

## **UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA (SIM-SIMCAV-SICAV)**

- 1. ANTECEDENTES SOBRE LAS INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA.**
  - 2. COMPETENCIA DE LA INSPECCION DE HACIENDA.**
  - 3. CONSIDERACIONES SOBRE EL FUTURO REGLAMENTO DE INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA.**
  - 4. CONCLUSIONES.**
- 

### **1. ANTECEDENTES SOBRE LAS INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA**

Las Instituciones de Inversión Colectiva han estado reguladas en la Ley 46/1984 antes de aprobarse una nueva ley el 4 de noviembre de 2003, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2004. Las actuaciones inspectoras se realizan respecto de ejercicios en los que estaba vigente la ley de 1984. Según dicha norma, serán consideradas como Instituciones de Inversión Colectiva aquellas que capten públicamente fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos. Dentro de este tipo de instituciones están encuadradas, entre otras, las Sociedades de Inversión Mobiliaria (SIM) y las Sociedades de Inversión Mobiliaria en Capital Variable (SIMCAV), llamadas en la nueva ley SICAV.

Las Instituciones de Inversión Colectiva tienen un régimen tributario especial, regulado en los artículos 26 y 71 a 74 de la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto sobre Sociedades. El beneficio tributario más importante que tiene este régimen especial es la tributación de los beneficios obtenidos al tipo impositivo del 1%, en vez del general del 35%, exigiéndose para ello el cumplimiento de determinados requisitos.

Para entender correctamente la situación que se ha generado ante la comprobación de las denominadas Sociedades de Inversión de Capital Variable (SIMCAV-SICAV), hay que referirse a los antecedentes existentes sobre actuaciones de la Organización de Inspectores, de la Agencia Tributaria y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)

En relación con la utilización abusiva de las SIM-SIMCAV, la Organización de Inspectores de Hacienda señalaba en octubre de 2003, lo siguiente<sup>1</sup>:

*" La existencia de manipulaciones que se hacen en algunas IIC y la neutralidad en el tratamiento fiscal del ahorro aconsejan replantarse el actual régimen. Más todavía si se conoce por los responsables del Ministerio, de la AEAT y de la CNMV que en muchas SIM y SIMCAV se manipulan*

---

<sup>1</sup> Documento "LA SITUACIÓN DE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL: DIAGNÓSTICO Y ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA", página 23, disponible en el apartado de documentos de trabajo de nuestra página web <http://www.inspectoresdehacienda.org>

*las condiciones que les permiten acceder a ese régimen especial, precisamente porque se trata de patrimonios controlados por unas pocas familias: no se cumplen los requisitos de partícipes mínimo, de frecuencia y profundidad de cotización, etc., y, además, se están manipulando descaradamente los valores de cotización de manera que están muy por debajo de los valores liquidativos (verdaderos indicadores del valor real) para reducir al máximo la tributación en varios impuestos.*

*En relación con la utilización indebida de las SIM-SIMCAV y las actuaciones efectuadas, hay que señalar que en los últimos años se han efectuado investigaciones en algunas dependencias de Inspección, pero no han dado lugar a actuaciones de comprobación de forma generalizada. Debería preguntarse a la AEAT a qué obedece la parálisis en una cuestión como ésta, que figuraba en el Programa Director del Control Tributario 1999-2002 ("empleo de Instituciones de Inversión Colectiva para la gestión irregular de patrimonios personales") y que los propios medios de comunicación han recogido reiteradamente el uso fraudulento que se hace de estas sociedades.*

La situación puesta de manifiesto por los Inspectores de Hacienda en los últimos años no había sido tenida en cuenta por nuestras autoridades. A pesar de que en los Planes de Control Tributario se hacía referencia a la situación irregular de estas instituciones, sin embargo, no se realizaban actuaciones, debido a un conjunto de circunstancias que impedían que hiciéramos investigación de los fraudes mas sofisticados. Así, en un documento elaborado por nuestra Organización sobre el Plan de Control Tributario del año 2004<sup>2</sup>, se indicaba lo siguiente:

*"En el BOE del 5 de febrero de 2004 se publicó la Resolución de la Dirección General de la AEAT por la que se aprueban las directrices Generales del Plan General de Control Tributario de 2004. En dicho documento se señalan las áreas de riesgo fiscal de atención prioritaria a las que se dirigirán las actuaciones de la Inspección. Antes de analizar las áreas de riesgo fiscal señaladas en el Plan de 2004, conviene efectuar unas consideraciones de carácter general.*

