

JAVIER LASARTE

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil

Extracto:

EN este dictamen se analiza un contrato tipo para la prestación de un servicio propio del giro de una actividad empresarial, prestación que sólo puede ser ejecutada por quienes reciben el servicio mediante la utilización de un determinado bien mueble, en concreto una máquina, aparato o mecanismo técnico, propiedad del prestador de dicho servicio. Por ello, y para ese efecto, el prestador del servicio y propietario del bien mueble lo arrienda a los suscriptores del contrato tipo; para garantizar, en caso de cesación de la relación contractual, la devolución y la integridad del citado bien mueble incluye dentro del contrato tipo una cláusula en virtud de la cual el arrendador debe entregar una determinada cantidad de numerario, que sólo le será devuelta a la finalización del contrato que vincula a las partes, y siempre contra la entrega del aparato o mecanismo técnico en buen estado; dicha cláusula suele llamar a esta cantidad, de acuerdo con una terminología usual en el tráfico, «*depósito en garantía*».

Nuestras conclusiones serían idénticas en el caso de que este arrendamiento fuera en sí mismo un contrato principal y no conexo a otro. No obstante, por simplificación de la exposición nos referiremos generalmente al caso anterior.

Este estudio se ceñirá exclusivamente al régimen fiscal de la cantidad consignada como «*depósito en garantía*», pronunciándonos finalmente sobre si procede la exigencia por ese concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido o, en su caso, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El pronunciamiento final requiere, inexcusablemente (aunque sea sólo desde un punto de vista instrumental) unas consideraciones sobre la operación analizada desde la perspectiva del Derecho Privado.

Ello explica la estructura del estudio en dos partes: la primera, dedicada a aquellas consideraciones, y la segunda, sobre el régimen fiscal de la prenda irregular de dinero o caución de numerario, que es la calificación estimada correcta en el estudio iusprivatista de la cuestión.

Sumario:

Primera parte. Consideraciones sobre la operación estudiada desde la perspectiva del Derecho privado.

1. «Depósito en garantía»: prenda irregular o caución de numerario.
2. Entrega de dinero en garantía y transmisión de la propiedad del mismo.
3. Sobre la propiedad del dinero.
4. Especialidades de las fases de seguridad y ejecución de la caución de numerario.
5. Prenda irregular y derecho concursal.
6. Prenda irregular y propiedad temporal del dinero.
7. Breve recapitulación.
8. Sobre la interpretación de los términos «fianza» y «prestación» de la misma.
9. Conclusiones.

Segunda parte. Régimen fiscal de la prenda irregular de dinero o caución de numerario.

1. Sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido del contrato de arrendamiento de un bien mueble.
2. Sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido del contrato de prenda irregular.
3. Sometimiento al Impuesto sobre el Valor Añadido del canon de arrendamiento y exención del «depósito en garantía».
4. Consideraciones sobre la norma de exención de las fianzas o cauciones.
 - 4.1. «Prestación» de garantías.
 - 4.2. El caso particular de las cauciones de numerario relacionadas con envases y embalajes.
 - 4.3. «Operaciones financieras».
 - 4.4. Inclusión general en la base imponible de «cualquier otro crédito efectivo».
5. Conclusión. Exención del Impuesto sobre el Valor Añadido de la llamada «garantía» o «depósito en garantía».
6. No sujeción de la operación estudiada al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
7. Sobre la diferencia entre supuestos de no sujeción y de exención.
8. No sujeción de la operación estudiada al concepto «actos jurídicos documentados».
9. Conclusión general.

Bibliografía.

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIONES SOBRE LA OPERACIÓN ESTUDIADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PRIVADO

1. «Depósito en garantía»: prenda irregular o caución de numerario.

La expresión «*depósito en garantía*» que se utiliza en la cláusula reseñada no es significativa de un verdadero depósito en sentido jurídico, que existe sólo cuando se da una específica causa (función o finalidad económico-social del contrato), la denominada «*causa de custodia*», indicativa de un deber de guarda de las cosas para su restitución por el depositario al deponente o depositante. El esquema contractual es el mismo, desde el punto de vista causal, tanto si el depósito es el llamado regular (porque su objeto son cosas específicas y determinadas), como el denominado irregular (porque su objeto son cosas fungibles), con la peculiaridad de que en el segundo la obligación de restitución se produce sobre el *tantumdem eiusdem generis et qualitatis*, estimándose que antes de la devolución, las cosas depositadas se han confundido en el patrimonio del depositario, pasando a ser de su propiedad. Más adelante se abundará y precisará sobre este último punto.

El «*depósito*» en la cláusula referenciada responde a una causa-función contractual distinta. El «*depositario*» no es realmente tal, porque no recibe las cosas fungibles (en este caso dinero) para su custodia, sino para que le sirvan de resarcimiento en caso del eventual incumplimiento de las obligaciones de devolución y conservación de los bienes. Hay una clara finalidad de garantía que hace que la figura que de este modo se delinea sea conocida con el nombre de prenda irregular, en el caso del dinero prenda dineraria, caución de numerario.

La comunidad entre ambas figuras, pertenecientes a la categoría que dogmáticamente se conoce con el nombre de negocios irregulares consiste en que, precisamente por ser las cosas fungibles, se produce la antecitada integración en el patrimonio del que las recibe, con adquisición de su propiedad, y nacimiento de una obligación de restitución a favor del que las entregó *custodendi causa* o *fideiussionis causa*.

Ahora bien, esta comunidad de efectos formales (transmisión de la propiedad, obligación de restitución) no puede ofuscar que ellos sólo pueden ser entendidos en función de la causa del contrato. Se ve de un modo meridianamente claro cuando se analiza la obligación de restitución: en el

depósito irregular es necesaria, en la prenda irregular sólo eventual; en el depósito irregular, salvo pacto en contrario, su exigibilidad depende de la sola voluntad del depositario, en la prenda irregular depende del cumplimiento de la obligación garantizada.

Nada de esto puede extrañar si tenemos en cuenta el significado institucional de la causa del contrato en el Derecho español. La causa del contrato no es tan sólo (con ser ello importantísimo) el parámetro de la licitud y de la dignidad de tutela de la autorregulación de los intereses de los particulares, sino el eje fundamental que articula toda la disciplina jurídica de los actos de autonomía privada, y singularmente, en aquellos que carecen de específica disciplina normativa, como son los contratos atípicos entre los cuales se encuentran precisamente los llamados «negocios irregulares».

Tal virtualidad de la causa se manifiesta en múltiples facetas de la regulación, pero conviene llamar la atención sobre una concreta, por su especial fecundidad. Nos referimos al artículo 1.286 del Código Civil, según el cual:

«Las palabras que puedan tener diversas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato».

