

**EDUARDO SANZ GADEA***Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas***Extracto:**

**2005** no ha sido un año de bruscas modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades, pero ha sido un año importante, por dos motivos.

La reafirmación del régimen fiscalmente privilegiado de la inversión colectiva, a través de la renuncia, en vía de desarrollo reglamentario de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, a establecer requisitos de distribución del patrimonio colectivo, lo que será contemplado con decepción desde posiciones de igualdad tributaria y alivio desde la perspectiva de la defensa de una tributación moderada, cuando no simbólica, del capital.

¿Son conciliables ambos objetivos –igualdad y eficacia– en relación con la fiscalidad de la inversión colectiva? Desde luego que sí. Ahora, en vísperas de la reforma del impuesto por excelencia portador de la esencia de la justicia tributaria, esto es, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cabe la esperanza de que se produzca tan fructífero encuentro, del que hay muestras en el Derecho comparado.

La tributación en el Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con un resultado basado en las normas internacionales de información financiera, es ya una realidad para el sector de las entidades de crédito. Más allá de las justificadas críticas, esta vez desde el principio de igualdad en su expresión horizontal, lo que se advierte es la idoneidad de tal resultado para configurar el núcleo de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

---

## *Sumario:*

---

1. Inventario de normas aparecidas en 2005.
2. Régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva.
  - 2.1. El tipo de gravamen especial del 1 por 100 de las instituciones de inversión colectiva.
  - 2.2. La obligación de retener sobre las rentas de las instituciones de inversión colectiva.
3. Riesgo de crédito de las entidades financieras.

## 1. INVENTARIO DE NORMAS APARECIDAS EN 2005

2005 puede considerarse como un año tranquilo en el panorama legislativo del Impuesto sobre Sociedades (IS). En efecto, las modificaciones del flamante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRIS), han sido muy escasas. Sin embargo, no se sigue de ahí que no se hayan registrado novedades dignas de mención. Por el contrario, las ha habido. Conviene, antes de referirse a las mismas, inventariar las normas relativas al IS:

- Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materias de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea.

Afecta a los artículos 13.3 y 43.1 del TRIS. La modificación consiste en extender el régimen fiscal de los planes de pensiones y sistemas alternativos a los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento y del Consejo, de 3 de junio de 2003.

- Ley 23/2005, de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso de la productividad.

Afecta al artículo 28.5, al objeto de incluir entre los sujetos pasivos que tributan al 1 por 100 a determinadas instituciones de inversión colectiva; al artículo 35.2.3 y 4 para incluir en el concepto de innovación tecnológica a los muestrarios textiles; al artículo 36 para incrementar en cinco puntos porcentuales el porcentaje aplicable a la deducción para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación, que pasa del 10 al 15 por 100; al Capítulo III del Título VII relativo a las entidades dedicadas al arrendamiento

de vivienda; al artículo 54, concerniente a la tributación de los dividendos distribuidos por las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas (disp. adic. segunda), y, finalmente, al régimen de las instituciones de inversión colectiva, no porque el mismo se modifique, sino porque se regula la forma en cómo debe comprobarse el cumplimiento de los requisitos concernientes a dicho régimen (disp. adic. tercera).

- Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad.

Afecta a la Ley sobre Régimen Fiscal de Cooperativas; al artículo 9.º 3, para permitir a las cooperativas agrarias la distribución de productos petrolíferos a terceros no socios sin que ello determine la pérdida de la condición de especialmente protegida.

- Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.

A raíz de la nueva regulación sustantiva del régimen de las entidades de capital-riesgo, ha debido darse nueva redacción al artículo 55 del TRIS.

- Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, cuyo artículo 60 regula los coeficientes de corrección monetaria, al amparo de la habilitación prevista en la disposición final tercera.1 g) del TRIS, y el artículo 61 regula el pago fraccionado, haciendo uso de la habilitación prevista en el artículo 45.4 del TRIS.

- Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva.

Afecta al Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del IS (RIS), al objeto de dar nueva redacción al artículo 59 t), relativo a la excepción a la obligación de retener sobre determinadas rentas derivadas de las participaciones de instituciones de inversión colectiva; incorporar una nueva excepción a la obligación de retener sobre rentas inherentes a las participaciones de las instituciones de inversión colectiva; dar nueva redacción al artículo 60.6, concerniente a los sujetos obligados a retener en relación con las rentas de la inversión colectiva e incorporar una disposición adicional reguladora de determinados aspectos de la aplicación del tipo de gravamen especial.

- Real Decreto 112/2005, de 26 de septiembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, en relación con la cobertura del riesgo de crédito de las entidades financieras, y el Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea.

