación de fraudulenta. Como tampoco puede rechazarse la aplicación del régimen fiscal especial por razón de que la operación se realice para engendrar legítimamente una situación apropiada a los efectos de disfrutar de un mejor régimen fiscal⁴⁰.

Seguramente, se está ante un episodio más de las distorsiones generadas por la incorrecta trasposición de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434/CEE a raíz de la Ley 14/2000.

Ahora bien, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 8 de marzo de 2007 (asunto C-14/16 –NFJ065785–) caso Euro Park Service, en la que el TJUE advirtió que:

[...] en la medida en que la norma controvertida en el asunto principal exige de forma sistemática e incondicional para conceder el beneficio de la tributación diferida de las plusvalías en virtud de la Directiva 90/434, que el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales (apartado 56),

tal norma pugna con el principio de seguridad jurídica y con el tenor literal y el espíritu y finalidad del artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE. Parece claro que la tesis de la acreditación de los motivos económicos válidos, a modo de requisito para la aplicación del régimen

⁴⁰ Consulta de la DGT V0760/2008, de 10 de abril (NFC029019):

[...] En el escrito de consulta se indica que la operación planteada se realiza con la finalidad de obtener unas ventajas estructurales y operativas, sin perjuicio de que se obtendrá una ventaja fiscal indirecta [...] de manera que existiendo motivos económicos que justifican la operación, no es impedimento que con esta se consiga además una mayor eficiencia fiscal, como puede ser la aplicación futura de lo establecido en el artículo 94.1 de la Ley 35/2006 para los socios de una de las sociedades fusionadas [...].

fiscal, ha periclitado. En este sentido, tal vez fuese oportuna una reconsideración de la doctrina administrativa sobre el particular⁴¹, a lo que da pie el último inciso del artículo 89.2 de la LIS, a cuyo tenor, las actuaciones de regularización administrativa «eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal».

En tercer lugar, hay que tener presente que toda modificación de la normativa fiscal que afecte a los activos financieros ha de contar con que la libertad de movimiento de capitales puede no solo frustrar los objetivos pretendidos, por muy loables que estos sean, sino provocar efectos contraproducentes.

Cuando la IIC transmitente tribute al tipo general de gravamen y la adquirente lo haga al tipo especial reducido del 1 %, se aplicará lo previsto en el último párrafo del artículo 77.1 de la LIS, a cuyo tenor:

Se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de las operaciones a que se refiere este apartado aunque la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial. Cuando la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial distinto de la transmitente, la renta derivada de la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, realizada con posterioridad a esta, se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario durante el tiempo de tenencia del elemento transmitido. La parte de dicha renta generada hasta el momento de realización de la operación será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente.

Se observará que el precepto no contempla el caso en que la entidad adquirente tribute al tipo general de gravamen y la transmitente lo haga al tipo especial reducido del 1 %.

En fin, en cuanto a la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias, se aplicarán las reglas previstas en el artículo 84 de la LIS.

La doctrina administrativa ha considerado que la agrupación de dos compartimentos de un mismo fondo no constituye una operación de fusión⁴².

⁴¹ Siguiendo a Delgado:

[...] la sentencia Europark nos trae dos elementos de importancia [...] exigiendo que sea la Administración tributaria la que deba comenzar aportando los indicios de fraude o de ausencia de motivos económicos válidos [...] (Delgado, 2018, p. 343).

⁴² Consulta de la DGT V1788/2005, de 16 de septiembre (NFC040654):

[...] en la medida en que las operaciones planteadas se realizan entre compartimentos de fondos de una SICAV o subfondos, que no tienen la consideración de entidades independientes a efectos fiscales, ni tampoco les resulta de aplicación la Directiva 90/434/CEE, no podrán aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS [...].

4.2.2. Aportaciones no dinerarias

Bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 87 de la LIS, podrán realizarse aportaciones de acciones o participaciones a las sociedades de inversión colectiva, bajo el régimen de diferimiento propio del capítulo VII del título VII de dicha ley.

No obstante, la consulta de la DGT 521/1998, de 1 de abril (NFC074155), vigente con la Ley 43/1995, negó tal posibilidad por entender que la tributación al 1 % equivalía a una exención. Sin embargo, este criterio ha de entenderse superado en virtud de lo previsto en el último párrafo del artículo 77.1 de la LIS, concerniente a las operaciones en las que la entidad adquirente «disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial».

Es cierto, sin embargo, que este precepto se proyecta respecto de operaciones trabadas entre entidades, de manera tal que no parece cubrir las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas. Sin embargo, cabe interpretar que el artículo 87.1 de la LIS supera esa limitación, en la medida en que declara aplicable en bloque el régimen del capítulo VII del título VII a las aportaciones no dinerarias realizadas por contribuyentes del IRPF, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en aquel. En tal caso, el tipo de gravamen aplicable respecto de la ulterior plusvalía, en la parte lineal correspondiente, debería ser el de la escala del ahorro del IRPF.

Con todo, es posible que la doctrina o la práctica administrativa sigan contemplando con reticencia esta operación, habida cuenta de la gran disparidad existente entre la tributación de las rentas, sean dividendos o ganancias patrimoniales, en sede de las personas físicas o en sede de las IIC. Esa disparidad es, precisamente, la que anima lo previsto en el artículo 21.4 b) de la LIS, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social⁴³, de manera tal que la parte de plusvalía generada con anterioridad a la aportación no disfruta de exención.

⁴³ Artículo 21.4 b) de la LIS:

En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención prevista en el apartado anterior tendrá las especialidades que se indican a continuación:

[...]

b) Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII de esta ley y la aplicación de dichas reglas hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, derivadas de la aportación de participaciones en entidades.

En este supuesto, cuando las referidas participaciones sean objeto de transmisión en los dos años posteriores a la fecha en que se realizó la operación de aportación, la exención no se aplicará sobre la diferencia positiva entre el valor fiscal de las participaciones recibidas por la entidad adquirente y el valor de mercado en el momento de su adquisición, salvo que se acredite que las personas físicas han transmitido su participación en la entidad durante el referido plazo.

Esta norma también es aplicable para determinar la base imponible de las IIC, pero no cierra el paso a la aplicación, antes comentada, del mandato del artículo 77.1 en relación con el artículo 87.1 de la LIS. Así pues, la parte de plusvalía afectada por la restricción a la aplicación de la exención se integrará plenamente en la base imponible, pero no tributará al tipo especial reducido del 1 %, sino al de la escala del ahorro del IRPF.

Ciertamente, el criterio precedente podría ser tachado de imaginativo o esotérico. Sin embargo, admitiendo lo esotérico de una tributación en sede del IS por un tipo de gravamen del IRPF, no podrá negarse que el mismo responde a la filosofía de la norma aplicable, esto es, no rechazar el régimen de diferimiento por causa de la diferencia de tipos de gravamen, pero sin permitir la aplicación del tipo diferente respecto de rentas existentes en el momento de realizar la operación de aportación.

En cuanto a la extensión de la renta derivada de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, parece claro que los elementos patrimoniales existentes son las acciones o participaciones aportadas, y que la renta derivada de los mismos lo serán las ganancias patrimoniales inherentes a su transmisión en la parte generada antes de la aportación, pero también los dividendos correspondientes a beneficios inequívocamente existentes en el momento de la realización de la aportación. Por el contrario, los dividendos imputables a beneficios generados con posterioridad no serán rentas existentes en el momento de la operación. Estos dividendos sí podrán tributar al tipo especial reducido del 1 %. No obstante, podría extenderse la condición de rentas existentes en el momento de la aportación a los dividendos nutridos con beneficios obtenidos en la transmisión de activos de la entidad participada en la parte imputable a un tiempo anterior a la aportación.

Estos dividendos no formarán parte del resultado contable, sino que minorarán el valor de adquisición de la participación, pero sí podrán hacerlo de la base imponible, por cuanto el valor fiscal difiere del contable. En tal caso, esa renta será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiere correspondido a la entidad transmitente que –obsérvese bien– puede ser también una persona física.

4.2.3. Transformación

El artículo 25 de la LIIC prevé tres supuestos de transformación:

- De una IIC en otra IIC.
- De una sociedad de inversión colectiva en una sociedad mercantil.
- De una sociedad anónima en una sociedad de inversión colectiva.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 d) de la LIS, el periodo impositivo concluye:

Cuando se produzca la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico, y ello determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario distinto.

Pues bien, las transformaciones señaladas en segundo y tercer lugar inciden, de pleno, en el supuesto de hecho contemplado en la norma transcrita. En consecuencia, la entidad transformada concluye su periodo impositivo y la resultante de la transformación inicia su primer periodo impositivo. A partir de aquí se plantean dos problemas. El primero, el de la continuidad en los créditos fiscales, y el segundo, el de la tributación de las plusvalías realizadas después de la transformación, pero ya latentes, total o parcialmente, en el momento de producirse la misma.

La norma citada resuelve el segundo mediante una regla de proporcionalidad, de manera tal que la parte de plusvalía realizada que estaba latente en el momento de la transformación se gravará aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad de haber conservado su forma, estatuto o régimen originario⁴⁴.

Es interesante subrayar que la transformación de una sociedad mercantil en una SICAV, por sí sola, no dará lugar a la extinción del periodo impositivo. En efecto, es necesario

⁴⁴ Consulta de la DGT V4692/2016, de 4 de noviembre (NFC062788):

[...] En primer lugar, se plantea la transformación de la SICAV S en una sociedad de responsabilidad limitada [...] La aplicación de dicho precepto exige que se cumplan dos condiciones: la primera, que tenga lugar la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico; la segunda, que ello suponga la aplicación de un tipo de gravamen diferente del aplicable hasta entonces o la aplicación de un régimen tributario distinto. Esta segunda condición se produce en este caso concreto, ya que la consultante, sociedad que tributaba en el impuesto sobre sociedades al tipo impositivo del 1 %, pasará a tributar al tipo general de gravamen del impuesto. En relación con la primera condición señalada, se produce una alteración en el régimen jurídico de la entidad consultante, puesto que con carácter previo a su transformación, se encontraba sometida a la normativa propia de las instituciones de inversión colectiva, es decir, a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

En definitiva, en el supuesto descrito en la consulta será de aplicación lo establecido en el artículo 27.2 d) de la LIS, por lo que la transformación de la consultante, en virtud de la cual deja de tener la consideración de sociedad de inversión inmobiliaria, supondrá, en primer lugar, la conclusión del periodo impositivo en la fecha en que dicha transformación produzca sus efectos jurídicos y, en segundo lugar, el inicio de un nuevo periodo impositivo en que la sociedad tributará con arreglo a un régimen tributario distinto en el impuesto sobre sociedades, debiendo calcular la renta generada en la transmisión de elementos patrimoniales que se produzca con posterioridad a la fecha de transformación, según indica el segundo párrafo del citado precepto.

que la entidad resultante de la transformación tribute al tipo especial reducido de gravamen del 1 %; esto es, que cumpla con el requisito del número mínimo de socios previsto en la LIIC⁴⁵.

En cuanto al primero, en ausencia de normas específicas, y teniendo en cuenta que la transformación no determina la extinción de la entidad, ha de concluirse en la continuidad de los créditos fiscales, en particular de las bases imponibles negativas pendientes de compensación⁴⁶, pero no en la rehabilitación de los créditos fiscales que no nacieron debido al régimen fiscal aplicable en el periodo impositivo en que se produjeron los hechos constitutivos.

⁴⁵ Consulta de la DGT V3768/2015, de 30 de noviembre (NFC057031):

[...] La aplicación del artículo 27.2 d) de la LIS exige que se cumplan dos condiciones: la primera, que tenga lugar la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico; la segunda, que ello suponga la aplicación de un tipo de gravamen diferente del aplicable hasta entonces o la aplicación de un régimen tributario especial.

Por tanto, en la medida en que la SICAV tenga un número de socios inferior a lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley 35/2003, no podrá aplicar el tipo de gravamen del 1 % previsto en el artículo 29.4 de la LIS, y en consecuencia, la transformación no cumple el segundo requisito previsto en el artículo 27.2 de la LIS por lo que no se producirá la conclusión del periodo impositivo con los efectos que ello conlleva.

En consecuencia, en el supuesto concreto planteado en el escrito de la consulta, la transformación de la consultante sociedad limitada en una SICAV (sociedad anónima con 3 socios), no producirá la conclusión del periodo impositivo a que se refiere el artículo 27.2 de la LIS. Ello obedece a que en este caso, la transformación de la forma jurídica de la entidad no da lugar a ninguno de los supuestos previstos en el artículo 27.2 de la LIS, dado que no supone la extinción de la entidad, ni un cambio de residencia de la entidad residente en territorio español al extranjero, ni la no sujeción al impuesto sobre sociedades de la entidad resultante ni la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico que determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario distinto.

⁴⁶ Consultas de la DGT V0534/2008, de 10 de marzo (NFC028835), y V2225/2011, de 23 de septiembre (NFC042471):

[...] El artículo 25.1 del TRLIS, señala que «las bases imponibles negativas que hayan sido objeto liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos».

En cualquier caso, dicho precepto no establece ninguna especialidad en función del régimen general o especial en el que se generaron las bases imponibles negativas. Por tanto, en el caso planteado por la consultante, las bases negativas generadas en los periodos impositivos en que tributaba en el régimen especial de las IIC podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos. Dicho plazo se contará a partir de la finalización de cada uno de los periodos impositivos en que se generaron dichas bases imponibles negativas [...].

4.2.4. Escisión

El artículo 76.2 de la LIS contempla cuatro supuestos de escisión; a saber: la escisión total, la escisión parcial de ramas de actividad, la escisión parcial de participaciones significativas y la escisión total no proporcional. En principio, todas ellas están al alcance de las IIC, habida cuenta de que el artículo 47 del RIIC no establece cortapisa alguna.

La escisión parcial y la escisión total no proporcional requieren que el patrimonio escindido constituya una rama de actividad en el sentido del artículo 76.3 de la LIS. La doctrina administrativa sobre el particular, que proyecta tal exigencia tanto respecto de la entidad transmitente como de la adquirente, es refractaria a admitir la escisión parcial de IIC⁴⁷. Por tanto, la escisión parcial de una IIC determina, en sede de los socios o partícipes personas físicas, una ganancia patrimonial, amparable en el diferimiento por reinversión bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, o una pérdida patrimonial, y una renta positiva o negativa, en sede de los socios personas jurídicas.

No obstante, la doctrina administrativa, para el caso particular en que la IIC de nueva creación no tuviera otra finalidad que la de liquidar el patrimonio recibido y reembolsar a

⁴⁷ Consulta de la DGT V1216/2011, de 16 de mayo (NFC041465):

[...] Así pues, solo aquellas operaciones de escisión parcial en las que el patrimonio segregado constituya una unidad económica y permita por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la adquirente, manteniéndose asimismo bajo la titularidad de la entidad escindida elementos patrimoniales que igualmente constituyan una o varias ramas de actividad, 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.

El propio concepto de rama de actividad requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial, que determine la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma, lo cual exige que esta autonomía sea motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama o, existiendo una única actividad, en función del destino y naturaleza de estos elementos patrimoniales, que requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exija de un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas.

De la regulación financiera señalada se desprende que la institución de inversión colectiva original no cuenta con la requerida organización y gestión diferenciada, tanto respecto del patrimonio que se escinde como respecto del patrimonio que permanece en la entidad escindida, de manera que ninguno de los dos puede encuadrarse en el concepto fiscal de «rama de actividad». Por tanto, la operación de escisión parcial a que se refiere la consulta no cumpliría los requisitos formales del artículo 83.2 del TRLIS para acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS [...].

los partícipes, ha entendido que faltaba el componente de variación de valor, de manera tal que no concurría la ganancia o pérdida patrimonial⁴⁸.

4.2.5. Disolución y liquidación

El artículo 35 del RIIC regula la disolución y liquidación. Una vez acordada la disolución, se abre el periodo de liquidación. Durante el mismo, la IIC subsiste como tal, pues solamente, «una vez efectuado el reparto total del patrimonio, la SGIC y el depositario solicitarán la cancelación de los asientos referentes al fondo en el registro de la CNMV que corresponda y, en su caso, en el Registro Mercantil».

Por consiguiente, las rentas derivadas de la transmisión de los activos de la IIC tributarán al tipo especial del 1 % bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, y las rentas obtenidas por los socios o partícipes tributarán de la misma forma a cómo lo hacen las derivadas del reembolso ordinario o transmisión de la participación o acción.

4.3. Transparencia fiscal internacional

La transparencia fiscal internacional descansa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 100 de la LIS y 91 de la LIRPF, sobre tres ejes; a saber: control de una entidad no

⁴⁸ *Ibid.*:

[...] Por otra parte, el patrimonio de la nueva institución o compartimento queda exclusivamente integrado por los referidos activos escindidos, y la única finalidad de la institución es proceder a la liquidación ordenada de tales activos y a realizar su pago a los socios o partícipes mediante el reembolso o recompra de las participaciones o acciones asignadas, con exclusión de cualquier otra actividad de captación e inversión de recursos, al quedar excluida por la norma financiera la emisión de nuevas acciones o participaciones.

Por tanto, las acciones o participaciones recibidas de la nueva institución o compartimento solo suponen un cambio cualitativo en la composición patrimonial del contribuyente.

Estas características determinan que la alteración producida en el patrimonio del contribuyente como consecuencia de la asignación de las acciones o participaciones en la nueva institución o compartimento no suponga, sin embargo, variación alguna en su valor, ni, por tanto, exista ganancia o pérdida patrimonial en la operación, en la medida en que, como queda señalado, las nuevas participaciones recibidas se correspondan, en su valor, con el mismo porcentaje de participación que en los activos escindidos resultaba previamente atribuible al contribuyente por su inversión en la institución de inversión colectiva original, de forma que, en conjunto, entre las participaciones de la institución escindida parcialmente, y las de la nueva institución recibidas, se mantenga el mismo valor que tenían sus participaciones en la institución de inversión colectiva original [...].

residente por personas o entidades residentes, tributación privilegiada de la entidad no residente, y naturaleza pasiva de las rentas por ella obtenidas.

Las rentas que obtienen las IIC no residentes –intereses, dividendos y plusvalías– son de naturaleza pasiva y su régimen fiscal suele diferir del común o general, en el sentido de ser más liviano y, aun cuando la concurrencia del control pudiera parecer repelido por la nota de colectividad, es lo cierto que una IIC puede estar participada mayoritariamente por una persona o un conjunto de personas y/o entidades vinculadas.

En suma, en particular respecto de aquellas que adoptan la forma jurídica de sociedades, pueden concurrir las circunstancias que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 100 de la LIS y 91 de la LIRPF, determinan la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, de manera tal que las rentas obtenidas por las mismas deban tributar en sede de sus socios o partícipes residentes en territorio español mediante la técnica tributaria de la imputación.

En el caso de socios personas físicas, deberán hacerlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 de la LIRPF, en concepto de renta general y, por tanto, sujeta a la escala general, siendo así que las rentas derivadas de la participación sobre una IIC, sea nacional o extranjera, cualquiera que sea su régimen jurídico, tributan en concepto de renta del ahorro a los menos exigentes tipos de gravamen del ahorro.

De esta manera, la transparencia fiscal internacional determina el tránsito de un régimen fiscal privilegiado a otro marcadamente exigente, si se toma como término de comparación el régimen de los rendimientos del capital mobiliario. En efecto, la transparencia fiscal internacional, de una parte, anula el privilegio del diferimiento de la tributación de la renta obtenida a través de la IIC y, de otra, precipita la misma en la tarifa general progresiva.

Bien se comprende que esta forma de tributación implica una tributación más gravosa que la de los socios o partícipes de las IIC residentes en territorio español reguladas en la LIIC, lo cual plantea la cuestión de la pertinencia de su aplicación en relación con los mandatos del derecho de la Unión Europea y de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Los artículos 100.16 de la LIS y 91.15 de la LIRPF inaplican la transparencia fiscal internacional respecto de las IIC constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro y reguladas en la Directiva 2009/65/CE. Quedan, por tanto, fuera de la exclusión y, consecuentemente, bajo la eventual sujeción a la transparencia fiscal internacional, las rentas obtenidas por las IIC constituidas en un Estado miembro no reguladas por la referida directiva, así como por las IIC constituidas en Estados terceros, incluso si estuvieren sujetas a un régimen jurídico equivalente al establecido en la LIIC. Más adelante se examina la posible incidencia de la libertad de movimiento de capitales.

A la misma conclusión hubiera podido llegarse, simplemente, considerando que los socios o partícipes de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE están sujetos a un régimen tributario específico⁴⁹.

En fin, por lo que se refiere a los convenios para evitar la doble imposición internacional, es claro que los mismos, de acuerdo con el comentario 81 al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE (2017), no impiden la aplicación de la transparencia fiscal internacional, de manera tal que aun cuando las IIC puedan ser consideradas como personas con derecho a la aplicación de los convenios bilaterales, sus socios o partícipes podrán estar sujetos a transparencia fiscal internacional. En este sentido, el comentario 47 al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE (2017) indica que tal circunstancia «no restringe en modo alguno el derecho del Estado de la fuente para gravar a sus propios residentes en cuanto inversores de una CIV»⁵⁰.

⁴⁹ Consulta de la DGT V1593/2017, de 21 de junio (NFC065396):

[...] Conforme a dicho artículo 53, los socios o partícipes que tengan la consideración de contribuyentes del impuesto sobre sociedades integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por las instituciones, así como las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso de estas, sin que les resulte posible aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la LIS, ni las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de la misma ley. Además el artículo 17.6 de la LIS establece un tratamiento específico para las reducciones de capital con devolución de aportaciones y distribuciones de prima de emisión realizadas por las sociedades de inversión de capital variable.

[...] La aplicación de este régimen conlleva que la tributación por las inversiones en la IIC tendrá lugar con ocasión de la realización de una distribución o con ocasión del reembolso o transmisión de la participación, lo que excluye la aplicación del régimen especial de imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes previsto en el artículo 100 de la LIS [...].

[...] De acuerdo con el apartado 1 del artículo 94 de la LIRPF, los socios o partícipes, contribuyentes del IRPF, deben imputar, conforme a las normas de dicha ley, las ganancias o pérdidas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas, así como los resultados distribuidos por las IIC y, en el caso de sociedades de inversión de capital variable, las percepciones derivadas de reducciones de capital que tengan por finalidad la devolución de aportaciones, y de distribución de la prima de emisión, con el alcance previsto respectivamente en las letras c) y d) de dicho apartado 1 [...].

La remisión efectuada en el apartado 2 a) del artículo 94 de la LIRPF al régimen tributario regulado en su apartado 1, sucintamente referido en el párrafo anterior, implica que no sea de aplicación a los contribuyentes que sean socios o partícipes de la IIC el régimen especial de imputación por transparencia fiscal internacional regulado en el artículo 91 de la LIRPF, ni el régimen de atribución de rentas regulado en los artículos 86 a 90 de la misma ley.

⁵⁰ Traducción del autor.

4.4. Tributación de salida

La tributación de salida grava las plusvalías latentes con ocasión de un desplazamiento transfronterizo de la residencia, de activos o de actividades. Puede afectar tanto a las IIC como a sus partícipes, ya sean personas físicas o jurídicas.

4.4.1. Tributación de salida de la IIC

La transferencia del domicilio social de una IIC al extranjero normalmente llevará aparejada la pérdida de la residencia fiscal, lo que determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.1 de la LIS, que se integre «en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos» constitutivos del patrimonio de la misma. Esa diferencia estará sujeta a las especificidades de la formación de la base imponible de las IIC. Por tanto, no será aplicable la exención del artículo 21 de la LIS.

No obstante, esa diferencia no se integrará en la base imponible en la medida en que todos o parte de los elementos patrimoniales determinen la existencia de un establecimiento permanente en el sentido del artículo 13.1 del TRLIRNR.

A la renta así determinada, conjuntamente con las restantes que configuren la base imponible, le será de aplicación el tipo de gravamen del 1 % bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 29.4 de la LIS.

Las rentas que, en lo sucesivo, obtenga la IIC podrán tributar por el IRNR, en cuanto sean obtenidas en territorio español, de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en el artículo 13 del TRLIRNR.

Los socios o partícipes residentes en territorio español pasan a ser miembros de una IIC no residente en territorio español, de manera tal que la tributación sobre las rentas que en lo sucesivo obtengan atenderá a la nueva situación.

Los socios o partícipes residentes en el extranjero pierden todo punto de conexión con la jurisdicción fiscal española. Sin embargo, por causa de esa circunstancia no se devenga tributo alguno. En efecto, la tributación de salida solo se exige en el IRNR en relación con los contribuyentes que obtienen rentas en España mediante establecimiento permanente. Por tanto, la plusvalía latente, acumulada durante el tiempo en el que la IIC fue residente en territorio español, no tributará en España.

4.4.2. Tributación de los socios o partícipes de la IIC

El traslado de la residencia fiscal al extranjero del socio o partícipe de una IIC, ya sea nacional o extranjera, determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 95 bis.3 c) de la

LIRPF, la integración en la base imponible del ahorro del IRPF, en concepto de ganancia patrimonial, de la diferencia positiva entre el valor liquidativo, calculado de acuerdo con lo previsto en la LIIC, y el valor de adquisición de las acciones o participaciones, cuando concurren las circunstancias previstas en dicho precepto.

Cuando no existiera valor liquidativo, se tomará el valor del patrimonio neto que corresponda a las acciones o participaciones, resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la citada fecha de devengo, salvo prueba de un valor de mercado distinto.

4.5. Régimen de atribución

Las IIC constituidas en España son sujetos pasivos del IS en los términos anteriormente expuestos. Sin embargo, un patrimonio colectivo que cumpla las funciones propias de una IIC, pero que no se halle regulado por la LIIC habrá de calificarse como comunidad de bienes de las mencionadas en los artículos 6 de la LIS y 8.3 de la LIRPF. En tal caso, las rentas que acrezcan al mismo serán imputadas, en régimen de atribución, a sus partícipes. Estos patrimonios colectivos, y sus miembros, por tanto, están al margen del régimen fiscal especial de las IIC y de sus partícipes regulado en la LIRPF y en la LIS.

La entidad en régimen de atribución no tributa por ninguno de los impuestos que gravan la obtención de renta. Son sus miembros quienes soportarán la tributación pertinente mediante la atribución de las rentas.

La identificación de una entidad constituida con arreglo a las leyes españolas como entidad en régimen de atribución se ve facilitada por el dato de la personalidad jurídica. Así, un patrimonio colectivo constituido bajo un régimen jurídico que otorgue personalidad jurídica no incurrirá en el régimen de atribución.

Tratándose de entidades constituidas en el extranjero, la tarea es más compleja. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del TRLIRNR, el régimen de atribución se aplica a las entidades no «residentes cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas», de manera tal que establecer los términos de la analogía y su valoración no siempre será tarea sencilla. El dato de la personalidad jurídica puede ser relevante, pero solo en la medida en que se gane en el extranjero en función de requisitos análogos a los previstos en nuestro ordenamiento jurídico y de que implique consecuencias jurídicas igualmente análogas.

Ya en el campo de la inversión colectiva, considerando la diversidad de las formas jurídicas, régimen de funcionamiento y propósitos que atañen a las entidades no residentes que poseen activos financieros, es lo cierto que algunas de ellas pudieran ser tratadas como entidades en régimen de atribución.

En la consulta de la DGT V1319/2005, de 4 de julio (NFC021120), ante una entidad británica en la que existía un régimen de responsabilidad mixto de los socios y tributación en régimen de transparencia⁵¹, se dijo que:

[...] se puede considerar que el «Limited Liability Partnership» constituido con arreglo a la ley del Reino Unido tiene una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas con arreglo a la ley española, a las que se refiere el artículo 10 de texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas y normas tributarias, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2004, de 5 de marzo (en adelante TR de la LIRPF); en consecuencia, a efectos de su tributación en España será de aplicación lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo V del TR de la LIRNR.

La consulta de la DGT V2414/2016, de 2 de junio (NFC060164), ante un fondo de inversión constituido en Suiza, carente de personalidad jurídica y transparente fiscalmente⁵², sostuvo la calificación de entidad en régimen de atribución argumentando que:

Un elemento definitorio es el hecho de que se trate de entidades sometidas a un régimen de atribución de rentas, es decir, que no sean contribuyentes por sí mismas de ningún impuesto, sino que lo sean sus socios o partícipes.

⁵¹ Consulta de la DGT V1319/2005, de 4 de julio (NFC021120):

De acuerdo con la información aportada por la consultante, las principales características del «Limited Liability Partnership» (LLP) constituida en Reino Unido, son las siguientes:

- 1.º Los miembros son apoderados del LLP y tienen capacidad para vincular al LLP, aunque esta capacidad puede ser limitada por acuerdo entre los miembros.
- 2.º Los miembros de la entidad responden frente a terceros de forma ilimitada por los actos que hayan realizado como apoderados del LLP, pero de forma limitada respecto de las demás obligaciones del LLP.
- 3.º El LLP no tiene su capital dividido en acciones.
- 4.º Los miembros tienen derecho directo a los beneficios de la entidad, en proporción a sus aportaciones.
- 5.º El LLP tributa en régimen de transparencia fiscal, no estando sujeta a impuestos sobre beneficios en el Reino Unido; las rentas que obtenga se atribuyen y someten a imposición en sede de sus miembros, como si la actividad fuera desarrollada por ellos.

⁵² Consulta de la DGT V2414/2016, de 2 de junio (NFC060164):

De acuerdo con la información aportada por el consultante, el fondo de inversión suizo, denominado «FCP», tiene las siguientes características:

- No tiene personalidad jurídica propia.
- Es gestionado por una sociedad gestora.
- Limita la responsabilidad de los partícipes al límite de sus aportaciones.
- Es considerado transparente a efectos fiscales, de forma que sus rentas no tributarán a nivel del «FCP», sino que se atribuyen directamente a los partícipes.

La consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741), ante una entidad británica denominada *Authorised Contractual Scheme*, retomó el criterio precedente⁵³, de manera tal que:

[...] sobre la base de las características que concurren en este tipo de vehículo de inversión, se puede concluir que el ACS tiene una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas y, en consecuencia, a efectos de su tributación en España será de aplicación lo dispuesto en la sección 2.^a del capítulo V del TRLIRNR.

Tienen en común las tres contestaciones el énfasis que ponen en que son los socios o partícipes los que, de acuerdo con la legislación del país de constitución de la entidad, deben tributar sobre las rentas que afluyen a la misma. Sin embargo, el artículo 37 de la LIRNR apunta hacia la naturaleza jurídica. Con todo, el enfoque de la DGT es, cuando menos, pragmático.

El régimen de atribución, tanto de la entidad residente como de la no residente, despoja a los socios o partícipes, tanto personas físicas como jurídicas, de la ventaja fundamental del régimen de las IIC y sus partícipes, esto es, la posibilidad de acumular las rentas en sede de la IIC sin tributación o con una tributación simbólica. Amén de lanzarles a ciertas complejidades de técnica tributaria, inherentes a las reglas de cálculo de las rentas atribuibles, previstas en el artículo 87 de la LIRPF.

La IIC extranjera no será contribuyente del IRNR, sino que lo serán sus socios o partícipes no residentes en territorio español en razón a las rentas que se obtengan en territorio español. Serán ellos los que sufrirán las retenciones a cuenta del IRNR sobre los rendimientos de los activos financieros que compongan el patrimonio de la IIC en los términos previstos en el artículo 39 del TRLIRNR.

⁵³ Consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741):

De acuerdo con la información contenida en el escrito de consulta presentado, el «*Authorised Contractual Scheme*», en adelante «ACS», tiene las siguientes características:

Carece de personalidad jurídica propia separada de la de sus partícipes;

Su gestión se encarga a una entidad gestora;

No cuenta con capital social. Los partícipes cuentan con un derecho prorrateado sobre los activos y pasivos agrupados en el vehículo de inversión, representado mediante las participaciones o unidades emitidas por la entidad gestora;

Los partícipes tienen derecho a la parte proporcional de los beneficios obtenidos a medida que se vayan materializando;

Limita la responsabilidad de los partícipes al importe de sus respectivas inversiones; y

Es considerado transparente a efectos fiscales en el Reino Unido.