En este precepto resplandece la aplicación en sede hermenéutica del llamado elemento teleológico o finalista. A pesar de que las palabras de la norma lo expresan con extraordinaria modestia, ciñéndolo a la concreta utilidad de discernir las acepciones de los términos que pueden tener varias, «naturaleza y objeto del contrato» sólo pueden ser entendidas como estructura y finalidad que definen el contrato, y esto no es otra cosa que la causa, como expresión de la peculiar manera de ser de cada contrato dentro del conjunto de los actos de autonomía privada.

Con estas precisiones no queda la menor duda de que la palabra «depósito» que emplea la cláusula del contrato de abono estudiado sólo puede ser entendida como un vulgarismo equivalente a entrega, derivándose de una mera interpretación declarativa de aquella que dicha entrega se hace en función de garantía. Y por ello mismo, y más allá de la depuración del sentido del término empleado, toda la regulación jurídica de la figura que crea la estipulación debe nuclearse y entenderse en torno a la idea de garantía.

2. Entrega de dinero en garantía y transmisión de la propiedad del mismo.

Lo verdaderamente singular de la prenda irregular de dinero o caución de numerario es la desproporción entre la causa del negocio y uno de los efectos del mismo: la adquisición de la propiedad del objeto pignorado por parte del acreedor pignoraticio, inmediatamente que se produce la entrega del dicho objeto al citado acreedor.

Obviamente la causa de garantía no es suficiente para la transmisión de la propiedad. Hay una evidente desproporción entre el efecto transmisivo y la causa del negocio, estructuralmente inepta para producir dicho efecto. Pero precisamente ése es el problema de todos los negocios irregulares: la convivencia de su causa-función, que necesariamente debe presidir toda la composición de intereses, con un anómalo efecto, cierto, pero incongruente con la causa misma, de transmisión de la propiedad. En términos muy sintéticos, y referidos específicamente a nuestro caso, el problema es que hay que hacer convivir la causa de garantía con la transmisión de la propiedad, siendo ambas ciertas y de algún modo incompatibles.

La doctrina se ha esforzado en encontrar una fórmula o «naturaleza jurídica» que busque la armonización necesaria entre causa y efecto transmisivo. Aunque existan muchas variantes se pueden reducir a cuatro las explicaciones básicas. Se resumen a continuación.

- A) Teoría de la transmisión de la propiedad *causa solvendi*, que ve en la entrega de la propiedad una *datio in solutum* anticipada y condicionada al incumplimiento de la obligación garantizada.
- B) Teoría de la transmisión de la propiedad *causa credendi*, según la cual lo que nace con la misma es un crédito a favor del adquirente que le es permitido compensar con la obligación de restituir, en caso de incumplimiento de la obligación.
- C) Teoría de la transmisión de la propiedad *fiduciae causa*, a tenor de la cual, la prenda irregular no es sino una manifestación más de los negocios fiduciarios, y concretamente de la especie *fiducia cum creditore*, en los que se da la típica desproporción entre finalidad práctica y medio jurídico de conseguirla.
- D) Teoría de la transmisión de la propiedad *fideiussionis causa*, según la que la transmisión de la propiedad se hace por una específica causa de garantía.

A decir verdad, y sin entrar en pormenorizaciones críticas de escasa utilidad a nuestro propósito, las dos primeras tesis son artificiosas construcciones de difícil encaje con el Derecho positivo español. Y las dos últimas parten de afirmaciones que se pueden compartir, pero son tan sólo explicaciones genéricas: aun aceptándolas, habría que ver, en la teoría de la transmisión de la propiedad *fiduciae causa*, cómo funciona esa desproporción entre fin y medio (que sabemos que no es la solución del problema, sino su enunciado); y en la teoría de la transmisión *fideiussionis causa*, en que consiste la especificidad de esa causa de garantía que fundamenta un efecto transmisivo.

La verdad es que ninguna de las tesis plantea el problema en la realidad del propósito empírico querido por las partes, siendo ese propósito el que debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico, si lo considera representativo de un interés digno de tal protección. Ello no se puede determinar *a priori*, utilizando la naturaleza jurídica como fórmula mágica o de encantamiento, sino en el terreno de los efectos. Y a tal fin lo primero que hay que definir es qué se entiende por transmi-

sión de la propiedad en los negocios irregulares. Puede que estemos dando una significación unívoca a algo que no la tiene; dicho de otro modo, que los negocios irregulares, y entre ellos la prenda de numerario, produzcan una situación que sólo parcialmente se asimile a la transmisión de la propiedad.

Recurriendo al viejo ejemplo académico, pero siempre esclarecedor, sea cual sea el efecto jurídico producido, no se tiene el mismo propósito empírico cuando se paga la botella de cerveza y cuando se deja la moneda que garantiza la devolución del casco. Sin embargo, en ambos casos resulta transmitida la propiedad del dinero. ¿Ambas transmisiones tienen el mismo significado jurídico? Depende de una cuestión previa que es el verdadero problema: el preconcepto «*transmisión de la propiedad*». ¿Se puede entender por tal siempre lo mismo? Dicho de otro modo, ¿la transmisión de la propiedad en funciones de garantía es una genuina transmisión de la propiedad? Sólo se puede contestar desde un plano analítico de concretos efectos contrastados institucional y normativamente; nunca desde un plano conceptual apriorístico.

3. Sobre la propiedad del dinero.

A decir verdad, la cuestión que subyace en la construcción de la prenda irregular, como en todos los negocios irregulares, es la posibilidad de una verdadera propiedad sobre el dinero.

De propiedad sobre el dinero sólo es posible hablar en dos casos:

- A) En la medida en que posesión del signo monetario y propiedad coincidan actualmente. Se es propietario del dinero en la medida en que se puede disponer de un signo monetario tangible en nuestro poder y posesión actual. Cuando efectuamos pagos con instrumentos cambiarios o tarjetas bancarias cedemos créditos; cuando pedimos la restitución de un préstamo, ejercitamos un derecho de crédito. En ninguno de esos casos disponemos de la propiedad, salvo en sentido puramente económico.
- B) En la medida en que el objeto de nuestro derecho de propiedad verse sobre signos monetarios específicamente determinados.

Fuera de estos casos, no es posible hablar de propiedad del dinero, porque una de sus características en cuanto cosa es la denominada ultrafungibilidad, porque además de ser sustituible o fungible ni se pesará ni se medirá, sino solamente se contará, apelando a un conjunto de unidades ideales de valor.