Ninguna de las normas modificadas o incorporadas afectan a elementos esenciales del IS, sin embargo, el alcance de algunas de ellas es realmente importante. Así, el cúmulo de normas relativas

a las instituciones de inversión colectiva, o las concernientes a la fiscalidad de las entidades de crédito, son de gran relevancia. Las primeras, porque consolidan el régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes, y las segundas porque ponen de relieve la capacidad del TRIS para asumir el resultado contable derivado de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), como elemento nuclear de la base imponible.

No sería novedad la ampliación del incentivo fiscal al I+D+i, si no fuera porque el Gobierno anuncia una reforma del IS basada en la disminución del tipo de gravamen y la desaparición de los incentivos fiscales.

## 2. RÉGIMEN FISCAL DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

No pretendemos exponer, en toda su amplitud, el régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes, sino solamente en lo necesario para mejor entender las reformas a las que anteriormente se ha hecho alusión.

El régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes está construido sobre dos pilares:

- La institución de inversión colectiva, sea sociedad de inversión o fondo de inversión, es un sujeto pasivo del IS [art. 7.º 1 a) y b) TRIS], que tributa, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, al tipo de gravamen del 1 por 100.
- Los partícipes no tributan sobre la renta acumulada en la institución de inversión colectiva mientras no reembolsen la participación o la transmitan y, entonces, si son personas físicas, la renta obtenida se califica como ganancia patrimonial, tributando al 15 por 100, cuando media una antigüedad superior al año (art. 95 TRIRPF).

No se necesitan muchos esfuerzos para demostrar que este régimen fiscal es privilegiado. Pero lo que ahora nos interesa no es incidir sobre este aspecto, sino sobre las modificaciones que dicho régimen ha sufrido a raíz de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre.

### *2.1. El tipo de gravamen especial del 1 por 100 de las instituciones de inversión colectiva.*

La disposición final segunda de la Ley 35/2003 dio nueva redacción al artículo 26.5 de la Ley 43/1995, relativo al tipo de gravamen de las instituciones de inversión colectiva. La nueva regulación fundamenta la aplicación del tipo de gravamen privilegiado del 1 por 100, en el mantenimiento del número mínimo de accionistas o partícipes establecido por la Ley 35/2003, esto es, 100 (arts. 5.º 4, fondos y 9.º 4, sociedades de inversión), en tanto que la precedente lo hacía en la

cotización en bolsa de valores. Sucede que la Ley 35/2003 ya no exige la cotización, aunque no la impide. Con todo, la modificación no implica una mutación sustancial, pues la cotización en bolsa de valores exigía 100 o más accionistas o partícipes.

Era moneda corriente que algunas instituciones de inversión colectiva contaban entre sus accionistas o partícipes un grupo de «actores reparto» y un selecto y reducido grupo de «actores principales». La Ley 35/2003 abrió el camino para cortar este abuso, tanto por su inconveniencia financiera como por lo que suponía de desdén por la norma fiscal, y, a tal efecto, estableció, de una parte, que por lo que se refiere al número de socios o partícipes, reglamentariamente, «... podrá disponerse un umbral distinto...», lo que podía llevar a un número de socios o partícipes tanto mayor como menor a 100, y de otra, y esto era lo verdaderamente interesante y esperanzador, que, también reglamentariamente, «... podrán establecerse requisitos adicionales de distribución del patrimonio entre los partícipes...» (art. 5.º 4) o entre «... los socios...» (art. 9.º 4).

Las esperanzas se han visto frustradas porque el Reglamento de la Ley 35/2003, de una parte, en uso de la habilitación relativa al número de socios o partícipes, ha establecido que puede ser de 20 por cada compartimento en los fondos y sociedades de inversión compartimentadas, y, lo que es más relevante, en los fondos y sociedades de inversión libre el requisito del número de socios o partícipes se reduce a 25, y de otra, no ha hecho uso de la habilitación relativa a la distribución del patrimonio entre dichos socios o partícipes. Era, precisamente, la regulación de la distribución, en fin, la exigencia de algunos requisitos respecto de la concentración de la participación en el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva, lo que había podido insuflar ciertas dosis de colectividad a determinados sectores de la inversión colectiva. La puerta que entreabrió la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, la ha cerrado su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Seguramente los historiadores del sistema fiscal español sabrán extraer la interpretación oportuna.

La inspección tributaria había debido venir observando con desasosiego el fenómeno de la inversión colectiva de baja intensidad colectiva. Sólo así se explica la extrañísima disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, de 18 de noviembre.