En todo caso, el régimen de atribución no será predicable de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE⁵⁴ por cuanto los artículos 53.2 de la LIS y 94.2 de la LIRPF homologan el régimen fiscal de los socios o partícipes de las mismas con el de aquellos que lo son de las IIC amparadas por la LIIC que, como es sabido, no es de atribución. No puede decirse otro tanto de las IIC libre (FIA), incluso si sus entidades gestoras están sujetas a la Directiva 2011/61/UE, habida cuenta de la gran variedad de formas jurídicas que se albergan en tal conjunto⁵⁵.

Con todo, la consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741) entendió, ante un vehículo inversor (*Authorised Contractual Scheme*), que previamente había calificado como sujeto a atribución, que:

[...] en el supuesto de que el ACS tenga la consideración de una institución de inversión colectiva regulada por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, también podría resultar de aplicación la exención contenida en la letra l) del mismo artículo [art. 14.1 del TRLIRNR] [...].

He aquí, pues, la figura de una entidad que, por su naturaleza y régimen jurídico de acuerdo con la legislación del Estado miembro en el que se halla constituida, merece la calificación de entidad en atribución a tenor de la legislación fiscal española, pero que, al tiempo, tal legislación, al mediar el amparo de la Directiva 2009/65/CE, establece, respecto de sus socios o partícipes residentes en territorio español, un régimen que no es el de atribución.

El dilema debe resolverse a favor de la norma especial. Así, un vehículo inversor acogido a la Directiva 2009/65/CE puede tener una naturaleza idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas, pero sus socios o partícipes no tributarán en régimen de atribución, sino de acuerdo con lo previsto en los artículos 53.2 de la LIS y 94.2 de la LIRPF.

⁵⁴ Consulta de la DGT V1593/2017, de 21 de junio (NFC065396):

[...] La remisión efectuada en el apartado 2 a) del artículo 94 de la LIRPF al régimen tributario regulado en su apartado 1, sucintamente referido en el párrafo anterior, implica que no sea de aplicación a los contribuyentes que sean socios o partícipes de la IIC el régimen especial de imputación por transparencia fiscal internacional regulado en el artículo 91 de la LIRPF, ni el régimen de atribución de rentas regulado en los artículos 86 a 90 de la misma ley.

⁵⁵ Directiva 2011/61/UE:

[...] la presente directiva no regula los FIA. Por lo tanto, los FIA deben poder seguir siendo regulados y supervisados a nivel nacional. Resultaría desproporcionado regular la estructura o composición de las carteras de los FIA gestionados por GFIA a escala de la Unión y, dados los muy diversos tipos de FIA que estos gestionan, sería difícil realizar una armonización de tal envergadura [...] (apdo. 10 de las consideraciones).

Cuestión distinta es que los socios o partícipes del vehículo inversor extranjero en régimen de atribución de rentas, residentes en el extranjero, puedan tener derecho a la aplicación del convenio para evitar la doble imposición que corresponda y, en su caso, a la de las exenciones previstas en el artículo 14.1 del TRLIRNR.

4.6. El *trust* como vehículo de la inversión colectiva

Una relación jurídica en cuya virtud una persona (*settlor*) transmite la titularidad de un patrimonio financiero a otra persona (*trustee*) con la obligación de que entregue las rentas derivadas del mismo a otras personas (*beneficiaries*) y, en su caso, el propio patrimonio, encaja en la descripción de *trust* del Convenio de La Haya de 1985 y, desde luego, puede cumplir la función de gestionar un patrimonio a favor del conjunto de los beneficiarios, lo que concuerda con una parte de las características propias de la inversión colectiva.

Sabido es que nuestro ordenamiento jurídico no regula el *trust* y que España no ha ratificado el convenio citado, pero es lo cierto que determinados convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se refieren a él⁵⁶, básicamente para concederle la cualidad de persona o la titularidad de un establecimiento permanente, y lo propio hace el artículo 42 ter del Reglamento de aplicación de los tributos en relación con la obligación de información respecto de bienes y derechos situados en el extranjero y, en cualquier caso, el no reconocimiento no implica que el ordenamiento fiscal sea ajeno a las rentas generadas por el patrimonio cuya titularidad, al menos formal, ostenta el *trustee*.

Interesa a la jurisdicción fiscal española calificar las rentas que tienen derecho a percibir los beneficiarios residentes en territorio español, y también determinar quién debe ser el contribuyente respecto de las rentas vinculadas a territorio español que afluyen al *trust* a efectos del IRNR.

Una aplicación ciega del régimen de atribución en cabeza de los beneficiarios no será admisible, por más que puedan encontrarse similitudes entre un *trust* y un patrimonio separado susceptible de imposición, en los términos del artículo 35.4 de la LGT⁵⁷. Antes bien, lo pertinente es examinar el conjunto de las relaciones jurídicas que dan vida al *trust* atendiendo a los efectos prácticos que se derivan de las mismas, a cuyo efecto deberá prestarse validez al ordenamiento jurídico extranjero que corresponda.

Puede acontecer que, en esa indagación, se advierta que la legislación extranjera sujeta el *trust* a la regulación prudencial propia de las IIC. En tal caso, a efectos del IRNR, sería

⁵⁶ Vid. Trost y Arribas (2019).

⁵⁷ Vid. Delgado (2007).

pertinente efectuar el juicio de equivalencia, al que más adelante se hace referencia, en el contexto del cumplimiento del principio de libertad de movimiento de capitales.

Con todo, y a pesar de que el artículo 1.3 a) de la Directiva 2009/65/CE indica que el término «fondo común de inversión» comprenderá también el *unit trust*, no parece que los *trust* típicos puedan hallarse en sintonía con dos notas características de la inversión colectiva; a saber: la captación pública de capitales y el reembolso a los socios o partícipes a voluntad de los mismos.

4.7. La residencia fiscal

El hecho de que la gestión de las IIC se lleve a cabo por las entidades gestoras ha planteado la cuestión del lugar de la residencia de las instituciones constituidas y domiciliadas en el extranjero cuya entidad gestora es residente en territorio español, habida cuenta de que el artículo 8.1 c) de la LIS establece que se consideran residentes en territorio español las entidades que tengan en el mismo su «sede dirección efectiva» y que esta se anuda a la «dirección y control del conjunto de sus actividades». En efecto, estas instituciones podrían, inopinadamente, quedar sujetas al IS, incluso, al tipo general de gravamen.

La doctrina administrativa ha resuelto la cuestión mediante la distinción entre la actividad de la institución y la actividad de la gestora⁵⁸. De esta manera, el hecho de que la

⁵⁸ Consulta de la DGT V1949/2015, de 19 de junio (NFC055299):

[...] La consulta plantea si son fiscalmente residentes en territorio español las instituciones de inversión colectiva extranjeras que sean gestionadas por sociedades gestoras residentes en España.

Puesto que no son entidades constituidas conforme a las leyes españolas ni tienen su domicilio social en territorio español, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que sean gestionadas por sociedades gestoras residentes en España, no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 8.1, letras a) y b), de la LIS. En cuanto al requisito de la letra c) del mismo artículo, es preciso destacar que las instituciones de inversión colectiva que tienen profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora, se dedican con carácter general a la mera tenencia de las aportaciones de sus partícipes. Por tanto, puesto que la actividad desarrollada por las instituciones de inversión colectiva mencionadas (mera tenencia de las aportaciones de los partícipes) es distinta a la actividad desarrollada por sus sociedades gestoras, el hecho de que estas últimas sean residentes fiscales en España no implica que las instituciones de inversión colectivas extranjeras tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

En conclusión, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que tengan profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora residente en España, en principio no reúnen ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 de la LIS, por lo que no tienen la consideración de residentes fiscales en territorio español.

Consulta de la DGT V0129/2017, de 23 de enero (NFC063851):

[...] La consulta plantea si son fiscalmente residentes en territorio español las entidades L1 y L2, constituidas en Luxemburgo, que tienen la consideración de fondos de inversión alternativos, de

entidad gestora sea residente en territorio español no implica que la IIC gestionada también lo sea⁵⁹.

Con esta doctrina administrativa queda claro que las IIC constituidas en el extranjero cuya gestión se halle encomendada a entidades gestoras residentes en territorio español no son contribuyentes del IS. Quedan así, además, conjuradas las situaciones de doble residencia, pero también se podrían presentar las de IIC apátridas, en la medida en que la

acuerdo con la normativa luxemburguesa que traspone la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que serán gestionadas por la entidad A, sociedad gestora de Instituciones de Inversión Colectiva residente en España.

Puesto que no son entidades constituidas conforme a las leyes españolas ni tienen su domicilio social en territorio español, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que sean gestionadas por sociedades gestoras residentes en España, no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 8.1, letras a) y b), de la LIS. En cuanto al requisito de la letra c) del mismo artículo, es preciso destacar que las instituciones de inversión colectiva que tienen profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora, se dedican con carácter general a la mera tenencia de las aportaciones de sus partícipes. Por tanto, puesto que la actividad desarrollada por las instituciones de inversión colectiva mencionadas (mera tenencia de las aportaciones de los partícipes) es distinta a la actividad desarrollada por sus sociedades gestoras, el hecho de que estas últimas sean residentes fiscales en España no implica que las instituciones de inversión colectivas extranjeras tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

En conclusión, cuando las entidades L1 y L2 tengan profesionalizada su gestión a través de A, sociedad gestora residente en España, en principio no reunirán ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 de la LIS, por lo que no tendrán la consideración de residentes fiscales en territorio español [...].

⁵⁹ Moral (2015) realiza un comentario a la consulta de la DGT V1949/2015, de 19 de junio (NFC055299):

Este criterio administrativo, largamente esperado, es una excelente noticia para la industria de la inversión colectiva en España y su competitividad en el mercado único armonizado europeo. Se ha superado un obstáculo que en opinión de muchos impedía realizar la gestión de IIC extranjeras desde gestoras españolas, y por tanto impedía que las SGIIIC de nuestro país exportasen sus servicios en Europa o lo hicieran asumiendo unos costes operativos significativos derivados de la contratación de gestoras extranjeras para su negocio fuera de España.

A partir de este momento, las SGIIIC españolas podrán acometer sin incertidumbres fiscales iniciativas como la gestión centralizada desde España de las IIC constituidas o registradas en otros países, o también la constitución de IIC extranjeras en lugar de españolas (beneficiándose de las ventajas competitivas de otras jurisdicciones, con diferente marco regulatorio y de supervisión) mantenidas bajo gestión en España y sin detrimento por tanto de nuestra industria patria de gestión.

No sería descartable por otro lado que la remoción de las incertidumbres fiscales gracias a la consulta comentada, impulse nuevamente las fusiones transfronterizas de IIC españolas con IIC en otros Estados miembros, como los casos de integración de fondos de inversión españoles en SICAV luxemburguesas bajo un compartimento propio, operaciones que ya han sido favorablemente resueltas por la doctrina administrativa de la DGT, o incluso la redomiciliación de IIC españolas en otros países europeos, manteniéndose la gestión en España (Moral, 2015, p. 3).

jurisdicción fiscal de la constitución o del domicilio anude la residencia a la sede de dirección efectiva y confiera la misma al lugar de la residencia de la entidad gestora. Mediando convenio para evita la doble imposición podría resolverse el dilema en los términos previstos en el mismo.

Se notará que, en la doctrina administrativa, no juega papel alguno el lugar de la residencia de los socios o partícipes. Así, una IIC participada íntegramente por residentes en territorio español y gestionada por una entidad gestora española sujeta a la LIIC podrá no ser residente en territorio español, si bien sí podrá incurrir, en su caso, en un supuesto de atribución o de transparencia fiscal internacional.

4.8. Información de bienes situados en el extranjero

El artículo 42 ter del Reglamento de aplicación de los tributos establece la obligación de información, a cargo de sus titulares, respecto de los valores, situados en el extranjero representativos de la participación en cualquier tipo de entidad. Esta obligación de información afectaría, por tanto, a las acciones o participaciones representativas de la participación en IIC depositadas en el extranjero.

Sin embargo, en la medida en que la tenencia se realice a través de una entidad comercializadora inscrita en el registro de la CNMV o del representante de una entidad gestora que opera en régimen de libre prestación de servicios, el cumplimiento de las obligaciones específicas de información a su cargo excusa el de la relativa a los bienes situados en el extranjero⁶⁰.

⁶⁰ Consulta de la DGT V0647/2013, de 1 de marzo (NFC046232):

En consecuencia, en el caso de contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes con establecimiento permanente en territorio español y entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, que sean titulares de participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva extranjeras comercializadas en España, cabe concluir que no quedarán incluidas en la obligación de informar regulada en el artículo 42 ter.2 del reglamento aquellas acciones o participaciones cuya tenencia se encuentre canalizada a través de las entidades comercializadoras radicadas en territorio español de las referidas instituciones o a través del representante residente en dicho territorio de la sociedad gestora que opere en España en régimen de libre prestación de servicios, en tanto los referidos valores se mantengan registrados por sus titulares en dichos comercializadores o representantes, ya que la información a que se refiere el citado artículo 42 ter.2 queda cubierta por las obligaciones de información que corresponden al comercializador o al representante, en particular, por las previstas en el artículo 39.2 del citado reglamento, anteriormente transcrito [...].

En el mismo sentido, consulta de la DGT V1016/2013, de 27 de marzo (NFC046517).

4.9. Reclasificaciones de participaciones o acciones⁶¹

La trasposición de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MiFID II), efectuada por el Real Decreto-Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del mercado de valores, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, ha implicado una recomposición limitativa en relación con la retrocesión de comisiones por parte de las entidades gestoras a las comercializadoras; de ello se deriva la oportunidad de reubicar a los inversores en posiciones determinantes de comisiones más reducidas, denominadas «clases baratas» o «clases limpias»⁶².

Esa reubicación o reclasificación podría realizarse mediante actos jurídicos que determinasen la obtención de renta a efectos del IRPF, del IS o del IRNR.

Ciertamente, el diferimiento por reinversión previsto en el artículo 94.1 de la LIRPF podría neutralizar esa tributación, siempre, claro está, que se cumplieran los requisitos establecidos al efecto, esto es, básicamente, forma jurídica de fondo de inversión y número partícipes superior a 500. Por otra parte, en el IS y en el IRNR no se prevé el diferimiento por reinversión aunque, eventualmente, en el segundo tributo podría ser de aplicación la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR.

Para aliviar tan incómoda situación, la disposición transitoria cuarta.2 del Real Decreto-Ley 27/2018 establece un régimen fiscal especial respecto de los hechos imposables inherentes a las operaciones de reclasificación, a cuyo tenor, las mismas:

[...] no darán lugar a la obtención de renta para el partícipe o accionista a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre la renta de no residentes, y las nuevas participaciones o acciones asignadas a los partícipes o accionistas reclasificados conservarán el valor y la fecha de adquisición que tuvieron las participaciones o acciones a las que sustituyen.

Se trata –bien se ve– de un régimen de diferimiento por reinversión al que podrán acogerse los socios o partícipes, ya sean personas físicas o jurídicas, o no residentes en territorio español, de las IIC reguladas por la LIIC o amparadas por la Directiva 2009/65/CE.

⁶¹ Este epígrafe reproduce parcialmente un texto del autor (*vid.* Sanz, 2019).

⁶² *Vid.* Alonso y Correas (2019).

Las operaciones de reclasificación que pueden acogerse a este régimen deben reunir los siguientes requisitos:

- Realizarse «entre instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y en su normativa de desarrollo, o entre sus compartimentos, clases o series de sus participaciones o acciones» (disp. trans. cuarta.1 Real Decreto-Ley 27/2018).
- Efectuarse en el límite temporal «comprendido entre el 3 enero de 2018 y los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley» (disp. trans. cuarta.1 Real Decreto-Ley 27/2018). El 3 de enero de 2018 comenzó la aplicación del nuevo marco normativo sobre mercados e instrumentos financieros, basado en la directiva MiFID II y el Reglamento MiFIR.
- Tener por único objeto «dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Real Decreto-Ley 14/2018 [...] de tal forma que el partícipe o accionista deje de soportar costes asociados a incentivos» (disp. trans. cuarta.1 Real Decreto-Ley 27/2018).

Se apreciará, por tanto, que el régimen fiscal podrá aplicarse en relación con operaciones realizadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 27/2018.

4.10. Asimetrías híbridas

El mandato del artículo 9 bis 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, según redacción de la Directiva 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, concierne a las asimetrías híbridas invertidas, las cuales se producen porque una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside y contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de la entidad que la controla, no se aplica a las IIC. En consecuencia, las rentas de las IIC podrán sustraerse a tributación en sede de la jurisdicción fiscal en la que están constituidas y también en sede de la jurisdicción fiscal en la que residen sus socios o partícipes, mas solo de manera transitoria por cuanto la renta derivada del reembolso o transmisión de la acción o participación normalmente tributará ante la jurisdicción fiscal del socio o partícipe.

No todas las IIC escapan al aludido mandato, sino tan solo aquellas «de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujetas a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que se hallen establecidas». En suma, aquellas cuyo régimen jurídico es congruente con el previsto en la Directiva 2009/65/CE. Por el contrario, las IIC de tipo cerrado, libres o alternativas, sí estarán sujetas al mismo, en la medida –claro está– que tengan la consideración de entidades híbridas.

5. La obligación de retener

Tanto las rentas que las IIC obtienen como aquellas que derivan sus socios o partícipes de la inversión efectuada en las mismas están sujetas, con ciertas excepciones, a la obligación de retener.

5.1. Rentas percibidas por las IIC

5.1.1. IIC residentes en territorio español

Las rentas percibidas por las IIC están sujetas a la obligación de retener, de acuerdo con las reglas generales. No obstante, el artículo 61 t) del RIS establece una excepción a la obligación de retener que, específicamente, afecta a determinadas IIC, respecto de rentas derivadas de la inversión en otras IIC.

En efecto, a tenor de lo previsto en dicho artículo, están exceptuadas de la obligación de retener:

Las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva, obtenidas por [...] los fondos de inversión de carácter financiero y las sociedades de inversión de capital variable [...] en cuyos reglamentos de gestión o estatutos tengan establecida una inversión mínima superior al 50 por ciento de su patrimonio en acciones o participaciones de varias instituciones de inversión colectiva de las previstas en los párrafos c) y d), indistintamente, del artículo 48.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, [o] en cuyos reglamentos de gestión o estatutos tengan establecida la inversión de, al menos, el 85 por ciento de su patrimonio en un único fondo de inversión de carácter financiero de los mencionados en el primer inciso del artículo 3.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003 [esto es, los fondos cuyos partícipes sean exclusivamente otras IIC, en los términos de la relación principal a subordinada prevista en el art. 54 del RIIC].

En fin, aprovecharán a las IIC las excepciones a la obligación de retener concernientes a activos financieros y a instrumentos de deuda emitida por Estados miembros de la OCDE, previstas en el artículo 61 q) y s) del RIS.

5.1.2. IIC residentes en el extranjero

Las rentas que obtengan en territorio español están sujetas a la obligación de retener, de acuerdo con las normas generales previstas en el artículo 31 del TRLIRNR, incluso si

disfrutan de la exención prevista en el artículo 14.1 l) del TRLIRNR, ya que el segundo párrafo del artículo 31.4 a) así lo prevé. En consecuencia, para hacer efectiva la exención, estos contribuyentes deberán presentar una declaración solicitando la pertinente devolución.

5.2. Rentas percibidas por los socios o partícipes de las IIC

Las normas relativas a la obligación de retener descansan, tanto en el IRPF como en el IS y en el IRNR, sobre la tipología de las rentas que pueden obtener los socios o partícipes de las IIC.

5.2.1. Socios o partícipes contribuyentes del IS

5.2.1.1. Rentas distribuidas por la IIC

El artículo 60.1 a) del RIS sujeta a la obligación de retener «las rentas derivadas de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, de la cesión a terceros de capitales propios y las restantes rentas comprendidas en el artículo 25 de la Ley 35/2006». En su virtud, están sujetos a retención los beneficios distribuidos por las IIC.

El obligado a retener es la propia entidad que distribuya la renta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.1 a) del RIS.

La base de cálculo de la retención es el importe de la renta distribuida.

5.2.1.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones

El artículo 60.1 f) del RIS sujeta a la obligación de retener «las rentas obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva».

Los obligados a retener podrán ser, según los casos, las propias IIC, las entidades gestoras, las entidades comercializadoras, los intermediarios facultados para la comercialización, las entidades colocadoras o, en fin, el representante designado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.6 del RIS. En último término, cuando no acontezca la presencia de alguna de las personas o entidades mencionadas, la obligación de retener recaerá sobre «el socio o partícipe que efectúe la transmisión u obtenga el reembolso».

La pluralidad de obligados a retener se debe, básicamente, a que la obligación de retener se proyecta también respecto de las rentas derivadas de la inversión en IIC residentes en el extranjero.

La base de cálculo de la retención es la diferencia entre el valor de transmisión o reembolso y el valor de adquisición de las acciones o participaciones, considerándose, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.4 del RIS, que los valores transmitidos o reembolsados son los más antiguos.

El artículo 61 y) del RIS exceptúa de la obligación de retener respecto de «las rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en los fondos y sociedades regulados por el artículo 79 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003»; esto es, los fondos de inversión cotizados y las SICAV índice cotizadas.

El anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude, de octubre de 2018, incorporaba una disposición adicional, la decimosexta, a la LIS, en cuya virtud, la referida excepción a la obligación de retener se ampliaba respecto de las IIC constituidas en el extranjero, exclusión hecha de los paraísos fiscales, análogas a las del artículo 79 del RIIC, cotizadas en «un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación y cualquiera que sea la composición del índice que reproduzcan», siempre y cuando que la operación no se realice a través de un paraíso fiscal.

Es interesante este precepto proyectado, ya que, en una norma de exención, se establecía una igualdad de trato para las IIC extranjeras respecto de las españolas, sin detenerse en el umbral comunitario, a condición de la concurrencia de un sustrato de analogía.

5.2.1.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

El artículo 60.1 g) del RIS sujeta a la obligación de retener:

Las rentas obtenidas como consecuencia de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la distribución de la prima de emisión realizadas por sociedades de inversión de capital variable reguladas en la Ley de instituciones de inversión colectiva no sometidas al tipo general de gravamen u organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de capital variable registrados en otro Estado, con independencia de cualquier limitación que tuvieran respecto de grupos restringidos de inversiones, en la adquisición, cesión o rescate de sus acciones, así como por las sociedades amparadas en la Directiva 2009/65/CE [...].

El obligado a retener es, con carácter general, la propia sociedad de inversión colectiva de capital variable que ha realizado la operación, pero si estuviere constituida y domiciliada en algún Estado miembro y amparada por la Directiva 2009/65/CE, lo serán «las entidades comercializadoras o los intermediarios facultados para la comercialización de las acciones

o participaciones de aquellas y, subsidiariamente, la entidad o entidades encargadas de la colocación o distribución de los valores, que intervengan en el pago de las rentas», y en el de los organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable registrados en otro Estado, lo será «la entidad depositaria de los valores o que tenga encargada la gestión de cobro de las rentas»; todo ello, de acuerdo con el artículo 62.7 del RIS. En último término, en defecto de los supuestos anteriores, «estará obligado a efectuar un pago a cuenta el socio o partícipe que reciba la devolución de las aportaciones o la distribución de la prima de emisión».

La base de cálculo de la retención es el importe de la renta derivado de la operación, según las reglas previstas en el artículo 17.6 de la LIS.

5.2.2. Socios o partícipes contribuyentes del IRPF

5.2.2.1. Rentas distribuidas por la IIC

Estas rentas están sujetas a retención, a tenor del artículo 75.1 b) del RIRPF, habida cuenta de que tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario.

El obligado a retener será la propia entidad que distribuya la renta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.1 a) del RIRPF.

La base de cálculo de la retención es el importe de la renta distribuida.

5.2.2.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones

El artículo 75.1 d) del RIRPF sujeta a retención a las ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de acciones y participaciones representativas del capital o patrimonio de las IIC.

Los obligados a retener podrán ser, según los casos, las propias IIC, las entidades gestoras, las entidades comercializadoras, los intermediarios facultados para la comercialización, las entidades colocadoras o, en fin, el representante designado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.2 d) del RIRPF. En último término, cuando no acontezca la presencia de alguna de las personas o entidades mencionadas, la obligación de retener recaerá sobre «el socio o partícipe que efectúe la transmisión u obtenga el reembolso».

La pluralidad de obligados a retener se debe, de la misma manera que en el IS, a que la obligación de retener se proyecta también respecto de las rentas derivadas de la inversión en IIC residentes en el extranjero.

La base de cálculo de la retención es la cuantía de la renta que, derivada de la transmisión o el reembolso, debe integrarse en la base imponible del IRPF, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 del RIRPF. Esta cuantía será inferior a la diferencia entre el valor de transmisión o reembolso y el valor de adquisición, cuando la adquisición se hubiere realizado con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, debido a la aplicación de los coeficientes reductores, en los términos establecidos en la disposición transitoria novena de la LIRPF.

Están exceptuadas de la obligación de retener las rentas afectas al diferimiento por reinversión del artículo 94 de la LIRPF, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75.3 i) del RIRPF, y también, a tenor de dicho precepto:

Las derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en los fondos y sociedades regulados por el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre [actualmente, serán las referidas en el art. 79 del vigente RIIC].

En este punto, cabe recordar que la consulta de la DGT V4596/2016, de 27 de octubre (NFC062244), entendió que la referida excepción a la obligación de retener no era aplicable en relación con las IIC extranjeras cotizadas en mercados extranjeros⁶³.

⁶³ Consulta de la DGT V4596/2016, de 27 de octubre (NFC062244):

[...] Por lo que se refiere al alcance de la aplicación de las referidas exclusiones, en el caso de instituciones de inversión colectiva extranjeras de las denominadas «exchange trade fund», que se caracterizan por estar sus participaciones o acciones admitidas a cotización en un mercado regulado, este centro directivo en su contestación V0713-06, de 12 de abril de 2006, ha entendido que «(...) en la medida en que un fondo de inversión constituido en un Estado miembro de la Unión Europea, que no sea territorio calificado como paraíso fiscal, y adaptado a la Directiva 85/611/CEE, sea objeto de comercialización en España, mediante la negociación en la bolsa española de sus participaciones, sobre la base del cumplimiento de las condiciones requeridas en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, con las especialidades que determine la CNMV derivadas de la aplicación de dicha directiva, le resultarán de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 73.3 j) y disposición adicional cuarta del RIRPF (...), es decir, la exclusión de retención o ingreso a cuenta en las transmisiones o reembolsos y la exclusión de aplicación del régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva.

Asimismo, es criterio de este centro directivo que la aplicación de estas exclusiones, las cuales constituyen excepciones al régimen general de sujeción a retención o ingreso a cuenta en las transmisiones o reembolsos de participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva, previsto en el artículo 75.1 d) del vigente RIRPF, y a la aplicación del régimen de diferimiento regulado en el artículo 94.1 a) de la LIRPF, conforme se expone en la contestación citada anteriormente «(...) se asienta precisamente en la forma de comercialización de las participaciones

El anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude, de octubre de 2018, incorporaba una disposición adicional, la cuadragésima novena, a la LIRPF, en cuya virtud, la referida excepción a la obligación de retener se ampliaba respecto de las IIC constituidas en el extranjero, exclusión hecha de los paraísos fiscales, análogas a las del artículo 79 del RIIC, cotizadas en «un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación y cualquiera que sea la composición del índice que reproduzcan», siempre y cuando que la operación no se realice a través de un paraíso fiscal.

Seguramente, esta homologación estaba impulsada por el principio de libertad de movimiento de capitales. En efecto, la discriminación por razón del mercado de cotización, tratándose de IIC análogas a las del artículo 79 del RIIC, casa muy mal con dicho principio.

del fondo en España mediante negociación en el mercado bursátil español, sin que sea suficiente el hecho de que sus participaciones sean objeto de negociación en mercados de otros países».

Por tanto, es la comercialización de las participaciones o acciones mediante su cotización en el mercado bursátil español, sobre la base del cumplimiento de requisitos financieros homogéneos a los exigidos por la normativa española para los fondos cotizados y SICAV índice cotizadas con el alcance que fije la CNMV, lo que determina la aplicación en relación con los fondos y SICAV extranjeros comunitarios armonizados de las referidas excepciones a la obligación de retención y al régimen de diferimiento por reinversión.

En el presente caso se trata de instituciones de inversión colectiva extranjeras gestionadas por la casa central en Reino Unido de la entidad consultante, con forma de fondo de inversión o de SICAV, radicadas en un Estado miembro de la Unión Europea y amparadas en la Directiva 2009/65/CE, cuyas participaciones o acciones se cotizan en bolsas de valores europeas, pero no cotizan en la bolsa de valores española.

Estas instituciones se comercializan en España por una o varias entidades financieras radicadas en territorio español, mediante su correspondiente inscripción en el registro de la CNMV, las cuales son quienes ofertan la inversión y tramitan las operaciones de sus clientes relativas a las referidas instituciones para su ejecución en el correspondiente mercado bursátil por el intermediario financiero miembro del mismo.

Conforme a los criterios anteriormente expuestos, en el caso planteado, dado que la comercialización en España de los fondos de inversión y de las SICAV, cotizados en bolsas europeas, no se realiza mediante su cotización en el mercado bursátil español, sino a través de entidades financieras con las que la entidad gestora ha suscrito contratos de comercialización, no será de aplicación a las ganancias patrimoniales que obtengan los inversores, contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas, derivadas de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones de dichas instituciones, la exclusión de retención o ingreso a cuenta prevista en el artículo 75.3 i) del RIRPF para los fondos cotizados y SICAV índice cotizadas regulados en el artículo 79 del Reglamento de la Ley 35/2003.

En consecuencia, dichas ganancias patrimoniales estarán sometidas a retención o ingreso a cuenta con carácter general conforme al artículo 75.1 d) del RIRPF, la cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 76.2 d) 3.º del RIRPF, estará obligada a practicar la entidad comercializadora [...].

Al diferimiento por reinversión no puede acogerse la renta diferida con ocasión del canje de valores derivado de una operación de fusión o asimilada, de manera tal que esa renta estará sujeta a retención en el momento de la ulterior transmisión o reembolso de las acciones recibidas⁶⁴.

5.2.2.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

En cuanto rendimientos del capital mobiliario, sobre estas rentas recae la obligación de retener, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75.1 b) del RIRPF.

Tratándose de IIC reguladas en la LIIC, ellas mismas están obligadas a retener, y en el caso de las amparadas por la Directiva 2009/65/CE, lo estarán las «entidades comercializadoras o los intermediarios facultados para la comercialización de las acciones o participaciones de aquellas y, subsidiariamente, la entidad o entidades encargadas de la colocación o distribución de los valores, que intervengan en el pago de las rentas» y, en fin, respecto de las constituidas en el extranjero no amparadas por la citada directiva, deberá efectuar la retención la «entidad depositaria de los valores o que tenga encargada la gestión de cobro de las rentas derivadas de los mismos»; todo ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.2 g) del RIRPF. En último término, cuando no concorra ninguna de las entidades mencionadas, estará obligado a efectuar un pago a cuenta el socio o partícipe que reciba la devolución de las aportaciones o la distribución de la prima de emisión.

El artículo 75.3 h) del RIRPF exceptúa de la obligación de retener, con carácter general, las rentas procedentes de la devolución de la prima de emisión de acciones o participaciones y de la reducción de capital, pero excluye de dicha excepción las procedentes de las IIC.

La base de cálculo de la retención es la cuantía de la renta que debe integrarse en la base imponible.

⁶⁴ Consulta de la DGT V0828/2017, de 3 de abril (NFC064928):

[...] En el supuesto planteado, conforme al criterio manifestado por esta Dirección General de Tributos en la consulta V2932-16, anteriormente reflejado en la descripción de hechos, al efectuarse el reembolso de las participaciones procedentes de la absorción de la SICAV por el fondo, vinculado a un traspaso en aplicación del régimen de diferimiento regulado en el artículo 94 de la LIRPF, el partícipe deberá tributar por la parte de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto en el reembolso que quedó diferida en el momento de la fusión. Por tanto, de acuerdo con las normas anteriormente transcritas, dicha parte de la ganancia patrimonial, al no estar excluida de cómputo, no tiene cabida en la excepción a la obligación de realizar pagos a cuenta establecida en segundo párrafo del artículo 101.6 de la LIRPF y en el primer inciso del artículo 75.3 i) del RIRPF, por lo que estará sometida al régimen de pagos a cuenta del impuesto.