Ello significa que cualquier traspaso de dinero de un patrimonio a otro, salvo el de moneda específicamente determinada, provoca, por las mismas características del dinero, la transmisión de la propiedad. Puede acaecer que ese traspaso venga acompañado del nacimiento de una obligación

de restitución al disponente, pero siempre se habrá transmitido la propiedad. Lo que sucede es que, en una visión realista de las cosas, esa transmisión de la propiedad no es la misma cuando no concurre la obligación de restitución. Son funciones económicas distintas las realizadas, y aunque el efecto jurídico formal sea el mismo, la diferencia económica acaba resplandeciendo jurídicamente. Son verdaderas transmisiones de la propiedad ambas, pero mantienen diferencias jurídicas. Se puede estar de acuerdo en que quien recibe el dinero tiene plena disponibilidad del mismo, lo que tiene singular importancia para excluir el tipo de la apropiación indebida por la disposición del dinero hasta que esté vencida la obligación de restitución, en los supuestos en que ésta proceda. Pero ello es distinto a ser propietario de la misma manera que cuando no hay obligación de restitución, como tendrá ocasión de verse.

En efecto, y como consecuencia de las anteriores premisas se debe decir (y es fenómeno en el que habitualmente no se repara todo lo necesario) que quien recibe el dinero de otro, a cualquier título que lo haga, sólo es propietario del mismo en la medida en que lo recibe o lo transforma en unidades monetarias corporales que mantiene bajo su poder actual. Si se desprende de su posesión, deja a su vez de ser propietario. Sólo se le puede considerar dueño de un crédito, y ése es un modo impropio o traslaticio de hablar de propiedad: el dueño de un crédito no es un propietario, es un acreedor. Cosa distinta es que tenga absoluto poder de disposición del crédito, lo que para nada tiene que extrañar, dado que la facultad de disposición corresponde al titular de todo Derecho patrimonial.

Desde este punto de vista, y para el caso de la prenda, resulta de todo punto evidente, por la propia naturaleza del objeto pignorado, la inaplicabilidad a la prenda irregular de los artículos 1.869 y 1.870 del Código Civil: ni quien entrega dinero en garantía de una obligación sigue siendo dueño del mismo, ni quien lo recibe tiene prohibido su uso.

4. Especialidades de las fases de seguridad y ejecución de la caución de numerario.

Otra perspectiva que ilumina la cuestión es contemplar a la prenda irregular desde la óptica de la distinción, propia de todos los derechos reales de garantía, entre fase de seguridad y fase de ejecución.

En la fase de seguridad, la peculiaridad del dinero como cosa, su ultrafungibilidad hace que su entrega provoque automáticamente la indistinción y confusión en el patrimonio del adquirente, cuando no su lisa y llana conversión en un crédito frente a un tercero. Ello impide medidas conservativas del objeto de la garantía del tipo de las previstas por el artículo 1.870 del Código Civil. Es claro, porque tales precauciones presuponen un objeto específicamente determinado. Sí podrán caber, y esto no deja de ser significativo, medidas de protección del crédito a la restitución en los supuestos previstos por la ley, y, sobre todo, en caso de insolvencia del obligado a dicha restitución.

Muy ilustrativa resulta la comparación de la fase de ejecución de la prenda regular con la estructura de esa misma fase en la prenda irregular. Ciertamente, falta en ésta todo el aparato procesal, con las garantías y eficacia que conlleva, a través del que se ejercita el *ius distrahendi* en pública subasta. No obstante, no se debe olvidar que dicho *ius distrahendi* persigue como finalidad que la expropiación de valor al deudor en la ejecución forzosa sea la necesaria para satisfacer el crédito ejecutado, y no ir más allá de ella, devolviendo el exceso o *hiperocha* al deudor. La necesidad de esta ejecución pública es un reverso procesal de la prohibición del pacto comisorio (argumento *ex art.* 1.859 del Código Civil, y notoria jurisprudencia concordante).

Mas en la prenda irregular, el peligro del pacto comisorio no existe; el valor líquido de la garantía está prefijado, con lo que la *ratio* de aquella prohibición viene a menos. El acreedor valora el incumplimiento del deudor y se cobra sobre la suma de numerario entregada. El mecanismo aparece claramente como sustitutivo de la ejecución forzosa. Es más, el posible origen de las prendas o cauciones de numerario tal vez sea el deseo de evitar las complicaciones de una ejecución forzosa sobre bienes del deudor.

A poco que se piense, hay una evidente analogía funcional con la ejecución forzosa sobre el dinero, en la que se ordena el inmediato pago de la deuda al acreedor con cargo al numerario trabado (art. 1.481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Es como si la prenda irregular fuera un embargo anticipado de dinero. Como es sabido, para explicar los derechos reales de garantía, la llamada tesis procesalista ha recurrido a esta idea del embargo anticipado. Nada más lejos de este estudio, por ocioso a su finalidad, que entrar en el análisis de tan vieja como aún discutida tesis, y que incluso goza del prestigio legislativo de haber inspirado nada menos que la sistemática del Código Civil italiano de 1942; pero no cabe la menor duda de que su fuerza plástica nos pone de relieve con nitidez que la transmisión de la propiedad en la prenda de dinero, como en todas las prendas irregulares, se produce en función del mecanismo satisfactivo. Ello tiene su importancia porque la inicial transmisión de la propiedad, que sólo es explicable con el nacimiento de la correlativa obligación de restituir, está sometida a todas las eventualidades de la obligación garantizada. Así, su extinción provoca el vencimiento e inmediata exigibilidad de la obligación de restituir; su cumplimiento parcial autoriza al acreedor a una restitución menor del *tantumdem*; una superior entidad de los daños y perjuicios a la cuantía de la caución de numerario hace nacer en el acreedor un crédito común (es decir, no privilegiado) por la diferencia no satisfecha con la imputación a aquella suma caucional.

5. Prenda irregular y derecho concursal.

Otra perspectiva analítica es la del funcionamiento de la prenda irregular en el Derecho concursal. Siempre se ha dicho que esta sede es un banco de pruebas inigualable para discernir la verdadera estructura de las instituciones del Derecho patrimonial privado. Veámoslo.

Si la prenda de dinero transmite la propiedad al acreedor pignoraticio, y éste es declarado en quiebra, parece lógico que el dinero objeto de la garantía se incluya dentro de la masa activa de bienes; el acreedor a la restitución, en la medida que lo sea, deberá insinuar su crédito en la masa pasiva de créditos y someterse a la ley del dividendo.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara si se tiene en cuenta lo dispuesto en los siguientes artículos del Código de Comercio:

«Artículo 908. Las mercaderías, efectos, y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno, y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños ...».