Esta disposición contiene un procedimiento para encauzar la acción comprobadora de la Administración tributaria en relación con aquellos requisitos de carácter financiero que, establecidos en la Ley 35/2003 o su Reglamento, han de cumplirse para disfrutar del régimen fiscal privilegiado relativo al tipo de gravamen de la institución de inversión colectiva en el IS. En este procedimiento, el pronunciamiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) tendrá carácter decisivo, y al mismo deberá atenerse la Administración tributaria.

El procedimiento establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 35/2003 restringe la facultad de calificación que, para el ejercicio de las potestades y funciones de comprobación e investigación, otorga el artículo 115 de la Ley General Tributaria (LGT) a la Administración Tributaria, de manera tal que, en la forma que más adelante se verá, la calificación relativa a los hechos determinantes de los requisitos de carácter financiero, que han de cumplirse para disfrutar del tipo de gravamen especial y privilegiado, será competencia de la CNMV.

El apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 establece, a modo de causa de inaplicación del régimen especial de tributación previsto en la Ley del IS, la presencia de «... los supuestos previstos en el artículo 13 de la Ley 35/2003...», y, además, que tal inaplicación se producirá «... con efectos desde el período impositivo en el que se hubieran producido las circunstancias determinantes de la suspensión o revocación acordada por la CNMV».

Este apartado regula, pues, los efectos fiscales de los acuerdos de suspensión o revocación efectuados por la CNMV. La institución de inversión colectiva pasará a tributar en régimen general en relación con el período impositivo en el que se produjeron los hechos determinantes de la revocación o suspensión, y sucesivos, con respeto, en todo caso, del instituto de la prescripción.

El artículo 13.1 a) de la Ley 35/2003 contempla como causa de revocación, entre otras, el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 11, y entre ellos figura el relativo al número de accionistas y partícipes «... en el plazo y número legalmente exigible...». Ahora bien, cuando existan circunstancias del mercado que así lo justifiquen, el descenso del número de accionistas o partícipes por debajo del mínimo legalmente exigido no determina la revocación, sino que las instituciones podrán continuar operando como tales, si bien dentro del plazo de un año deberán reconstituir el número mínimo.

El requisito previsto en las letras a) y b) del artículo 28.5 del TRIS, a cuyo tenor, la aplicación del tipo de gravamen del 1 por 100 procede «... siempre que el número de accionistas (o partícipes) requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.º 4 (o 5.º 4)...» ha de conjugarse con lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 25/2003, de manera tal que solamente cuando haya transcurrido el plazo de un año y el número no haya quedado reconstituido, se produce la causa de revocación, y, al tiempo, el incumplimiento del requisito del artículo 28.5 a) y b) del TRIS, relativo al número de socios o partícipes.

Sin embargo, de todo lo anterior no se sigue que, en todo caso, el disfrute del régimen especial haya de continuar mientras no se produzca el acuerdo de suspensión o revocación. Así se desprende de lo previsto en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, que seguidamente se examinan.

El apartado 2 confiere a la Administración tributaria la facultad de solicitar de la CNMV la iniciación de los procedimientos de suspensión o revocación. Esta solicitud deberá fundamentarse en la concurrencia de alguna de las causas que, con arreglo al artículo 13 de la Ley 35/2003, justifican los acuerdos de revocación o suspensión. Una vez formulada la solicitud, la CNMV debe, alternativamente, ejecutar alguna de las siguientes actividades:

- Pronunciarse sobre la improcedencia de incoar expediente de revocación o suspensión.
- Dictar, dentro del plazo de seis meses, acuerdo declarando, o no, la suspensión o revocación.

La norma no prevé la posibilidad de que la Administración tributaria pueda ejercitar un recurso contra una decisión de la CNMV por la que se declara no procedente la suspensión o revocación. Aunque es una cuestión opinable, tal vez la respuesta que más se avenga con el espíritu

y finalidad de la norma sea la negativa. En efecto, el procedimiento establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, no sitúa tanto a la Administración tributaria en la posición del interesado en un procedimiento administrativo, cuanto incorpora a un procedimiento de inspección tributaria la calificación efectuada en un procedimiento de la competencia de la CNMV.

Así pues, la Administración tributaria deberá incorporar al procedimiento de inspección tributaria el resultado del procedimiento de suspensión o revocación, incluido el acuerdo de improcedencia de incoación, ateniéndose estrictamente el mismo.

Transcurrido el plazo de seis meses sin que la CNMV haya dictado el correspondiente acuerdo, la Administración tributaria queda habilitada para «... dictar el acto de liquidación que procederá...», pero si, con posterioridad, la CNMV dicta un acuerdo de improcedencia de la incoación del procedimiento o declarando que no procede la suspensión o revocación «... resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria...».