5.2.3. Socios o partícipes contribuyentes del IRNR

Las rentas sujetas a tributar por el IRNR también están afectadas por la obligación de retener, cuya cuantía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.2 del TRLIRNR, se determina, con ciertas excepciones, en una cantidad equivalente a la deuda tributaria resultante de la aplicación de las normas del TRLIRNR moduladas, en su caso, por las previsiones del convenio para evitar la doble imposición que fuere aplicable.

5.2.3.1. Rentas distribuidas por la IIC

En cuanto sujetas al IRNR, estas rentas también lo están a la obligación de retener, que recaerá sobre la IIC pagadora de las mismas, de acuerdo con las reglas generales previstas en el artículo 31 del TRLIRNR, y sobre el importe íntegro, de manera tal que no se deberán tener en cuenta los gastos a los que se refiere el artículo 24.6 del TRLIRNR.

5.2.3.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones

El artículo 10.3.3.º del RIRNR establece la obligación de retener sobre «las rentas derivadas de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva», excepto cuando procedan de participaciones o acciones en los fondos y sociedades regulados, actualmente, en el artículo 79 del RIIC, esto es, los fondos de inversión cotizados y las SICAV índice cotizadas.

Esta excepción es congruente con la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR.

Están sujetos a la obligación de retener las entidades que lo estarían de acuerdo con las normas relativas al IRPF, en los términos previstos en la remisión efectuada por el artículo 11.2 del RIRNR.

La base de cálculo de la retención es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 del RIRNR:

La diferencia entre el valor de transmisión o reembolso y el valor de adquisición de las acciones o participaciones, pero cuando las acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva se hubieran adquirido por personas físicas con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, se aplicará, en su caso, lo establecido en el apartado 1 del artículo 97 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

De manera tal que serán aplicables los coeficientes reductores de la disposición transitoria novena de la LIRPF, a los efectos de determinar la base de cálculo.

5.2.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

El artículo 31.4 b) del TRLIRNR exceptúa de la obligación de retener sobre este tipo de rentas, pero habilita a las disposiciones reglamentarias para que, a su vez, establezcan excepciones. Así lo ha hecho el artículo 10.2 bis) del RIRNR, a cuyo tenor:

Existirá obligación de retener o ingresar a cuenta en los supuestos de reducción de capital social con devolución de aportaciones y distribución de la prima de emisión de acciones previstos en el segundo párrafo del artículo 75.3 h) del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En este supuesto, también están sujetos a la obligación de retener las entidades que lo estarían de acuerdo con las normas relativas al IRPF, en los términos previstos en la remisión efectuada por el artículo 11.2 del RIRNR.

La base de cálculo de la retención coincidirá con el importe de la renta.

6. Convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

Esta materia ha de ser examinada tanto respecto de la IIC como de sus socios o partícipes.

6.1. Aptitud de las IIC para disfrutar de los beneficios del convenio

Se trata de un tema clásico de la fiscalidad internacional para el que, debido a la diversa naturaleza jurídica de las IIC, no hay una respuesta unívoca, de manera tal que la doctrina ha venido considerando que se está ante una materia problemática⁶⁵.

La aptitud de las IIC para disfrutar de los beneficios fiscales de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición internacional depende de que reúnan las notas de

⁶⁵ Siguiendo a Ribes:

La primera idea a destacar consiste en recordar que el objetivo de neutralidad fiscal perseguido puede alcanzarse, tanto posibilitando al CIV el acceso a los beneficios del CDI, como permitiendo al CIV en nombre de sus inversores –cuando aquel no reúna las tres condiciones requeridas–, invocar la aplicación de las disposiciones del tratado en cuestión. Ambas posibilidades presentan dificultades interpretativas, fruto de la ambigüedad normativa de la OCDE y de la diversa regulación de los ordenamientos nacionales (Ribes, 2017, p. 147).

personalidad y residencia. En efecto, el artículo 1.1 del modelo de convenio de la OCDE establece que el convenio se aplicará a «las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes»; el artículo 3.1 a) puntualiza que «el término persona comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas»; y, en fin, el artículo 4.1 describe a la persona residente como toda aquella que, en virtud de la legislación del Estado contratante correspondiente, «esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga».

La diversa naturaleza y forma jurídica que, en los distintos países, tienen las entidades que pueden, o pretenden, cobijarse bajo el rótulo de la inversión colectiva, así como su variado régimen fiscal, determina una notable incertidumbre en cuanto a la aptitud de determinadas entidades para disfrutar de los beneficios del convenio.

La OCDE abordó la cuestión en el informe titulado *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, cuyos criterios y soluciones inspiran los comentarios 22 a 48, ambos inclusive, al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE (2017). Esos comentarios van referidos a los *Collective Investment Vehicles* (CIV), esto es, fondos de inversión que reúnen, básicamente, tres características:

- Estar participados por un amplio conjunto de inversores (*widely-held*).
- Mantener un conjunto amplio y diversificado de activos financieros (*diversified portfolio of securities*).
- Estar sujetos a una regulación pública prudencial dirigida a la protección de los inversores (*investor-protector regulation*).

Los criterios de la OCDE, respecto de los CIV, establecidos en los comentarios al modelo de convenio, pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Bajo el concepto de «persona» cabe un amplio rango de situaciones jurídicas, tales como entidades jurídicas, *trust*, estructuras contractuales, o propiedad colectiva sobre los valores, de manera tal que, a los efectos de establecer si se está ante una persona, en el sentido del artículo 1 del modelo de convenio, será un elemento relevante que el CIV sea tratado como contribuyente a la luz de la legislación del país en el que se halle establecido (apdo. 24).
- La condición de residente no depende de la forma jurídica, sino del régimen fiscal al que está sujeto el CIV. La sujeción a tributación es el elemento decisivo. Por tanto, si la renta tributa directamente en sede de los inversores, el CIV no se considera residente a los efectos del artículo 4 del modelo de convenio. Por el contrario, no sería obstáculo a la condición de residente la tributación a tipo cero o, incluso, la sujeción con exención, si los requisitos establecidos para tales formas de tributación son lo suficientemente rigurosos (apdos. 25 y 26).

Por otra parte, el informe de la OCDE *Trace Implementation Package* (2013) contiene un apartado dedicado a proponer los procedimientos que han de seguirse para que las IIC puedan acceder a los beneficios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Las IIC de la LIIC reúnen los requisitos precedentes. En efecto, de una parte, son sujetos pasivos del IS y, de otra, el disfrute del tipo de gravamen privilegiado está sujeto a un conjunto de requisitos legalmente establecidos.

Pero no basta ser persona y residente para disfrutar de la aplicación del convenio respecto de aquellas rentas para las que, como es el caso de intereses y dividendos, se exige la condición de beneficiario efectivo. Concurrirá tal condición cuando los gestores de la IIC tengan amplios poderes en orden a la gestión de los valores de la institución del CIV (apdo. 28).

Las IIC de la LIIC pueden ser consideradas como beneficiarios efectivos, por cuanto las entidades gestoras disponen de amplios poderes de gestión. En el mismo sentido, las sociedades de inversión de capital variable.

Con todo, la circunstancia de que los CIV puedan estar sujetos a una tributación puramente simbólica les otorga la posibilidad de ser utilizados a modo de sociedades conductoras o de instrumentos de operaciones determinantes de asimetrías híbridas. Llegado el caso, las situaciones anómalas podrán ser corregidas a través de las cláusulas antiabuso de carácter general o de las normas antiabuso específicas del convenio bilateral correspondiente (apdo. 33). Esas situaciones anómalas normalmente no se presentarán en las IIC abiertas a la participación del público en general.

De acuerdo con lo expuesto, las IIC reguladas por la LIIC tendrán derecho a la aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por España.

Respecto de los CIV constituidos en el extranjero, les será aplicable el convenio bilateral correspondiente, en los términos previstos, en su caso, en el propio convenio. A falta de disposición expresa, deberá estarse a la doctrina de la OCDE, antes resumida. A tenor de la misma, ciertos CIV podrían tener derecho al convenio bilateral concernido, y otros no, por no reunir las notas de personalidad o residencia o, tal vez, por no ser beneficiarios efectivos de los intereses o dividendos. Bien se comprende que esta situación es generadora de incertidumbre, y de ahí que la OCDE haya sugerido que, en los convenios bilaterales, se establezcan las normas oportunas para superarla, a cuyo efecto, en los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio, apartados 35 a 48, se propone un conjunto de cláusulas.

En todo caso, es importante recordar que la doctrina de la OCDE va referida a aquellas entidades en las que concurren las características anteriormente apuntadas, de manera tal que los denominados *hedge funds* o los *private equity funds* no caen bajo su ámbito de aplicación. Con todo, respecto de este tipo de entidades habrá de realizarse el mismo análisis; esto es, a la vista de su naturaleza jurídica, régimen fiscal y funciones, determinar si concurren las notas de personalidad, residencia y beneficiario efectivo.

Quando, de acuerdo con la legislación del Estado en el que está constituida, la entidad que realiza las funciones de tenencia de un patrimonio colectivo es fiscalmente transparente, esto es, no está sujeta a imposición por sí misma, sino que son sus miembros los que deben tributar por las rentas que acrecen a dicho patrimonio, generalmente no tendrá derecho, por sí misma, a la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Sin embargo, si tal entidad es calificada como en régimen de atribución en el sentido del artículo 39 del TRLIRNR, los miembros no residentes en territorio español tendrán la consideración de contribuyentes del IRNR y, en su caso, podrán disfrutar de la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición que resulte aplicable de acuerdo con el lugar de su residencia y respecto del importe de la parte de renta que les sea atribuida.

En este sentido se pronunció la consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741), al hilo de la argumentación relativa a una IIC constituida en el Reino Unido, bajo la forma de *Authorised Contractual Scheme*, transparente fiscalmente de acuerdo con la legislación fiscal británica, de manera tal que:

En estos casos, los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE clarifican que, cuando una sociedad de personas es considerada transparente fiscalmente, no está «sujeta a imposición» en el Estado en cuestión, a tenor del significado del artículo 4.1 y, en consecuencia, no puede ser residente del mismo a efectos de la posible aplicación del convenio; si bien en tales casos la aplicación del convenio a la sociedad de personas como tal le será denegada, los socios deben poder acceder, en lo que respecta a su porcentaje de renta de la citada sociedad, a los beneficios previstos en el convenio firmado por los Estados en los que son residentes, siempre que la renta de la sociedad de personas les sea atribuida a efectos de la tributación en su Estado.

Todo ello, sin perjuicio de que el artículo 4.4 a) del convenio hispano-británico habilite el disfrute del mismo a la propia entidad en la medida en la que todos sus miembros sean residentes en territorio británico, o de la aplicación de la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR si la entidad estuviera acogida a la Directiva 2009/65/CE.

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por España no suelen hacer referencia a las IIC.

La declaración protocolaria 9 a) del convenio hispano-francés establece que:

Una institución de inversión colectiva en valores mobiliarios, constituida en un Estado contratante donde no esté sometida al impuesto contemplado en las letras a).i) o ii), o b).i) o ii) del apartado 3 del artículo 2, y que percibe dividendos o intereses cuya fuente se halla en el otro Estado contratante, puede beneficiarse de deducciones o exenciones impositivas o de otras ventajas previstas por este convenio según las modalidades convenidas de común acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados contratantes.

En virtud de esta declaración protocolaria, las IIC constituidas en Francia podrán disfrutar de los beneficios del convenio a pesar de no estar sujetas a tributación. Mediante intercambio de cartas de fechas 1 de marzo y 22 de abril de 2005, las autoridades fiscales competentes, tras exponer que las IIC en valores mobiliarios francesas (*organisme de placements collectif en valeurs mobilières* –OPCVM–) no entran en el ámbito de aplicación del convenio hispano-francés, en cuanto:

[...] no son personas o no están sujetas al impuesto en el sentido del convenio, recuerda que el punto 9 a) del protocolo prevé que una OPCVM constituida en un Estado contratante donde no está sujeta al impuesto, y que percibe dividendos o intereses procedentes del otro Estado contratante, puede disfrutar de los beneficios del convenio siempre que exista un acuerdo entre las autoridades competentes que permita definir las modalidades de aplicación,

y proponen, a tal efecto, la adopción de un procedimiento «con el fin de hacer operativa esta cláusula para los OPCVM franceses (las "instituciones de inversión colectiva" españolas están sujetas al "impuesto sobre sociedades", luego para ellas no es necesario el procedimiento)».

Más allá del contenido del procedimiento, lo relevante es que la autoridad fiscal francesa explícita, de una parte, que las IIC constituidas en Francia no entrarían en el ámbito de aplicación del convenio por no estar sujetas a tributación sobre sus beneficios, y de otra, que las IIC constituidas en España tienen derecho a la aplicación del convenio en cuanto están sujetas al IS, a pesar de que tributan simbólicamente.

En los razonamientos de la autoridad fiscal francesa puede verse una aplicación práctica de la doctrina de la OCDE, pero también apreciarse la debilidad de la misma. En efecto, la no tributación de los OPCVM franceses las expulsa del convenio, en tanto que la tributación simbólica de las IIC españolas las acoge. Si la esencia y finalidad de los convenios es evitar la doble imposición, la no tributación y la tributación simbólica debieran merecer la misma consideración.

Ahora bien, la tributación simbólica o la no tributación de la IIC no implican un privilegio fiscal, sino que constituyen técnicas para evitar un exceso de imposición de la inversión colectiva en relación con la individual, de manera tal que desplazan la tributación, aun cuando diferidamente, a los socios o partícipes. Estos, por tanto, debieran ser los habilitados para disfrutar del convenio para evitar la doble imposición, pues, en un análisis sustancial de la situación, ellos son quienes reúnen las notas de personalidad, residencia y beneficiario efectivo, y no las IIC.

En cierto modo, así lo reconoce la técnica que la autoridad fiscal francesa propone, consistente en que:

Cada OPCVM constituida en Francia que perciba dividendos o intereses de fuente española podrá solicitar las reducciones, exenciones del impuesto u otros beneficios previstos en el Convenio de 10 de octubre de 1995 para la parte de dichos ingresos que corresponda a los derechos detentados por accionistas o partícipes que sean residentes franceses.

Bien se comprende que dificultades de orden práctico desaconsejan que sean los socios o partícipes de las IIC quienes accedan directamente a los beneficios fiscales de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, en el bien entendido de que se trate de instituciones en las cuales confluya indubitadamente la nota de colectividad.

La acción 6 del proyecto BEPS ha suscitado la cuestión de la posible aplicación de las cláusulas antiabuso, *Principal Purpose Test (PPT)* y *Limitation on Benefits Clauses (LOB)*, en relación con las IIC⁶⁶. Ciertamente, la versión amplia de la cláusula LOB contiene ciertas precisiones en relación con las IIC, pero la alta carga de subjetividad de la cláusula PPT⁶⁷ ha suscitado preocupación en la industria de la inversión colectiva⁶⁸.

Tratándose de IIC que reúnan las notas anteriormente mencionadas, en particular la apertura a una amplia colectividad de inversores, parece improbable que puedan tacharse de ser un instrumento de operaciones triangulares tendentes al aprovechamiento irregular de los beneficios de un determinado convenio. Así lo demuestra la circunstancia de que en la acción 6 del proyecto BEPS se explicita un amplio apoyo a los trabajos previos de la OCDE en esta materia, anteriormente comentados⁶⁹.

Un enfoque diferente cabe respecto de las IIC de carácter cerrado, las cuales, ciertamente, podrían eventualmente desempeñar esa función vehicular al servicio de sus socios.

⁶⁶ Vid. Lawson y Sunderland (2019).

⁶⁷ Vid. el artículo 7.1 de la convención multilateral.

⁶⁸ Siguiendo a Merten:

Moreover, the action of the OECD/G20 BEPS initiative that worries the fund industry the most is the PPT rule because of its subjectivity and because, to date, tax authorities can apply it unilaterally without much guidance. Therefore, there is substantial uncertainty regarding the future effects of the PPT (Merten, 2019).

⁶⁹ Párrafo 9 de la introducción:

[...] se llegó a la conclusión de que existía un amplio apoyo generalizado a las conclusiones del informe de la OCDE de 2010 «La concesión de beneficios del convenio en relación con las rentas procedentes de instituciones de inversión colectiva» [...] y que en la medida en que el subapartado 2 f) de la CLB incluido en el informe (preliminar de la acción 6) trataba esta cuestión de manera coherente con las conclusiones del informe de IIC de 2010, no era necesario introducir cambios adicionales [...] aunque se acordó que la adopción de las recomendaciones derivadas del proyecto TRACE [...] resultaba importante para la puesta en práctica de dichas conclusiones [...].

6.2. Posición de los socios o partícipes

Las rentas que obtienen los socios de las IIC, ya sean distribuidas por ellas o derivadas de la transmisión o el reembolso de la participación, pueden acogerse a los convenios para evitar la doble imposición.

En cuanto a las rentas distribuidas por la IIC, caen bajo el concepto de dividendos del artículo 10 del modelo de convenio, en la medida en que tales rentas pueden ser consideradas como «rendimientos de las acciones» o como «rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente».

La legislación española sujeta a las rentas distribuidas por las IIC a sus socios o partícipes al mismo régimen fiscal que a los rendimientos de las acciones. Por tanto, como regla general, dichas rentas disfrutarán de la aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

En cuanto a las rentas derivadas de la transmisión o el reembolso de las acciones o participaciones, caen bajo el concepto de «ganancias de capital» del artículo 13 del modelo de convenio y, en consecuencia, serían gravadas exclusivamente en el Estado de la residencia del socio o partícipe, excepto si el patrimonio de la IIC tiene carácter inmobiliario, en cuyo caso, también podrían ser gravadas por el Estado en el que está constituida la IIC.

6.3. Las IIC constituidas en Luxemburgo

La industria luxemburguesa de la inversión colectiva reviste una importancia singular. Razones de estabilidad y flexibilidad regulatorias, así como de índole fiscal, forman parte del contexto determinante de su indisputable éxito. El nuevo entorno BEPS y ATAD, si cuidadosamente implementado como esperado, no supondrá una merma de los atractivos de esa jurisdicción fiscal⁷⁰. Otras jurisdicciones fiscales, entre ellas la española, contemplan con desasosiego esos atractivos. La libertad de movimiento de capitales y la libre prestación de servicios podrían deparar mermas a la industria nacional si la misma no está asistida de un entorno regulatorio y fiscal igualmente favorable y/o de medidas defensivas. Las relaciones hispano-luxemburguesas en el ámbito de la fiscalidad de la inversión colectiva son una muestra de esos recelos.

La consulta de la DGT 1726/1998, de 4 de noviembre (NFC008378), consideró que los partícipes de las IIC constituidas en Luxemburgo al amparo de la Ley de 30 de marzo de

⁷⁰ Vid. Schaffner y Duro (2019).

1988 debían seguir el régimen previsto en el artículo 74 de la Ley 43/1995, es decir, tributar en función del valor liquidativo, porque tales instituciones debían entenderse constituidas en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

La contestación, cuya acogida no fue pacífica, se fundamentaba en una determinada interpretación del protocolo del convenio suscrito entre España y Luxemburgo el 3 de junio de 1986, puesta en relación con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

El párrafo 1 del protocolo establecía que el convenio no se aplicaba a:

Las sociedades *holding* definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1928. No se aplica tampoco a las rentas que un residente en España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares.

El artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, calificaba como paraíso fiscal, entre otros, al «Gran Ducado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las sociedades a que se refiere el párrafo 1 del protocolo anexo al convenio», concluyendo la doctrina administrativa que entre las entidades del mencionado párrafo «hay que considerar las entidades o instituciones de inversión colectiva luxemburguesas acogidas a la Ley de 30 de marzo de 1988, en tanto se beneficien del régimen fiscal actualmente en vigor».

No es el caso de comentar si las IIC luxemburguesas eran «sociedades similares» a las sociedades *holding* del Decreto gran ducal de 17 de diciembre de 1928, pero sí es útil hacer dos precisiones. En primer lugar, que las IIC luxemburguesas de la Ley 30 de marzo de 1988 estaban amparadas por la Directiva 85/611/CEE y, en segundo lugar, que el informe del grupo del Código de Conducta de la Unión Europea condenó a las sociedades del Decreto de 1929, pero no a las IIC de la Ley 30 de marzo de 1988.

Finalmente, el problema se solventó mediante un intercambio de notas entre las autoridades fiscales española y luxemburguesa, en cuya virtud, las mismas convinieron que:

Lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 de su protocolo (del convenio para evitar la doble imposición) se entenderá que no es de aplicación a las rentas procedentes de instituciones de inversión colectiva que, debidamente autorizadas por la respectiva autoridad competente, sean comercializadas en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto por la normativa comunitaria.

Sucesivas consultas, entre ellas la consulta de la DGT 1146/2000, de 19 de mayo (NFC011462), establecieron que no sería de aplicación lo previsto en el artículo 74 de la Ley 43/1995 ni en el artículo 78 de la Ley 40/1998, concernientes a la tributación de los socios o partícipes mediante la diferencia de valores liquidativos, cuando concurrieran estas dos circunstancias:

- Que la IIC hubiere sido debidamente autorizada por la autoridad competente de cada Estado.
- Que las participaciones se comercializaran en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en la sección VIII de la Directiva 85/611/CEE (actualmente sustituida por la Directiva 2009/65/CE).

Tras el Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2 o), apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, Luxemburgo abandonó la lista de paraísos fiscales, de manera tal que ninguna IIC constituida en ese país dará pie a la tributación prevista, respecto de sus socios o partícipes residentes en territorio español, en los artículos 54 de la LIS y 95 de la LIRPF⁷¹ mediante la diferencia de valores liquidativos.

Cuestión distinta es la aplicación del convenio hispano-luxemburgués respecto de determinadas entidades afines a la inversión colectiva. En efecto, el intercambio de notas de 15 de abril y 13 de mayo de 2015⁷² implica la inaplicación del convenio bilateral a ciertas IIC similares a aquellas que, de acuerdo con nuestra legislación, podrían considerarse libres o alternativas.

⁷¹ Vid. Informe de 23 de diciembre de 2014, de la DGT, sobre la vigencia de la lista actual de paraísos fiscales aprobada por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, con las exclusiones derivadas de la aplicación de la modificación introducida por el Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, respecto a la entrada en vigor de la disposición final segunda de la Ley 26/2014, e Informe 2104-09934, de la Agencia Tributaria, de 27 de diciembre de 2014. Vigencia actual de la lista de paraísos fiscales.

⁷² Acuerdo con Luxemburgo:

Mediante intercambio de cartas de 15 de abril y de 13 de mayo de 2015, las autoridades competentes de España y Luxemburgo, en relación con el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986 y Protocolo de 10 de noviembre de 2009, han acordado lo siguiente:

Lo dispuesto en el párrafo 1 del protocolo anexo se entenderá que es de aplicación a la «société de gestion de patrimoine familial» (SPF), y a la «société d'investissement á capital fixe» (SICAF) y la «société d'investissement a capital variable» (SICAV) reguladas en la parte II de la «Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif» (Boletín oficial del Gran Ducado de Luxemburgo de 24 de diciembre de 2010) y en la «Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés» (Boletín oficial del Gran Ducado de Luxemburgo de 13 de febrero de 2007), así como a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de las citadas sociedades y al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esa persona posea.

Esas IIC, cuya naturaleza y funciones responden básicamente a las enumeradas en el artículo 3 de la Directiva 2009/65/CE a los efectos de excluirlas de la misma, están reguladas en la parte segunda de la *Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif*, en tanto que la primera parte se refiere a las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE⁷³. Esa distinción tiene tres consecuencias en relación con la legislación fiscal española:

- La no aplicación del convenio hispano-luxemburgués, en cuanto a aquellas IIC mencionadas en el intercambio de notas.
- La no aplicación de la cláusula de exclusión de la transparencia fiscal internacional de los artículos 91.15 de la LIRPF y 100.16 de la LIS.
- La no aplicación de la exención del artículo 14.1 I) del TRLIRNR.

7. La tributación de las IIC y de sus socios o partícipes a la luz del derecho de la Unión Europea

Las IIC pueden poseer activos financieros emitidos por personas o entidades residentes en países distintos de aquel en el que están constituidas o tener socios o partícipes igualmente residentes en tales países. En tal caso, tanto las IIC como sus socios o partícipes realizan operaciones determinantes de movimientos de capitales a través de las fronteras.

El artículo 63 del TFUE declara «prohibidas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

Las restricciones aparecen, de acuerdo con los criterios que emanan de las sentencias del TJUE, cuando la legislación fiscal grava más intensamente las rentas de los capitales transfronterizos que las de los capitales interiores. Algunas restricciones podrán estar justificadas, otras no, a tenor de las causas de justificación construidas por dicho tribunal. Esas restricciones pueden incidir sobre la IIC o sobre sus socios o partícipes.

⁷³ Artículo 3:

La présente partie ne concerne pas:

- les OPCVM du type fermé,
- les OPCVM qui recueillent des capitaux sans promouvoir la vente de leurs parts auprès du public dans l'Union européenne ou dans toute partie de celle-ci,
- les OPCVM dont la vente des parts est réservée par le règlement de gestion du fonds ou les documents constitutifs au public des pays qui ne font pas partie de l'Union européenne,
- les catégories d'OPCVM fixées par la CSSF, pour lesquelles les règles prévues au chapitre 5 sont inappropriées compte tenu de leur politique de placement et d'emprunt.

Desde la óptica de un determinado país, en nuestro caso España, y en el escenario de la imposición directa sobre la renta, las situaciones que se deben examinar son las siguientes:

- La tributación de las IIC no residentes respecto de las rentas obtenidas en territorio español.
- La tributación de las IIC residentes respecto de las rentas obtenidas en el extranjero.
- La tributación de los socios o partícipes no residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC residentes en territorio español.
- La tributación de los socios o partícipes residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC no residentes en territorio español.

7.1. Tributación de las IIC no residentes respecto de las rentas obtenidas en territorio español

Justo el día anterior a aquel en el que el autor de estas líneas se proponía enviarlas al editor, se publicó la STS 1581/2019, de 13 de noviembre (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–), relacionada con la sentencia Delaware Pooled Trust. Es la primera sentencia del Tribunal Supremo que aborda, en su plenitud, la cuestión objeto del presente epígrafe. Tras su lectura, se ha estimado conveniente mantener la redacción primitiva incorporando, eso sí, un comentario respecto de la referida sentencia. Y ello porque tal redacción proponía un método de análisis similar al aplicado por el Tribunal Supremo, aunque alcanzando una solución distinta.

7.1.1. Las sentencias del TJUE

Varias sentencias del TJUE se han ocupado de esta situación.

En la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), caso Santander Asset Management, el debate consistió en dilucidar si el tratado se oponía a que los dividendos pagados a IIC extranjeras (belgas, alemanas, españolas, americanas) sufrieran retención, en tanto que los pagados a IIC nacionales no la sufrían (Francia).

El tribunal enfocó la cuestión planteada desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales de los artículos 63 y 65 del TFUE y apreció que la diferencia de trato fiscal, relativo a la retención, que sufrían las IIC (organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios –OICVM–), según que residieran en el extranjero o en Francia, podría desalentar la toma de participación en sociedades francesas por parte de las IIC extranjeras, y a los

inversores franceses a invertir en participaciones de dichas instituciones, y de ahí derivó una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

El tribunal apreció que eran comparables las situaciones de los OICVM nacionales y extranjeros, a pesar de que el Gobierno francés alegó que la comparación pertinente no era entre las IIC, sino entre sus partícipes, de manera tal que, bajo la presunción de que los partícipes residían donde lo hacía el OICVM, los convenios bilaterales correspondientes procurarían la deducción de la retención (crédito de impuesto) y de ello se derivaría que, finalmente, se produciría una igualdad de trato fiscal para las dos colectividades de partícipes contempladas.

El tribunal desoyó la alegación por cuanto, en primer lugar, la retención versaba sobre las rentas percibidas por el OICVM; en segundo lugar, porque la no retención respecto de los OICVM franceses no estaba supeditada a la imposición en sede de los partícipes de los rendimientos distribuidos por los OICVM; y, en tercer lugar, porque aun cuando era cierto que algunos convenios concedían un crédito fiscal a los partícipes en relación con la retención practicada al OICVM, tal crédito no derivaba de la normativa francesa controvertida, entrando en este punto, tal vez, en fricción con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 8 de noviembre de 2007 (asunto C-379/05 –NFJ026644–), caso Amurta.

De esta manera, tras rechazar las causas de justificación alegadas, esto es, la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria, la de garantizar los controles fiscales, y el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal, el tribunal concluyó que:

Los artículos 63 TFUE y 65 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado.

En la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–), caso Emerging Markets, el debate versó sobre si el tratado se oponía a que los dividendos pagados a IIC extranjeras (Estados Unidos) sufrieran retención cuando los pagados a IIC nacionales no la sufrían (Polonia). Se trataba, por tanto, de un asunto análogo al abordado en Santander Asset Management.

El tribunal también enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, por cuanto las IIC no ejercían una influencia decisiva en la sociedad participada que distribuía los dividendos.

El tribunal observó que la diferencia de trato respecto de la retención sobre los dividendos podía disuadir a las IIC no residentes de realizar inversiones financieras en entidades residentes en Polonia y, al tiempo, a los residentes polacos a participar en aquellas, y de ahí dedujo la restricción a la libertad de movimiento de capitales.

El tribunal, al igual que en Santander Asset Management, apreció que la situación de las IIC, nacionales y extranjeras, frente a la retención, era comparable, por cuanto la excepción a la retención de las nacionales era un elemento del mecanismo para eliminar la doble imposición de dividendos, efecto este que igualmente afectaba a las IIC extranjeras.

Tras rechazar las tres causas de justificación alegadas; a saber: la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, y el reparto de las potestades tributarias, el tribunal concluyó que:

Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa fiscal de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual no pueden gozar de una exención fiscal los dividendos pagados por sociedades establecidas en ese Estado miembro a un fondo de inversión situado en un Estado tercero, siempre que exista entre ese Estado miembro y el Estado tercero de que se trate una obligación convencional de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias nacionales comprobar la información remitida, en su caso, por el fondo de inversión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en el asunto principal, examinar si el mecanismo de intercambio de información previsto en esa relación de cooperación permite efectivamente que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América sobre los requisitos relativos a la creación y al desarrollo de sus actividades, con el fin de determinar si operan dentro de un marco normativo equivalente al de la Unión.

En fin, en la STJUE de 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16 –NFJ070708–), caso Fidelity Funds, se abordó si el tratado se oponía a una legislación en cuya virtud las IIC residentes en otros Estados miembros (Reino Unido y Luxemburgo) sufrían retención respecto de los dividendos distribuidos por entidades residentes (Dinamarca), en tanto que las IIC residentes en Dinamarca no la padecían, a condición de que efectuaran una distribución de beneficios, o una imputación fiscal a partir de 2005, a sus partícipes y practicaran una retención a los mismos.

Al igual que en los dos casos anteriores, el TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales después de rechazar la libertad de prestación de servicios y la de establecimiento.

El tribunal señaló que, habida cuenta de que el objeto de la normativa danesa era evitar la imposición en cascada o doble imposición inherente a la interposición de la IIC entre la

entidad participada y el inversor final o partícipe, ese objeto o finalidad se presentaba tanto en relación con las IIC danesas como británicas y luxemburguesas, concluyendo así en la comparabilidad de las situaciones interna y transfronteriza, de manera tal que el peor tratamiento, frente a la retención, de la situación transfronteriza, conducía a la restricción respecto de la libertad de movimiento de capitales.

El tribunal examinó dos causas de justificación; a saber: el reparto equilibrado de los ingresos fiscales y la coherencia del sistema fiscal. Habida cuenta de la sutileza de la legislación fiscal danesa, en cuanto supeditaba la exención de la retención a la redistribución de los dividendos por parte de la IIC a sus socios o partícipes, el tribunal afinó en el análisis de las causas de justificación.