*1ª.- Los planes de control tributario de cada año se publican en el BOE desde que la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes de 1998 estableciera que la Administración Tributaria hará públicos los criterios que informan cada año el Plan Nacional de Inspección.*

*2ª.- La actuación de las Autoridades Tributarias en cada uno de los años ha sido la siguiente:*

*Se señalan en los Planes de Control como áreas de mayor riesgo fiscal los paraísos fiscales, economía sumergida, blanqueo de capitales, utilización abusiva de los mercados de valores (SIM-SIMCAV), utilización abusiva del sistema de módulos (facturas falsas), tramas de fraude organizado, etc...*

*Sobre las áreas que representan el fraude más sofisticado, la inspección realmente no actúa, dirigiendo sus comprobaciones a verificar la corrección de las declaraciones presentadas por los contribuyentes. La causa fundamental de esta situación es la imposición de unos objetivos cuantitativos de número de comprobaciones y deuda tributaria a descubrir, que imposibilita efectuar actuaciones de investigación, sin las cuales no se puede descubrir ningún fraude sofisticado.*

*Al final de cada año solamente se suministran, tanto al Parlamento como a los medios de comunicación, cifras estadísticas sobre los resultados obtenidos. Estos resultados, siempre positivos y mayores que los del año anterior, no provienen de actuaciones reflejadas en el Plan de Control Tributario como áreas de mayor riesgo fiscal.*

*3ª.- Los inspectores de Hacienda del Estado han llamado la atención, de forma reiterada, sobre esta situación pero, hasta la fecha, no han tenido constancia de que se haya tenido en cuenta".*

---

<sup>2</sup> Documento denominado "COMENTARIOS SOBRE EL PLAN GENERAL DE CONTROL TRIBUTARIO DE 2004" disponible en el apartado de documentos de trabajo de nuestra página web <http://www.inspectoresdehacienda.org>

Pero a la hora de exigir responsabilidades, también habría que examinar la actuación de la CNMV y analizar, por quien corresponda, las causas de que dicho organismo no haya detectado las anomalías que ahora se ponen de manifiesto. Hace unos años, la Inspección de Hacienda se puso en contacto con la CNMV, trasladándole las irregularidades que se detectaban en las primeras investigaciones que se estaban realizando en aquel momento. Sin embargo, la única preocupación para dicho organismo era que no se produjera ningún perjuicio económico para los inversores, resultándole indiferente si las SIMCAV tributaban correctamente o no, por el incumplimiento de los requisitos para poder gozar del régimen tributario especial. Le hubiera preocupado la situación si hubiera podido producirse un fraude o estafa a un numeroso grupo de pequeños inversores que hubieran depositado sus ahorros en un chiringuito financiero y los hubieran perdido. Pero en las SIMCAV no se producía dicha situación, y el único posible perjudicado era la Hacienda Pública, pero esta es lo suficientemente poderosa para defender por sí misma sus intereses.

La CNMV tiene funciones de vigilancia y supervisión de los mercados de valores, pero, sin embargo, no tenemos constancia de que haya expulsado de sus registros de instituciones a las SIMCAV que no cumplían los requisitos, por lo que, si ahora se pone de manifiesto el incumplimiento de los mismos, presumiblemente no ha ejercido sus funciones de control correctamente.

La situación descrita ha provocado que algunos contribuyentes y el sector financiero pudieran pensar que tácitamente se estaba permitiendo la situación, y así se ha publicado en algún medio de comunicación que "había un acuerdo tácito entre el fisco y la industria financiera. Hacienda no enredaba demasiado en estas sociedades y, a cambio, el dinero no se iba de España".

Probablemente, las circunstancias anteriores hayan producido el enorme aumento de este tipo de entidades. Así, hasta 1996 existían unas 350 Sociedades de Inversión Mobiliaria en su mayoría de Capital Fijo (SIM), y a partir de entonces la mayoría de ellas se transforman en Capital Variable (SIMCAV), porque al parecer les permite mayor flexibilidad para sus inversiones, creándose muchas más nuevas ante el auge de la Bolsa. Tras la Ley 35/2003 pasan a denominarse SICAV, y al 19-05-2005 había registradas en la CNMV exactamente 3.032 SICAVs y 72 SIMs.