En suma, transcurrido el plazo de seis meses, la Administración tributaria puede apreciar, por sí misma, la concurrencia de los hechos determinantes de la revocación o suspensión, señaladamente el relativo al número mínimo de accionistas o partícipes, y liquidar negando la aplicación del tipo de gravamen del 1 por 100. Sin embargo, deberá revocar tal liquidación si, posteriormente, la CNMV dicta un acuerdo de improcedencia de incoación de procedimiento o declarativo de no suspensión o revocación.

Este último aspecto de las normas engarza mal con los supuestos que, a tenor del artículo 219 de la LGT, habilitan la revocación. En efecto, ni estamos ante una infracción manifiesta de ley, ni ante una indefensión, ni, finalmente, ante una circunstancia sobrevenida que ponga de manifiesto la improcedencia del acto dictado, porque la resolución de un procedimiento ante la CNMV no puede calificarse de circunstancia sobrevenida, cuando en el momento de dictarse el acuerdo de liquidación es patente su existencia.

La disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, elogiada desde el punto de vista de la seguridad jurídica de quienes realizan inversiones a través de instituciones de inversión colectiva, constituye una notable singularidad, que halla en razón última en el régimen fiscal privilegiado para las rentas del capital colocado en instituciones de inversión colectiva.

La Ley 23/2005 no solamente ha introducido un procedimiento en relación con la apreciación de los requisitos que han de cumplirse para disfrutar del tipo de gravamen especial del 1 por 100, sino que también ha ensanchado los supuestos de aplicación del mismo, incorporando a tal tributación, según la exposición de motivos, «... un nuevo tipo de institución de inversión colectiva de carácter inmobiliario que podrá desarrollar la actividad de promoción inmobiliaria de viviendas para destinarlas al arrendamiento...».

Por tanto, el tipo de gravamen del 1 por 100 se aplicará a las siguientes instituciones de inversión colectiva:

- a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, «... siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.º 4».

Como se ha expuesto, este número es, con carácter general, 100 pero puede ser 20 en el caso de compartimentos, si bien el conjunto de todos ellos deberá reunir 100. Ahora bien, el artículo 6.º del Reglamento por el que se desarrolla la Ley 35/2003, en relación con el 43, establece un régimen especial respecto de las denominadas sociedades de inversión libre que, en lo que se refiere al número de accionistas, lo establece en 25, si bien el desembolso mínimo inicial por acción es de 50.000 euros.

- b) Los fondos de inversión de carácter financiero regulados por la Ley 35/2003, «... siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en el artículo 5.º 4».

Son válidos los comentarios efectuados respecto de la letra anterior.

- c) Las sociedades de inversión inmobiliaria y los fondos de inversión inmobiliaria, regulados por la Ley 35/2003, cuyo objeto exclusivo sea la inversión en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, siempre que cuenten con el número mínimo de accionistas o partícipes establecidos en los artículos 5.º 4 y 9.º 4 de la Ley 35/2003, y cumplan determinados requisitos relativos a la composición del patrimonio inmobiliario y al mantenimiento de los inmuebles, que debe ser de tres años como mínimo. La disposición adicional única del RIS, incorporada por el Real Decreto 1309/2005, regula los requisitos de composición del patrimonio.

- d) Las sociedades de inversión inmobiliaria y los fondos de inversión inmobiliaria, regulados por la Ley 35/2003, que desarrollan la actividad de promoción exclusivamente de viviendas para destinarlas a su arrendamiento, tengan el número mínimo de accionistas o partícipes establecidos en los artículos 5.º 4 y 9.º 4 de la Ley 35/2003, y cumplan determinados requisitos relativos a la composición del patrimonio inmobiliario, mantenimiento y contabilización separada.

La Ley 35/2003, y su Reglamento, distinguen dos tipos de instituciones de inversión colectiva en atención a la naturaleza de los activos en los que inviertan los fondos captados: inversión colectiva de carácter financiero (fondos de inversión, fondos de inversión libre, fondos compartimentados, fondos de fondos de inversión libre, fondos de fondos, fondos de inversión cotizados, sociedades de inversión colectiva de capital variable, sociedades de inversión colectiva de capital variable de inversión libre, sociedades de inversión colectiva de capital variable de instituciones de inversión colectiva libres); inversión colectiva de carácter inmobiliario (fondos de inversión inmobiliaria, sociedades de inversión inmobiliaria de capital fijo). Pues bien, el tipo de gravamen del 1 por 100, bajo el cumplimiento del requisito del número mínimo de socios o partícipes, se aplica respecto de la totalidad de las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, pero no respecto de la totalidad de las instituciones de carácter inmobiliario, pues éstas, para disfrutar de dicho tipo, deben cumplir requisitos adicionales vinculados a la vivienda.