La primera causa de justificación no fue apreciada por el tribunal, por cuanto la retención a las IIC extranjeras no tenía por objeto evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho del Estado miembro (Dinamarca) a gravar las rentas de las operaciones realizadas en su territorio, sino suplir la ausencia de competencia para gravar las rentas distribuidas o imputadas por tales IIC. Acotado de este modo el alcance de esa causa de justificación, en línea con lo dicho en otras sentencias, las perspectivas que pudieron apuntarse en la sentencia que la creó, esto es la STJCE de 13 de diciembre de 2005 (asunto C-446/03 –NFJ021162–), caso Marks & Spencer, en particular en razón a su conexión con el principio de territorialidad, se han ido diluyendo, habiendo devenido en la actualidad en una suerte de comodín que permite al tribunal un margen de discrecionalidad tan amplio como difuso⁷⁴.

En relación con la segunda causa de justificación, el tribunal apreció la relación entre la ventaja fiscal consistente en la exención de la retención sobre los dividendos procedentes de entidades residentes y la compensación de esa ventaja con la posterior retención respecto de los dividendos distribuidos o imputados por la propia IIC a sus partícipes.

Sin embargo, el TJUE apreció que la medida discriminatoria iba más allá de lo necesario, pues:

[...] como señaló el abogado general en el punto 80 de sus conclusiones, la coherencia interna del régimen fiscal en cuestión en los litigios principales permanecería inalterada si los OICVM residentes de un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca que cumplan los requisitos del artículo 16 C de la *ligningslov* pudieran acogerse a la exención de la retención en la fuente, siempre que las autoridades fiscales danesas se aseguraran, con la plena colaboración de esos organismos, de que estos últimos liquidan un impuesto equivalente al importe que los fondos del

⁷⁴ Siguiendo a Calderón y Martín:

[...] lo cierto es que los perfiles de esta exigencia imperativa de interés general están un tanto difusos [...] el perfil borroso de esta exigencia permite al TJUE mantener un gran margen de ponderación entre el interés nacional y el propio de la UE [...] (Calderón y Martín, 2019, p. 118).

artículo 16 C residentes en Dinamarca deben girar, como retención fiscal, sobre el reparto mínimo calculado de conformidad con esta disposición. Permitir a tales OICVM acogerse a esa exención en las condiciones descritas constituiría una medida menos restrictiva que el régimen actual.

Tras ello, el tribunal sentenció que:

El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, en virtud de la cual los dividendos satisfechos por una sociedad residente en este Estado miembro a un organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) no residente están sometidos a una retención en la fuente, mientras que los dividendos satisfechos a un OICVM residente en este mismo Estado miembro están exentos de tal retención, a condición de que este último organismo efectúe un reparto mínimo de dividendos a sus partícipes, o bien proceda técnicamente a imputar un dividendo mínimo, y practique la retención del impuesto sobre ese dividendo mínimo real o ficticio a cargo de sus partícipes.

Las tres sentencias versaron sobre la tributación de los dividendos satisfechos por entidades residentes en un Estado miembro de la Unión Europea a IIC constituidas en otro Estado miembro o en un Estado tercero. Y las tres llegaron a la misma conclusión; a saber: que la libertad de movimiento de capitales se oponía a la tributación, vía retención, del dividendo percibido por la IIC extranjera, cuando tal dividendo se hallaba exento en caso de ser percibido por una IIC nacional. Y se oponía incluso en el supuesto de que la exención del dividendo percibido por la IIC nacional estuviera supeditada a una obligación de redistribución del dividendo pero, en tal caso, la exención sería legítima si también se concedía exención a la IIC extranjera igualmente obligada a redistribuir.

La clave de bóveda de la construcción del TJUE reside en el carácter comparable de las situaciones interna e internacional. La exención de los dividendos en sede de la IIC nacional tiene como objetivo evitar la imposición en cascada, y esa imposición en cascada también afecta a las IIC extranjeras. De ahí la situación comparable. Ahora bien, la superación de la imposición en cascada se predicaba, en el contexto de las legislaciones fiscales examinadas, respecto de las IIC, pero no de cualquier tipo de entidad.

Por tanto, la infracción del principio de libertad de movimiento de capitales se producía cuando la IIC extranjera operaba dentro de un marco jurídico equivalente al establecido por la regulación prudencial de la Unión Europea en materia de inversión colectiva. En efecto, solo en tal caso, las situaciones interna y transfronteriza son comparables y, por ende, el distinto tratamiento fiscal es reprochable a la luz de la libertad de movimiento de capitales.

En vía de aproximación general, el régimen jurídico de las IIC nacionales, que servirá como término de comparación a los efectos de discernir la equivalencia, será el establecido por la Directiva 2009/65/CE, pues tal norma es la que define el marco jurídico de la inversión

colectiva en la Unión Europea. En vía de definición específica en relación con cada Estado miembro habrán de tomarse en cuenta, además, las especialidades propias de la legislación fiscal. Así, en el caso de España, debiera tomarse como marco de referencia el régimen jurídico establecido en la LIIC, pues es el cumplimiento del mismo el que habilita la tributación al tipo especial de gravamen y, por ende, determina la devolución de las retenciones.

La constatación de la situación de equivalencia ha de realizarse por las autoridades competentes de la jurisdicción fiscal donde reside la entidad pagadora de los dividendos. Se trata de una operación delicada para cuya realización es preciso contar con la información pertinente, de manera tal que es preciso que exista un instrumento jurídico que permita el intercambio de información entre el Estado miembro concernido, en nuestro caso España, y el Estado tercero. Así, en *Emerging Markets* se dijo que:

Corresponde, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente examinar si las obligaciones convencionales entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América, que establecen un marco jurídico común de cooperación y mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales interesadas, pueden efectivamente permitir que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América inherente a los requisitos relativos a la creación y el ejercicio de sus actividades, con el fin de determinar que operan en un marco normativo equivalente al de la Unión.

Aun cuando las sentencias del TJUE han versado sobre dividendos, es fácil colegir que sus determinaciones deben proyectarse sobre cualquier otro tipo de renta; singularmente, las consistentes en intereses y plusvalías derivadas de la transmisión de activos financieros. Como también es fácil colegir que la forma en como se instrumenta la exención a favor de la IIC nacional no es relevante, sino que lo decisivo es que la misma no soporte una tributación efectiva respecto de las rentas concernidas. La tributación al tipo de gravamen simbólico del 1 % equivale, a estos efectos, a un régimen de exención.

7.1.2. El ejercicio del poder-deber de inaplicación por los tribunales españoles

Se advierte, por tanto, que nuestra legislación no está, plenamente, en línea con la doctrina que emana de las sentencias del TJUE⁷⁵, por cuanto la exención del artículo 14.1. l) del

⁷⁵ Siguiendo a Lucas:

[...] es preciso indicar que con la aprobación de tal norma se ha eliminado únicamente el problema en relación con las distribuciones intracomunitarias sin percatarse de que el artículo 63 del TFUE que prevé la libertad de circulación de capitales y pagos tiene efectos *erga omnes* [...] (Lucas, 2019, p. 787).

TRLIRNR solo se proyecta respecto de los dividendos percibidos por IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CE, de manera tal que quedan fuera de la misma, en el plano subjetivo, las IIC residentes en Estados terceros y, en el plano objetivo, los intereses y las plusvalías de cartera, entre otras rentas.

La eventual extensión del régimen de la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR, incluso proyectada sobre otras rentas distintas a los dividendos tales como intereses y plusvalías de cartera, a entidades que reclamen la calificación de IIC residentes en Estados terceros, bien podría establecerse por los tribunales españoles en el ejercicio del poder-deber de inaplicación de las normas contrarias al ordenamiento comunitario, en el caso presente, sobre la base del principio de libertad de movimiento de capitales.

Ahora bien, tal extensión exigiría la equivalencia del régimen jurídico al que se someten las IIC extranjeras respecto del previsto en la LIIC, pues, en efecto, el tipo de gravamen del 1 %, determinante de un régimen práctico de exención, no es sino una pieza de un régimen fiscal destinado a evitar el exceso de imposición derivado de la interposición de una entidad que realiza las funciones propias de la inversión colectiva, sujetándose por ello a una regulación prudencial contenida en la citada LIIC, la cual traspone la regulación prudencial comunitaria de la Directiva 2009/65/CE. En este sentido, tal extensión requeriría una respuesta positiva respecto de las siguientes cuestiones:

- ¿Apela la entidad al público para captar fondos sin limitarse a las aportaciones de los inversores que hayan promovido su constitución?
- ¿Tienen los socios o partícipes el derecho de solicitar el reembolso de la acción o participación por su sola decisión?
- ¿Está regulada la composición del patrimonio y el funcionamiento de la entidad por una normativa prudencial?
- ¿Exige la normativa reguladora la presencia de, al menos, 100 partícipes o accionistas?
- ¿Tributa la entidad por el IS correspondiente, aun cuando lo haga en régimen privilegiado?
- En caso de régimen privilegiado, ¿tributan sus socios o partícipes por la imposición personal que les corresponda?

La respuesta positiva a las referidas interrogantes, susceptible de ser comprobada por la Administración tributaria española en el contexto de la aplicación de un instrumento regulador del intercambio de información con fines tributarios como, por ejemplo, un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, determinaría la situación de equivalencia, de manera tal que, por imperativo del mandato de

la libertad de movimiento de capitales del artículo 63 del TFUE, la IIC residente en un Estado tercero debería disfrutar, en razón de los dividendos pagados por personas o entidades residentes en territorio español, de la exención prevista en el artículo 14.1 I) del TRLIRNR.

En fin, esa exención, en las mismas circunstancias, debiera extenderse a las restantes rentas, tales como intereses y plusvalías de cartera.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 7 de julio de 2015 (rec. núm. 1009/2013 –NFJ064559–) abordó un caso de devolución de retenciones a solicitud de una IIC norteamericana. La sentencia parte de la pertinencia de la aplicación del principio de libertad de movimiento de capitales de los artículos 63 y siguientes del TFUE. A tal efecto, después de constatar la diferencia de trato, inquiere si la entidad recurrente es comparable con las IIC constituidas en España, y así, después de afirmar que las «situaciones comparables no son situaciones idénticas», se consagra al análisis de la documentación presentada por el obligado tributario relativa a la comparabilidad y, tras reprochar que la misma se encuentre redactada en inglés, concluye que:

[...] no consta ni el número concreto de partícipes de la entidad actora ni su capital social [...] lo que debe implicar la conclusión final de que la entidad actora no ha acreditado que esté en una situación de igualdad con los fondos de inversión españoles, a los que se aplica el beneficio fiscal pretendido, ya que no ha probado que cumpla los requisitos mínimos exigidos por la legislación española para ello.

Se notará que la carga de la prueba recae sobre el obligado tributario, y también que la pauta de comparación es la legislación española, no la comunitaria, si bien aquella incorpora los rasgos básicos de esta.

Sin embargo, el auto de admisión del recurso de casación, de 25 de abril de 2018, entiende que, a efectos del análisis de comparabilidad, es preciso dilucidar si el mismo ha de realizarse a la vista de la legislación española o bien a la vista de la legislación comunitaria, al tiempo que introduce la cuestión de la suficiencia del instrumento jurídico de intercambio de información⁷⁶.

⁷⁶ Auto del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 (rec. de cas. núm. 1344/2018 –NFJ070981–):

Tercero.

1. A la vista de cuando antecede, el recurso de casación preparado nos suscita dos cuestiones jurídicas relacionadas y concatenadas, porque la respuesta que se dé a la primera puede hacer innecesaria la contestación de la segunda, a saber:

Primera. Determinar si el análisis de comparabilidad entre las instituciones de inversión colectiva residentes en EEUU, sin establecimiento permanente en España, y las instituciones de inversión colectiva residentes en España, al objeto de determinar si el diferente tratamiento tributario de los dividendos percibidos de sociedades residentes en España supone o no una restricción a

De acuerdo con lo anterior, los *private equity*, los *hedge funds* y, en general, las IIC asimilables a las de carácter libre o alternativas, así como los denominados fondos soberanos, entre otros, no deberían disfrutar de la exención referida.

Lo relevante, a efectos del juicio de equivalencia, es, en primer término, la naturaleza jurídica de la estructura jurídica foránea que reclama la igualdad de trato fiscal frente a una determinada operación. Su régimen fiscal, en segundo término, deberá posteriormente ser tomado en consideración, a los efectos de determinar si, efectivamente, se produce una discriminación y, eventualmente, si media una causa de justificación adecuada y proporcionada o una neutralización por la vía de un convenio bilateral. Sin embargo, sin superar el primer término, huelga embarcarse en el segundo, pues la discriminación consiste en tratar de manera diferente situaciones iguales, y la regulación sustantiva de la entidad extranjera concernida es un elemento trascendental a tal efecto.

Un fondo soberano difícilmente superaría la prueba de la equivalencia. No obstante, respecto de estos fondos se plantea la cuestión de su asimilación al régimen fiscal propio del Estado. En efecto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9.1 a) y 128.4 a) de la LIS, el Estado está exento del IS y las rentas que perciba no sufrirán retención, de manera tal que el mandato de la libertad de movimiento de capitales reclamaría la exención por el IRNR de las rentas percibidas por un Estado extranjero. En la medida en la que el fondo soberano pudiera entenderse formando parte del Estado, podría, igualmente, estar amparado por el imperativo del principio de libertad de movimiento de capitales.

La consulta de la DGT 3/2018, de 8 de enero (NFC067410), ante una pretensión de exención por el IRNR del Banco Central de la República Popular China, respecto de los dividendos pagados por entidades residentes, en atención a que el Banco de España no soportaba retenciones sobre tales dividendos y gozaba de exención subjetiva, concluyó que:

[...] debe indicarse que no es competencia de este centro directivo valorar el encaje o a juste de la norma tributaria doméstica ni al ordenamiento jurídico nacional ni al derecho de la Unión Europea, correspondiendo dicha valoración a los órganos jurisdiccionales.

la libre circulación de capitales contraria al derecho de la Unión Europea, se debe realizar conforme a la legislación española de fuente interna sobre instituciones de inversión colectiva o conforme a la Directiva UCIT.

Segunda. Dilucidar si el análisis de la suficiencia de los mecanismos existentes para obtener información sobre los fondos de inversión residentes en EEUU debe buscar la identidad con los que España tiene con otros Estados miembros de la Unión Europea o la mera equiparación y la efectividad de los mismos para el fin pretendido, decidiendo, en consecuencia, si la cláusula de intercambio de información prevista en el artículo 27 CDI España/EEUU podía ser suficiente o era claramente insuficiente en el ejercicio 2010 [...].

Quedaba así la cuestión planteada, pero cautelosamente no resuelta⁷⁷.

En fin, aun cuando quedara probada la equivalencia de la IIC extranjera respecto de la nacional, todavía quedaría por ver si la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable determinaría, mediante la imputación ordinaria de la retención, la neutralización de la diferencia de trato.

Así, en la sentencia Amurta, se dijo que:

Quando un Estado miembro invoca un convenio para evitar la doble imposición celebrado con otro Estado miembro, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si, en el litigio principal, debe tenerse en cuenta ese convenio y, en su caso, comprobar si permite neutralizar los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales.

La RTEAC de 19 de octubre de 2015 (RG 1887/2015 –NFJ060998–) argumentó, en el contexto de una solicitud de devolución formulada por una IIC norteamericana, que:

[...] la eventual restricción se habría neutralizado en virtud de lo dispuesto en el convenio bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre España y Estados Unidos, si en aplicación del mismo la tributación soportada en España por el fondo reclamante ha podido ser deducida de la tributación que le correspondiese soportar en su país de residencia. Así parece sugerirlo la AEAT al sustentar su negativa a devolver las cantidades solicitadas, entre otras razones, en la falta de acreditación de que la retención soportada en España no haya sido objeto de deducción en el país de residencia del contribuyente [...] si en aplicación de este precepto del CDI con EE. UU. la entidad reclamante hubiese podido deducir de la cuota que le corresponda en su país de residencia la totalidad de la cantidad que ha tributado en España por encima de la tributación que aquí soportan las IIC españolas, se había neutralizado el citado exceso, de modo que no habría ninguna restricción prohibida por el TFUE [...] la carga de la acreditación de cual ha sido el trato que en Estados Unidos ha tenido la retención soportada en España, por evidentes razones de cercanía a las fuentes de prueba, corresponde a la entidad reclamante [...]

En los meses venideros, los tribunales de justicia de justicia deberán pronunciarse respecto de las devoluciones solicitadas por IIC constituidas en Estados terceros⁷⁸.

⁷⁷ Vid. Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del ordenamiento comunitario en el derecho español (2008).

⁷⁸ Vid. Ballesteros (2017).

7.1.3. La STS en el caso Delaware Pooled Trust

La entidad de referencia era una sociedad de inversión de capital variable registrada y sometida a la supervisión de la Securities and Exchange Commission (SEC).

La STS 1581/2019, de 13 de noviembre (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–) se adentra en la cuestión, nuclear, de la comparabilidad, argumentando que no puede exigirse:

[...] la identidad absoluta entre los fondos residentes regulados en la legislación española y los no residentes, no es posible exigir dicha identidad, sino que resulta suficiente que sean similares o equivalentes, encontrando los elementos configuradores que definen IICs en la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 [...]; en palabra del TJUE, «comprobar, en cooperación con las autoridades competentes de los Estados Unidos de América, que desarrollan sus actividades en unas condiciones equivalentes a las aplicables a los fondos de inversión establecidos en el territorio de la Unión».

Así pues, el término de comparación, contrariamente a lo que se ha mantenido en las líneas precedentes, y también al criterio sustentado en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no lo proporciona el régimen jurídico previsto en la LIRPF, sino el establecido por la Directiva 2009/65/CE. La sentencia es contundente en este punto, por cuanto el que:

[...] la normativa de referencia lo constituyan la LIIC y el RIIC en relación con el IS lleva necesariamente a restringir el tipo de gravamen al 1 % respecto de determinadas IIC que reúnan los requisitos legalmente dispuestos, pero en ningún caso sería de aplicación a los fondos no residentes, tal y como ha quedado dicho anteriormente; lo que per se conlleva la inidoneidad de la normativa nacional en exclusividad a los efectos de servir de contraste para verificar si las no residentes «operan en un marco normativo equivalente al de la Unión».

Ciertamente, la LIIC no es aplicable a los fondos extranjeros, pero de ahí no se sigue que no sea idónea para ser la referencia a los efectos de ejercitar el test de comparación. Por el contrario, tal vez sea la más válida por cuanto el régimen fiscal especial de las IIC que, justamente, es el que determina la devolución de las retenciones practicadas, se asienta en el cumplimiento de las normas contenidas en la citada LIIC. Cuestión distinta es que la comparación deba efectuarse no en términos de mimetismo normativo, sino, más bien, en razón a los objetivos y principios que animan a las legislaciones concernidas, esto es, la norteamericana y la española. Es esa similitud de objetivos y principios lo que permite afirmar que las IIC norteamericanas son comparables a las españolas y, por tanto, que el peor trato fiscal de las primeras respecto de la retención sobre los dividendos determina

una discriminación restrictiva de la libertad de movimiento de capitales. Así lo entendió el legislador polaco, afectado por la sentencia *Emerging Markets*⁷⁹.

Sin duda, este era el punto crucial. Así lo puso de relieve el abogado del Estado alegando que «en la directiva no figuran una serie de cuestiones básicas que son determinantes para la aplicación del régimen de IIC y, por ende, para la aplicación del régimen fiscal, como, por ejemplo, el número de socios [...]», y también la entidad recurrente, la cual solicitó del tribunal la presentación de una cuestión prejudicial, al amparo del artículo 267 del TFUE, con la pretensión de que el TJUE declarara que:

[...] el análisis de comparabilidad entre las IIC residentes en terceros Estados, sin EP en la UE, y las IIC de inversión colectiva residentes en EEMM se debe realizar conforme a dicha Directiva y no atendiendo a los requisitos adicionales que pueda establecer la legislación nacional de cada Estado miembro [...].

Es dable intuir, aunque no sea posible afirmar, que el fondo de inversión norteamericano tal vez debió encontrar dificultades para probar el requisito de 100 socios o partícipes exigido por la LIIC, cuyo incumplimiento inhabilita el régimen fiscal privilegiado de las IIC españolas y, por ende, frustra la devolución de la retención sobre dividendos a las mismas.

Verdaderamente, el planteamiento de la cuestión prejudicial se hubiese revelado útil. En efecto, en la decisión del Tribunal Supremo ha pesado fuertemente la sentencia *Emerging Markets*, la cual, como ha quedado expuesto anteriormente, pero conviene recordarlo, concluye que:

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en el asunto principal, examinar si el mecanismo de intercambio de información previsto en esa relación de cooperación permite efectivamente que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América sobre los requisitos relativos a la creación y al desarrollo de sus actividades, con el fin de determinar si operan dentro de un marco normativo equivalente al de la Unión.

La literalidad del fallo parece conducir a que el marco normativo de referencia para efectuar la comparación sea el de la Unión Europea, por tanto, el de la Directiva 2009/65/CE o, anteriormente, el de la Directiva 85/611/CEE. Esa apreciación podría no ser la más correcta.

⁷⁹ Siguiendo a Kostowska y Gnutzmann:

[...] in order to ensure equal tax rights for Polish and foreign funds, the Polish lawmakers referred to the Polish regulatory legislation for standard mutual investment funds to design exemption requirements that focus on whether or not the given foreign investment fund is comparable to a Polish one [...] (Kostowska y Gnutzmann, 2019).

En efecto, los fondos de inversión polacos disfrutaban de la exención determinante de la ausencia de retención por el solo hecho de residir en Polonia y estar adaptados a la normativa comunitaria, sin que fuera necesaria la concurrencia de otros requisitos relevantes, de manera tal que el criterio de diferenciación principal (era) el lugar de residencia de los fondos de inversión⁸⁰, a diferencia de lo que acontece con respecto a los fondos de inversión españoles, cuyo régimen regulatorio incorpora, además de las previsiones de la Directiva 2009/65/CE, el requisito de 100 socios o partícipes, cuyo cumplimiento es inexcusable para disfrutar del tipo de gravamen del 1 % en el IS y, consecuentemente, de la devolución de la retención sobre los dividendos. Es más, tal requisito es el quicio sobre el que el legislador fiscal ha construido la fiscalidad privilegiada de la inversión colectiva.

El criterio de diferenciación principal en el caso polaco era la residencia, pero en el caso español no lo es. En el caso español, la adecuación a la Directiva 2009/65/CE, pero sin cumplir el requisito de 100 o más socios o partícipes, determina la tributación al tipo general de gravamen por el IS y, por ende, la no devolución de retenciones. ¿Habrían de devolverse las retenciones a un fondo de inversión extranjero no comunitario cuando a un fondo de inversión español no se le devolverían?

Véase, consecuentemente, que la sentencia *Emerging Markets*, a la que el Tribunal Supremo concede, acertadamente, una especial significación, tal vez admita una lectura diferente de aquella que, *prima facie*, se desprende de su fallo o, por mejor decir, una conclusión distinta a la alcanzada por la sentencia del Tribunal Supremo.

Concebida en relación con la jurisdicción fiscal polaca, la aplicación de *Emerging Markets* respecto de otra jurisdicción fiscal, en este caso la española, ha de realizarse incorporando los requisitos relevantes adicionales al puro sometimiento a la Directiva 2009/65/CE que en la misma habilitan el disfrute de la exención fiscal. Si no se hiciera así, se podría llegar a devolver retenciones a un fondo de inversión extranjero que, sin embargo, no serían devueltas a un fondo de inversión español, lo que carecería de toda pertinencia. En particular, así sucedería en todos aquellos casos en los que el fondo de inversión extranjero, aun respondiendo estructuralmente a los criterios de la Directiva 2009/65/CE, no acreditase el requisito de 100 socios o partícipes.

⁸⁰ STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–), caso *Emerging Markets*:

Teniendo en cuenta cuanto antecede, en relación con una normativa fiscal de un Estado miembro, como la *ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, que recoge como criterio de diferenciación principal el lugar de residencia de los fondos de inversión, que implica la práctica o no de una retención en el origen sobre los dividendos que les pagan las sociedades polacas, los fondos de inversión no residentes se encuentran en una situación objetivamente comparable a aquella de los fondos cuya sede está situada en el territorio polaco (apdo. 69).

Repárese, pues, en la utilidad que hubiera supuesto el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Sea como fuere, es claro que el Tribunal Supremo toma como término de comparación el régimen jurídico de los fondos de inversión previsto en la Directiva 2009/65/CE, desechando el de la LIIC, pero, en cualquier caso, la prueba de la concurrencia de los supuestos determinantes de la equivalencia o similitud ha de aportarla el contribuyente.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Supremo entiende que hay un vacío normativo respecto de la forma en como debe practicarse la prueba inherente a la comparación, de manera tal que:

[...] ante el vacío legal de la forma en que debe articularse la solicitud y los medios para acreditar, en este caso, la equivalencia o similitud ya referida, aun cuando le correspondía a la solicitante de la devolución acreditar dicha circunstancia esencial, la misma cumplió mediante la aportación de los medios que tuvo por conveniente intentando acreditar sería y rigurosamente dicha equivalencia –la propia sentencia (TSJM) da cuenta de los medios utilizados y e incluso su mayor amplitud que en otros casos–, existiendo mecanismo para el intercambio de información entre España y EEUU en los términos previstos, en caso de duda correspondía a las autoridades españolas recabar la información necesaria a las autoridades de EEUU para comprobar la equivalencia [...].

Sin embargo, la sentencia recurrida, en orden a la prueba, aun reconociendo que el recurrente había realizado un esfuerzo probatorio superior al de otros recurrentes, lo que afirmó fue la insuficiencia de las pruebas aportadas, de manera tal que:

[...] en el caso de autos, si bien el esfuerzo probatorio de la entidad recurrente es algo mayor que en los casos anteriores examinados, lo cierto es que sigue adoleciendo de documentos suficientes para acreditar lo que desde la vía administrativa se le viene exigiendo por la AEAT, y que este tribunal considera requisito necesario a los fines pretendidos por la actora. Así, se aporta certificado del Departamento del Tesoro informando sobre el domicilio fiscal del fondo de inversión recurrente, así como certificado relativo a que es una sociedad de inversión de capital variable registrada y, por ello, sometida a la supervisión de la SEC; pero sigue sin aportarse documento válido que afirme que el fondo cumple las exigencias de la normativa española a los efectos pretendidos (número de partícipes, capital mínimo exigido) [...]. Además, el hecho de que los fondos estadounidenses tengan unas determinadas exigencias de información o transparencia o unas obligaciones de inscripción en el organismo regulador (el SEC) no implica que en este caso el fondo cumpla con ellas y las valoraciones que haga un perito extranjero de tal cumplimiento o del derecho extranjero no pueden vincular a la sala, como tampoco pueden hacerlo otras sentencias dictadas en otros países europeos respecto

de asuntos cuya identidad no consta con este, así como tampoco pueden vincularla las sentencias que haya podido dictar la Audiencia Nacional en tal cuestión. No es tanto una cuestión jurídica, sino de prueba [...].

Ciertamente, el tribunal de instancia enfocó la prueba en razón a la equivalencia configurada con base en los requerimientos de la LIIC, en tanto que el Tribunal Supremo la enfocó respecto de los previstos en la Directiva 2009/65/CE, pero, habida cuenta de que la LIIC asume los contenidos de la Directiva 2009/65/CE, es fácil concluir que los elementos básicos de la prueba habrían de ser, cuando menos, parcialmente coincidentes en los dos entornos probatorios. Se observa, por tanto, una cierta discrepancia entre los dos tribunales en orden a la valoración de la prueba.

El camino emprendido por el Tribunal Supremo obliga a la Administración tributaria a una reflexión profunda respecto de la prueba inherente al test de comparación. La sentencia del Tribunal Supremo indica el siguiente itinerario probatorio:

- La aportación de las pruebas relativas a los hechos determinantes de la equivalencia corresponde al contribuyente.
- No existiendo un procedimiento probatorio específico, ni unos medios de prueba tasados, habrá de estarse a las normas probatorias de carácter general, de acuerdo con lo previsto en el artículo 106.1 de la LGT.
- La prueba debe ir encaminada a demostrar que la IIC concernida cumple con los requisitos previstos en la Directiva 2009/65/CE. Conviene recordar en este punto que la propia legislación española distingue entre IIC que cumplen con la Directiva 2009/65/CE y aquellas otras que no lo hacen⁸¹.
- La Administración tributaria deberá valorar las pruebas aportadas pudiendo, a tal efecto, recabar la colaboración de la autoridad fiscal extranjera correspondiente.

Ese itinerario excluye una apreciación rigorista de la prueba que frustré las pretensiones de los fondos de inversión foráneos que ejercitan las funciones propias de la inversión colectiva, pero no una apreciación ponderada que rechace las pretensiones de aquellas entidades que, realmente, no cumplen con la función de inversión colectiva en el sentido de la Directiva 2009/65/CE; en particular, las asimilables a las IIC libres o alternativas, las denominadas *private equity*, las subsumibles en los fondos soberanos, o en los *hedge funds* o en los REITS o en las *venture capital*, entre otras.

La nota de colectividad, si bien no en los términos objetivados en la LIIC, no está excluida del escrutinio que se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁸¹ Vid. epígrafe 1.2.3 del presente estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, no debiera pasarse por alto que la no práctica de la retención por el IRNR, o su devolución a los fondos extranjeros, en este caso norteamericanos, en nada alivia la carga tributaria de los mismos o de sus partícipes, en la medida en que tal retención esté sujeta a imputación, de acuerdo con las reglas del convenio hispano-norteamericano para evitar la doble imposición, sea en sede de los propios fondos o de sus partícipes⁸². Simplemente, se transfiere recaudación desde la jurisdicción fiscal española a la norteamericana, sacrificando así, erróneamente, en el altar del principio de libertad de movimiento de capitales, la distribución convenida de recursos fiscales entre las dos jurisdicciones; aspecto este no menor, aunque no abordado en las instancias por las que ha transitado el conflicto y que, sin embargo, podría haber fundamentado la sanación de la restricción en los términos de la STJUE Amurta, anteriormente comentada, por más que en Emerging Markets el TJUE se haya mostrado adverso a aplicar esa doctrina.

Mediante el convenio bilateral para eliminar la doble imposición, España y los Estados Unidos de América han acordado que los dividendos pagados por entidades residentes en España a los inversores norteamericanos sufran una tributación por el IRNR que no exceda del 15 %, y que el impuesto así recaudado se impute en la cuota de la imposición personal de dichos inversores. No se advierten las razones por las cuales ese convenio ha de ser desplazado por la interposición de un fondo de inversión. En efecto, como se ha indicado, si opera la imputación convenida, la retención por el IRNR no agrava la tributación de los inversores norteamericanos, ni en relación con la tributación de los inversores españoles de fondos de inversión españoles ni en relación con la tributación de los inversores individuales norteamericanos de fondos de inversión españoles. Si se contempla en profundidad la función de las IIC, esto es, la agrupación de los inversores individuales transformándolos en colectivos, se llega a la conclusión de que la retención por el IRNR, en cuanto esté sujeta a imputación de acuerdo con las reglas del convenio, en nada perturba el principio de libertad de movimiento de capitales. En efecto, la renta líquida del inversor colectivo permanece invariable, medie o no retención por el IRNR.

Ejemplo 1

Un fondo de inversión es tratado como una entidad transparente o bien obligada a distribuir rentas por la legislación norteamericana.

En tal caso, la retención por el IRNR debiera aprovechar a los socios o partícipes.



⁸² Convenio hispano-norteamericano para evitar la doble imposición (art. 24.2).

**a) Tributación con retención por el IRNR:**

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español:	133,33
IS (25 %):	33,33
Dividendo:	100
Retención IRNR:	15
Inversor individual norteamericano (supuesto tipo 40 %):	25 (100/40% - 15)
Inversor colectivo norteamericano (en vez de percibir el dividendo directamente, lo percibe a través del fondo de inversión): ¹	25 (100/40% - 15)
Renta líquida inversor individual:	60 (100 - 15 - 25)
Renta líquida inversor colectivo:	60 (100 - 15 - 25)

b) Tributación suprimiendo la retención por el IRNR:

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español:	133,33
IS (25 %):	33,33
Dividendo:	100
Retención IRNR:	0
Inversor colectivo norteamericano:	40 (100/40%)
Inversor individual norteamericano:	40 (100/40%)
Renta líquida del inversor colectivo:	60 (100 - 40)
Renta líquida del inversor individual:	60 (100 - 40)

¹ Nótese que no existe ninguna razón para que Estados Unidos no permita la imputación de la retención al inversor colectivo, cuando sí la permite al individual.