«Artículo 909. Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él:

...

3.º Los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo.

...

6.º Los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado, y que éste tuviere en su poder, para entregar a persona determinada en nombre y por cuenta del comitente...».

Las citadas normas del Código de Comercio se encuadran dentro de las operaciones de reducción de la masa activa de la quiebra a través del mecanismo conocido como *separatio ex iure domini*, que persigue precisamente que los bienes que no sean propiedad del quebrado no queden afectados al proceso de ejecución.

Ahora bien, dentro de la *separatio ex iure domini* caben tanto una acción reivindicatoria propia, como acciones reivindicatorias que se conocen como impropias o especiales, en cuanto para su prosperabilidad no necesitan de la concurrencia de los requisitos de aquella: dominio del actor, posesión contraria, identificación de la cosa. Señalados ejemplos de la reivindicación impropia son los mencionados números 3.º y 6.º del artículo 909 del Código de Comercio: en el primero la acción se fundamenta en una propiedad que debe ser restituida, porque se ha concedido sólo a título de uso; en el segundo se reivindica dinero que es de propiedad del quebrado, por las razones que ya conocemos, y cuyo último fundamento es la confusión en el patrimonio del poseedor que acaece como consecuencia inevitable de la ultrafungibilidad.

Con estas premisas, resulta sostenible (incluso aceptando que la palabra «depósito» empleada en el número 3.º del art. 909 fuera expresiva de un verdadero depósito) que las cantidades que el quebrado retenga a título de prenda de numerario pueden ser objeto de reivindicación impropia.

No otra conclusión se deriva de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 y de 19 de abril del mismo año, que confieren el derecho de separación en el caso de prenda sobre anotaciones en cuenta, supuesto prácticamente igual al de la caución de numerario.

El dato resultaría así iluminante, puesto que una reivindicación impropia indicaría que la transmisión de la propiedad al quebrado sería una transmisión también impropia. ¿Y en qué consistiría la impropiedad? En lo que con frase discutible desde el punto de vista técnico dice el propio Código de Comercio: se trata de «propiedad que no se hubiere trasferido al quebrado por un título legal e irrevocable», dando a entender que hay transmisiones de propiedad que no tienen un carácter definitivo, irrevocable. No cabe mejor descripción de la verdadera situación propietaria del acreedor pignoraticio, dueño de dinero afecto a una eventual obligación de restitución.

Si bien se piensa, ello resulta lógico. Mientras el quebrado no sea tal, y haya perdido la facultad de disposición (art. 887 del Código de Comercio), ningún inconveniente hay en reconocerle una facultad de disposición absoluta. De la obligación de restitución responde con todos sus bienes presentes y futuros, de acuerdo con el artículo 1.911 del Código Civil, expresivo de la responsabilidad patrimonial universal, mecanismo general de solvencia. Pero cuando su patrimonio se encuentra congelado, en tanto en cuanto afecto a la ejecución universal, revive con toda nitidez que frente al que le entregó el dinero no es dueño: al menos no es dueño de manera propia, frente al que le depositó esta cantidad en garantía, aunque lo sea frente a todos los demás.

6. Prenda irregular y propiedad temporal del dinero.

Aún cabe otra perspectiva que parta de la base de que el acreedor pignoraticio en la prenda irregular de numerario es propietario del dinero entregado. Aunque ya hemos negado que pueda tratarse de verdadera propiedad, salvo en el supuesto de coincidencia actual de posesión y propiedad de signos monetarios, o cuando el objeto del dominio sean monedas específicamente determinadas, aceptemos dialécticamente que el poder de disposición sobre el dinero en nuestro patrimonio equivale a la propiedad.

A partir de esta discutible premisa, si hemos de compartir (pues no parece dudoso) que el nacimiento de la propiedad en la prenda de dinero va acompañada del nacimiento correlativo de una obligación de restitución, es evidente que ésta es una propiedad que no tiene carácter definitivo. Es decir, nos encontraríamos ante una propiedad *ad tempus*. Pero una propiedad temporal no es una verdadera propiedad; al menos, se puede afirmar que no goza de los mismos caracteres de la propiedad dotada de la nota de perpetuidad.

Comúnmente a la propiedad temporal se la equipara con un derecho real menor, según la causa-función del negocio transmisivo. Lo que significa que en el caso de la propiedad temporal en función de garantía, cuando versa sobre muebles, y el dinero es cosa mueble, su verdadera calificación es la de derecho real de prenda.

Desde este ángulo visual, tampoco habría verdadera transmisión de la propiedad en la caución de numerario o prenda irregular de dinero.

7. Breve recapitulación.

A partir de las consideraciones expuestas, la estructura jurídica de la prenda de numerario puede ser bien entendida si se tiene en cuenta lo siguiente:

- A) La adquisición de la propiedad es uno solo de los efectos del negocio constitutivo de la prenda irregular de dinero. Es el más llamativo porque es el que produce la irregularidad negocial, pero no es un elemento determinante del régimen jurídico de las relaciones entre deudor y acreedor pignoraticio. Dicho régimen se traduce en un entramado jurídico que no pertenece al campo de los derechos reales, sino al de las obligaciones; campo obligacional gobernado por la causa de garantía.
- B) Tan es así, que cuando se plantea la colisión entre el derecho del deudor pignoraticio y el del acreedor del mismo tipo en el supuesto de la quiebra, esto es, cuando el acreedor carece de posibilidad jurídica de endeudarse, y hacer frente a la satisfacción singular de la obligación de restituir, el deudor es titular de una acción de reivindicación impropia.
- C) Lo que no obsta para que, *medio tempore*, y hasta la exigibilidad de la obligación de restitución, el acreedor pignoraticio tenga una libre e incondicionada facultad de disposición sobre la suma entregada, facultad de disposición en todo análoga a la de un propietario.
- D) Aun admitiendo la existencia de un verdadero derecho de propiedad del acreedor pignoraticio sobre las sumas entregadas, dicho derecho estaría próximo a una propiedad temporal, que se resuelve precisamente en un derecho menor, en este caso el de prenda.

8. Sobre la interpretación de los términos «fianza» y «prestación» de la misma.

Como ya quedó dicho, el llamado «*depósito*» es una garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de restitución, y adecuada conservación, y en general de todas las que brotan del contrato de arrendamiento del bien. Dicho contrato es instrumental y coligado necesariamente al principal que celebran las partes. Tal depósito funciona como una garantía de aquellas obligaciones, con respecto a las cuales mantiene la nota de accesoriedad: extinguidas las obligaciones garantizadas, se extinguen las garantías.

¿Puede ser denominada «fianza» la garantía así configurada? La cuestión debe ser respondida desde varios planos.