Por su naturaleza, el activo de las instituciones de inversión colectiva es muy próximo al de las sociedades patrimoniales. Tal vez por ello, el artículo 57.1 del TRIS, según redacción dada por

la disposición final tercera de la Ley 35/2003, establece que «... en ningún caso les resultará (a las instituciones de inversión colectiva) de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales...».

Este precepto expulsa del régimen de las sociedades patrimoniales a todas las instituciones de inversión colectiva, incluso a aquellas que no disfrutaban del tipo de gravamen especial del 1 por 100.

## 2.2. La obligación de retener sobre las rentas de las instituciones de inversión colectiva.

Como se indicó en el apartado 1, el Real Decreto 1309/2005 ha modificado ciertos aspectos de la obligación de retener en el IS, en relación con las rentas derivadas de la inversión colectiva.

El artículo 58 del RIS sujeta a retención las rentas obtenidas como consecuencia de la transmisión o el reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva. Pues bien, el artículo 59 t) del RIS, según redacción establecida por la disposición final segunda del Real Decreto 1309/2005, prevé las siguientes excepciones:

- Las rentas relativas a instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, en cuyos reglamentos de gestión o estatutos se establezca una inversión mínima superior al 50 por 100 de su patrimonio en acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva autorizadas conforme a la Directiva 85/611/CE, o no autorizadas, de carácter financiero, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

En esencia, se trata de las rentas correspondientes a instituciones de inversión colectiva de carácter financiero que, básicamente, inviertan en acciones y participaciones de otras instituciones de inversión colectiva de carácter financiero.

- Las rentas relativas a instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, en cuyos reglamentos de gestión o estatutos se establezca una inversión mínima superior al 80 por 100 de su patrimonio, en un único fondo de inversión, cuyos partícipes sean exclusivamente otras instituciones de inversión colectiva.

También se trata de rentas correspondientes a instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, que, básicamente, invierten en un único fondo de inversión. A este tipo de instituciones de inversión colectiva se refiere el artículo 45 del Reglamento de la Ley 35/2003.

Ambas excepciones a la obligación de retener están supeditadas a que la institución de inversión colectiva se encuentre incluida en la correspondiente categoría que, tomando en consideración el modelo de inversión, tenga establecida la CNMV.

La disposición final segunda.dos del Real Decreto 1309/2005 ha incorporado una nueva excepción, con la letra y), al artículo 59 del RIS, a cuyo tenor se exceptúan de la obligación de retener las rentas derivadas de los fondos de inversión cuyas participaciones están admitidas a negociación en bolsa de valores.

Finalmente, la disposición final segunda.tres del Real Decreto 1309/2005, ha dado nueva redacción al apartado 6 del artículo 60 del RIS, regulador de los obligados a retener, quedando establecida tal obligación a cargo de los siguientes obligados tributarios:

- Las sociedades gestoras, en el caso de reembolso de las participaciones de fondos de inversión.
- Las sociedades de inversión de capital variable, en el caso de recompra de acciones no cotizadas en bolsa de valores, excepto si interviene una sociedad gestora, en cuyo caso ésta será la obligada a retener.
- Las entidades comercializadoras o los intermediarios facultados para la comercialización, o, subsidiariamente, las entidades encargadas de la colocación o distribución, en el caso de instituciones de inversión colectiva domiciliadas en el extranjero.
- El representante designado, en el caso de gestoras que operen en régimen de libre prestación de servicios.
- El socio o partícipe que efectúe la transmisión u obtenga el reembolso, deberá efectuar un pago a cuenta cuando no proceda la práctica de la retención.

### 3. RIESGO DE CRÉDITO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

La Norma Primera, ámbito de aplicación de la Circular 4/2004, del Banco de España, en su apartado 2 establece que: «Las normas para la formulación de las cuentas individuales y consolidadas contenidas en esta Circular constituyen el desarrollo y adaptación al sector de entidades de crédito de las normas contables establecidas en el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas y la normativa legal específica que, en su caso, sea de aplicación a dichas entidades».

Procede la precedente formulación de la Circular 4/1991, del Banco de España. Nada, pues, parece haber cambiado, cuando, por el contrario, la realidad es bien distinta.

La Circular 4/2004, contrariamente a lo que proclama su Norma Primera.2, no desarrolla el Código de Comercio en materia de contabilidad, sino que, como así se afirma en su exposición de motivos «... tiene por objeto modificar el régimen contable de las entidades de crédito españolas, adaptándolo al nuevo entorno contable derivado de la adopción por parte de la Unión Europea de las Normas Internacionales de Información Financiera...».