La imputación de la retención en la imposición personal del inversor colectivo determina la neutralización de la restricción a la libertad de movimiento de capitales, como así se reconoció en la sentencia Amurta.

El futuro dirá cuál es la opinión de nuestros tribunales respecto de la eficacia sanadora de la imputación establecida en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, mas,

para que los mismos puedan pronunciarse, será necesario que la Administración tributaria efectúe una alegación en tal sentido, probando la pertinencia de la imputación de acuerdo con el convenio bilateral para evitar la doble imposición aplicable. Y, llegados a este punto, sería muy recomendable que aquellos planteasen una cuestión prejudicial ante el TJUE.

7.2. Tributación de las IIC residentes respecto de las rentas obtenidas en el extranjero

En la STJCE de 20 de mayo de 2008 (asunto C-194/06 –NFJ028746–), caso Orange, se planteó si el tratado se oponía a un régimen fiscal a cuyo tenor las IIC constituidas en los Países Bajos percibían una compensación por causa de los dividendos procedentes de países con los que mediaba un convenio para evitar la doble imposición que establecía la imputación de la retención practicada en la fuente, cuyo importe se reducía en función del peso de la participación de los socios o partícipes no residentes. Las IIC neerlandesas estaban sujetas, a la sazón, a tipo de gravamen cero, de manera tal que obtenían la devolución de las retenciones soportadas sobre los dividendos pagados por las sociedades residentes en los Países Bajos, y estaban obligadas a distribuir a sus socios o partícipes las rentas obtenidas. Este régimen tributario estaba ideado para procurar un trato igualitario a los inversores colectivos e individuales residentes en los Países Bajos. En efecto, los inversores individuales, mediando convenio, podían imputarse la retención en la fuente soportada respecto de los dividendos extranjeros, pero no así los inversores colectivos cuando les llegaban estos dividendos a través de la IIC, y de ahí la compensación.

La Comisión sostuvo, como alegación principal, que la retención practicada por las jurisdicciones fiscales extranjeras debía devolverse, ya que la retención interna se devolvía, y como alegación alternativa, que, en todo caso, la compensación, también debía extenderse a los países con los que no mediaba convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

La sentencia constató que, al no gravar en sede de la IIC ni los dividendos internos ni los externos, la legislación fiscal neerlandesa otorgaba a todos ellos el mismo tratamiento, si bien era cierto que los dividendos procedentes de los países sin convenio, al no motivar la compensación, soportaban una carga fiscal mayor que los dividendos internos y los procedentes de países con convenio, pero de ahí no se seguía que la legislación neerlandesa fuese determinante de una restricción, pues la mayor carga derivaba de la decisión de las jurisdicciones fiscales extranjeras de someter a retención a los dividendos habiendo gravado previamente el beneficio subyacente por el IS.

Con todo, la Comisión alegó que, en cuanto Estado de la residencia, correspondía a los Países Bajos eliminar la doble imposición, pero el tribunal consideró inaceptable este argumento, pues, siendo cierto que si un Estado miembro tiene establecido un sistema para eliminar la doble imposición interna de dividendos debe extenderlo a los dividendos externos,

debía notarse que, en el presente caso, así era, puesto que los dividendos, cualquiera que fuere su procedencia, no se gravaban en sede de la IIC.

También alegó la Comisión que la norma neerlandesa discriminaba a los dividendos alemanes (convenio sin imputación) y portugueses (no convenio) respecto de los dividendos procedentes de aquellos Estados miembros con los que existía convenio, ya que estos últimos sí fundaban el derecho a la compensación. Bien se comprende que este argumento, de ser aceptado, supondría poner en pie de igualdad los dividendos de países con convenio frente a los de países sin convenio, lo que, en la práctica, implicaba pretender los efectos propios de la cláusula de nación más favorecida, siendo así que en la STJCE de 5 de julio de 2005 (asunto C-376/03 –NFJ022996–), caso D, quedó descartado.

La sentencia admitió que existía una diferencia de trato, pero de ahí no derivó una restricción, por cuanto no era comparable, en relación con el partícipe de la IIC, la situación de percepción de dividendo de un país sin convenio a otro con convenio. En efecto, para el inversor persona física, el régimen fiscal neerlandés determinaba una indiferencia respecto de realizar la inversión de manera directa o colectivamente, de manera tal que no había discriminación contra los dividendos de países sin convenio en relación con el régimen de inversión colectiva.

Véase, por tanto, que los dividendos procedentes de jurisdicciones fiscales sin convenio eran peor tratados que los procedentes de países con convenio, pero ese peor trato no derivaba del régimen fiscal de la inversión colectiva (tipo cero de gravamen y compensación si media convenio), sino de la ausencia de convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Respecto de la reducción de la compensación por razón de partícipes no residentes, el tribunal constató la existencia de una restricción a la libertad de movimiento de capitales, ya que a la IIC le era más ventajoso atraer capitales neerlandeses que extranjeros.

Se alegó la «coherencia», bajo la consideración de que la compensación estaba relacionada con la posterior tributación del dividendo en sede de los socios, lo que solo ocurría respecto de los socios residentes en los Países Bajos. Ahora bien, lo cierto era que los dividendos pagados por la IIC a partícipes no residentes estaban sujetos a retención en los Países Bajos y, por tanto, el argumento del Gobierno neerlandés quedó aguado. En efecto, si Países Bajos gravaba mediante retención todos los beneficios repartidos por la IIC, cualquiera que fuere la residencia de los perceptores, lo correcto era que concediera la compensación sin tomar en cuenta dicha residencia.

En consecuencia, el tribunal sentenció que:

- 1) Los artículos 56 CE y 58 CE no se oponen a la normativa de un Estado miembro como la controvertida en el asunto principal que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta

las retenciones fiscales practicadas en la fuente por otro Estado miembro sobre los dividendos pagados a dichas instituciones, restringe la referida compensación al importe que una persona física residente en el territorio de ese primer Estado miembro habría podido imputar, a causa de retenciones similares, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición celebrado con ese otro Estado miembro.

2) Los artículos 56 CE y 58 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro como la controvertida en el asunto principal que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta las retenciones fiscales practicadas en la fuente por otro Estado miembro o por un país tercero sobre los dividendos pagados a tales instituciones, reduce esa compensación si y en la medida en que los socios de estas sean personas físicas o jurídicas que residen o están establecidas en otros Estados miembros o en países terceros, toda vez que tal reducción perjudica indistintamente a todos los socios de dichas instituciones.

Al respecto, carece de influencia el hecho de que los socios extranjeros de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal residan o estén establecidos en un Estado con el cual el Estado miembro de establecimiento de esa institución haya celebrado un convenio que, sobre una base de reciprocidad, establezca la imputación de las retenciones fiscales practicadas en la fuente sobre los dividendos.

3) Una restricción está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, como restricción a los movimientos de capitales que implican inversiones directas siempre que se refiera a las inversiones de todo tipo que realizan las personas físicas o jurídicas y que sirven para crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan tales fondos para el ejercicio de una actividad económica.

La sentencia Orange no solo es importante por su visión de las relaciones entre las normas internas y el ordenamiento comunitario, sino porque arroja luz respecto de un enfoque altamente sugerente de la fiscalidad de la inversión colectiva; a saber: la pertinencia de lograr la igualdad entre el inversor colectivo y el inversor individual.

La legislación neerlandesa examinada en el caso Orange lograba esa igualdad mediante dos medidas básicas:

- La tributación a tipo cero de la IIC.
- La obligación de distribuir las rentas obtenidas, con excepción de las precisas para cubrir ciertas reservas; y otra accesoria:
 - La compensación, en caso de dividendos de fuente extranjera, para equilibrar el efecto de la imputación ordinaria establecida en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El tronco de la igualdad entre el inversor colectivo y el inversor individual es la conjunción del tipo cero de la IIC con la obligación de reparto a los socios o partícipes. Las ramas son las medidas para el caso de dividendos de fuente extranjera. Lo importante no es que ese árbol haya superado, casi en su totalidad, la prueba de su relación con el ordenamiento comunitario, sino comprender que es el instrumento de una finalidad de política tributaria altamente atractiva, consistente en tratar por igual al inversor colectivo y al inversor individual.

Las IIC constituidas en España no reciben compensación alguna por razón de las retenciones que, sobre sus rentas, hayan podido practicar jurisdicciones fiscales extranjeras. Por el contrario, estas retenciones no pueden ser deducidas de la cuota íntegra, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la LIS. Ciertamente, ello se explica por causa del tipo de gravamen simbólico del 1 %.

Esas mismas IIC pueden deducir plenamente las retenciones practicadas por la jurisdicción fiscal española e, incluso, obtener la devolución del exceso. Se produce así una evidente diferencia de trato a favor de los dividendos, y también de los intereses, de fuente interna⁸³.

Que esa diferencia de trato determine una restricción a la libertad de movimiento de capitales, en la medida en que pueda hacer desistir a las IIC residentes en territorio español de aplicar sus recursos a la adquisición de activos financieros emitidos por entidades no residentes en territorio español, o que, a pesar de ello, pueda cobijarse en la argumentación de la sentencia Orange, en la medida en que el tipo de gravamen del 1 % pueda entenderse como una renuncia a gravar todo tipo de renta, cualquiera que fuere su fuente u origen, y de ahí la igualdad de trato sanadora, es opinable.

Lo que no es opinable es que el vigente régimen determina una diferencia de trato en contra de la inversión con origen en jurisdicciones fiscales que practiquen retención en la fuente.

La superación de esta discriminación no debería llevar a conceder a la IIC una devolución de la retención extranjera, sino a trasladar su importe a los socios o partícipes para ser objeto de deducción en la cuota íntegra del IRPF o del IS del periodo impositivo en el que aquellos obtuvieron la renta.

Bien se comprende que, debido al régimen de acumulación, esto es, diferimiento de la tributación hasta el momento de la transmisión o el reembolso de la acción o participación, la implementación de esa deducción no se advierte sencilla. En todo caso, se trata de una pura especulación que, sin embargo, pone de relieve las deficiencias del régimen de acumulación.

⁸³ Baste pensar que una retención extranjera del 15 %, sobre 100 unidades de renta, determina una renta líquida de 85 (100 ingreso – 15 retención), en tanto que una retención nacional al mismo tipo determinaría una renta líquida de 99 (100 ingreso – 15 retención + 14 devolución).

7.3. Tributación de los socios o partícipes no residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC residentes en territorio español

Estos socios o partícipes tributan de acuerdo con las reglas generales del IRNR, expuestas en un epígrafe precedente. Esta tributación, por sí misma, no determina diferencias discriminatorias.

Sin embargo, cuando el perceptor no residente, de acuerdo con la legislación de su jurisdicción, disfruta de una exención subjetiva, y los perceptores residentes, de acuerdo con la legislación fiscal de su país, disfrutaban igualmente de una exención subjetiva basada en el mismo fundamento, se produce un caso de discriminación.

En esta situación podrían hallarse las fundaciones extranjeras equivalentes a las fundaciones acogidas a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en razón a las retenciones sufridas con ocasión de la percepción de rentas de IIC constituidas en España. Se notará que esta posible restricción no deriva del régimen fiscal de la inversión colectiva, sino del régimen fiscal de las fundaciones y entidades asimiladas.

7.4. Tributación de los socios o partícipes residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC no residentes en territorio español

En la STJUE de 9 de octubre de 2014 (asunto C-326/12 –NFJ055737–), caso Caster, se debatió si el tratado se oponía a una norma que calculaba el rendimiento de los partícipes de las instituciones colectivas que no aportasen información suficiente en el 6 % del valor liquidativo, sin permitir pruebas respecto del verdadero importe de los rendimientos.

El tribunal enfocó la cuestión a la luz de la libertad de movimiento de capitales y, tras advertir que la tributación forfataria podía ser desventajosa respecto de la efectiva, y que la primera versaría exclusivamente sobre determinadas IIC extranjeras, declaró la existencia de una restricción.

La autoridad fiscal concernida (Alemania) alegó la necesidad de salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

La primera causa fue desestimada, porque el régimen tributario concernido no tenía por finalidad evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho de Alemania a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio o

gravar los rendimientos adquiridos por sus residentes en otro Estado miembro, y la segunda causa, porque la medida iba más allá de lo necesario, en cuanto, de una parte, la información adecuada podría obtenerse a través de los instrumentos jurídicos de intercambio de información, y de otra, en todo caso, debía concederse al contribuyente la oportunidad de probar la verdadera cuantía de la renta obtenida.

En consecuencia, el tribunal sentenció que:

El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece que la inobservancia por un fondo de inversión no residente de las obligaciones de comunicación y de publicación de determinada información previstas por dicha normativa, aplicables indistintamente a los fondos residentes y no residentes, conlleva la tributación a tanto alzado de los rendimientos que el contribuyente obtiene de ese fondo de inversión, en la medida en que la citada normativa no permite a tal contribuyente aportar pruebas o información que puedan demostrar la cuantía efectiva de esos rendimientos.

En la STJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto C-560/13 –NFJ058298–), caso Wagner, el tribunal reiteró que:

El artículo 64 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé una imposición a tanto alzado de los rendimientos de titulares de participaciones en un fondo de inversiones no residente, cuando este no ha cumplido determinadas obligaciones legales, constituye una medida que tiene por objeto movimientos de capitales que suponen la prestación de servicios financieros en el sentido de dicho artículo.

A la luz de las dos sentencias, cabe entender que la libertad de movimiento de capitales exige que los socios o partícipes residentes en territorio español tributen por igual respecto de las rentas procedentes de las IIC, cualquiera que sea el país de su residencia o, dicho de otra manera, que las rentas procedentes de IIC extranjeras no soporten una tributación más gravosa que aquella que versa sobre las rentas procedentes de IIC residentes en España, a condición, claro está, de que unas y otras estén sujetas a un régimen jurídico equivalente que las haga comparables.

Tratándose de socios o partícipes personas físicas, ya se ha comentado anteriormente que, en el caso de IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE, las rentas obtenidas por aquellos están sujetas al mismo régimen que las relativas a IIC reguladas por la LIIC, y también que, respecto de las rentas de las restantes IIC extranjeras, se aplica el régimen general concerniente a los rendimientos inherentes a la condición de socio o partícipe, el cual es, en cuanto efectos prácticos, muy similar al de los socios o partícipes de las IIC constituidas en España bajo la LIIC, a excepción del diferimiento por reinversión.

Es, precisamente, la ausencia de este régimen lo que puede suponer una infracción de la libertad de movimiento de capitales, bajo el cumplimiento del requisito de la comparabilidad.

Cuando la IIC está constituida o es residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, los socios o partícipes tributan en régimen de imputación, de manera tal que se presenta una diferencia de trato, determinante de una restricción a la libertad de movimiento de capitales que, no obstante, hallará justificación en la razón imperiosa de prevenir el fraude o la evasión fiscal. En este sentido, la construcción de las medidas antiparaíso, de acuerdo con las orientaciones de la Unión Europea y de la OCDE, en la línea propuesta por el anteproyecto de ley de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de octubre de 2018, parece ser un camino prometedor para encontrar cobijo en la referida causa de justificación.

Los socios o partícipes de las IIC extranjeras no amparadas por la Directiva 2009/65/CE, sean personas físicas o jurídicas, podrán estar afectados por la imputación de rentas propia del régimen de transparencia fiscal internacional, en tanto que aquellos que lo sean de las españolas no sufrirán imputaciones de rentas. En la medida en que la IIC extranjera concernida se halle sujeta a una regulación equivalente a la prevista en la LIIC, se podría estar ante un supuesto de restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Los socios o partícipes, personas jurídicas, no pueden deducir la retención que hubiera podido practicar una jurisdicción fiscal extranjera sobre las rentas distribuidas por una IIC residente en su territorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la LIS, en tanto que la retención practicada sobre las rentas distribuidas por una IIC nacional sí será deducible y, en su caso, devuelta. Esta diferencia de trato podría desalentar a las entidades jurídicas de adquirir acciones o participaciones de IIC extranjeras y, por lo tanto, determinar una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Esta restricción no se presenta en el caso de los socios o partícipes que sean personas físicas, por cuanto estos sí podrán deducir la referida retención.

8. Esquemas alternativos de tributación

La descripción que, en los epígrafes precedentes, se ha efectuado del régimen fiscal de las IIC y de sus socios o partícipes permite abordar la cuestión de la idoneidad del mismo a la luz de los principios constitucionales de la imposición; señaladamente, del principio de capacidad económica.

8.1. El privilegio fiscal de la inversión colectiva

La composición del patrimonio de una IIC, en cuanto más de la mitad de su activo está constituido por valores, puede ser subsumido en el de la «entidad patrimonial» del artículo 5

de la LIS, respecto de la que pivota un conjunto de normas restrictivas de la más diversa finalidad y función. Se diría que el legislador contempla con desagrado la constitución de sociedades dedicadas a la tenencia y gestión de valores, y de ahí podría desgajarse un reproche respecto de la tributación a tipo simbólico de las IIC.

Nada tiene de extraño que, desde ciertas instancias sociales o políticas, muy concernidas por la igualdad, se postule la tributación de las IIC por el tipo general de gravamen; señaladamente, por lo que se refiere a las SICAV. Esta postura encierra un doble error, pues, de una parte, no toma en cuenta el exceso de imposición que de ello se derivaría, y de otra, menosprecia el efecto huida hacia IIC extranjeras.

La tributación a tipo simbólico de las IIC responde a la pura técnica tributaria. En efecto, si las mismas tributasen al tipo general de gravamen, se produciría un exceso de imposición, habida cuenta de que entre la entidad generadora de la renta y su perceptor final, esto es, el inversor colectivo, se introduciría un gravamen adicional irrecuperable, de manera tal que se haría de peor condición a dicho inversor respecto del individual. La respuesta de los inversores que desearan colocar sus capitales en la inversión colectiva probablemente sería confiar los mismos a las IIC extranjeras.

La tributación a tipo simbólico de las IIC no ha de buscarse en una supuesta finalidad de protección fiscal de la inversión colectiva, en cuanto medio idóneo para la participación de los pequeños inversores en los mercados de capitales financieros, ni en una hipotética política fiscal favorable al ahorro. Esa tributación, pura y simplemente, es la respuesta al exceso de imposición que, en otro caso, se produciría. Ciertamente, la respuesta también hubiera podido consistir en la exención de la IIC, pero, en tal caso, hubiera sido cuestionable la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición o, en fin, en la transparencia fiscal, aspecto este que conviene ser retenido porque, como se verá seguidamente, enlaza con la cuestión, crucial, de la compatibilidad del régimen fiscal de las IIC y de sus partícipes con la forma en cómo el IRPF ha concretado el principio constitucional de capacidad económica.

La tributación de los socios o partícipes, personas físicas, de las IIC, aparentemente, no encierra ninguna diferencia con la tributación de los socios o partícipes de otras sociedades. En efecto, tributan en concepto de renta del ahorro respecto de los beneficios distribuidos por las IIC y de las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión o del reembolso de las acciones o participaciones.

Sin embargo, los socios o partícipes de las IIC, en particular, de las que siguen la política de no distribuir beneficios, que son la práctica totalidad en España, tienen la facultad de elegir el momento en el que tributarán sobre las rentas obtenidas por la IIC mediante el ejercicio del derecho de reembolso. Esta facultad permite la acumulación de rentas en sede de la IIC libres de tributación.

De esta facultad no disponen los socios de las sociedades mercantiles. Estos deben tributar sobre los beneficios distribuidos por la sociedad, aun cuando en la junta general hubieren podido votar en contra de dicha distribución y, correlativamente, no pueden exigir la distribución del beneficio, debiendo atenerse a la voluntad de la junta general sobre el particular.

Véase, entonces, que la simetría de la tributación de los socios o partícipes de las IIC con la de los socios de cualquier otra entidad es pura apariencia, pero no porque la IIC tribute por el IS al 1 %, sino porque aquellos están asistidos de un derecho, el derecho de reembolso, que les permite disponer en cualquier momento y por su sola voluntad de las rentas obtenidas por la IIC. Así, mediante el reembolso, el inversor colectivo obtiene el producto de su inversión y la inversión misma, ejercitando un derecho frente a la IIC del que no dispone el inversor individual.

Ahora bien, quien puede disponer de una renta, ya la ha obtenido, por más que su designio sea conservar los activos correspondientes en sede de la IIC.

Como es sabido, existen dos modelos básicos de tributación sobre la renta; a saber: el modelo de renta obtenida y el modelo de renta consumida⁸⁴. Aun a riesgo de cierta simplificación, cabe recordar que el primero recae sobre la renta total o renta extensiva, en tanto que el segundo grava la renta total minorada en el importe de la renta ahorrada o renta consumida.

El vigente IRPF sigue el modelo de renta extensiva, aunque con ciertas excepciones cuantitativamente limitadas como son las reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social o las aportaciones a planes de ahorro, entre otras. Pues bien, el régimen fiscal de las IIC y de sus socios o partícipes implica una excepción ilimitada al modelo de tributación sobre la renta extensiva, dando entrada, consecuentemente, al modelo sobre la renta consumida. Imagínese un contribuyente que basa su economía exclusivamente en un capital financiero aportado a una IIC. Pues bien, ese contribuyente solo tributará sobre aquellas rentas de las que disponga mediante el derecho de reembolso, pero no sobre aquellas otras que hayan quedado remansadas en sede de la IIC, de manera tal que la renta obtenida pero ahorrada en sede de la IIC no tributa.

Así, el contribuyente que decida acudir individualmente al mercado de capitales, dando la correspondiente orden de compra de valores, soportará dos impuestos; a saber: el IS que grava el beneficio de la entidad participada y el IRPF que grava el dividendo del que procede el beneficio aun cuando decida reinvertirlo, pero aquel que lo haga colectivamente solo soportará el IS que grava el beneficio de la entidad participada por la IIC en tanto no ejercite el derecho de reembolso. Más aún, el contribuyente que decida acudir individualmente al mercado de bonos y obligaciones soportará el IRPF al vencimiento del cupón o al de

⁸⁴ Vid. Albi (1980).

la obligación tratándose de rendimientos implícitos, aun cuando decida reinvertir, en tanto que aquel que lo haga colectivamente no soportará tributación alguna mientras no ejercite el derecho de reembolso.

He aquí, pues, como la combinación de una medida plenamente justificada, esto es, el tipo de gravamen del 1 % de la IIC en el IS, con una característica básica del régimen jurídico de la inversión colectiva, el derecho a reembolsar y su reverso el derecho a acumular, determina que una renta totalmente disponible pueda quedar sin tributación, indefinidamente, al albedrío del inversor colectivo.

Se dirá que los argumentos precedentes quedan desmentidos por la realidad de los numerosos actos de reembolso que se ejecutan todos los periodos impositivos. Ciertamente es así, pero lo importante no es el número de reembolsos, sino qué tipo de contribuyentes los ejecutan y en qué proporción sobre los capitales que invierten. No es difícil intuir que ese tipo será, básicamente, el de los pequeños ahorradores, y que esa proporción será también la más alta en ellos, y que la situación inversa se dará en los grandes ahorradores, seguramente mediante una SICAV o un compartimento específico de un fondo de inversión.

Se dirá que aliviar la tributación sobre la renta ahorrada es un incentivo para fomentar el ahorro, el cual es un soporte del desarrollo económico sostenible. Aun admitiendo la validez del sacrificio recaudatorio al servicio de tal objetivo, no se comprende bien por qué el papel incentivador ha de estar monopolizado por la fiscalidad de la inversión colectiva, en claro detrimento del tan alabado como preterido principio de neutralidad. Nótese que los incentivos al ahorro reconocidos en el IRPF están sujetos a límites, en tanto que el relativo a la inversión colectiva no lo está. Por otra parte, en un mundo dominado por el principio de libertad de movimiento de capitales, nada garantiza que el destino del ahorro así invertido sea la economía doméstica⁸⁵.

Establecer medidas desgravatorias del ahorro y la inversión e, incluso, reconducir el índice demostrativo de capacidad económica a la renta total minorada en la renta ahorrada, es una opción que no entra, necesariamente, en conflicto con el principio de capacidad económica⁸⁶, pero que si se reserva a la inversión colectiva, determina una discriminación inexplicable.

⁸⁵ Siguiendo a Solbes:

Es cierto que, en el actual contexto de globalización financiera, las consideraciones anteriores quedan en cierta medida matizadas: una parte importante del ahorro español fluye hacia el exterior, y paralelamente una parte sustancial de la inversión española es financiada con ahorro de otros países. Pero todavía subsiste un elemento importante de preferencia del inversor de cada país por los valores emitidos por empresas nacionales [...] (Solbes, 2007, p. 10).

⁸⁶ Siguiendo a Herrera:

[...] la desgravación del ahorro ha de establecerse de manera limitada [...] la ley española [...] realiza un tratamiento diferenciado entre los diversos instrumentos de ahorro e inversión. Esto

Ciertamente, el principio de capacidad económica no prohíbe el establecimiento de beneficios fiscales por razones de política económica⁸⁷, pero esas razones deben estar suficientemente ancladas en los principios y valores constitucionales⁸⁸ y, desde luego, no se atisban las razones por las cuales las rentas de la inversión colectiva puedan tributar según el modelo de la renta consumida y las restantes rentas deban hacerlo por el modelo de renta obtenida, por más que ciertas teorías de la imposición hayan podido resaltar las virtudes del modelo de renta consumida, pues lo relevante, en lo que aquí interesa, no es parangonar ambos modelos⁸⁹, sino destacar la carencia de justificación de su convivencia en beneficio de la inversión colectiva.

Con ser esa transmutación del modelo de IRPF el quicio sobre el que pivota el privilegio fiscal de la inversión colectiva, no es el único. Hay otros aspectos que también encierran ciertos privilegios, aunque de menor cuantía. Así, en sede de una IIC, las pérdidas patrimoniales se compensan inmediatamente y sin restricción con los dividendos o los intereses, lo que no ocurre en el caso del inversor individual⁹⁰, y los gastos de la gestión discrecional e individualizada de la cartera de inversión llevada a efecto por una SICAV son inmediatamente deducibles, lo que así no ocurre en el caso del inversor individual⁹¹.

En fin, la bonificación del ISD, establecida en determinadas comunidades autónomas, en unión a la consideración como valor de adquisición, a efectos del cálculo de las ganancias patrimoniales, del resultante de la aplicación de las normas de dicho impuesto, determina que el reembolso efectuado por los herederos del inversor colectivo no genere

quiere decir que no se ha diseñado un concepto coherente de renta (lo que supone un indicio de arbitrariedad), o bien que se restringe el derecho de contribuir con arreglo a la capacidad económica en aras de otros fines [...] (Herrera, 1998, p. 246).

⁸⁷ Siguiendo a Ribes:

El fundamento del régimen tributario especial del que tradicionalmente gozan las IIC, tanto en nuestro ordenamiento como en los Estados de nuestro entorno, pivota sobre tres ejes centrales: 1. La conveniencia de incentivar el ahorro privado, canalizándolo hacia estos mercados; 2. El respeto al principio de neutralidad fiscal, eliminando la doble imposición que de otro modo se produciría; y, 3. La necesidad de favorecer la libre circulación de capitales (Ribes, 2018, p. 226).

⁸⁸ Siguiendo a Falcón y Tella:

[...] el párrafo segundo del art 2.1 LGT se refiere a las finalidades extrafiscales o de ordenación del tributo, las cuales resultan perfectamente legítimas, siempre que respondan a los principios y valores recogidos en la Constitución (Falcón y Tella, 2019, p. 87).

⁸⁹ Vid. Díaz de Sarralde (2014).

⁹⁰ Vid. artículo 49 de la LIRPF.

⁹¹ Vid. artículo 26.1 a) de la LIRPF.

renta alguna, de manera tal que la renta acumulada en sede de la IIC quedará, definitivamente, libre de gravamen.

Véase en el ejemplo 2 un esbozo de explicación numérica⁹².

Ejemplo 2

Sea un capital de 1 millón de euros; sea un inversor individual y otro colectivo (1.000 participaciones/1.000 valor unitario); sea una inversión en letras con vencimiento anual; sea una rentabilidad del 2%; sea que los dos deciden reinvertir las rentas obtenidas.

Fiscalidad anual inicial de la inversión individual: 20.000 euros, minorados en las comisiones de depósito y suscripción, que se integran anualmente en la renta del ahorro (6.000/19%, resto 14.000/21%).

Fiscalidad del inversor colectivo: 20.000 euros, minorados en las comisiones de gestión, depósito y suscripción, que solamente tributan por el IS al 1% (20.000/1%).

Prescindiendo en los dos casos de las comisiones, el inversor colectivo soportará una carga anual de 200 euros, y el individual, de 4.080 euros. El inversor colectivo puede reinvertir una cantidad superior (20.000 – 200 = 19.800) respecto del inversor individual (20.000 – 4.080 = 15.920), lo que le permite acrecentar más el capital invertido. Pero el inversor colectivo también podría decidir reinvertir la misma cantidad que el inversor individual, para lo cual, reembolsaría el número de participaciones suficiente ($1.000.000 + 19.800/1.000 = 1.019,8$; $1.019,8 \times n.º = 1.015.920$; $n.º = 996$); participaciones a reembolsar: $1.000 - 996 = 4$; base imponible derivada del reembolso ($4 \times 1.019,8 - 1.000 = 79,2$).

Se observa que el inversor colectivo, en relación con el individual, o bien aumenta su capital en mayor medida debido a que satisface una tributación simbólica, o bien aumenta su capital en igual medida disponiendo de una parte de sus rentas, con exigua tributación, si bien la misma es creciente en el tiempo.

Al cabo de 20 años, el inversor colectivo que ha acumulado la renta en la IIC, considerando comisiones por importe de 0,99%, logrará acumular una renta neta de 220.190 euros ($1.000.000 (1 + i)^{20} - 1.000.000$; $i = 2\% - (0,99\% + 0,01\%) = 1\%$). La diferencia entre la renta acumulada bruta 485.947 ($1.000.000 (1 + i)^{20} - 1.000.000$) y la renta acumulada neta responde al pago por IS y a las comisiones. La distribución de esa diferencia entre impuesto y comisiones responde al peso de los componentes de i . Ahora bien, estas comisiones son el ingreso de las entidades gestora y depositaria, cuyo beneficio tributa por el IS al tipo general de gravamen, haciéndolo por el IRPF las rentas pagadas a los empleados de las mismas.

⁹² «Largo es el camino de la enseñanza por medio de teorías, breve y eficaz por medio de ejemplos» (Séneca, tomado del mural del colegio Amador de los Ríos).

En este sentido, una deslocalización provocada por una modificación del régimen fiscal, en cuanto pudiese afectar al volumen de negocio de entidades gestoras y depositarias residentes en España, podría tener un efecto recaudatorio contraproducente.

Si el análisis precedente es certero, es evidente que se está ante una quiebra notable de un principio rector del IRPF tal y como se estructura en España; a saber, la tributación sobre la renta obtenida, entendiendo por tal aquella que es disponible para los contribuyentes. Y esa quiebra, que se manifiesta de modo irrefutable cuando se compara la inversión individual con la colectiva, afecta al principio de capacidad económica, en su vertiente de carácter relativo, el cual, según la doctrina, exige que se grave una renta neta, real, actual y disponible⁹³. En efecto, para el socio o partícipe, la renta obtenida por la IIC es disponible, en cuanto puede hacerla suya por su sola decisión.

Sin necesidad de entrar en debates de enjundia constitucional, la sola comparación entre la fiscalidad del inversor individual y la del inversor colectivo es lo suficientemente ilustrativa.

8.2. Un apunte de derecho comparado

Tan llamativa conclusión ameritaría un estudio de derecho comparado, pero ello excede de las posibilidades del autor de estas líneas. Nótese que ese estudio solo cobraría verdadera significación si se tomara en consideración el régimen fiscal que, en los países analizados, se dispensa a la tributación del ahorro en su conjunto. Así, un régimen fiscal de la inversión colectiva paralelo al nuestro en un país que siguiere el modelo de tributación sobre la renta consumida no implicaría privilegio alguno. Por el contrario, sí lo implicaría si la tributación siguiere el modelo de la renta obtenida. Por otra parte, sería engañoso poner en pie de igualdad países que fomentan la generación de una industria de IIC con la vista puesta en su comercialización exterior con aquellos otros que no practican ese tipo de competencia fiscal. Dicho sea lo anterior en descargo del autor.