En primer lugar, tal garantía carecería de una de las notas básicas de la fianza en sentido estricto y puro: la subsidiariedad. Entendida ésta como presencia de un tercer patrimonio distinto a los del acreedor y el deudor, y que responde de una obligación principal. Éste sería el tipo puro que describe, con no demasiado acierto, en nuestra opinión, el artículo 1.822 del Código Civil.

En segundo lugar, debe considerarse si la garantía a que nos referimos (cuya calificación más correcta sería la de prenda irregular o caución de numerario) pertenece al mundo de las garantías personales o al de las reales. Es cierto que la ausencia de un tercer patrimonio garante, y la transmisión de la plena disponibilidad del dinero para satisfacer, eventualmente, la obligación garantizada, hace pensar en el mecanismo de las garantías reales. Pero esta conclusión tiene claras insuficiencias; la más notoria es que la confusión del dinero dentro del patrimonio del acreedor pignoraticio priva a la supuesta garantía real de una cualidad necesaria a su categoría: la especialidad. No hay (entre otras cosas) un verdadero ejercicio del *ius distrahendi* en la fase de ejecución, sino un mecanismo parecido funcionalmente al de compensación, aunque no reúna las notas jurídicas de ésta (art. 1.196 del Código Civil). Ya hemos visto antes que en la fase de seguridad de este supuesto derecho real de garantía no cabían facultades dirigidas a la conservación de una cosa concreta, sino de la solvencia del deudor a la restitución, lo cual es bien distinto.

La verdad es que las relaciones entre las partes en la caución de numerario se mueven más en el plano de las relaciones obligatorias que en las que son propias de los derechos reales, porque la «realidad» de la garantía está muy difuminada.

Esta constatación permite explicar el lenguaje usual de las leyes, que para identificar la caución de numerario emplean la palabra fianza. No es extraño (y se añade a la razón anterior), porque tradicionalmente «fianza» ha servido para designar no sólo a la propiamente dicha, sino a todo tipo de aseguramiento de obligaciones. Incluso se llega a hablar (en la antigua doctrina) del deudor hipotecario como «fiador real».

Que, en particular, se llame fianza a la caución de numerario es un fenómeno no insólito, e incluso frecuente. Así, el artículo 491 del Código Civil; el artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; el artículo 606 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; los artículos 282 y 283 de la Ley Hipotecaria. La enumeración no es exhaustiva. Paradigma de la utilización del término fianza como sinónimo de cualquier garantía la ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando habla en los artículos 1.424 y 1.425 de la que se debe prestar para alzar la intervención judicial en el aseguramiento de bienes litigiosos. Dice el primero de aquéllos: «La fianza podrá ser cualquiera de las que el derecho reconoce; pero sobre la personal y la hipotecaria...». Y el segundo: «La fianza en metálico o valores se constituirá depositando...». Es decir:

- a) Fianza como *genus* del aseguramiento de obligaciones: «**cualquiera de las que el derecho reconoce**»;
- b) Fianza como garantía personal o real: «**sobre la personal y la hipotecaria**»; y
- c) Fianza como cualquier tipo de prenda irregular, y en concreto la caución de numerario: «**fianza en metálico o valores**».

En consecuencia, se puede concluir que, cuando las leyes hablan de fianza hay que dilucidar de acuerdo con los cánones de interpretación finalista, ante qué mecanismos de aseguramiento de una obligación nos encontramos.

Una última precisión, sobre el verbo «*prestar*» en los negocios jurídicos de garantía.

«*Prestar fianza*», prenda o hipoteca, anticresis, o caución, no significa en manera alguna efectuar una prestación, en el sentido del artículo 1.088 del Código Civil; no implica realizar nada desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones. No significa que el fiador pague la obligación garantizada. Prestar la caución de numerario no es un acto *solvendi causa*, como queda dicho, aunque haya el peculiar traspaso de disponibilidad del dinero antes descrito.

Se comprueba esta afirmación con un simple repaso al lenguaje legal: el usufructuario está obligado «*a prestar fianza*» (art. 491 del Código Civil); el arrendatario está obligado a la «*prestación de fianza en metálico*» (art. 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); se «*presta*» fianza en garantía de deudas futuras (art. 1.825 del Código Civil); se «*presta*» fianza en cualesquiera de los casos antes dichos de aseguramiento de bienes litigiosos (art. 1.423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En suma, es claro que «*prestar*» significa «*constituir*», «*celebrar el negocio jurídico que da lugar a la garantía*». Es muy significativa la dicción de la Ley Hipotecaria cuando señala al obligado a constituir hipoteca legal como «*obligado a prestarla*» (art. 160); y los ejemplos podrían multiplicarse sin demasiado esfuerzo.

9. Conclusiones.

- 1.^a Los términos «*depósito en garantía*» que suelen figurar en el tipo de contrato analizado no hacen referencia a un depósito en el sentido técnico-jurídico, sino a una prenda irregular de dinero o caución de numerario.
- 2.^a El contrato de prenda de numerario es un contrato gobernado por la causa de garantía. Las relaciones entre acreedor y deudor pignoratícios se mueven en el campo del derecho de obligaciones.

.../...

.../...

- 3.^a Ajena a la causa del contrato, la transmisión de la propiedad a favor del acreedor pignoraticio se explica fundamentalmente por las específicas cualidades jurídicas del dinero como cosa, que hacen imposible la conservación de la propiedad en el patrimonio del deudor pignoraticio una vez acaecida la entrega.
- 4.^a No hay en el contrato de prenda de numerario, en el campo de las relaciones *inter partes*, una genuina transmisión de la propiedad, en cuanto definitiva y perpetua. No obstante, el acreedor pignoraticio tiene facultades de disposición funcionalmente idénticas a la de un verdadero propietario, sobre todo en relación con los terceros.
- 5.^a Es habitual en el lenguaje de las leyes la utilización de la palabra «*fianza*» en un sentido lato de garantía o aseguramiento de obligaciones y, en particular, para designar la caución de numerario.
- 6.^a La palabra «*prestar*» referida a los negocios de garantía no significa otra cosa que constituir la garantía, o celebrar el negocio jurídico constitutivo de la misma.

SEGUNDA PARTE

RÉGIMEN FISCAL DE LA PRENDA IRREGULAR DE DINERO O CAUCIÓN DE NUMERARIO

1. Sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido del contrato de arrendamiento de un bien mueble.

Veamos ahora el régimen fiscal de la operación estudiada, en los términos en que ha sido expuesta y analizada en las páginas anteriores. En resumen, un empresario arrienda a terceros (sus clientes), un bien mueble (en nuestro caso, aparato o mecanismo necesario para recibir la prestación de servicios pactada) percibiendo por ello un canon de arrendamiento, contraprestación o precio, así como una cantidad fija en concepto de fianza o garantía de la devolución de dicho bien mueble y de su mantenimiento en las debidas condiciones para la prestación del servicio.