Basta un rápido recorrido por las normas contenidas en la Circular 4/2004, para comprender que las mismas son desarrollo de las NIIF, matizado por las necesidades y objetivos de la supervisión. ¿Pueden ser desarrollo del Código de Comercio las normas relativas a la valoración por el valor razonable, o la no exigencia de amortización del fondo de comercio, o, en fin, la revalorización de activos materiales en régimen transitorio?

Pero, la Norma Primera.2 dice lo que dice, y la contestación a consulta vinculante, de 27 de octubre de 2005 (CV2204-05), afirma que «... la base imponible del IS se calculará a partir del resultado contable derivado de aplicar las normas contenidas en la Circular 4/2004, corregido en los preceptos establecidos expresamente en el TRLIS».

Este criterio se impone a todos los órganos de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89 de la LGT, de manera tal que la inspección tributaria habrá de atenerse al mismo.

Decididamente, 2005 ha sido un año tranquilo para el IS, en el plano legislativo, pero la consulta vinculante (CV2204-05) ha supuesto un cambio cualitativo en el IS. En efecto, esa consulta ha propiciado que las bases imponibles de las entidades de crédito se construyan en función de un resultado contable que es fruto de las NIIF.

La anunciada reforma del IS podrá o no consolidar este camino, pero es claro que la autoridad administrativa fiscal ya lo está recorriendo, al socaire del frágil puente que la Norma Primera.2 de la Circular 4/2004 tiende entre ella y el Código de Comercio.

Seguramente, la consulta vinculante (CV2204-05) podrá ser contemplada con legítima preocupación desde las exigencias del principio de legalidad, pero habrá de reconocerse que la extraordinaria diligencia del Banco de España en adaptar las normas contables al denominado entorno contable de las NIIF, incluso para las cuentas individuales, adelantándose a la prevista reforma del Código de Comercio en materia de contabilidad, no dibujaba un panorama fácil para la autoridad fiscal en el ejercicio de sus competencias en materia de interpretación de la norma tributaria. De algún modo, los tiempos de la autoridad financiera y de la autoridad fiscal han sido distintos, y es en ese contexto en el que debe insertarse la Consulta CV2204-05, para su fructífera comprensión.

En otro orden de cosas, los criterios contenidos en la CV2204-05, todos ellos expuestos con claridad y precisión, revelan, por una parte, la idoneidad del resultado contable NIIF para ser el núcleo de la base imponible del IS y, por otra parte, que la arquitectura legal del citado tributo puede asumir, sin estridencias, dicho resultado contable.

La causa de todo ello hemos de buscarla en que el modelo contable NIIF, pese a considerar como ingresos y gastos conceptos que no resultan de transacciones con terceros, sino que derivan de la valoración por el valor razonable, sólo aplica a la cuenta de resultados aquellos que, por referirse a activos líquidos y negociados en mercados activos, determinan rentas disponibles para los socios. Así, este resultado es conforme con el principio de capacidad económica, fundamentado en la venta disponible.

Los «estados públicos individuales de entidades de crédito» (Anejo I Circular 4/2004) muestran con claridad que los ingresos y gastos derivados de la valoración por el valor razonable se aplican a la cuenta de pérdidas y ganancias o directamente a patrimonio neto (ajustes por valoración), de manera tal que estos últimos no influyen en el resultado del ejercicio, en cuanto saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias.

La lectura de los casos más relevantes abordados en la Consulta CV2204-05 pone de relieve, como antes se ha apuntado, que la arquitectura de la LIS es capaz de asumir, sin estridencias, el resultado contable NIIF, y, más allá, el modelo contable NIIF. En este sentido, la referida consulta está llamada a ocupar un lugar de mérito en la historia de nuestra imposición sobre los beneficios.

Particularmente interesantes son los siguientes casos:

- Caso n.º 3. Integración de los ajustes por valoración del patrimonio neto en la base imponible.

Estos ajustes derivan de la valoración por el valor razonable de determinados activos, pasivos, derivados, diferencias de cambio y ganancias latentes de activos no corrientes en venta (Norma Quincuagésima Quinta. Patrimonio Neto).

Los ingresos y gastos inherentes a tales ajustes no se aplican a la cuenta de pérdidas y ganancias, sino directamente a patrimonio neto, de manera tal que la Dirección General de Tributos (DGT) contesta que «... dado que la Circular 4/2004 establece el criterio de que los ajustes por valoración determinan ingresos y gastos que no se imputan en el resultado contable, los mismos no se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades...».

Con estas escuetas líneas se despeja una incógnita que el modelo contable NIIF había puesto sobre el tapete: los ajustes por valoración que se aplican a pérdidas y ganancias sí configuran la base imponible, en cuanto forman parte del resultado contable, pero no lo hacen los que, por aplicarse directamente a patrimonio neto, no forman parte del resultado contable.