Por otra parte, ese estudio comparado ofrece un obstáculo inicial; a saber: el inherente a la definición de lo que ha de entenderse por IIC en el seno de las diferentes legislaciones, ya se tome la perspectiva regulatoria, la fiscal o ambas a la vez. En efecto, bajo esa denominación se cobija un conjunto heterogéneo de entidades. Así, siguiendo a la International Fiscal Association (IFA)⁹⁴, cabe distinguir cuatro grupos, de contornos

⁹³ Vid. Falcón y Tella (2019, p. 78).

⁹⁴ Vid. IFA (2019).

no siempre bien definidos; a saber: *mutual funds* (UCITS); *hedge funds* (AIF, *PE funds*); *private equity*; *real estate funds* (REITS).

De esos cuatro grupos, el que debe ser tomado en consideración a los efectos de la comparación ha de ser únicamente el primero, por cuanto es el que contiene aquellas entidades similares a las reguladas por la LIIC⁹⁵.

Bajo la premisa precedente, es posible inferir, a grandes rasgos, la existencia de cinco modelos básicos de tributación⁹⁶:

- La IIC tributa por el IS, y sus socios o partícipes lo hacen sobre las rentas derivadas de la distribución de beneficios o de la transmisión o reembolso de la participación, si bien disfrutando de mecanismos tendentes a eliminar la doble imposición; señaladamente, el consistente en que la tributación soportada por la IIC sea liberatoria. En este modelo puede encajar el régimen fiscal de Italia⁹⁷.
- La IIC no tributa efectivamente por el IS o lo hace simbólicamente, y sus socios o partícipes tributan sobre las rentas derivadas de la distribución de beneficios o de la transmisión o reembolso de la participación. En este modelo puede encajar

⁹⁵ Vid. IFA (2019, p. 12).

⁹⁶ Vid. resumen introductorio en Inverco (1995); epígrafes 1.1 (pp. 24-27) y 2.1 (pp. 40-46) en IFA (2019); y epígrafe 3 de Ramírez (2009). Las notas a pie de página 89 a 92 recogen textos entresacados de esta obra.

⁹⁷ Siguiendo a Inverco:

Las IIC están sujetas a un impuesto específico con un tipo del 12,5% que se aplica a la totalidad de la renta obtenida por la IIC durante el año, ya sea por rendimientos del capital mobiliario o por incrementos del patrimonio.

Para evitar la doble imposición, la IIC percibe todas las rentas en forma bruta, es decir, sin que se haya aplicado ninguna retención [...]. Una excepción a este régimen general son los intereses de la renta fija con un vencimiento inferior a los dieciocho meses, sujetos a una retención del 27% [...].

Por excepción, se aplica el tipo del 27% a las IIC dirigidas a inversores extranjeros y a las IIC que invierten en «acciones cualificadas» (es decir, cuando ostentan más del 10% del capital de una empresa cotizada o del 50% de una no cotizada) sobre la parte de renta originada por dichos paquetes, salvo que la IIC tenga más de cien accionistas o partícipes o menos de este número si más del 50% de los accionistas o partícipes son inversores cualificados (bancos, gestoras de carteras, fondos de pensiones).

[...] Los inversores personas físicas no tributan por la renta que perciben de la IIC (ya sea por dividendos, venta o reembolso), y de este modo la tributación se limita a la propia IIC [...] (Inverco, 1995, pp. 95-96).

el régimen fiscal establecido en Francia⁹⁸; también, el régimen fiscal de Luxemburgo⁹⁹, y, en fin, el establecido en España.

- La IIC no tributa efectivamente por el IS o lo hace simbólicamente, pero sus socios o partícipes tributan directamente sobre las rentas que afluyen a la IIC. Bien se comprende que se trata de un régimen de transparencia fiscal. En este modelo puede encajar el régimen fiscal establecido en Alemania¹⁰⁰ y Suiza¹⁰¹.
- La IIC no tributa efectivamente por el IS o lo hace simbólicamente, o bien disfruta de un conjunto de créditos fiscales que eliminan la doble imposición, pero está obligada a distribuir un porcentaje relativamente elevado de las rentas obtenidas, sobre las que tributan sus socios o partícipes o, sin estarlo, los beneficios no distribuidos se imputan a los socios o partícipes. En este modelo podría encajar el régimen fiscal vigente en el Reino Unido¹⁰². También el establecido en

⁹⁸ *Ibid.*:

Las IIC no tributan en el IS. La única excepción se encuentra en los fondos (*fonds commun de placement*) en los que una persona física tenga una participación superior al 10 %, en cuyo caso, se tributa por plusvalías. [...] Los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión o reembolso de IIC tributan al tipo fijo del 16 % (más el 10 % de impuestos sociales), con un mínimo exento global de 15.000 euros (Inverco, 1995, p. 82).

⁹⁹ Siguiendo a Ramírez:

Las IIC luxemburguesas están exentas del IS [...] Respecto a los inversores en general, y sin perjuicio de la aplicación de la directiva del ahorro, no hay retención en las rentas procedentes de transmisiones de IIC realizadas por no residentes y los residentes tributan únicamente por la recepción de dividendos o en la transmisión o reembolso [...] (Ramírez, 2009, pp. 110-111).

¹⁰⁰ Siguiendo a Inverco:

Las IIC están exentas de tributación en Alemania, de modo que el gravamen se produce en los partícipes y accionistas como si ellos hubieran recibido directamente los rendimientos de las inversiones. [...] los socios o partícipes tributan de acuerdo con el origen de la renta (Inverco, 1995, p. 64).

¹⁰¹ Siguiendo a IFA:

[...] funds are not taxpayer under Swiss law for income and capital tax purposes and are considered as tax transparent, with taxation occurring at the level of the investors [...] (IFA, 2019, p. 24).

¹⁰² Siguiendo a Ramírez:

Tanto los «Authorized Unit Trusts» como los «Open-Ended Investment Companies», tributan por el IS, pero con una amplia exención en cuanto a los incrementos de patrimonio obtenidos, también aplicable a los dividendos percibidos de empresas británicas u otras IIC.

En cambio, los intereses o los dividendos no exentos tributan al tipo del 20 por ciento en la IIC perceptora, con deducción por doble imposición internacional.

En cuanto a los socios o partícipes, la distribución de resultados de las IIC tributa en función de los activos de la propia IIC [...].

En el caso en que la IIC no distribuyese sus beneficios, se imputan a los socios o partícipes los rendimientos obtenidos por la IIC [...] (Ramírez, 2009, p. 112-113).

los Países Bajos, en los años afectados por la sentencia Orange¹⁰³, o el danés tal y como se describe en la sentencia Fidelity Funds¹⁰⁴.

¹⁰³ Párrafos relativos al sustrato normativo (*vid.* marco jurídico de la STJCE de 20 de mayo de 2008 [asunto C-194/06 –NFJ028746–]):

3 De conformidad con el artículo 28 de la Ley de 1969 del impuesto de sociedades (*Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 1969, n.º 469*; en lo sucesivo, «Ley del impuesto de sociedades»), se define una institución de inversión colectiva como toda entidad que revista la forma de sociedad anónima («naamloze vennootschap»), de sociedad privada de responsabilidad limitada («besloten vennootschap») o de fondo común de inversión («fonds voor gemene rekening»), establecida en los Países Bajos, cuyos objeto y actividad efectiva consistan en la inversión, y que cumplan algunos otros requisitos.

4 Una institución de tal naturaleza está sujeta al impuesto de sociedades, pero sus beneficios se gravan al tipo cero. So pena de perder su condición, dicha institución está obligada a poner, en un plazo determinado, la totalidad de sus beneficios distribuibles a disposición de sus socios, tras deducir determinadas reservas legalmente admitidas.

5 Cuando tal institución percibe dividendos distribuidos por una sociedad establecida en los Países Bajos, se practica una retención fiscal en la fuente sobre tales dividendos, en virtud del artículo 1, apartado 1, de la Ley de 1965 relativa al impuesto sobre los dividendos (*Wet op de dividendbelasting 1965, Stb. 1965, n.º 621*; en lo sucesivo, «Ley del impuesto sobre los dividendos»).

6 No obstante, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de dicha ley, mediante solicitud presentada dentro del plazo de seis meses a partir del cierre de un ejercicio contable, dicha institución puede recabar la devolución de la retención fiscal aplicada sobre tales dividendos.

7 En relación con los dividendos percibidos en otros Estados sobre los que estos han practicado una retención fiscal, como indica el órgano jurisdiccional remitente, la normativa neerlandesa limita la imputación de ese impuestos extranjero al impuesto de sociedades neerlandés al importe correspondiente a la parte de éste atribuible proporcionalmente a los dividendos de que se trate. Según dicho órgano jurisdiccional, en la medida en que una institución de inversión colectiva de carácter fiscal esté sujeta al impuesto al tipo cero, no puede atribuirse ningún impuesto de sociedades a los dividendos procedentes del extranjero, por lo que resulta imposible la imputación del impuesto extranjero que haya gravado tales dividendos.

8 El artículo 28 de la Ley del impuesto de sociedades así como el artículo 6 del Real Decreto relativo a las instituciones de inversión colectiva (*Besluit beleggingsinstellingen*), de 29 de abril de 1970 (*Stb. 1970, n.º 190*), en su versión aplicable en el momento de los hechos del asunto principal (en lo sucesivo, «real decreto»), establecen un régimen especial a favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal. El objetivo de este régimen es aproximar la carga fiscal sobre la renta de inversión que transite por tales instituciones a la que grava las inversiones directas de los particulares, previendo un mecanismo de compensación para tener en cuenta la retención fiscal practicada en el extranjero sobre los dividendos abonados a dichas instituciones.

9 Por consiguiente, el artículo 28, apartado 1, letra b), de la Ley del impuesto de sociedades, en su versión aplicable en el momento de los hechos del asunto principal, facultaba al poder ejecutivo para, mediante decreto, adoptar «las normas en virtud de las cuales las instituciones de inversión colectiva recibirán una compensación por la retención fiscal practicada fuera de los Países Bajos sobre el producto de valores mobiliarios y de créditos correspondientes a esas instituciones, que no podrá superar la cuota del impuesto que, en caso de inversión directa, sería imputable al impuesto sobre la renta, en virtud de la Ley general tributaria del Reino [*Belastingregeling voor het Koninkrijk*] o de un convenio para evitar la doble imposición, por titulares de acciones o de participaciones residentes o establecidos en los Países Bajos».

¹⁰⁴ Párrafos relativos al sustrato normativo (*vid.* marco jurídico de la STJUE de 21 de junio de 2018 [asunto C-480/16 –NFJ070708–]):

- La IIC no tributa respecto de las rentas que distribuye a sus inversores, los cuales, obviamente, soportan la tributación correspondiente. En este modelo encaja el régimen fiscal estadounidense¹⁰⁵.

La IFA resume la variedad de tratamiento fiscal existente mediante las siguientes puntualizaciones:

- Algunos países tratan a las IIC como entidades fiscalmente transparentes, cualquiera que sea su forma jurídica, de manera tal que solamente gravan a los inversores.
- Otros países tratan a las IIC como entidades fiscalmente opacas, cualquiera que sea su forma jurídica, y las sujetan plenamente a la imposición sobre los beneficios.
- Ciertos países toman en consideración la forma jurídica adoptada por la IIC y aplican, a su tenor, un régimen de transparencia o de sujeción a la imposición sobre los beneficios.

11 Así, de conformidad con la normativa en vigor hasta el 1 de junio de 2005, para que un OCIVM pudiera tener la condición de «fondo del artículo 16 C» era necesario que efectuase un reparto mínimo de dividendos. Ese dividendo mínimo distribuido constituía la base imponible de los rendimientos derivados del fondo en la tributación personal de sus partícipes.

12 Las reglas de determinación del dividendo mínimo distribuido se precisan en el artículo 16 C, apartados 2 a 6, de la *ligningslov*. De conformidad con el apartado 2 de este artículo, el dividendo mínimo está constituido por la suma de los ingresos e importes netos percibidos en el ejercicio, una vez deducidas las pérdidas y los gastos. El artículo 16 C, apartado 3, de la *ligningslov* establece que, a efectos de esta determinación, se computarán toda una serie de ingresos enumerados en el mismo artículo, en particular, ingresos por intereses, dividendos de acciones, rendimientos de créditos y contratos financieros y plusvalías por la enajenación de acciones. De conformidad con el artículo 16 C, apartados 4 y 5, de la *ligningslov*, los fondos del artículo 16 C pueden restar de sus ingresos las pérdidas fiscalmente deducibles y deducir también los gastos de gestión.

13 A raíz de la aprobación de la Ley n.º 407 de 1 de junio de 2005, y con efectos de esta fecha, se suprimió el requisito del reparto mínimo de dividendos a los partícipes para poder ser reconocido como fondo del artículo 16 C; desde entonces, este reconocimiento está supeditado a que el OICVM de que se trate impute un dividendo mínimo que será gravado en la esfera personal de los partícipes mediante una retención en la fuente practicada por dicho organismo.

¹⁰⁵ Siguiendo a IFA:

[...] In the United States, which is the largest investment fund centre in the world, most mainstream CIVs are organised as companies or trusts under applicable state laws, and depending on their internal economic, are generally known as mutual funds [...] They can deduct the dividends that they pay to investors under US Law, which contains a dividend paid deduction that offsets taxable income [...] (IFA, 2019, p. 24).

- Algunos pocos países utilizan técnicas de semitransparencia, de manera tal que la tributación se distribuye entre la institución y el inversor.
- Los países que tratan a las IIC como entidades opacas tienden a gravarlas a tipo reducido, o incluso las declaran exentas, o conceden una deducción por el importe de los beneficios distribuidos, de manera tal que mediante la distribución de su renta pueden eliminar su tributación (IFA, 2019, pp. 26-27)¹⁰⁶.

La IFA pone en relación los distintos modelos de imposición con el objetivo de neutralidad distinguiendo entre la neutralidad vertical y la neutralidad horizontal. La vertical es aquella que establece medidas para evitar la doble imposición que se deriva de la interposición de la IIC entre el inversor y los demandantes de capitales. La horizontal es aquella que procura la igualdad de trato entre el inversor individual y el colectivo¹⁰⁷. En rigor, la neutralidad horizontal presupone el cumplimiento de la vertical.

Hay varias formas de alcanzar la neutralidad, en sentido pleno, entre ellas:

- La IIC tributa por el régimen general del IS; tal tributación constituye un crédito de impuesto a favor de los inversores en relación con las rentas distribuidas por aquella.
- La IIC no tributa por el IS, por lo que deben hacerlo sus inversores respecto de las rentas que afluyen a aquella en función de su participación; esto es, un régimen de transparencia fiscal.
- La IIC tributa por el IS, excepto respecto de las rentas que distribuya a sus inversores.

Con todas las limitaciones que se derivan de las peculiaridades de la tributación de las rentas del capital en los diferentes sistemas fiscales, puede llegarse a la conclusión de que Alemania y los Estados Unidos, entre otros, aplican un régimen fiscal que no discrimina ni a favor ni en contra del inversor colectivo respecto del inversor individual, y lo mismo podría decirse del Reino Unido, y de los Países Bajos al tiempo de la sentencia Orange, en tanto que, en el polo opuesto, se situarían Francia, España y Luxemburgo, que discriminan a favor del inversor colectivo.

Así, la legislación fiscal española cumple con la neutralidad vertical, en cuanto elimina la doble imposición, pero no con la neutralidad horizontal, ya que favorece al inversor colectivo respecto del inversor individual.

¹⁰⁶ Traducción libre del autor.

¹⁰⁷ Vid. IFA (2019, p. 6).

8.3. A la búsqueda de la causa que sustenta el privilegio fiscal de la inversión colectiva

Se trata de bucear en las manifestaciones, si algunas, del legislador, al hilo de las diferentes regulaciones que, desde 1952, ha tenido el régimen fiscal de las IIC y sus partícipes, así como en los documentos que han acompañado a esas reformas¹⁰⁸.

La primera regulación de la inversión colectiva se estableció en la Ley de 15 de julio de 1952, sobre régimen jurídico-fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, la cual tuvo en cuenta el factor fiscal no para incentivar, sino para remover el obstáculo del exceso de imposición¹⁰⁹. A tal fin se eximió a la IIC de la tarifa tercera, «contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria (IS), y a sus socios, de la tarifa segunda de tal contribución (impuesto sobre las rentas del capital); mas, como quiera que los intereses y dividendos percibidos por la IIC estaban sujetos a la referida tarifa segunda, y esa deuda tributaria, a diferencia de lo que acontece con las actuales retenciones a cuenta, no era susceptible de devolución, ahí se producía la carga tributaria. La Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre régimen jurídico-fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, no alteró el referido esquema fiscal. Las dos leyes, al igual que las posteriores, supeditaron el disfrute de los beneficios fiscales al cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación prudencial.

El Decreto-Ley 7/1964, de 30 de abril, sobre sociedades y fondos de inversión y bolsas de comercio, reconoció la figura de la sociedad de inversión de capital variable y la del fondo de inversión, otorgándoles el régimen fiscal previsto para las sociedades de inversión

¹⁰⁸ Vid. Inverco (2007).

¹⁰⁹ Exposición de motivos de la Ley de 15 de julio de 1952:

[...] las llamadas sociedades de inversión o de cartera, que, ajenas a todo cometido industrial directo, se limitan a ofrecer a sus accionistas un conjunto de participaciones simultáneas en valores mobiliarios de naturaleza diversa, dentro de una escrupulosa selección, compensando así riesgos y beneficios, se ofrezcan como un dispositivo financiero apto para la colocación de ese ahorro disperso y desorientado.

Pero, por otra parte, la experiencia de otros países, que debe ser aprovechada, demuestra que tales sociedades no cumplirán plenamente su cometido si no se las sustrae a los efectos de la plurimposición, y de ahí la necesidad de concederles, como requisito vital, las exenciones fiscales que en la parte dispositiva se establecen, siempre que cumplan las condiciones que en la misma se señalan.

Mas debe advertirse que con este proyecto no se pretende crear una nueva figura jurídica, ni siquiera estimular la formación de esta clase de sociedades. Se acude tan solo a remover el obstáculo que les impide actualmente tener en nuestro mercado de capitales el desarrollo alcanzado en otros países.

mobiliaria de capital fijo¹¹⁰. Al tiempo, estableció una exención a favor de los partícipes de los fondos de inversión¹¹¹.

Tras la Ley 41/ 1964, de 11 de junio, de reforma del sistema tributario, se mantuvo, en lo esencial, el régimen fiscal de las IIC¹¹², esto es, exención por el IS, de manera tal que el gravamen soportado continuó siendo la cuota por el impuesto sobre las rentas del capital, que sustituyó a la antigua tarifa segunda de la contribución de utilidades sobre la riqueza mobiliaria. Por lo que se refiere a los socios o partícipes, quedaron amparados por la limitación general del gravamen de las plusvalías mobiliarias a las obtenidas dentro del plazo de un año de tenencia¹¹³. Posteriormente, el Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica, recortó este régimen privilegiado de las plusvalías¹¹⁴.

Se cierra así una primera etapa que viene definida, de una parte, por la exención de la IIC, la existencia de un gravamen por razón de la retención sobre dividendos e intereses percibidos no susceptible de devolución, y la tributación de los socios o partícipes con ocasión del reparto de beneficios o de la transmisión o reembolso de la participación, si bien amparada por una tributación de carácter general poco exigente respecto de las plusvalías.

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, aun respetando las líneas básicas de la fiscalidad de las IIC y sus partícipes, introdujo una importante modulación, ya que sujetó a tributación la parte de beneficio obtenido y no distribuido por las sociedades de inversión mobiliaria que no cotizasen efectivamente en bolsa¹¹⁵. De

¹¹⁰ Artículo catorce:

Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable y los fondos de inversión que se constituyan al amparo de este decreto-ley y cumplan las condiciones que reglamentariamente se determinen podrán gozar de todas las ventajas fiscales y de otro orden establecidas para las sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo por la Ley de veintiséis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho y los artículos once y doce de este decreto-ley [...].

¹¹¹ Artículo 13:

Se autoriza al ministro de Hacienda para declarar exentos de la contribución general sobre la renta los ingresos que obtengan los partícipes en fondos de inversión mobiliaria y que procedan de la enajenación de los valores de estos, siempre que se cumplan los requisitos que por el propio ministro sean fijados.

¹¹² Vid. artículo uno del Decreto 2285/1964, de 27 de julio, sobre adaptación de exenciones fiscales a la Ley de reforma del sistema tributario.

¹¹³ Vid. artículo 16.2 del Decreto 3358/1967, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido del impuesto general sobre la renta de las personas físicas.

¹¹⁴ Vid. artículo dieciséis.

¹¹⁵ Artículo treinta y ocho:

A partir del primer ejercicio que se inicie con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley las sociedades de inversión mobiliaria cuyas acciones no coticen efectivamente en bolsa, y gocen

esta manera, se pretendía poner coto a la acumulación de rentas sin tributación en sede de las sociedades de inversión mobiliaria cuando estas estuvieran controladas por un número relativamente reducido de socios. Aun cuando esta norma tuvo escasa vigencia, fue de suma importancia, no solo porque alumbraba el camino de la auténtica neutralidad fiscal en el tratamiento de la inversión colectiva, esto es, igualdad de trato entre el inversor colectivo y el individual, alcanzada mediante la reconducción de la exención respecto del beneficio obtenido susceptible de distribución efectivamente distribuido, en línea similar a la legislación británica, sino porque aquella ley fue el primer peldaño fiscal de la transición política de la dictadura a la democracia.

La introducción de la transparencia fiscal por la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades, y la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, tuvo impacto en el régimen fiscal de las IIC y sus partícipes. Así, las sociedades de inversión mobiliaria controladas por un reducido número de socios habrían de tributar en régimen de transparencia fiscal¹¹⁶.

Las IIC no afectas al régimen de transparencia fiscal perdieron la exención, sin perjuicio de la aplicación temporal de la misma durante un periodo de cinco años en los términos establecidos hasta el momento¹¹⁷, pero ganaron una deducción del 100 % respecto de la parte de cuota correspondiente a los dividendos percibidos¹¹⁸, así como, en su caso, la devolución de las retenciones sufridas.

El inversor colectivo, tanto en el régimen transitorio como en el general, perdió la tributación a tipo fijo sobre rentas derivadas del reembolso o la transmisión de la participación y pasó a tributar por la escala general de gravamen con el tratamiento de renta irregular.

El régimen de transparencia fiscal, dentro del ámbito alcanzado por la misma, procuraba igualdad de trato a los inversores individuales y colectivos, al modo de la legislación alemana.

El régimen de tributación ordinaria asistido por una deducción del 100 % respecto de los dividendos, en unión a la devolución de las retenciones, implicaba una exención práctica

de exención en el impuesto sobre sociedades al amparo del apartado H del artículo diez del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, tributarán por dicho impuesto por la parte de su beneficio que no sea objeto de distribución a sus socios [...].

¹¹⁶ Artículo doce.2 de la Ley 44/1978:

Se imputarán en todo caso a los socios [...] los beneficios de [...]:

A) Las sociedades de inversión mobiliaria cuyas acciones no sean de cotización calificada [en bolsa], [...] cuando se dé cualquiera de las circunstancias siguientes:

[...] b) Que más del cincuenta por ciento del capital social pertenezca a diez o menos socios [...].

¹¹⁷ *Vid.* disposición transitoria tercera de la Ley 61/1978.

¹¹⁸ Artículo veinticuatro.dos de la Ley 61/1978.

cuando las rentas de la IIC estaban integradas por dividendos, pero de ahí no se seguía la neutralidad, por cuanto el socio o partícipe podía demorar la tributación hasta el momento de la distribución de beneficios o del reembolso de la participación, lo que, obviamente, no acontecía en el inversor individual; mas, cuando los ingresos de la IIC fueren intereses o plusvalías, ese régimen fiscal discriminaba en contra del inversor colectivo, en cuanto introducía un gravamen que no padecía el inversor individual.

Lamentablemente, estas leyes no se publicaron asistidas por la correspondiente exposición de motivos, de manera tal que el legislador no explicitaba las razones que habían impulsado la modificación del régimen fiscal de las IIC y de sus partícipes. Sin embargo, es fácil colegir que se pretendía la igualdad de trato para los inversores colectivo e individual, aliviando la tributación de la IIC mediante la deducción plena para evitar la doble imposición de dividendos, y despojando a los socios de las sociedades de inversión mobiliaria fuertemente controladas de la posibilidad de diferir la tributación en su imposición personal hasta el momento del reembolso o transmisión de la participación. Se notará que, en aquel momento histórico, la progresividad impositiva era un valor al alza.

El título III de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, abrió un nuevo capítulo en el régimen fiscal de las IIC y sus partícipes. Las instituciones no cotizadas en bolsa tributarían por el régimen general, en tanto que las cotizadas lo harían por el tipo de gravamen del 13 %, con derecho a la deducción del 100 % para eliminar la doble imposición de dividendos. Desaparecía así el régimen de transparencia fiscal, de manera tal que los socios o partícipes tributarían en su imposición personal con ocasión del reembolso o transmisión de la participación¹¹⁹. La desaparición del régimen de transparencia fiscal suponía una enmienda radical del régimen fiscal de la inversión colectiva instaurado por las Leyes 44/1978 y 61/1978, que la exposición de motivos de la Ley 46/1984 justificó afirmando que:

[...] desde el punto de vista fiscal, la nueva regulación de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y de las sociedades ha modificado el tradicional régimen fiscal de que gozaban las sociedades y fondos de inversión mobiliaria, planteando la necesidad de su adaptación a los principios que inspiran la reforma fiscal.

El párrafo transcrito se está refiriendo a la reforma fiscal de 1978, cuyo soporte intelectual ha de buscarse en el documento elaborado por el Instituto de Estudios Fiscales titulado *Sistema tributario español: Criterios para su reforma* (IEF, 1976). Pues bien, en el mismo se postulaba, en relación con los fondos y sociedades de inversión mobiliaria, la exención:

[...] del gravamen sobre beneficios al objeto de configurar un régimen de absoluta transparencia fiscal comúnmente admitido respecto a esas entidades y a esos

¹¹⁹ Vid. artículos 34 y 35 de la Ley 46/1984.

conceptos. Sin embargo, carece de justificación que la proporción de sus beneficios imputables a intereses y plusvalías –intereses y plusvalías que en ningún momento han soportado ya previamente un gravamen sobre beneficios– resulte exonerada de gravamen [...] (IEF, 2002, p. 175).

El artículo 62 de la Ley 31/1990 situó el tipo de gravamen de las IIC en el actualmente vigente, esto es, el 1 %, al tiempo que conservaba los restantes aspectos del régimen fiscal de las IIC inaugurado por la Ley 46/1984¹²⁰. Las disposiciones adicionales vigésima segunda y vigésima tercera de la Ley 31/1990 precisaron las líneas maestras del régimen fiscal de la inversión colectiva que, en rigor, son, en esencia, las actualmente vigentes, si bien la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, suprimió la deducción del 10 % respecto de los dividendos¹²¹.

¹²⁰ Artículo 62 de la Ley 31/1990: «Las instituciones de inversión colectiva resultarán gravadas de acuerdo con lo establecido en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, al tipo de gravamen del 1 por 100».

¹²¹ Ley 31/1990:

Disposición adicional vigésima segunda. Régimen fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria.

A partir de la entrada en vigor de la presente ley, el artículo 34 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, quedará redactado como sigue:

«Artículo 34. Sociedades de inversión mobiliaria.

1. Las sociedades de inversión mobiliaria cuyo capital social esté representado por valores no admitidos a negociación en bolsa de valores tributarán por el impuesto sobre sociedades en la forma prevista por la legislación vigente.

2. Las sociedades de inversión mobiliaria cuyos valores representativos del capital estén admitidos a negociación en bolsa de valores tendrán el siguiente régimen especial de tributación:

a) El tipo de gravamen será el 1 por 100.

b) Tendrán derecho a la deducción en cuota por doble imposición de dividendos aplicando, sobre el importe neto de los dividendos percibidos, el tipo del 10 por 100, siempre y cuando los dividendos procedan de entidades que hayan tributado sin bonificación ni reducción alguna por el impuesto sobre sociedades.

c) Cuando el importe de las retenciones realizadas sobre los ingresos del sujeto pasivo, sumado al importe de la deducción a que hace referencia la letra anterior, supere la cuantía de la cuota calculada aplicando el tipo recogido en la letra a) anterior, la Administración procederá a devolver de oficio el exceso.

d) Salvo lo dispuesto en las letras b) y c) del presente apartado, no tendrán derecho a deducción o reducción alguna de la cuota.

e) Los dividendos que distribuyan estarán sometidos a retención, salvo que sean percibidos por residentes en países comunitarios distintos de España, pero no darán derecho al receptor, sea esta persona física o jurídica, a practicar deducción alguna por doble imposición.

3. La constitución, transformación en otro tipo de institución de inversión colectiva, aumento de capital y la fusión de sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo cuyo capital esté representado por valores admitidos a negociación en bolsa de valores, gozarán de una reducción del 95 por 100 en la base imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

En la exposición de motivos de la Ley 31/1990 nada se dice de esta modificación que, sin embargo, fue considerada crucial por los expertos en la fiscalidad de la inversión colectiva, quienes, al tiempo, la consideraron tanto neutral como de fomento¹²². Si es fácil estar de acuerdo con los expertos en que el régimen fiscal instaurado por la Ley 31/1990 ha procurado el fomento del marco institucional de la inversión colectiva, no lo es considerar que el referido régimen puede ser tildado de neutral.

En efecto, de cara al IS, lo es respecto de los dividendos y plusvalías de cartera, pero no respecto de los intereses, por cuanto propicia la total desfiscalización de los mismos.

4. La exclusión de la negociación en bolsa de valores de los valores representativos del capital de las sociedades a que se refiere el apartado anterior dará lugar a la pérdida del régimen fiscal especial que se entenderá referida a la fecha en que se produzca efectivamente dicha exclusión».

Disposición adicional vigésima tercera. Régimen fiscal de los fondos de inversión.

1. El régimen fiscal establecido en la disposición anterior será asimismo aplicable a los fondos de inversión, con las siguientes particularidades:

- a) Los resultados que distribuyan a los partícipes estarán sometidos a retención, salvo que sean percibidos por residentes en países comunitarios distintos de España, pero no darán derecho al perceptor, sea esta persona física o jurídica, a practicar deducción alguna por doble imposición.
- b) En los casos de reembolso de participaciones, la diferencia entre el precio de reembolso y el de adquisición tendrá para el partícipe la consideración de incremento o disminución patrimonial, no estando, por tanto, sometida a retención.
- c) En los supuestos de transmisión por los partícipes de participaciones distintos del señalado en la letra b) precedente se aplicará el régimen general de los incrementos o disminuciones patrimoniales.

2. La constitución, transformación en otro tipo de institución de inversión colectiva y modificación de las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable y de los fondos de inversión, gozarán de exención en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

¹²² Siguiendo a Inverco:

Este régimen fiscal [se refiere al establecido por la Ley 446/1984] no propició un incremento de las sociedades y fondos de inversión que se pudiese considerar relevante, y tal vez por ello surgió el germen del actual régimen fiscal de las IIC, que ha propiciado alcanzar el extraordinario volumen y relevancia presente. Nos referimos a la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, cuyas disposiciones adicionales vigésimo segunda y vigésimo tercera introdujeron cambios sustanciales en la tributación de las IIC [...].

La tributación al tipo reducido del 1 por 100 evidenciaba un objetivo de neutralidad tributaria para la inversión colectiva, que no penalizara la acumulación de beneficios en la institución [...].

La historia desde 1992 hasta nuestros días es ya reciente y bien conocida. Al abrigo de un régimen fiscal neutral, con el apoyo de las principales instituciones financieras y gracias a un régimen administrativo y regulatorio que decididamente fomenta este marco institucional, cada año crecen exponencialmente el número de entidades y el volumen de sus patrimonios, hasta convertir a las sociedades y fondos de inversión mobiliaria en uno de los principales vehículos de canalización del ahorro en España [...] (Inverco, 2007, pp. 248 y ss.).