Estamos, pues, en presencia de una operación de mercado habitual de una empresa que actúa en el mismo. Para conocer su régimen fiscal debemos saber, en primer lugar, si está sometida al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Para ello vamos a analizar la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que actualmente regula este tributo, junto al Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que contiene su reglamento (aunque en éste no hay ninguna norma específica sobre el tema que nos interesa). Lógicamente, haremos también alguna referencia a la Sexta Directiva comunitaria.

En principio, la respuesta debe ser positiva, puesto que el IVA es un tributo indirecto que grava en general las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por los empresarios, según describe el artículo 1 de ese texto legal. Así, el artículo 4.Uno que se ocupa de la delimitación del hecho imponible establece lo siguiente:

«Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen».

En lo que se refiere al caso analizado, ese mandato viene reforzado por lo que dispone el artículo 4.Dos.a), según el cual deben entenderse «*en todo caso*» como operaciones realizadas en desarrollo de una actividad empresarial las efectuadas por «*las sociedades mercantiles*».

Por supuesto, partimos de la premisa de que estamos en presencia de un empresario, que podrá ser persona física o jurídica; lo habitual en este tipo de operaciones será que se trate de una sociedad mercantil, de manera que, aparte de lo dispuesto por ese precepto, le resulta de aplicación el artículo 5.Uno que trata del concepto de empresario; en su apartado b) vuelve a repetir la ley que se entenderán como tales «*las sociedades mercantiles, en todo caso*». Así que no es necesario que nos ocupemos de analizar su posible carácter ni su tráfico. Sería, además, de aplicación inequívoca el apartado c) de este mismo precepto, que considera como tales empresarios a quienes lleven a cabo las citadas operaciones «que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo», aclarando que, en particular, «tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes».

También parece igualmente indiscutible que nos encontramos ante operaciones mercantiles que pueden ser calificadas como entregas de bienes o como prestaciones de servicios. Ciertamente, cabría en este punto razonar desde la perspectiva jurídica y económica si el contrato estudiado se materializa en una entrega de bienes muebles con la obligación accesoria de constitución de una garantía, o en una prestación de servicios (con igual obligación accesoria), aunque ésa sea el objeto último del contrato en el que aparece enmarcado el arrendamiento de dichos bienes. Pero también podemos ahorrarnos esta cuestión, puesto que la Ley 37/1992 ha establecido con claridad en su artículo 11.Dos.2.º que a los efectos de este tributo considera como prestaciones de servicios las siguientes operaciones:

«Los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra».

Sobre esta decisión legislativa, y sobre el propio concepto residual, negativamente delimitado, de prestación de servicios (toda operación que no tenga la consideración de entrega de bienes, según el artículo 11.Uno), se han formulado diversas consideraciones doctrinales que, entre otras

perspectivas, advierten de la modernidad de ese planteamiento sobre la calificación jurídica del arrendamiento, con la consiguiente ruptura o superación del esquema civil tradicional. Pero no estimamos que tal asunto deba ser objeto de este estudio, habida cuenta de la claridad del precepto transcrito.

Por lo que respecta a la constitución de una garantía para responder de los bienes muebles arrendados (la caución de numerario), hemos de considerarla como una obligación accesoria del propio arrendamiento; aunque conforme a la Ley 37/1992 puede también ser caracterizada como una «entrega de bienes» propiamente dicha. Una u otra calificación nos conducirán al mismo resultado: su sujeción al IVA. Tratamos de ello en el siguiente apartado.

2. Sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido del contrato de prenda irregular.

La exigencia de una suma de dinero como garantía del mantenimiento del bien puede ser considerada como una obligación adicional derivada del arrendamiento del mismo. Por ello, si no estuviera exenta (como luego veremos) debería interpretarse que la cantidad entregada se sometería al IVA como parte de la contraprestación recibida por el empresario. Aunque ningún precepto concreto de la Ley 37/1992 establece que las obligaciones accesorias, cualquiera que sea su carácter, deben ser gravadas junto con la principal, es lógico que así sea conforme a la mecánica del IVA, para evitar transferencias de precios entre una y otras que pudieran eludir el tributo, de manera que en determinadas circunstancias (y eso sí lo ha previsto expresamente el legislador en el art. 12) incluso se gravan las prestaciones gratuitas.

Por supuesto, el legislador debe tomar precauciones para que no queden excluidas de la base imponible, es decir, del precio de los bienes y servicios, cantidades que económica y jurídicamente deben tener esa calificación, o que por derivar de obligaciones accesorias o ser precio de prestaciones accesorias deben sumarse a aquél. En este sentido hay que interpretar la amplitud literal del artículo 78 de la ley cuando al establecer la regla general para la determinación de la base imponible preceptúa:

«Uno. La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

Dos. En particular, se incluyen en el concepto de contraprestación:

1.º Los gastos de comisiones, portes y transportes, seguros, primas por prestaciones anticipadas y cualquier otro crédito efectivo a favor de quien realice la entrega o preste el servicio, derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma».

La caución de numerario debe ser considerada en virtud de esta norma como un «*crédito efectivo*» a favor del perceptor derivado del arrendamiento del bien.

Para despejar cualquier duda sobre esta conclusión, vamos a analizar el tema desde otra perspectiva, admitida a efectos de ese análisis. Puede argumentarse que la exigencia de una garantía sólo podrá estar sujeta a tributación si en sí misma, con independencia de la obligación principal a la que sirve, está contemplada dentro del hecho imponible del IVA.

Efectivamente, así es. Después de cuanto ha quedado explicado sobre la caución de numerario y las características y consecuencias jurídicas de la misma, no puede haber duda de que estamos en presencia de una «*entrega de bienes*» que constituye hecho imponible del IVA conforme a lo dispuesto por el artículo 8.º de la Ley 37/1992, según el cual:

«Se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes».

El dinero es un bien corporal. Y su entrega a título de garantía en el supuesto estudiado supone la transmisión al receptor del poder de disposición sobre el mismo. Por tanto se trata de una operación inequívocamente incluida en el precepto transcrito. Independizada, pues, la garantía de la obligación principal, resulta que ésta tiene carácter de «*prestación de servicios*» por obra de la Ley del IVA, mientras que aquélla puede ser caracterizada como una «*entrega de bienes*» a los efectos de ese mismo tributo. Aunque, como todo el mundo sabe, carece de trascendencia práctica esa posible distinción, puesto que una y otra son operaciones gravadas sin distinción práctica de su régimen jurídico-fiscal.