- Caso n.º 4. Instrumentos derivados, no de cobertura.

Estos instrumentos se valoran por el valor razonable con cambio en pérdidas y ganancias (Norma Vigésima Segunda.3), de manera tal que la DGT entiende que los «... ingresos y gastos se integrarán en la base imponible del período impositivo en el que tenga lugar el cambio en el valor razonable...».

La filosofía de las contestaciones formuladas por la DGT es clara y sistemática: los ingresos derivados de la valoración por el valor razonable forman parte de la base imponible cuando deban imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias. Y con esta filosofía, la DGT resuelve los casos 5.º (contabilidad de cobertura), 6.º (cartera de negociación), 7.º (gastos de emisión o amortización de instrumentos de capital propio) y 8.º (transmisión de acciones propias).

Con todo, se advierten ciertas dificultades, por otra parte comprensibles. Así, en el caso 7.º, la DGT no se muestra concluyente, pues admite que los gastos de misión o amortización de instrumentos de capital propio sean fiscalmente deducibles «... en la medida en que los mismos tengan la naturaleza de gasto según los criterios establecidos en la Circular 4/2004 y su registro contable sea con cargo a reservas...». Ahora bien, de la Circular 4/2004 únicamente se desprende que los

costes de cualquier transacción realizada sobre instrumentos de capital propio «... se deducirán directamente del patrimonio neto...», sin que se advierta la naturaleza de gasto.

Y, en el caso 8.º, se admite que la transmisión de acciones propias no determinan renta gravable, por cuanto tales operaciones no incidan sobre el resultado del ejercicio, pero, siendo tal criterio correcto, provoca un trato diferente para las entidades de crédito respecto de los restantes sujetos pasivos, difícilmente asumible desde el principio de igualdad.

- Caso 9.º a). Ajustes de primera aplicación de la Circular 4/2004.

El tránsito del modelo contable que podríamos denominar tradicional al modelo contable NIIF, implica el reconocimiento, la eliminación, la reclasificación y la valoración, con arreglo a los criterios del mismo, de activos y pasivos, derivándose de todo ello ingresos y gastos que se saldan con reservas por ganancias acumuladas y, excepcionalmente, con ajustes por valoración de patrimonio neto.

Lo relevante es que las operaciones de tránsito determinan ingresos y gastos, y, por tanto, en principio, habrán de ser computados como tales a efectos de la formación de la base imponible del IS, aun cuando no se apliquen a la cuenta de pérdidas y ganancias, ya que esta aplicación o imputación sólo es precisa para la deducción de los gastos, pero no para el cómputo de los ingresos, si bien los gastos también son deducibles si se aplican a reservas por expresa disposición normativa.

Bajo tal consideración, la CV2204-05 despliega una convincente argumentación. Así, de una parte, rechaza que los ingresos y gastos derivados de las normas de primera aplicación tengan efectos en períodos impositivos anteriores al ejercicio 2005, pues los mismos se entienden devengados en 2005.

Ahora bien, cuando tales ingresos y gastos se apliquen a patrimonio neto, no se computarán a los efectos de determinar la base imponible, como tampoco se computarán las revalorizaciones de los activos materiales realizadas al amparo de la disposición transitoria primera de la Circular 4/2004, por aplicación de lo previsto en el artículo 15.1, segundo párrafo, del TRIS.

La CV2204-05 no aborda la tributación del ajuste por comisiones cobradas no devengadas a la luz de la nueva regulación contable, pero que, de acuerdo con la precedente, habían sido abonadas a la cuenta de pérdidas y ganancias. El ajuste provoca un menor valor de activo, o, tal vez, un pasivo, y de ahí que se haya podido sostener que se trata de un gasto, cuando, más bien, se trata de la eliminación de un ingreso anticipado. Ahora bien, los ingresos anticipados integran la base imponible.

La única modificación normativa que se ha derivado de la Circular 4/2004, ha sido la nueva redacción de los artículos 6.º y 7.º del RIS, y la derogación de sus artículos 8.º y 9.º, mediante el Real Decreto 112/2005, de 26 de septiembre. La profunda modificación que la Circular 4/2004 ha introducido en la estimación de las pérdidas por deterioro por riesgo de crédito, así como las

relativamente nutridas restricciones que la normativa fiscal establecía respecto de la normativa del Banco de España, han motivado la mencionada modificación.

La Norma Vigésima Novena cifra el importe por deterioro de los instrumentos de deuda valorados por su costo amortizado en «... la diferencia entre su valor en libros y el valor actual de sus flujos de efectivo futuros estimados...», pero el Anejo IX establece unas reglas mucho más practicables, basadas en la clasificación de los créditos en función del riesgo de insolvencia del cliente, y en dos coberturas concurrentes: específica y genérica.