Ahora bien, la neutralidad no puede analizarse, exclusivamente, considerando la tributación de la IIC, sino que ha de tenerse en cuenta también la de sus socios o partícipes. En este sentido, como ya se ha apuntado en líneas anteriores, la neutralidad implica igualdad de trato entre el inversor individual y el colectivo. Pues bien, la fiscalidad de la inversión colectiva salda de la Ley 31/1990 concede al inversor colectivo la facultad de diferir su tributación al momento que desee, por oposición al inversor individual, que debe soportarla con ocasión de la percepción del dividendo, la plusvalía o el interés. En suma, el inversor colectivo puede remansar esas rentas en la IIC pagando el simbólico 1 % hasta el momento en que decida transmitir o rembolsar su acción o participación, lo que no está al alcance del inversor individual. Añádase a lo anterior que la Ley 18/1991, mediante la técnica de los coeficientes reductores, posibilitaba la tributación reducida o incluso nula de las ganancias de capital derivadas del reembolso de la participación. El puente para el trasiego de la inversión individual a la colectiva se asentaba sobre sólidos pilares fiscales¹²³. Y así,

¹²³ *Ibid.*:

[...] El definitivo impulso a la inversión colectiva española vino de la mano de dos leyes que modificaron el tratamiento fiscal de las IIC, tanto en la tributación de la propia IIC por el impuesto sobre sociedades, como en la tributación de sus accionistas o partícipes por el impuesto sobre la renta de las personas físicas. La primera de ellas fue la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, por la que se aprobaron los presupuestos generales del Estado para el ejercicio 1991, y en cuyas disposiciones adicionales se estableció un régimen de tributación del uno por ciento por el impuesto sobre sociedades.

Este tipo de gravamen, todavía hoy vigente, responde al principio de neutralidad fiscal, y pretende evitar la penalización, en forma de doble imposición, que pudiera experimentar el inversor al invertir en IIC en lugar de hacerlo directamente en valores mobiliarios, desplazando la tributación al socio o partícipe.

La segunda ley señalada es la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas. De acuerdo con ella, los rendimientos obtenidos por la inversión en IIC tribuaban al tipo marginal del inversor, si bien se aplicaban coeficientes reductores a las plusvalías obtenidas (en función del periodo de permanencia de la inversión, pudiendo llegar a estar exentos a los quince años). Además, el valor de adquisición a efectos de cálculo del rendimiento se calculaba aplicando al valor liquidativo de compra un coeficiente corrector de la inflación.

Coincidiendo con este periodo de reforma del tratamiento fiscal de la inversión colectiva, las grandes entidades de crédito (bancos y cajas de ahorros) iniciaron una etapa de comercialización activa de estas instituciones, aplicando modernas técnicas de marketing financiero y canalizando hacia ellas una parte significativa de los recursos de sus clientes.

Por todo lo anterior, una parte del ahorro hasta entonces canalizado a través de depósitos bancarios se desplazó a estas fórmulas más sofisticadas de inversión, como ya había ocurrido en otros países. Así lo demuestra la evolución de la composición del ahorro financiero de las familias españolas, integrado en un 45,4 % en depósitos y en un 2,2 % en IIC al cierre del ejercicio 1990, porcentajes que, en el año 1999, ascendían a 31,1 % y 17,8 %, respectivamente.

El efecto inmediato de todas estas actuaciones fue indiscutible. En el ejercicio 1991, en relación a las cifras de 1990, el patrimonio total de las IIC aumentó un 181 % (el mayor incremento en la historia de la inversión colectiva española), y también lo hizo el número de IIC, aunque, como en etapas anteriores, de forma más moderada (un 24 %) (Inverco, 2007, p. 32).

cierta porción de los intereses, dividendos y plusvalías de cartera que hubieran recalado en la tarifa general progresiva del IRPF empezaron a quedar remansadas al abrigo de las IIC. Súmese a todo ello el declive del ISD, que permitirá la sucesión sin carga tributaria del patrimonio aportado a la IIC y de las rentas remansadas en la misma; masa patrimonial cuyo importe coincidirá con el valor liquidativo, el cual constituirá el valor de adquisición a efectos de futuros reembolsos¹²⁴.

Por aquel entonces, si la memoria no falla al autor de estas líneas, el régimen fiscal de la inversión colectiva se escenificó mediante un animal de rapiña (la Hacienda pública) que merodeaba a un capital financiero protegido tras unos barrotes (la IIC).

¿Por qué el legislador fiscal instaló esos barrotes?

El criterio autorizado de Eduardo Ramírez Medina, reproducido en *Medio siglo de inversión colectiva en España*, se desgrana en dos razones:

- i) Fomentar las IIC como fórmula para canalizar el ahorro privado y la inversión.
- ii) Salir al paso de la efectiva instauración en España del espacio económico y financiero europeo, regido, entre otros principios, por el principio de la libre comercialización de organismos de inversión colectiva residentes en otros países de la Comunidad Económica Europea, circunstancia que generaba una situación de competencia entre las sociedades y fondos de inversión españoles y los residentes en otros países europeos (Inverco, 2007, p. 249).

Probablemente, la segunda fue más poderosa que la primera. En efecto, en 1990 todavía llameaba el rescoldo del espíritu de neutralidad, generalidad y progresividad que inspiró la reforma de la imposición directa en 1978, de manera tal que no había lugar a una acción política que, deliberadamente, protegiera una forma de inversión en demérito de las otras, y de la progresividad.

Hay otras razones a tomar en consideración.

En primer lugar, el Tesoro vio en los fondos de inversión un buen instrumento para la colocación de sus emisiones, de manera tal que, desde las instancias de la política financiera, se dio respaldo a la fiscalidad privilegiada de las IIC y sus partícipes¹²⁵.

¹²⁴ Vid. artículo 36 de la LIRPF.

¹²⁵ Siguiendo a Inverco:

[...] la financiación del déficit público jugó una baza clave en el impulso de la inversión colectiva. Debido a la ingente necesidad de financiar el déficit de las Administraciones públicas, tanto estatal como autonómicas, y de la presión de los tipos al alza, así como por la necesidad de

En segundo lugar, la Directiva 88/361/CEE, relativa a la libertad de movimiento de capitales, que había de surtir efectos a partir de julio de 1990, arrojaba incertidumbre respecto de sus efectos, de forma tal que estimular el alojamiento del ahorro nacional en los fondos de inversión patrios se juzgó una medida prudente¹²⁶, aun a riesgo de preterir principios básicos de la imposición.

8.4. Hacia la recuperación de los principios básicos de la imposición

La inversión colectiva está adornada de méritos indisputables. El conocimiento profesional de los mercados permite las mayores cotas de rentabilidad dentro del contexto del perfil de riesgo de cada inversor, quien, por otra parte, debido a la diversificación, podrá situarse en el escalón apropiado. La inversión colectiva puede subsistir, ciertamente, sin la ayuda ortopédica de la fiscalidad favorable. La fuerza de la inversión colectiva reside en su función económica y social¹²⁷, no en el privilegio fiscal.

El hecho de que esta fiscalidad favorable aproveche a gran número de pequeños inversores amaina, en cierto modo, sus aristas adversas a la correcta imposición. Pero como tal fiscalidad, también beneficia a los grandes inversores, y tal vez más porque ellos

mantener la cotización de la divisa española en los mercados internacionales, surgió un mecanismo o instrumento de inversión colectiva auspiciado y fomentado por las autoridades económicas como fueron los «Fondtesoros» (Inverco, 2007, p. 39).

¹²⁶ *Ibid.*:

Por último, debemos apuntar otra razón que sirve de fundamento y origen a la existencia de este régimen fiscal, íntimamente unido con la función social y económica de las instituciones, anteriormente considerada. Nos referimos a la protección del ahorro nacional y a la necesidad de evitar la deslocalización del ahorro financiero favorecida por la normalización del principio de libre circulación de capitales y moneda única (impulsado en materia de IIC por sus propias directivas) y alimentada por la falta de armonización fiscal en el ámbito de la Unión Europea o, incluso, por la competencia que existe entre los sistemas tributarios de nuestro entorno para atraer capitales internacionales.

Es evidente que nuestro legislador no ha sido ajeno a esta realidad en los últimos años, y que debe aludirse a la misma cuando se enjuicia la razón de ser del marco tributario de las IIC. De hecho, no es casualidad que la tributación al tipo reducido del 1 por 100 se inaugurase en 1991, y que en 1992 entrase en vigor en España la normativa liberalizadora de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, lo cual tuvo lugar anticipando incluso el calendario de Maastricht, en un año.

Nunca debe olvidarse que esta es una razón que subyace como sustrato a cualquier reflexión normativa sobre las IIC en España, en la cual la materia tributaria ocupa un papel preferente [...] (Inverco, 2007, pp. 271-272).

¹²⁷ *Vid.* Inverco (2007, epígrafe 2.1.3).

disponen de mayor libertad económica en orden a decidir el momento oportuno del reembolso o transmisión. No son pocas las voces que se han alzado reclamando una modificación sustancial del régimen fiscal de la inversión colectiva, básicamente de las SICAV¹²⁸, o, cuando menos, que se garantice que el privilegio fiscal únicamente aprovechará a la inversión auténticamente colectiva¹²⁹. En efecto, supuesto que se entendiese que la inversión colectiva deba estar primada fiscalmente en relación con la individual, lo pertinente sería garantizar que el régimen fiscal privilegiado recayera sobre la inversión colectiva¹³⁰.

Para garantizar el carácter colectivo de la inversión, caben varias alternativas.

La primera es abstenerse de toda modificación normativa, considerando que inversión colectiva es la que se realiza a través de las entidades reguladas por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE, inscritas en los registros de la CNMV. Así, el carácter colectivo de la inversión quedaría garantizado por la supervisión que del cumplimiento de la normativa referida ha de realizar la CNMV.

La segunda consiste en otorgar a la inspección tributaria, exclusivamente a efectos fiscales, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos impuestos por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE. Es la solución propuesta en el proyecto de ley de presupuestos para 2019,

¹²⁸ Vid. García (2018):

El apoyo de Unidos Podemos a los objetivos de estabilidad presupuestaria planteados por el Gobierno de Pedro Sánchez para 2019 pasa por una batería de polémicas medidas. Entre ellas está [...] eliminar las sociedades de inversión de carácter financiero (sicav).

Entonces, ¿habrá modificaciones en la estructura de las sicav? Podemos exige que se eliminen para apoyar al Gobierno y el Ejecutivo todavía no ha manifestado su opinión al respecto. A la espera de que el equipo de Pedro Sánchez se manifieste en este sentido, el sindicato de técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha) ha asegurado hoy que no ve necesario que desaparezcan, aunque sí cree que se debería regular su participación y el plazo en el que declaran los beneficios [...].

Para Cruzado, «sería suficiente con regular la participación mínima y establecer un plazo en el cual habría que declarar los beneficios y no demorar en el tiempo *sine die*». De esta forma, añade el presidente de Gestha, se establecerían límites para evitar que las sicav sean utilizadas como forma de elusión.

«Según la norma debe haber 100 participantes como mínimo, pero muchas veces vemos capitales que controlan familias o personas y el resto son lo que se conoce como mariachis, que tienen una participación testimonial», explicó en este sentido Cruzado.

¹²⁹ Proposición no de ley 161/003510, Ciudadanos (BOC de 18 de julio de 2018): «Devolver a la Agencia Tributaria el control fiscal de las SICAV, y reforzar su control para evitar el fraude en las mismas». Vid. nota a pie de página 35 de este estudio.

¹³⁰ «La clave debe buscarse en garantizar que la SICAV sea realmente un vehículo de inversión colectiva [...]» (Bel, 2011, p. 51).

que fue mal acogida por la industria de IIC¹³¹, y que fue recogida entre las propuestas del programa del partido político más votado en las elecciones generales de abril de 2019¹³².

La tercera consiste en configurar unos requisitos fiscales determinantes de la inversión colectiva y, claro está, confiar la vigilancia de su cumplimiento a la inspección tributaria. Es la solución propuesta en el punto 8 de los pactos PP-Ciudadanos¹³³.

La oposición de la industria de la inversión colectiva a que la inspección tributaria supervise el cumplimiento de la normativa sobre inversión colectiva, así como al establecimiento de requisitos adicionales de dilución de la participación, en orden a reforzar el carácter colectivo de la inversión, es palmaria. Las razones que esgrime no son desdeñables. En particular, la deslocalización de la inversión hacia IIC extranjeras es un riesgo que debe ser tomado en consideración frente a cualquier opción reformadora. Si, como sugieren ciertas

¹³¹ Vid. Inverco (2019).

¹³² «Ejerceremos un mayor control sobre las SICAV, de modo que la Agencia Tributaria pueda regularizar fiscalmente aquellos casos en los que no se cumplan los requisitos que establece la normativa financiera» (PSOE, 2019, punto 197, p. 41).

¹³³ Vid. Antón (2016):

En líneas generales, los banqueros privados no discuten el punto referente a la Agencia Tributaria. «En realidad, el organismo público siempre ha tenido acceso a la información de las sicav y está al tanto de que muchas de ellas están controladas por un único accionista, que cuenta con el 99 % del capital, mientras los restantes inversores (hasta llegar al número mínimo de 100 que exige la normativa) cuentan con participaciones mínimas», señalan desde una firma de asesoramiento.

Las mismas fuentes explican que la Agencia Tributaria siempre ha hecho la vista gorda porque imponer un mínimo de 100 accionistas carece de toda lógica, en el marco de la Unión Europea, donde ningún país lo exige, salvo Portugal –requiere 100– y Francia –dos inversores–.

Sí hay consenso en el sector en la crítica a la propuesta de fijar que cada accionista ostente, como mínimo, el 0,55 % del capital de la sociedad. «Denota una completa falta de entendimiento del vehículo. Es una medida absurda porque es contraria, precisamente, a la colectividad. Es posible que muchas sicav, en línea con los fondos, auténticas instituciones de inversión colectiva, no cumplan esta regla, ya que cuanto más patrimonio tenga un vehículo, más atomizado está el patrimonio y más difícil es satisfacer esta exigencia. Por ello, el límite debería establecerse por arriba –por ejemplo, que ningún accionista tenga más del 10 % o el 20 %–, pero nunca por abajo», explica un banquero privado.

Pero, sin duda, el punto más conflictivo es el del gravamen del impuesto de sociedades. Inverco, la asociación de instituciones de inversión colectiva, que representa a gestoras de fondos de inversión, pensiones y sicav, considera que «con una eventual modificación fiscal, lo único que se lograría es eliminar un producto de ahorro que mueve un patrimonio de más de 31.000 millones de euros en España, y trasladar inmediatamente ese patrimonio a otras zonas geográficas o a otros países de Europa, que tienen una fiscalidad similar o mejor que en España».

La asociación asegura que «una modificación de la fiscalidad implicaría una deslocalización hacia Irlanda y Luxemburgo, en los que, como en el resto de los países de la Unión Europea, el tipo del impuesto sobre sociedades aplicable a estos instrumentos es 0 %».

informaciones, es cierto que determinadas SICAV o determinados compartimentos de fondos de inversión están dominados por uno o varios inversores, ese riesgo existe.

El requisito de los 100 socios o partícipes, en el contexto de un entorno regulatorio comunitario que no los exige, es una invitación a la deslocalización, fácilmente practicable al amparo de la libertad de movimiento de capitales, de la libre comercialización de las acciones o participaciones de las IIC en el ámbito comunitario, así como de la libre prestación de servicios de gestión en el mismo¹³⁴.

La mayor intensidad en la vigilancia del requisito de 100 socios o partícipes, no previsto por la Directiva 2009/65/CE, al que se encadena el tipo de gravamen del 1 % en el IS, no es un camino prometedor, sencillamente, porque esa ligazón, además de no ser en sí misma convincente, puede traer consecuencias negativas para la recaudación fiscal en razón al efecto de deslocalización, tanto de capitales como de servicios de gestión. No convendría olvidar que las entidades gestoras residentes en otro Estado miembro no tributarán en España por razón de las rentas derivadas de los servicios que presten, a menos que lo hagan mediante un establecimiento permanente¹³⁵.

Llegados a este punto conviene preguntarse por qué la inversión colectiva ha de estar primada fiscalmente respecto de la individual.

Desde luego, es cierto que la inversión colectiva se adapta mejor a las necesidades y conveniencias de los inversores pequeños y medianos que la inversión individual, pero de ello no se deriva ni la pertinencia ni la oportunidad del privilegio fiscal. Tampoco el sector de la inversión colectiva necesita para subsistir el paraguas del privilegio fiscal. Sus propios méritos le bastan.

Por tanto, lo pertinente es una modificación que suprima ese privilegio fiscal. A lo largo de este escrito ha quedado patente cuál es el contenido del privilegio fiscal. Se trata de la posibilidad ofrecida al inversor colectivo de remansar las rentas derivadas de su inversión en sede de la IIC sin tributación, de manera tal que, en definitiva, tiene la facultad de

¹³⁴ Según el punto 1 de la nota de prensa de Inverco (2019b):

Las SICAV están reguladas por las Directivas europeas desde hace más de 30 años, y en ellas se establecen los requisitos que debe reunir este vehículo de inversión, existente en todos los países de Europa. Además de los requisitos establecidos a nivel europeo (transparencia, supervisión y diversificación, entre otros), las SICAV españolas ya tienen un régimen más exigente, pues adicionalmente deben contar con un número mínimo de cien accionistas, no previsto en la directiva ni en la práctica totalidad de países. Esta diferencia ya supone en la actualidad un peor tratamiento para las SICAV españolas.

¹³⁵ *Vid.* los listados completos de entidades gestoras del espacio económico europeo mediante sucursal y en libre prestación (CNMV, s. f.).

decidir el momento de la tributación e, incluso, trasladar esa facultad a sus herederos, de modo que pueden constituirse patrimonios cuyas rentas no tributen indefinidamente.

La solución más inmediata y sencilla de aplicar es hacer tributar a la IIC por el tipo de gravamen general del IS. Esta solución resolvería el problema, ciertamente, pero a costa de crear otro; a saber, el exceso de imposición sobre la inversión colectiva. El tipo de gravamen simbólico es un mecanismo para evitar el exceso de imposición y no envuelve privilegio fiscal alguno. En fin, esta solución pondría en desventaja la inversión colectiva respecto de la inversión individual. Las razones anteriores la desaconsejan totalmente.

La solución más radical es la transparencia fiscal. Está justificada por el hecho de que la renta obtenida por la IIC está a disposición inmediata del socio o partícipe. Al tiempo, pone en pie de igualdad a los inversores colectivo e individual. Sin embargo, gravar una renta que, aun cuando disponible, no ha recalado materialmente en la cuenta corriente de los inversores colectivos, levantaría la incompreensión de la acrecida población de socios o partícipes de las IIC. Por otra parte, este régimen debería extenderse respecto de las IIC extranjeras, pues, en otro caso, estas serían el refugio contra la nueva forma de tributación.

La solución más matizada y equilibrada consiste en supeditar la tributación a tipo de gravamen simbólico a la distribución del beneficio o, lo que es lo mismo, en reducir la base imponible en el importe de la renta distribuida. Este modelo de tributación se compondría de los siguientes elementos:

- Las IIC tendrían la consideración de contribuyentes por el IS, incluso si carecieren de personalidad jurídica; por tanto, sin variación alguna respecto de la regulación vigente.
- La base imponible se determinaría de acuerdo con las reglas generales, pero sin derecho a la exención a la exención del artículo 21; por tanto, también sin variación alguna respecto de la regulación vigente.
- La base imponible se reduciría en el importe de los beneficios distribuidos a los socios o partícipes.
- La base imponible resultante de la reducción precedente tributaría al tipo de gravamen del 19 %, coincidente con el más bajo de la escala de tipos de gravamen que recaen sobre la base del ahorro.
- De la cuota así determinada podrán deducirse las retenciones sufridas, tanto internas como internacionales, respecto de las rentas obtenidas, dando las de carácter interno, en su caso, derecho a la devolución, en los términos actualmente vigentes, pero no así las de carácter internacional, las cuales, en la actualidad, ni siquiera son deducibles. Con esto se pone en pie de igualdad a las retenciones internas e internacionales.

- La deuda tributaria así determinada generaría un crédito de impuesto a favor de la IIC que debería ser satisfecho mediante devolución o compensación con la propia deuda tributaria del ejercicio en el que se efectúa la distribución de los beneficios acumulados o se aplican a la compensación de pérdidas. De esta manera, la tributación de la IIC sobre la renta no distribuida no afectaría a su valor liquidativo, por cuanto, en definitiva, tal tributación sería puramente transitoria, en cuanto que se extinguiría en la forma expuesta.
- La renta distribuida continuaría siendo objeto de retención, de manera tal que, para la gran masa de pequeños y medianos inversores colectivos, no afloraría una tributación aparente adicional por el IRPF, en la medida en que el tipo de retención coincidiera con el tipo de gravamen más bajo de la escala del ahorro. Los afectados serían, únicamente, los grandes inversores colectivos.
- La estrategia de desplazar su inversión hacia IIC extranjeras no puede descartarse. Para obviarla, sería preciso establecer un régimen de transparencia fiscal en relación con dichas instituciones. Es probable que su sola existencia desanimara la estrategia a la que pretende hacer frente, de manera tal que jugaría un papel práctico puramente disuasorio. De esta forma, la decisión de colocar el capital en una IIC extranjera estaría despojada de toda connotación fiscal. La imputación en régimen de transparencia fiscal, concerniente a los socios o partícipes de las IIC extranjeras, se alojaría en la escala del ahorro, a diferencia de la transparencia fiscal internacional, que lo hace en la escala general, a los efectos de preservar la igualdad con la tributación del inversor individual. La imputación en régimen de transparencia fiscal no entraría en colisión con el derecho de la Unión Europea, por cuanto la tributación de las operaciones internas e intracomunitarias sería equivalente.

El sistema que se propone podría parangonarse con el establecido en Dinamarca, según se desprende de la relación que, de la normativa danesa, consta en la STJUE Fidelity Funds. También con el de los Estados Unidos, según se desprende de los trabajos de la IFA.

Y, frente a las soluciones que, como la expuesta, bucean a la búsqueda de un equilibrio que pivote sobre el principio de capacidad económica, tal y como lo concreta el vigente IRPF, está la más pragmática, consistente en mantener la regulación actual, pero despojada de la exigencia de los 100 socios o partícipes. De esta manera, se pondría en igualdad de condiciones a la inversión colectiva, regulada por la LIIC, con la extranjera amparada por la Directiva 2009/65/CE.

No es esta la solución que se propugna en el presente escrito, pero, desde luego, es superior, por sus efectos prácticos, a la actualmente vigente, y también a todas aquellas que, con cierta ingenuidad o huera grandilocuencia, tratan de afianzar el carácter colectivo de la inversión como peaje del privilegio fiscal, ya que, sobre ser inconsistentes desde el punto de vista del principio de capacidad económica, estimulan la deslocalización.

8.5. Recaudación, contexto y condicionantes

8.5.1. Recaudación

El régimen fiscal de las IIC y de sus partícipes, esto es, del inversor colectivo, puesto en relación con el régimen fiscal del inversor individual implica un sacrificio recaudatorio. Un cálculo de su importe, ni tan siquiera aproximado, excede del autor de estas líneas. Con todo, algunos datos pueden ser ilustrativos.

La cuenta de pérdidas y ganancias agregada de las IIC declarantes por el IS, correspondiente al ejercicio 2016 (último respecto de los que la Agencia Tributaria ha publicado datos en el momento de la finalización del presente trabajo [en miles de euros]), muestra un resultado de explotación negativo de 2.905.130, partida que parece responder, en su mayor parte, a las comisiones de gestión y depósito; unos ingresos financieros de 6.548.495, partida que debe recoger, básicamente, los intereses y dividendos percibidos por las IIC; una variación positiva por valor razonable de 2.481.083, y otra negativa por deterioros y minusvalías de 2.507.045, lo que, en unión a otras partidas menores, determina un resultado contable de 2.870.587. Si se eliminaran las IIC con resultado contable negativo, el resultado contable agregado asciende a 4.102.354. Nótese que esa cifra responde al rendimiento de la inversión colectiva canalizada a través de IIC residentes en territorio español; consecuentemente, no recoge la canalizada a través de IIC extranjeras, cuyo importe, sin embargo, puede intuirse a través del importe de los capitales captados en territorio español por las mismas.

Para apreciar la importancia relativa de los intereses y dividendos percibidos por las IIC, y por ende, del valor relativo del sacrificio recaudatorio, puede ser útil considerar que la cifra de los rendimientos del capital mobiliario que recalaron en el ejercicio 2016 en la base del ahorro ascendió a 15.174.109 (en miles), de los que 3.709.823 fueron intereses de depósitos y asimilados, 9.501.205 dividendos, 1.684.484 seguros, y el resto partidas menores.

Según datos de Inverco, en 2013, el patrimonio de las IIC ascendía a 250.746 (en millones) de los que 65.000 se estimaban pertenecer a IIC extranjeras, y en 2018, a pesar de ser un año difícil para los mercados financieros, ese patrimonio ascendía a 454.761 de los que 168.000 se estimaban pertenecer a IIC extranjeras. Estas cifras muestran que la inversión colectiva en el transcurso de 5 años casi se ha duplicado y que el componente exterior se ha triplicado. Los inversores confían en la inversión colectiva y todavía más en la extranjera. Inverco prevé una evolución positiva para 2019¹³⁶. Estas cifras son tanto más significativas

¹³⁶ Inverco:

El volumen de activos de las IIC se podría situar en 2019 en 472.800 millones de euros, lo que supondría un incremento del 3,7 % con respecto a 2018. Esta cifra se desglosaría de la siguiente manera:

si se considera que en ese lapso de tiempo los distintos componentes del ahorro financiero de las familias han estado prácticamente estancados¹³⁷. Congruentemente, el porcentaje de ahorro financiero mantenido por los inversores colectivos españoles duplica el referido a los Estados miembros EU-13¹³⁸. El escenario de tipos de interés bajos, incluso negativos, así como la volatilidad de los mercados de capitales, sugieren que en los próximos años la inversión colectiva seguirá creciendo.

Si el sacrificio recaudatorio de las primeras etapas de la inversión colectiva pudo ser relativamente moderado, el crecimiento de la inversión colectiva apunta en sentido contrario.

8.5.2. Contexto

Algunos de los motivos que alentaron la configuración del régimen fiscal vigente, por no decir todos, hoy tienen una significación diferente. Véase:

- El encauzamiento del ahorro hacia la inversión colectiva por medio del incentivo fiscal, si antaño pudo tener la justificación de apoyar a una industria financiera incipiente, hoy en día la ha perdido. La inversión colectiva es, por sí misma, y sin ningún aditamento fiscal, atractiva para el ahorrador.
- Si el incentivo fiscal pudo estar pensado, en el momento de su creación, para retener el ahorro en sede de las IIC constituidas en España, las posteriores modificaciones normativas, necesarias para dar satisfacción al principio de la libertad de movimiento de capitales, han echado por tierra este propósito, por cuanto el régimen fiscal privilegiado se extiende también en relación con las colocaciones en IIC extranjeras amparadas por la Directiva 2009/65/CE. El altísimo patrimonio, en términos relativos, de las IIC extranjeras así lo pone de relieve. En la misma línea apuntan los datos del espectacular volumen de los patrimonios

• Los fondos de inversión mobiliaria podrían incrementar su patrimonio en 2019 en torno a 13.500 millones de euros (un 5,2 % más), alcanzando a finales de este año los 271.000 millones de euros.

• Las sociedades de inversión mobiliaria reducirían su volumen de activos hasta los 25.000 millones de euros, lo que supondría una caída patrimonial del 11,9 %.

• Y las IIC extranjeras incrementarían su patrimonio hasta los 176.000 millones de euros (un 4,8 % más) (2019a, p. 36).

¹³⁷ Vid. anexo 1.1, «Ahorro financiero de las familias españolas», en Inverco (2019a).

¹³⁸ Vid. anexo 2.1, «Ahorro financiero de las familias europeas», en Inverco (2019a).

constituidos bajo las IIC constituidas en Luxemburgo e Irlanda¹³⁹, así como las noticias que llegan del mundo financiero¹⁴⁰ y de los estudios universitarios¹⁴¹.

- Si el incentivo fiscal pudo estar pensado, en el momento de su creación, para facilitar la colocación de las emisiones del Tesoro, repárese en que la composición de la cartera de las IIC ha variado sustancialmente respecto de la existente en los años noventa. En 1995, las IIC financiaban el 28,4 % de la deuda pública, en tanto que, en 2018, lo hicieron en el 6,9 %, y el porcentaje de cartera exterior creció desde un modesto 3,7 % del patrimonio hasta el 65,6 %.
- En fin, el temor a una deslocalización del ahorro por motivos fiscales no puede tener, hoy en día, la misma intensidad que pudo tener en el inicio de la década de los noventa. De una parte, las técnicas de transparencia fiscal internacional, en aquel entonces desconocidas en nuestra legislación fiscal, hoy están plenamente asentadas y, de otra, los entonces incipientes mecanismos de intercambio de información hoy han dado paso a otros realmente robustos¹⁴². Así, cuando entró en vigor la Directiva 88/361/CEE, concerniente a la libertad de movimiento de capitales, el intercambio de información fiscal había de realizarse previo requerimiento, en los términos previstos en la Directiva 77/779/CEE; por tanto, de manera totalmente insuficiente para detectar los movimientos de capitales financieros por motivos fiscales. Ya por entonces, las autoridades comunitarias eran conscientes del problema apuntado, el cual se intentó solucionar o, cuando

¹³⁹ Datos en miles de millones: Luxemburgo (4.050, 7525 %/PIB, 2017), Irlanda (2.400, 815,9 %/PIB, 2017), Alemania (1900, 2107), Francia (1880, 2017), Reino Unido (1550, 2017) (vid. anexo 4.2, «Instituciones de inversión colectiva a nivel mundial», Inverco, 2019a).

¹⁴⁰ Vid. *Cinco Días* (2017):

Las grandes gestoras de fondos españolas distribuyen en España fondos con pasaporte luxemburgués [...]. Afirman que los clientes les solicitan tener parte de su dinero invertido en jurisdicciones diferentes a la española. Cuando lanzan fondos, la mayor parte de las gestoras saca un formato español, y lo replica en una sicav luxemburguesa [...]. La CNMV ha autorizado en los últimos meses que cuatro sicavs españolas sean absorbidas por parte de sicavs luxemburguesas [...]. El miedo a inminentes cambios fiscales son un punto clave [...]. «Las fusiones transfronterizas son un procedimiento reglado, que permite que la sicav cambie de jurisdicción de una forma menos complicada» [...] «Las absorciones de sicavs por parte de sicavs luxemburguesas son una solución que implica la deslocalización del vehículo a una jurisdicción en la que no se esperan trabas políticas [...]». Eso sí, existe el riesgo de que Hacienda haga aflorar las plusvalías en el momento de ejecución de la operación y que estas tengan que pasar por la Agencia Tributaria en la declaración del IRPF correspondiente, como puede ocurrir con las fusiones de fondos con sicavs, como reveló una consulta de la DGT, publicada por *Cinco Días* el pasado 22 de septiembre.

¹⁴¹ Vid. Luque y Luque (2014).

¹⁴² Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107/UE, la Directiva (UE) 2015/2376, la Directiva (UE) 2016/881, la Directiva (UE) 2016/2258 y la Directiva (UE) 2018/882.

menos, paliar, mediante una propuesta de directiva conocida como Directiva del ahorro, que solo llegó al boletín de las Comunidades 13 años después (Directiva 2003/48/CE), rodeada de restricciones y limitaciones que, vistas desde la perspectiva actual, permiten calibrar la intensidad del avance realizado en materia de intercambio de información. Hoy en día, tras la Directiva 2014/107/UE, el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)¹⁴³, el Acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014, y los ya numerosos acuerdos de intercambio de información tributaria firmados con diversas jurisdicciones fiscales, el panorama de la información fiscal internacional con trascendencia tributaria ha variado sustancialmente en relación con el existente en los albores de la última década del pasado siglo¹⁴⁴.

Por todo ello, un régimen fiscal de la inversión colectiva exterior basado en la técnica de la transparencia fiscal, en cuanto pieza indispensable de un régimen fiscal basado en la homologación fiscal de las inversiones colectiva e individual es, hoy en día, perfectamente administrable.

8.5.3. Condicionantes

Razones de justicia, pero también de recaudación y alteración del contexto en el que nació el vigente régimen fiscal de las IIC, ameritan que su reforma entre en la agenda política.