El número de incorporaciones por años de nuevas SIMCAV, registradas en la CNMV, son las siguientes:

Antes 1997:	64
1997:	66
1998:	224
1999:	500
2000:	598
2001:	614
2002:	532
2003:	268
2004:	131

La distribución por provincias y por orden de importancia numérica es la siguiente: en Madrid 2.491; en Barcelona 329; en Vizcaya 61; en Guipúzcoa 27; en Valencia 21. (Elaboración propia con datos obtenidos en [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es), donde se puede consultar el registro público de Instituciones de Inversión Colectiva)

Las comprobaciones inspectoras que se están haciendo actualmente sobre un número determinado de SICAV indican un cambio en la actuación de la Agencia Tributaria respecto de los últimos años. Parece ser que finalmente se va a verificar la situación tributaria de estas instituciones. Ahora bien, si del resultado de las actuaciones en curso se demuestra que la mayoría de las SIMCAV incumpliera de forma generalizada los

requisitos para tributar en el régimen especial, creemos que se deberían incluir en el plan de inspección más entidades de este tipo, dado que es la forma habitual de actuar en el resto de sectores que son objeto de actuaciones inspectoras. Por ello, en el Plan de Control Tributario del año 2005 se dice que "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos (RGIT), se podrán realizar actuaciones inspectoras a iniciativa de los actuarios, de acuerdo con los criterios de eficacia y oportunidad. También en el RGIT, artículo 19.7, se prevé que el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, por sí o a propuesta de los Órganos territoriales, podrá disponer la revisión y modificar los planes inspectores en curso de ejecución".

**Por tanto, no corresponde a los Inspectores de Hacienda enjuiciar si determinadas situaciones fiscales o regímenes tributarios especiales – como sucede en el presente caso, que tributan al 1% los beneficios obtenidos por las SIMCAV – cumplen los principios de justicia y de capacidad económica, regulados en el artículo 31 de nuestra Constitución. Pero los Inspectores de Hacienda sí tienen atribuida como función legal la aplicación del sistema tributario, y ello supone verificar si los contribuyentes cumplen las normas de cualquier tipo, mercantiles, fiscales, civiles, etc., cuando estas normas determinan o influyen en el régimen tributario aplicable. En el presente caso, nos corresponde comprobar que la tributación de esos beneficios al tipo impositivo del 1% se efectúa porque realmente se han cumplido con todos los requisitos exigidos por la normativa vigente y realmente se trata de Instituciones de Inversión Colectiva.**

## **2. COMPETENCIA DE LA INSPECCION DE HACIENDA.**

En el presente documento no se pretenden examinar los requisitos que han de cumplir las SIMCAV, ya que los mismos serán objeto de tratamiento en las actas que se levanten como resultado de las comprobaciones que están en curso. Actas que serán de conformidad en caso de que se consideren cumplidos dichos requisitos, o de disconformidad, en cuyo caso corresponderá a los Tribunales pronunciarse. La Organización de Inspectores de Hacienda no debe debatir en los medios de comunicación las particularidades de los diferentes planes de inspección que se realizan cada año, además de que el secreto profesional nos impide proporcionar la información que generalmente solicitan dichos medios, aunque finalmente la consigan de otra forma, como ocurre en el presente caso, ya que muchas noticias sobre el número de inspecciones, actas levantadas, etc.. tienen su origen en la información facilitada por el propio sector.

Sin embargo, sí hay una cuestión que consideramos de especial importancia, y es la competencia de la Inspección de Hacienda para poder examinar el cumplimiento de los requisitos y, en su caso, determinar las consecuencias fiscales de dicho incumplimiento. Según se ha publicado en los medios de comunicación, el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), ha manifestado que "la autorización de una sociedad como SICAV sigue correspondiendo a las autoridades del mercado de valores, y en particular a la CNMV". Siendo correcta dicha afirmación, ya que se está refiriendo a la autorización de estas Instituciones, sin embargo, no estamos en absoluto de acuerdo con que implique también que la Inspección de Hacienda no pueda comprobar los requisitos para tributar en el régimen especial. Dichas manifestaciones pueden hacer pensar a los contribuyentes que la Inspección, de una forma ilegal, podría estar invadiendo las competencias de dicho Organismo, con el único fin de levantar unas actas, que posteriormente se perderían en los Tribunales por falta de competencia. Por ello, resulta necesario exponer nuestros razonamientos sobre la legalidad de nuestras actuaciones.

Según lo dispuesto en el artículo 141.e) de la Ley General Tributaria, la inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas, entre otras, a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de

beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales.