Este planteamiento puede ser completado desde otra perspectiva. Hemos repetido que el IVA grava, en general, la contraprestación de los bienes y servicios que son objeto del tráfico mercantil, y que ese concepto de contraprestación debe ser interpretado en su sentido más amplio, como expresan los preceptos sobre determinación de la base imponible, entendiéndose por tal cualquier cantidad que pueda calificarse como pago de la prestación principal o de las accesorias, con independencia del concepto por el que se formule o formalice. Por ello, cuando el IVA grava operaciones en las que esa contraprestación no existe realmente o no ha sido determinada (supuestos de autoconsumo o de operaciones en favor de los socios o asociados) hay que remitirse al valor de las mismas a los efectos de su gravamen. La consecuencia lógica es que si gravamos el precio de la operación, el pago, es decir, la entrega del dinero no puede ser entendida en sí misma como una operación sujeta al IVA, porque en tal caso estaríamos duplicando la exigencia del tributo.

La consecuencia es clara: las entregas de dinero que corresponden al carácter sinalagmático de las operaciones gravadas no pueden estar sujetas al IVA. Así lo expresa el artículo 7:

«No estarán sujetas al impuesto:

...

12. Las entregas de dinero a título de contraprestación o pago».

Obsérvese la precisa expresión del precepto: «a título de contraprestación o pago». ¿Puede entenderse que se entregan a ese título los depósitos de dinero en garantía o cauciones de dinerario en general? Evidentemente, no; nos remitimos a lo expuesto en el inicio de este trabajo. Por ello, el resultado es que esas cauciones están sujetas al impuesto en cuanto suponen un movimiento de fondos que en sí mismo constituye, o puede constituir, una operación habitual del tráfico de las empresas, que, no obstante, el propio legislador ha declarado luego exentas por las razones indicadas.

Por tanto, nuestra primera conclusión es que el supuesto analizado contiene una prestación de servicios que da lugar a una contraprestación de la misma satisfecha por los clientes del arrendador, el canon de arrendamiento, y a la constitución de una garantía, consistente en una caución de numerario, con el fin de responder del mantenimiento, integridad y devolución del bien. Ésta es la operación global sujeta al IVA conforme a las normas antes expuestas, entendiendo que tal sujeción alcanza tanto al arrendamiento como a la garantía. Pero para conocer su sometimiento real y efectivo al tributo debemos ahora distinguir entre uno y otro concepto.

3. Sometimiento al Impuesto sobre el Valor Añadido del canon de arrendamiento y exención del «depósito de garantía».

Por lo que respecta al primero, el canon de arrendamiento o precio de la prestación de servicios no debe, pues, suscitar ningún problema: la contraprestación percibida por el empresario está sujeta al IVA, dicho tributo debe ser en efecto percibido del cliente que abona el precio (repercusión obligatoria del IVA «sobre aquel para quien se realice la operación gravada», según el artículo 88.Uno de la ley), y ha de constar en el contrato como concepto incluido en la cantidad recibida por el arrendador.

Por lo que respecta al segundo, es decir, la garantía, que suele aparecer de forma separada en los contratos habituales como «garantía» o «depósito de garantía», debemos apresurarnos a decir que, a diferencia de las cantidades anteriores, esta caución de numerario, si bien está, en principio, sujeta al IVA, como queda explicado, está exenta del mismo a causa de un precepto específico de la Ley 37/1992. El artículo 20 dice lo siguiente:

«Uno. Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones:

...

18. Las siguientes operaciones financieras:

...

- f) La prestación de fianzas, avales, cauciones y demás garantías reales o personales, así como la emisión, aviso, confirmación y demás operaciones relativas a los créditos documentarios».

En esta misma línea se pronuncian las Resoluciones vinculantes de la Dirección General de Tributos de 24 y 31 de julio de 1987 (BOE de 13 y 14 de agosto del mismo año) que expresamente declaran exentas:

«La prestación de fianzas, avales, cauciones y demás garantías reales o personales, incluidas las diversas modalidades de avales, preavales, avales técnicos, avales comerciales y avales financieros».

Y una consulta contestada por dicha Dirección General el 7 de enero de 1999 (número 17/99) responde a la pregunta de una empresa a la que sus proveedores exigen aval bancario que garantice el pago de los suministros, pero con el compromiso de dichos proveedores de asumir los gastos provocados por ese aval; la empresa consulta sobre la posible tributación de los ingresos recibidos por este último concepto y la citada Dirección General, invocando el artículo 20.Uno.18 contesta:

«Los pagos por el aval bancario a que se refiere la consulta, realizados por el proveedor al consultante, constituyen la contraprestación de un servicio de garantía representado por el aval bancario que está exento del Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que no procede liquidar y repercutir el impuesto por dichos pagos efectuados por el proveedor al consultante».

De nuevo podemos ahorrarnos las posibles consideraciones sobre el alcance de los términos de este precepto. El concepto de «*garantía*» o «*depósito de garantía*» puede ser incluido dentro de las fianzas en el sentido amplio con que suele utilizar este término nuestro ordenamiento, según hemos dicho y, en todo caso, su exención queda amparada por la referencia general del texto legal a las «*cauciones*», puesto que estamos en presencia de una caución de numerario, a causa de la constitución de una prenda irregular de dinero, como quedó ya explicado.

Esta exención está prevista en el artículo 13.B).d).2 de la Sexta Directiva, en estos términos:

«la negociación y la prestación de fianza, cauciones y otras modalidades de garantía, así como la gestión de garantías de créditos efectuadas por quienes los concedieron».

La exención de la caución de numerario queda, pues, cubierta por este precepto. No hay disparidad entre las normas comunitaria y española que deba ser comentada a efectos de este estudio.

Hay por tanto una doble consecuencia fiscal del contrato de arrendamiento del bien mueble analizado, puesto que en él conviven una obligación principal (el arrendamiento) y una obligación accesoria (la garantía). Y según la normativa del IVA, la primera se articula en una prestación de servicios sujeta y efectivamente sometida al IVA, mientras que la segunda, como tal constitución de garantía, está inicialmente en el ámbito de sujeción del IVA pero posteriormente declarada exenta por un precepto específico.