El objetivo de una eventual reforma del régimen fiscal de las IIC y sus partícipes debería ser su homologación con el régimen fiscal del inversor individual. Ahora bien, esa homologación debería respetar las condiciones que seguidamente se citan:

- No propiciar un trato distinto, en cuanto efecto fiscal equivalente, para las inversiones en IIC españolas y extranjeras, sustancialmente comparables.
- No imponer cargas administrativas al inversor colectivo.
- No provocar fugas de capitales hacia IIC extranjeras.
- No afectar al valor patrimonial de las IIC.
- No hacer de peor condición al inversor colectivo respecto del individual.

¹⁴³ Vid. Carreño (2014).

¹⁴⁴ Vid. Calderón (2019).

La igualdad de trato debe proyectarse tanto respecto de los inversores como de las IIC.

Los inversores deben soportar los mismos efectos fiscales, cualquiera que fuere la residencia de la IIC. De ahí el régimen de transparencia fiscal respecto de la inversión en IIC extranjeras. Este régimen, aunque construido sobre la imagen de la transparencia fiscal internacional, debería ser específico para la inversión colectiva.

Las rentas de las inversiones realizadas por la IIC deben soportar el mismo trato, cualquiera que fuere la fuente u origen de las mismas. Por tanto, si las retenciones interiores son deducibles de la cuota íntegra, las retenciones practicadas por una jurisdicción fiscal extranjera también deberán serlo. Cuestión distinta es que esa deducción se haga efectiva por la propia IIC o por los socios o partícipes. Aun cuando la lógica pueda apuntar hacia estos últimos, la continuidad aconseja que sea la propia IIC la que haga efectivas las deducciones. No obstante, las practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras podrían ser deducidas por los socios o partícipes. En este sentido, el sistema de información y la técnica de liquidación operarían de manera idéntica a como actualmente sucede respecto de las rentas derivadas de los activos financieros depositados en las entidades de crédito.

La obligación de retener no sufriría variaciones respecto de la situación actual, de manera tal que sobre la renta distribuida por la IIC se practicaría retención. En esta forma, el efecto de tesorería soportado por el socio o partícipe directamente sería prácticamente nulo tratándose de pequeños inversores.

El sistema de tributación que se propone no implica cargas adicionales para el socio o partícipe de las IIC residentes en territorio español. Su declaración-liquidación reflejaría la renta distribuida por la IIC y la retención practicada sobre la misma de idéntica forma a como se reflejarían las rentas derivadas de cualesquiera otros activos financieros.

Sin embargo, respecto del socio de las IIC extranjeras, sí introduciría una carga adicional, esto es, el sistema de transparencia fiscal. A tal efecto, sería conveniente establecer una obligación de información a cargo de las entidades comercializadoras. Este es un punto relevante.

Tal vez, podría sostenerse que el régimen de transparencia fiscal a cargo de los socios o partícipes de las IIC extranjeras implica una discriminación, en la medida en que tal régimen no opera respecto de las IIC nacionales. No obstante, en la medida en que tal sistema está diseñado para poner en pie de igualdad a todos los inversores colectivos, cualquiera que sea el lugar de residencia de la IIC, debería entenderse justificado. Nótese que ya hoy en día los socios o partícipes de las IIC extranjeras pueden estar obligados a practicar una retención. Recuérdesse la sentencia Caster. La legislación alemana establecía unas obligaciones de información respecto de las IIC extranjeras, lo que no se cuestionó, pero sí que, en ausencia de su cumplimiento, se estableciera una base imponible estimada sin conceder oportunidad al socio o partícipe de probar el verdadero montante de la renta acumulada en

sede de la IIC que le correspondía. En Caster, pues, no se rechaza que el socio o participe de una IIC extranjera deba cumplir algunas obligaciones que no se imponen al de una IIC nacional, sino que se le niegue la posibilidad de probar cuál es su verdadera renta, debiendo realizar, eso sí, trámites probatorios que no se imponen al socio o participe de las IIC nacionales.

Es posible que –todas las demás cosas iguales– los inversores deseen huir de los engorros propios de la transparencia fiscal, prefiriendo así las IIC españolas, pero ello no podría fundamentar un reproche de discriminación a favor de la industria de inversión colectiva nacional, por cuanto el fundamento de la transparencia fiscal es poner el pie de igualdad a todos los inversores colectivos.

Precisamente esa igualdad es la que da cumplimiento a la tercera premisa, esto es, no provocar fugas de capital hacia IIC extranjeras. La neutralización de las fugas se alcanza a través de la igualdad, y esta, mediante la transparencia fiscal. Un régimen fiscal que se ancla en la igualdad de régimen fiscal de las inversiones, internas y transfronterizas, es idóneo frente al principio de libertad de movimiento de capitales.

El régimen fiscal que se sugiere no afecta al valor patrimonial de las IIC. En principio, un gravamen por el IS sí afecta al valor patrimonial. Sin embargo, el que se propone no lo hace. En efecto, como ya se ha indicado, el impuesto solamente recae sobre la renta no distribuida susceptible de distribución, y no sería un pago definitivo, sino que estaría llamado a su devolución con ocasión de la distribución de la renta, la obtención de pérdidas o la extinción de la IIC. Un impuesto así concebido no tiene la naturaleza de gasto, sino de crédito fiscal y, por tanto, no minora el valor patrimonial de la IIC.

El régimen fiscal que se sugiere no hace de peor condición al inversor colectivo respecto del individual. Ciertamente, podría provocar la tributación sobre las rentas distribuidas aun cuando el resultado final de la inversión fuere nulo o, incluso, negativo (capital recuperado + + rentas percibidas < capital aportado). Ahora bien, este efecto también lo padece el inversor individual, el cual tributa sobre los dividendos distribuidos sin que la pérdida derivada de la transmisión de la participación motive la devolución de los impuestos previamente pagados. Es más, todavía restaría al inversor colectivo la ventaja de la compensación que, entre rentas positivas y negativas, se produce en sede de la IIC.

8.6. Estabilidad normativa y confianza legítima

La reforma del régimen fiscal de la inversión colectiva que se sugiere supondría, ciertamente, una alteración sustancial del régimen vigente. Es natural que así sea, por cuanto el régimen vigente implica, como se ha explicado, una suerte de tributación sobre la renta dispuesta antes que sobre la renta disponible.

Cabe preguntarse si tal reforma podría suponer una infracción de algún principio constitucional; señaladamente, el de confianza legítima. Este principio, al que alude el artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, tiene vitola constitucional en cuanto puede ser entendido como un aspecto del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución.

Un relativamente nutrido conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional permite concretar su configuración y alcance con base en los siguientes criterios:

- No existe un supuesto derecho de los contribuyentes o de un sector de los mismos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal ni las normas fiscales están afectas por el principio constitucional de irretroactividad¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 126/1987, de 16 de julio (NFJ000307):

En cuanto al principio de seguridad jurídica también aducido, ha venido ciertamente configurándose, a partir de la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de diciembre de 1961, una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos.

[...] el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (FJ 11).

STC 173/1996, de 31 de octubre (NFJ004656):

[...] no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el citado precepto. El límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales [...]. La irretroactividad absoluta de las leyes fiscales, por otra parte, podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal [...]. Al tema no fueron extraños los constituyentes toda vez que en el anteproyecto de la Constitución la irretroactividad se extendía también a las leyes tributarias y así se mantuvo en el informe de la ponencia, pero se suprimió, significativamente, en el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales para no impedir u obstaculizar futuras reformas del sistema [...].

Ahora bien, como también hemos declarado en otras ocasiones, afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el art. 9.3 C.E., en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional.

La seguridad jurídica, según constante doctrina de este tribunal, es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981,

- La seguridad jurídica y la confianza legítima sí pueden proscribir las normas retroactivas en sentido propio y, más difícilmente, cuando la retroactividad es de

99/1987, 227/1988 y 150/1990). Y aun cuando resulta claro, como se advertía en el fundamento jurídico 8.º de la STC 150/1990, que no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 6/1983, 99/1987 y 126/1987), consecuencia contraria a la concepción que fluye del propio art. 9.3 C.E., ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), «sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (FJ 3).

STC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623):

Ahora bien, como se ha señalado con anterioridad, entre las exigencias de la seguridad jurídica no se incluye derecho alguno a la inalterabilidad del régimen fiscal, ni, en general, a la «congelación del ordenamiento jurídico existente». Las exigencias de seguridad jurídica que derivan del art. 9.3 C.E., en efecto, no pueden nunca llegar hasta el punto de impedir a las Cortes Generales, esto es, a la representación del pueblo español (art. 66.1 C.E.), tomar conciencia de situaciones de crisis financiera, o de cualquier otra especie, y hacerles frente adoptando las medidas que se estimen precisas u oportunas para ello [...] (FJ 13).

STC 237/2012, 13 de diciembre (NCJ059198):

Otra perspectiva desde la que se denuncia arbitrariedad del Real Decreto-Ley 2/2004 es la relativa a la quiebra de la confianza legítima pues, sostiene el letrado autonómico, la derogación del plan hidrológico nacional era imprevisible y ha afectado a las legítimas expectativas de los poderes públicos y de la ciudadanía [...] debemos reiterar ahora, que la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos poderes públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera. En efecto, la aceptación de la tesis de la actora no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento [...] (FJ 9).

STC 183/2014, de 6 de noviembre (NCJ058888):

[...] La aplicación generalizada del impuesto en cuestión responde a una opción del legislador, que, respetando los principios constitucionales, cuenta con un amplio margen para el establecimiento y configuración del tributo. Margen que no puede verse constreñido por la exigencia de una diferenciación que no resulta constitucionalmente obligada, por más que al recurrente le parezca conveniente u oportuna, ni tampoco por las expectativas de mantenimiento del régimen fiscal preexistente –lo que, de por sí, impediría toda innovación legislativa–, de manera que «la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos poderes públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera... y no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento [...]» (FJ 3).

carácter impropio, siendo necesario, en todo caso, efectuar una cuidada ponderación de los intereses y objetivos en juego¹⁴⁶.

¹⁴⁶ STC 126/1987, de 16 de julio (NFJ000307):

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que este, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983. Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.º 3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso [...] (FJ 11).

STC 197/1992, de 19 de noviembre (NFJ002160):

Por lo que tiene que ver con la pretendida transgresión de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, consagrada en el art. 9.3 de la Constitución, a causa –se dice– de la aplicación del nuevo tipo impositivo a hechos imponderables realizados y consumados con anterioridad [...].

[...] no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva [...], pues ello «podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal». [...] ello no obstante, puede cuestionarse la legitimidad constitucional de la retroactividad de las normas fiscales cuando dicha eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales (capacidad económica, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad, etc.). En el contexto de la seguridad jurídica, resulta relevante distinguir entre una retroactividad «auténtica», donde la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo cualificadas excepciones podrían oponerse a tal principio, y otra irretroactividad «impropia», donde la licitud o ilicitud de la medida retroactiva dependería de una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, etc.; habría retroactividad auténtica cuando se pretendiesen anular efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la ley y ya consumadas, mientras existiría una retroactividad impropia, cuando se afectasen situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas.

[...] el principio de seguridad jurídica protege «la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede transgredir la interdicción de la arbitrariedad»; resaltando, otra vez, que serían las circunstancias

- La confianza legítima ha de considerarse cuando se realizan actividades o inversiones a la vista de una determinada legalidad que ha condicionado la conducta

específicas que concudiesen en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes de la ponderación a realizar. (FJ 4).

STC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623):

[...] resulta relevante, a tenor de la doctrina de este tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas, solo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares [...] (FJ 11).

[...] si la afectación de la seguridad jurídica por una norma de retroactividad impropia como la enjuiciada vulnera o no la Constitución es un interrogante al que solo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma. Solo después de una ponderación de los diferentes elementos en presencia es posible concluir si el art. 9.3 C.E. ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos (FJ 13).

STC 234/2001, de 13 de diciembre (NFJ011438):

Determinar, pues, cuándo una norma tributaria vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto [...] en el presente supuesto y conforme a lo razonado, el hecho imponible y su dimensión temporal del devengo del tributo se había verificado por completo, y agotado sus efectos jurídicos, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma reguladora de aquel, es decir, de la Ley 45/1985, de impuestos especiales.

[...] tal grado de retroactividad, al que conviene la calificación de plena o auténtica, determina la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de nuestra Constitución, que opera como límite de una tal retroactividad de las normas fiscales, dado que, por otra parte, no encuentra justificación constitucional, como después veremos, en la ponderación de otros bienes o valores constitucionales de prevalente consideración para el interés general.

[...] En consecuencia de todo lo expuesto, ha de concluirse que resulta menoscabado el principio de confianza legítima de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, es decir, la razonable y fundada expectativa de estos en el ordenamiento jurídico aplicable. Ha de recordarse al respecto que «el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE» [...] (FF. JJ. 10 y 11).

de los ciudadanos, pero sin que de ello se derive una proscripción radical de la modificación normativa¹⁴⁷.

Se desprende de los criterios anteriores que una eventual reforma de la tributación de las IIC como la sugerida en modo alguno violentaría un principio constitucional, señaladamente, el de seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima, con tal que no incurriera en una retroactividad en sentido propio o de grado máximo pues, en tal caso, se enfrentaría a un juicio de ponderación que podría no superar.

En suma, el principio de confianza legítima no puede frenar un cambio legislativo, por muy radical que el mismo fuere¹⁴⁸, ni justificar una responsabilidad patrimonial del Estado, excepto cuando afecte a situaciones jurídicas individualizadas creadas por actos jurídicos específicos al amparo de la legislación precedente que determinen una pérdida patrimonial imputable a la nueva norma¹⁴⁹.

¹⁴⁷ STC 181/2016, de 20 de octubre (NCJ061783):

Mas es fácil advertir que el principio de confianza legítima viene anudado a la realización de conductas, tal como inversiones, que no se habrían llevado a cabo, o se habrían realizado en cuantía o condiciones diferentes en caso de haberse conocido que el panorama normativo conforme al que se adoptaron iba a mudar; o bien al hecho de que el retorno económico de una inversión (entre otras posibles conductas) se reduzca a resultados de un cambio regulatorio imprevisible. Por esta razón, y según se refleja en nuestra doctrina, antes extractada, el principio de confianza legítima se ha conectado habitualmente con la aplicación retroactiva de un nuevo régimen jurídico, pues «el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma como los ciudadanos programan sus conductas» [...] (FJ 5).

STC 270/2015, de 17 de diciembre (NCJ060741):

Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el real decreto-ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

¹⁴⁸ Siguiendo a García de Enterría:

La democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de Legislación sobre el que hoy vivimos, no tolera la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés de nadie en mantener la situación existente y que pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar la Ley a su arbitrio (García de Enterría, 2002, p. 195).

¹⁴⁹ *Ibid.*:

[...] La base de esta construcción está en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas o individuales y situaciones jurídicas objetivas, generales o impersonales. Las primeras son situaciones especiales, individuales y temporales, y su contenido y extensión están determinados

Cuestión distinta es que se considere oportuno establecer un régimen transitorio o una moratoria en la entrada en vigor de la nueva normativa para facilitar la adaptación de los contribuyentes. En efecto, en la medida en que el principio de confianza legítima fuere entendido como un medio para proteger los intereses de los particulares contra las modificaciones imprevistas de la normativa en la que pudieron haber apoyado sus determinaciones patrimoniales, las normas transitorias o de *vacatio legis* alivian la tensión así creada¹⁵⁰. La legislación fiscal no ha sido ajena a esa técnica. Precisamente, en el ámbito de la inversión colectiva, fue utilizada por la Ley 61/1978, como ha quedado expuesto anteriormente.

9. Conclusiones

El análisis precedente permite formular un conjunto de conclusiones, las cuales pueden ser divididas en dos grupos, según que tengan naturaleza técnica o de política tributaria.

9.1. Conclusiones de naturaleza técnica

Primera. El encadenamiento de la fiscalidad de las IIC al cumplimiento de los preceptos de la legislación prudencial genera incertidumbres y conflictos. Paradigmático es el de carácter competencial entre la CNMV y la Agencia Tributaria, legislativamente resuelto, aunque en vías de propuesta de revisión.

por un acto singular distinto de la ley, aunque de conformidad con esta. Estas situaciones no pueden ser afectadas por una ley nueva; cuando el título especial las creó eran conformes a la ley, y la ley ulterior no puede privarlas de la validez que de la anterior han derivado; solo una ley con retroactividad máxima, que Duguit considera contraria al «derecho superior», podría hacerlo, pero la validez de esta ley sería cuestionable. Ejemplo entre todos: un contrato válidamente celebrado. En cambio, las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son las creadas por leyes o reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de la ley o reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho. Son situaciones legales o reglamentarias, definitorias de *status* legales a los que están acogidos un número indeterminado de sujetos, eventualmente todos (por ejemplo, el *status* de la nacionalidad). Son, pues, el resultado de la aplicación misma de la ley o del reglamento que las ha definido. Lo característico es, por tanto, que si la ley o el reglamento que han creado esa «situación objetiva» cambian, las situaciones anteriores dejan en el mismo momento de existir y los sujetos afectados pasarán a tener los derechos que resulten de la nueva ley, exclusivamente, sin que puedan oponerse a esa sustitución (García de Enterría, 2002, pp. 196-197).

¹⁵⁰ Vid. Sanz (2000).

Segunda. El régimen fiscal de las IIC y sus socios o partícipes presenta zonas de regulación insuficiente. En efecto, las normas relativas a la tributación de los socios o partícipes van dirigidas a aquellos que lo son de IIC reguladas por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE o que están constituidas en paraísos fiscales, de manera tal que queda sin regular la fiscalidad de los socios o partícipes del resto de las IIC, esto es, las residentes en Estados miembros no amparadas por la citada directiva y las constituidas en Estados terceros no considerados como paraíso fiscal. Ciertamente, el vacío puede ser colmado mediante las normas de carácter general, pero no sin ciertas dudas e inconsistencias.

Tercera. La sumisión de las inversiones realizadas a través de las IIC al principio de libertad de movimiento de capitales exige un tratamiento homogéneo de las instituciones y sus partícipes cualquiera que fuere el lugar de su residencia. Se observa que esto no es así, a tenor de la legislación vigente, en varios supuestos:

- Diferimiento por reinversión, en cuanto reservado a las operaciones sobre IIC amparadas por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE.
- Retenciones por el IRNR sobre intereses pagados a IIC residentes en el extranjero no comunitario, equivalentes a las reguladas en la LIIC, siendo así que las practicadas a las residentes en territorio español serán devueltas en el exceso sobre la cuota del IS.
- Retenciones por el IRNR sobre dividendos pagados a IIC residentes en el extranjero, otras que las amparadas por la Directiva 2009/65/CE, siendo así que las practicadas a las residentes en territorio español serán devueltas en el exceso sobre la cuota del IS.

Cuarta. Discriminación de la inversión colectiva en relación con la inversión individual respecto de la eliminación de la doble imposición económica, tratándose de inversiones realizadas a través de IIC reguladas por la LIIC y tipo de gravamen del 1 % o amparadas por la Directiva 2009/65/CE.

El mismo razonamiento cabe respecto de la eliminación de la doble imposición jurídica.

Quinta. La delimitación del régimen fiscal en función de la regulación prudencial provoca discriminaciones bajo la forma del típico error de salto. Así, con 100 socios queda franqueada la puerta del privilegio fiscal. Con uno menos se abre la puerta del exceso de imposición.

Sexta. La homologación del régimen fiscal de los socios de las IIC de la LIIC con el de los socios de las constituidas en un Estado miembro amparadas por la Directiva 2009/65/CE sufre la tensión derivada de que esta última no exige el requisito de los 100 socios o partícipes.

9.2. Conclusiones de política tributaria

Primera. La tributación privilegiada de la inversión colectiva no deriva del tipo de gravamen especial reducido de las IIC, sino de la posibilidad que concede a sus socios o partícipes de acumular indefinidamente sin tributación las rentas en sede las mismas. Esa posibilidad no está en buena sintonía con el criterio de tributación sobre la renta disponible.

Segunda. El régimen fiscal de las IIC y sus partícipes debiera diseñarse bajo la orientación del tratamiento igual de las inversiones colectiva e individual, interiores o extranjeras. A tal efecto, en el presente estudio se esbozan las líneas maestras de un régimen fiscal que asegura ese tratamiento igual, al tiempo que frustra los riesgos de deslocalización.

Tercera. Las causas que, en su día, pudieron justificar o, cuando menos, hicieron tolerable el régimen fiscal privilegiado de la inversión colectiva, actualmente han periclitado. En particular, el sistema de información fiscal internacional se ha robustecido notablemente en los casi 30 años transcurridos desde el punto de arranque del privilegio fiscal, de manera tal que los temores de una deslocalización de capitales por motivos fiscales no son fundados, a condición de que el régimen fiscal que se diseñe determine un tratamiento equivalente para la inversión colectiva interior y exterior.

Cuarta. Los méritos de la inversión colectiva son lo suficientemente sólidos como para pronosticar que una modificación de la fiscalidad en el sentido sugerido no perturbaría su desenvolvimiento. La inversión colectiva no precisa de la ortopedia fiscal.

Quinta. Una reforma en profundidad del régimen fiscal de las IIC y sus partícipes, inspirada en la igualdad de trato con el régimen fiscal de la inversión individual, además de servir al principio de capacidad económica, no entraría en conflicto con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Al tiempo, resolvería plenamente los problemas de fiscalidad internacional ligados al principio de libertad de movimiento de capitales, por cuanto la IIC estaría sujeta a tributación respecto de las rentas no distribuidas y las distribuidas tributarían en sede de sus socios o partícipes inmediatamente, de manera tal que, asegurada la tributación interior, podría sujetarse a tributación a las rentas transferidas al exterior sin riesgo de conflicto con el principio de libertad de movimiento de capitales.

Sexta. Una reforma tibia, inspirada en garantizar el privilegio fiscal exclusivamente para la inversión auténticamente colectiva, sobre carecer de verdadero fundamento, introduciría rigidez en el desenvolvimiento de las funciones de las IIC. En efecto, de una parte, el carácter colectivo de la inversión no amerita privilegio fiscal alguno, y de otra, la preservación del privilegio fiscal, condicionado al cumplimiento de la característica de colectividad, probablemente alentaría conductas artificiosas y controles fiscales incómodos, cuando no la huida hacia jurisdicciones fiscales amables.

Referencias bibliográficas

- Albi Ibáñez, E. (1980). Estudio introductorio. En Comisión Meade (Pres. J. E. Meade), *Estructura y reforma de la imposición directa*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Alonso Montes, P. y Ruiz Correas, P. (14 de enero de 2019). Reclasificación a clases limpias de forma masiva y sin peaje fiscal. *Funds People*. Recuperado de <<https://es.fundspeople.com/news/reclasificacion-a-clases-limpias-de-forma-masiva-y-sin-peaje-fiscal>>.
- Antón, A. (2 de noviembre de 2016). La banca privada se moviliza para adaptarse a las medidas «populistas» contra las sicav. *El Independiente*. Recuperado de <<https://www.elindependiente.com/economia/2016/11/02/la-banca-privada-se-moviliza-para-adaptarse-a-las-medidas-populistas-contras-las-sicav/>>.
- Ballesteros Pomar, B. (2017). Tratamiento fiscal de las instituciones de inversión colectiva no residentes en España. ¿Vulneración de las libertades comunitarias? *Cuadernos de Formación*, 21, 5-25. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado de <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/21_01.pdf>.
- Bel Fenellós, L. (2011). Tributación derivada de la inversión en instituciones de inversión colectiva. *Cuadernos de Formación*, 12, 43-52. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado de <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/12_03.pdf>.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria. En J. M. Calderón Carrero y A. J. Martín Jiménez, *Derecho tributario de la Unión Europea*. Madrid: CISS.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. J. (2019). *Derecho tributario de la Unión Europea*. Madrid: CISS.
- Calvo Vérguez, J. (2008). *Las instituciones de inversión colectiva en la imposición directa*. Madrid: Civitas.
- Carmona Fernández, N. (2016). La fiscalidad de los no residentes en España (II): Hecho imponible y supuestos de exención. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de fiscalidad internacional* (4.ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Carreño, F. (2014). Instituciones de inversión colectiva: cumplir con FATCA o sufrir las consecuencias. Cuatrecasas. Recuperado de <https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/instituciones_de_inversion_colectiva_cumplir_con_facta_o_sufrir_las_consecuencias_funds_people_febrero_2014_.html>.
- Cinco Días. (20 de octubre de 2016). Hacienda dificulta la fusión con los fondos como salvación fiscal para los socios de sicavs. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/09/21/mercados/1474472619_296642.html>.
- Cinco Días. (18 de enero de 2017). Las sicavs comienzan su migración a Luxemburgo por el temor fiscal. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/01/17/mercados/1484689263_887725.html>.
- CNMV, Comisión Nacional del Mercado de Valores. (s. f.). Listados completos de gestoras de IIC. Recuperado de <<https://www.cnmv.es/portal/Gpage.aspx?id=CONL3&IdPerfil=3>>.
- Delgado Pacheco, A. (2007). Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de partnerships y trust en España. En T. Cordón Ezquerro (Dir.), *Manual de fisca-*

- alidad internacional (3.ª ed., pp. 341-388). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Delgado Pacheco, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Navarra: Aranzadi.
- Díaz de Sarralde Miguez, S. (2014). El impuesto sobre la renta personal en el Informe Mirrlees. En J. Viñuela Díaz (Coord.), *Opciones para una reforma del sistema tributario español* (pp. 85-141). Madrid: Fundación Areces. Recuperado de <<https://www.fundacionareces.es/recursos/doc/portal/2018/03/19/sistema-tributario-espanolpdf.pdf>>.
- Díaz Yanes, I. (2009). Valoración de la conveniencia o no de exigir la admisión a negociación en bolsa como requisito para que las instituciones de inversión colectiva y en concreto las SICAV gocen del régimen fiscal especial aplicable a estas instituciones. *Cuadernos de Formación*, 7, 57-65. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado de <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/07_05.pdf>.
- Domínguez Rodicio, J. R. (2018). El fraude fiscal en el IRPF. En E. Giménez-Reyna y S. Ruiz Gallud (Coords.), *El fraude fiscal en España* (pp. 595-632). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Durán-Sindreu Buxadé, A. (2016). Reflexiones y alternativas en torno a un modelo fiscal agotado (Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como académico de número, en el acto de su recepción el 23 de febrero de 2016). Madrid: Real Academia de Doctores. Recuperado de <https://raed.academy/wp-content/uploads/2016/03/RAEDDuranSindreu34_Web.pdf>.
- Falcón y Tella, R. (2005). Las SIMCAV y el abuso de las facultades de autotutela de la Hacienda pública. *Quincena Fiscal*, 15, 5-10.
- Falcón y Tella, R. (2019). *Derecho financiero y tributario* (8.ª ed.). Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Fuentes Quintana, E. (1974). Introducción. En F. Neumark, *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Revista de Administración Pública*, (159), 173-206. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/293639.pdf>>.
- García, Y. (22 de agosto de 2018). ¿Hará el Gobierno cambios en las sicav? Podemos pide que se eliminen y Gestha cree que con regularlas sería suficiente. *El Economista*. Recuperado de <<https://www.economista.es/economia/noticias/9343666/08/18/Hara-el-Gobierno-cambios-en-las-sicav-Podemos-pide-que-se-eliminen-y-Gestha-cree-que-con-regularlas-seria-suficiente.html>>.
- Herrera Molina, P. M. (1998). *Capacidad económica y sistema fiscal: Análisis del ordenamiento a la luz del derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons (Col. Monografías jurídicas).
- IEF, Instituto de Estudios Fiscales. (2002). *Sistema tributario español: Criterios para su reforma* [libro blanco] (2.ª ed.). Madrid: Ministerio de Hacienda (1.ª ed. de 1976).
- IFA, International Fiscal Association. (2019). *Cahiers de Droit Fiscal International*, 104(1/2).
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (1995). *La fiscalidad del ahorro en Europa*. Fundación Inverco.

- Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/la-fiscalidad-del-ahorro-en-europa.pdf>>.
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (2007). *Medio siglo de inversión colectiva en España*. Fundación Inverco. Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/medio-siglo-de-inversion-colectiva-en-espaa.pdf>>.
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (2019a). *Las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones: Informe 2018 y perspectivas 2019*. Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/c86-ahorro-financiero-de-las-familias-iics-y-fp-2018.pdf>>.
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (14 de enero de 2019b). Nota de prensa (LPGE 2019). Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/2019-01-14-nota-de-prensa-inverco-def.pdf>>.
- Kostowska, M. y Gnutzmann, S. (2019). Collective Investment Schemes Claiming a Withholding Tax Refund in the European Union (in Particular, Poland). *European Taxation*, 59(11).
- Lawson, K. y Sunderland, K. (2019). Ensuring Appropriate Treaty Relief for Collective Investment Vehicles. *Bulletin for International Taxation*, 73(6/7), 371-378.
- Lucas Durán, M. (2019). Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad internacional* (7.^a ed., Vol. I., pp. 735-834). Madrid: CEF.
- Luque, V. A. y Luque, M. Á. (2014). A vueltas con la SICAV. Reflexiones críticas desde el punto de vista económico-tributario. *Papeles de Europa*, 27(2), 1-17. Recuperado de <<https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/48671>>.
- Merten, M. (2019). Taxation of Investment Funds Following the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative. Part 1. *Bulletin for International Taxation*, 73(2), 76-88.
- Moral, J. M. (2015). Novedades para la gestión transfronteriza de fondos de inversión y SICAV. *Know Tax & Legal*, (38), 2-3. KPMG. Recuperado de <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/07/know-tax-legal-n38.pdf>>.
- PSOE. (2019). *Propuesta abierta para un programa común progresista*. Recuperado de <<https://www.psoe.es/media-content/2019/09/PROPUESTA-ABIERTA-PARA-UN-PROGRAMA-COMUN-COMUN-PROGRESISTA-030919.pdf>>.
- Ramírez Medina, E. (2009). El tratamiento fiscal de la inversión colectiva. Fiscalidad española. Análisis comparado. En J. C. Ureta Domingo (Coord.), *Situación actual y perspectivas de las instituciones de inversión colectiva* (pp. 85-113). Madrid: Fundación de Estudios Financieros. (Col. Papeles de la Fundación). Recuperado de <https://www.fef.es/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/download/506_ea5ed087679a805b470c19ba1235ba08.html>.
- Ramos Muñoz, D. y Ruiz Almendral, V. (2006). Los problemas tributarios de las sociedades de inversión de capital variable (SICAV). *Quincena Fiscal*, 18, 9-34. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10940/problemas_QF_2006.pdf>.
- Ribes Ribes, A. (2017). El tratamiento fiscal de las instituciones de inversión colectiva en el ámbito internacional. *Crónica Tributaria*, (164), 127-164. Recuperado de

- https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/73009/1/2017_Aurora-Ribes_CronicaTributaria.pdf.
- Ribes Ribes, A. (2018). Análisis del régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes en el sistema español. *Cronica Tributaria*, (168), 215-253. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/83848/1/2018_Aurora-Ribes_Cronica-Tributaria.pdf.
- RTVE. (s. f.). 150 compromisos para mejorar España (Pacto PP-Ciudadanos). Recuperado de http://www.rtve.es/contenidos/documentos/documento_pp-cs.pdf.
- Sanz Gadea, E. (2019). El impuesto sobre sociedades en 2018. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 433, 5-40.
- Sanz Rubiales, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4(7), 91-122. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=290&IDA=9680>.
- Schaffner, J. y Duro, C. (2019). Recent Luxembourg Tax Trends in the Private Equity Environment. *European Taxation*, 59(8).
- Solbes Mira, P. (2007). La importancia económica de la inversión colectiva. En Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones, *Medio siglo de inversión colectiva en España* (pp. 9-10). Fundación Inverco. Recuperado de <http://www.inverco.es/archivosdb/medio-siglo-de-inversion-colectiva-en-espaa.pdf>.
- Torralba, L. A. (15 de enero de 2019). Inverco alerta al Gobierno de que se juega más de 30.000 puestos de trabajo con las sicavs. *Valencia Plaza* [comentario a la nota de prensa de Inverco de 14 de enero de 2019]. Recuperado de <https://valenciaplaza.com/inverco-alerta-al-gobierno-de-que-se-juega-mas-de-30000-puestos-de-trabajo-con-las-sicavs>.
- Trost, A. y Arribas Plaza, D. (2019). El trust en la fiscalidad internacional. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad internacional* (7.ª ed., Vol. II., pp. 2.019-2.059). Madrid: CEF.