Asimismo, el artículo 68 del Reglamento de la Inspección de los Tributos establece que en sus actuaciones de comprobación e investigación, la Inspección verificará la correcta aplicación por los sujetos pasivos en sus declaraciones-liquidaciones de cualesquiera reducciones, deducciones, exenciones u otros beneficios fiscales y practicará las liquidaciones que procedan.

**Así pues, no puede decirse de ningún modo que se está produciendo una injerencia de las actuaciones inspectoras en competencias de otros organismos, ya que se está aplicando la legislación vigente para verificar el cumplimiento de unos requisitos a los efectos de determinar un régimen tributario especial.**

Por otro lado, según el artículo 32 de la Ley la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, la competencia que tiene la CNMV sobre este tipo de instituciones está dirigida a evitar que se puedan producir perjuicios a los intereses de los inversores. Los tipos de infracciones que se definen en dicha norma se califican en función de que no lesionen, o lo hicieren levemente, los intereses de los accionistas, partícipes o terceros (infracciones leves), los lesionen gravemente (infracciones graves) o pongan en gravísimo peligro, lesionen muy gravemente dichos intereses o desvirtúen el objeto de las instituciones (infracciones muy graves)

Así pues, los requisitos que han de cumplir las SICAV pueden ser comprobados tanto por la CNMV como por la inspección de Hacienda, pero con fines diferentes. En el caso de la Inspección, el examen tendrá efectos exclusivamente fiscales en relación con su régimen tributario especial.

Una circunstancia no menos importante es el tipo de análisis que se puede efectuar. Así, vamos a examinar, a título de ejemplo, el cumplimiento del requisito consistente en la existencia de un número mínimo de 100 socios. Puede ocurrir que para la CNMV se haya cumplido dicho requisito por la mera existencia formal de cien nombres de personas inversoras. Pero puede no ser suficiente si del resultado de las comprobaciones de la Inspección resulta que esas cien personas no tienen interés alguno en ser inversores reales de la SICAV, ya que son meros inversores de paja, a veces empleados de la propia gestora, que incluso no han desembolsado ningún importe efectivo. En estas circunstancias, el artículo 13 de la propia Ley General Tributaria (artículo 28.2 de la Ley anterior) faculta a la Inspección para poder calificar y regularizar la situación, a efectos exclusivamente tributarios, sin considerar por ello que la actuación de la inspección suponga una intromisión ilegítima en el ámbito de competencias de la CNMV. En el presente caso, cabría plantearse si, ante el incumplimiento de determinados requisitos esenciales, estas instituciones son realmente unas instituciones de inversión colectiva como las define la propia ley que las regula. Y ello, independientemente de que figuren inscritas en el registro de la CNMV como tales, o de que dicho Organismo no haya detectado dichos incumplimientos.

En este sentido quizás resulte necesario poner de manifiesto que existen antecedentes similares al ahora contemplado, como es el caso conocido como las "primas únicas". En sentencias del Tribunal Supremo se confirma la procedencia de las liquidaciones efectuadas por la Inspección, ya que ésta consideraba que la verdadera naturaleza de las operaciones de prima única no era la de un contrato de seguro. El Tribunal Supremo, aún reconociendo la competencia de supervisión tanto de la Dirección General de Seguros, como del propio Banco de España, confirmó la corrección de la actuación de la Inspección.

Además de lo anterior, en las actuaciones inspectoras resulta habitual que se anulen determinados beneficios fiscales, consecuencia de operaciones de tipo mercantil, como fusiones y escisiones, aunque el Registro Mercantil no haya puesto reparos a la

operación; que se califiquen contratos, independientemente de la denominación que le den las partes contratantes y aunque hayan surtido efectos en el ámbito civil; o que se detecten anomalías sustanciales en la contabilidad de las empresas, aunque los auditores hayan emitido sus informes sin reparos.

En resumen, la actuación de la Inspección, en cumplimiento de la función legal que tiene encomendada de aplicación del sistema tributario, no está condicionada, según lo dispuesto en la Ley General Tributaria, por las actuaciones de otras instituciones u organismos, pudiendo regularizar la situación tributaria de los contribuyentes cuando verifique el incumplimiento de una normativa que no sea de carácter tributario, pero que sea requisito necesario para la aplicación de determinados regímenes tributarios.