Los créditos se clasifican, en función del riesgo de insolvencia del cliente, en las siguientes categorías: riesgo normal (sin riesgo apreciable, riesgo bajo, riesgo medio-bajo, riesgo medio, riesgo medio-alto, riesgo alto), riesgo subestándar, riesgo dudoso por razón de la morosidad del cliente, riesgo dudoso por razones distintas de la morosidad del cliente, riesgo fallido.

La cobertura específica afecta a todos los créditos, exceptuados los afectados por riesgo normal, pero la técnica de cobertura es diferente para cada categoría.

La cobertura del riesgo dudoso por razón de morosidad, se cubre mediante tres calendarios según tengan o no garantía real, y dentro de esta última según sea sobre viviendas terminadas o sobre otros bienes inmuebles.

El calendario de operaciones sin garantía real comienza a los seis meses y finaliza a los veinticuatro, y lo propio sucede con el calendario de operaciones con garantía real no vivienda; en tanto que el calendario de operaciones con garantía real sobre viviendas terminadas comienza a los tres años y finaliza a los seis, pero, a partir de su clasificación como morosas, esto es, tras meses de importes vencidos no pagados, se aplica una dotación del 2 por 100.

La cobertura del riesgo por razones distintas de la morosidad se realiza, con carácter general, aplicando un porcentaje del 25 por 100.

La cobertura del riesgo subestándar no está determinada en función de porcentajes u otros parámetros objetivos, pero se fija como límite máximo los porcentajes que afectan a los activos afectados por riesgo distinto de la morosidad.

La cobertura genérica versa sobre los créditos calificados como riesgo normal, y se calcula en función dos series de porcentajes ( $\alpha$ ,  $\beta$ ), crecientes en razón directa al descenso de la calidad del crédito.

Además del riesgo de insolvencia del cliente, también debe cubrirse el riesgo-país, en función de un conjunto de porcentajes crecientes a tenor del grupo de país.

El artículo 7.º del RIS establece, a modo de regla general, que las dotaciones previstas en las normas establecidas por el Banco de España son deducibles «... hasta el importe de las cuan-

tías mínimas...». Sobre esta regla general opera un conjunto de restricciones, de las que merecen atención las relativas a los créditos con garantía real, a los afectados por el riesgo subestándar, así como la regla relativa a la cobertura genérica.

El primer párrafo de la letra b) del artículo 7.º 1 excluye la deducción de la dotación relativa a créditos con garantía real sobre vivienda terminada, pero el segundo declara deducibles las dotaciones «... en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía, así como las practicadas conforme a lo establecido en el apartado 17 b) del Anejo IX...», el cual se refiere, entre otras, a las operaciones con garantía real sobre viviendas. Por tanto, el segundo párrafo vacía de contenido al primero, y la garantía real pasa a ser fiscalmente irrelevante.

En cierto modo, podríamos decir que en el primer párrafo late el deseo de igualdad de los contribuyentes en relación con la significación de la garantía real frente al riesgo, y en el segundo, la imperiosa necesidad de dar amparo fiscal a los rigores de la norma financiera. Sin embargo, como se verá seguidamente, la garantía real no ha perdido toda su significación, a efectos fiscales, pues la recupera en el ámbito del riesgo subestándar y en el de la cobertura genérica.

Las dotaciones para el riesgo subestándar, de nuevo cuño en la Circular 4/2004, no serán fiscalmente deducibles cuando medie garantía real de cualquier tipo o cualquiera de las circunstancias determinantes de otras restricciones previstas en el artículo 7.º 2 del RIS, o bien, garantía de otra entidad del mismo grupo mercantil. Además, las dotaciones fiscalmente deducibles están limitadas en función del parámetro  $\alpha$  de la cobertura genérica.

Las dotaciones a la cobertura genérica son deducibles, pero con el límite del 1 por 100 sobre la variación positiva global en el período impositivo de los créditos afectos a tal cobertura, excluidos los sin riesgo apreciable, los valores negociados en mercados secundarios organizados, los cubiertos por garantía real de cualquier tipo, y las cuotas pendientes de vencimiento de contratos de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles.

En su conjunto, la nueva redacción de los artículos 6 y 7 del RIS ha pretendido la continuidad en el contexto de la nueva regulación financiera. Con una cierta inflexión en materia de garantía real sobre vivienda, parece haberlo logrado. Y esto, en alguna forma, viene a respaldar la tesis de que, desde la perspectiva fiscal, el modelo contable NIIF, permite la continuidad de la filosofía en la que se asienta el Impuesto sobre Sociedades, en lo concerniente a la formación de la base imponible.