### **3. CONSIDERACIONES SOBRE EL FUTURO REGLAMENTO DE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA.**

El 05-11-2003 se publicó en el BOE la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva que entró en vigor a los tres meses (05-02-2004), salvo en lo que afecta al Impuesto sobre Sociedades que es aplicable desde 01-01-2004.

Dicha norma, pendiente de desarrollo reglamentario, además de cambiarles la denominación por la de SICAV, contiene importantes modificaciones en cuanto a los requisitos para acceder al régimen fiscal privilegiado de estas sociedades (disposiciones finales 2ª y 3ª) Las SICAV siguen tributando al 1% en el Impuesto de Sociedades, pero ahora ya no será necesario el requisito de cotizar en Bolsa para disfrutar de este tratamiento privilegiado, sino que bastará con tener 100 accionistas. Incluso el futuro Reglamento que se apruebe puede dispensarlas de los 100 accionistas mínimos (artículo 9.4), pero en ese caso parece que perderían el régimen fiscal especial pues ya no tendrían una base personal colectiva (así lo dice el dictamen del Consejo de Estado interpretando a la Dirección General de Tributos)

En relación con la aprobación del futuro Reglamento, la Organización de Inspectores cree conveniente precisar lo siguiente:

1º.- La nueva ley de Instituciones de Inversión Colectiva entra en vigor, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, el 1 de enero de 2004. Dicha norma no podrá tener carácter retroactivo, ya que así lo establece expresamente el artículo 10 de la Ley General Tributaria, y por tanto, tampoco podrá tener dicho carácter el reglamento de desarrollo. En consecuencia, en las comprobaciones que está efectuando la Inspección se deberá verificar el cumplimiento de los requisitos que estén vigentes en cada periodo impositivo objeto de comprobación, sin que les pueda afectar el cambio de los requisitos que se contempla en la nueva Ley, ni otros cambios que se puedan contemplar en el futuro Reglamento.

2º.- La Organización de Inspectores estudiará la posibilidad de interponer recurso contra el Reglamento que se apruebe si en dicha norma se limitaran las facultades de comprobación de la Inspección de Hacienda, en contra de los preceptos de la Ley General Tributaria.

3º.- Consideramos que en las comprobaciones en curso no se pueden admitir argumentos ajenos a lo estrictamente tributario y/o técnico, del tipo "el dinero se marchará fuera, a Luxemburgo", para justificar una flexibilidad en la aplicación de los requisitos legalmente exigidos. Estos argumentos podrían influir en el Gobierno o en el legislador, si los considera adecuados, para regular los requisitos futuros que se puedan exigir para la aplicación del régimen tributario especial, pero no pueden condicionar la actuación de la Administración Tributaria en la comprobación de los ejercicios pasados. Si así fuera, se quebrarían todos los principios básicos de aplicación de nuestro sistema tributario.

#### **4. CONCLUSIONES.**

- ✓ No estamos ante un conflicto de competencias entre la Inspección de Hacienda y la CNMV, ya que cada organismo tiene atribuidas legalmente competencias sobre las Instituciones de Inversión Colectiva, pero con fines diferentes.
- ✓ La Inspección de Hacienda, según la normativa tributaria, tiene facultad legal para comprobar los requisitos exigidos para aplicar el régimen tributario especial, y si se verifica el incumplimiento de dichos requisitos, la consecuencia legal es que los beneficios han de tributar al tipo general del impuesto (35%)
- ✓ La nueva Ley que regula las SICAV, que entró en vigor el 1 de enero de 2004, y el futuro Reglamento, no pueden tener carácter retroactivo, por lo que las modificaciones en los requisitos exigidos a las SICAV surtirán efectos a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa, y no podrán aplicarse en los ejercicios actualmente objeto de comprobación inspectora.
- ✓ La Organización de Inspectores estudiará la posibilidad de recurrir el nuevo Reglamento, si en el mismo se limitan las facultades de comprobación de la Inspección de Hacienda, en contra de lo preceptuado en la Ley General Tributaria.
- ✓ No se pueden admitir argumentos ajenos a lo estrictamente tributario y/o técnico para justificar una flexibilidad en la aplicación de requisitos legalmente exigidos, ya que con ello se estarían quebrantando principios básicos de nuestro sistema tributario.
- ✓ Si en la mayor parte de las actuaciones en curso se verificara el incumplimiento de los requisitos, se deberían incluir más SICAV en el Plan de Inspección de este año.

**Organización Profesional de Inspectores de Hacienda del Estado  
Junio 2005**