Aunque en último extremo sea una decisión legislativa que debe ser aceptada como tal, es lógica esta exención. Se trata de una cantidad de dinero que no corresponde al concepto de contraprestación, o precio de los bienes y servicios, cuyo gravamen es el objetivo último y la regla general de este tributo. El empresario recibe ese dinero y lo hace suyo, por las razones y en la forma que ya quedaron explicadas; pero la constitución de ese depósito irregular hace nacer frente a dicho empresario un derecho de crédito de los clientes que constituyeron la caución. El IVA podría gravar, como regla general, las cantidades entregadas a ese título considerándolas sin más como un sumando del precio, o calificándolas como una autónoma entrega de bienes, en cuanto que la constitución de la garantía transmite el poder de disposición sobre el dinero entregado. Pero ha tenido en cuenta ese paralelo derecho de crédito y las características explicadas de esta «*propiedad temporal*», que le han llevado a declarar su exención. Además, ha venido a considerar las cauciones de numerario dentro de ese conjunto de «*operaciones financieras*» beneficiadas todas ellas por ese régimen de exención (más adelante nos referiremos al significado de estos términos).

4. Consideraciones sobre la norma de exención de las fianzas o cauciones.

4.1. «Prestación» de garantías.

También conviene aclarar para despejar cualquier duda sobre el tema que cuando el artículo 20.Uno.18.f) exige la «prestación» de fianzas o cauciones, se está refiriendo a la constitución de las mismas en cuanto obligaciones accesorias de una obligación principal, de manera que se incluyen en esa expresión las otorgadas o constituidas por los terceros con motivo de operaciones empresariales sujetas al IVA. Tales garantías encuentran su sentido en las obligaciones principales que deri-

van de esas operaciones, y no cabe separar unas y otras a efectos de la aplicación del IVA, o de la exigencia de distintos tributos. Nos remitimos a lo expuesto en la primera parte (en particular, final del número 8).

Aunque ocupándose de un caso diferente, en ese mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 (fundamento de Derecho sexto), según la cual las compras efectuadas por un empresario a particulares debían estar sometidas a IVA a causa del carácter empresarial de la actividad del adquirente.

¿Puede argumentarse que el «depósito de garantía» no está sujeto al IVA en la operación referida porque el garante, cliente del arrendador, no es un empresario o profesional, teniendo sólo carácter empresarial el acreedor garantizado? Nuestra respuesta es decididamente negativa.

Tal vez tendría sentido plantear esta cuestión en el supuesto de las fianzas en sentido estricto, es decir, cuando un tercero garantiza obligaciones no propias derivadas de actos o contratos en los que pueden, o no, intervenir empresarios en las posiciones activas y/o pasiva. La fianza de ese tercero es un elemento externo a la propia obligación garantizada. Pero si entendemos por fianza, como hace nuestro propio Derecho, según dijimos, también las cauciones de numerario, el planteamiento es radicalmente distinto. En este caso, hay un empresario en la posición de acreedor (puesto que ha entregado un bien o ha prestado un servicio) que exige al deudor la entrega de una cantidad de dinero en garantía como un componente más de las prestaciones que recibe, es decir, como una obligación accesoria impuesta por el propio empresario, sin intercesión de tercero alguno (como sucede en la fianza), en apoyo de la obligación principal. Aquí la caución de dinero aparece como una de las condiciones de contratación entre empresario y particular, y por tanto no puede pretenderse su separación a efectos del régimen fiscal aplicable: es una operación del empresario. Además, insistimos, la «prestación» de esa caución sólo puede ser entendida en Derecho como «constitución» de la misma en el contexto de operaciones inequívocamente gravadas por el IVA.

4.2. El caso particular de las cauciones de numerario relacionadas con envases y embalajes.

Una prueba contundente de que nuestras conclusiones son correctas y responden a la letra y al espíritu de la ley la encontramos en el caso particular de los envases y embalajes, al que nos referimos a continuación con la brevedad que la ocasión requiere.

Es sabido que la entrega por parte de los empresarios a sus clientes de envases y embalajes que deben ser objeto de posterior devolución da lugar con frecuencia a que aquéllos exijan cauciones de dinero en garantía de esa devolución. Como en el caso que nos ocupa, ese depósito puede ser de cantidad inferior, igual o superior al precio del bien garantizado. Pues bien; éste es el único caso en que la Ley 37/1992, siguiendo a la Sexta Directiva comunitaria, ha decidido que tal caución de numerario debe ser incluida en la base imponible del IVA. Así lo ordena en el artículo 78.Dos.6.º, cuando prevé la inclusión en la misma de cualquier cantidad exigida a los clientes «cualquiera que

sea el concepto por el que dicho importe se perciba». Este supuesto particular no queda, pues, protegido por la exención del artículo 20.Uno.18.f). O al menos así lo parece, porque el mecanismo es más complejo y tiene como resultado la exención práctica de la caución que garantiza la devolución del envase o embalaje.

En efecto; aunque, como acabamos de decir, el importe de esa caución se suma a la base imponible del IVA, la ley prevé más adelante en su artículo 80.Uno.1.º, al tratar de la modificación de la base imponible, que ésta se reducirá en el importe de los envases y embalajes susceptibles de reutilización que hayan sido devueltos. Tal reducción equivale, como es lógico, a la exención de las cauciones constituidas por los terceros, de manera que este último precepto confirma la regla general de que los depósitos en garantía analizados no están gravados por el IVA. Y si ello es así, debemos preguntarnos por qué razón se procede de esta manera en el caso particular de los envases y embalajes. La contestación es simple: el enorme número de operaciones de mercado que da lugar a cauciones de dinero para garantizar su devolución se traduciría en complejidad en la operativa del IVA si en todas y cada una de las facturas emitidas hubiera que desglosar esa caución o fuera necesario la emisión de un recibo específico por la misma; ello se traduciría, además en los consiguientes apuntes contables. De manera que la Sexta Directiva y nuestro legislador utilizan el mecanismo de gravamen inicial y posterior reducción de base imponible por el importe de lo gravado para evitar esa compleja mecánica.

Queremos dejar constancia de que en virtud de las razones antedichas compartimos la tesis última de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de abril de 1997; declara que deben incluirse en la base imponible cantidades entregadas como fianzas de envases y embalajes. Pero nos oponemos al razonamiento del Tribunal, que se limita a rechazar la aplicación de la exención con improcedentes razonamientos sobre el carácter de esas fianzas: «al ser las cantidades entregadas -dice la Resolución-, en este caso, a las que pudiera calificarse como fianzas, parte de una operación comercial o industrial, no financiera, no es de aplicación tal exención». Olvida, a nuestro juicio, que el cómputo en la base viene ordenado en este caso particular por el artículo 78.Dos.6.º de la Ley 37/1992, y que no hay fundamento legal para distinguir entre fianzas de operaciones comerciales, industriales o financieras, como si el carácter de la obligación principal pudiera condicionar o influir en la naturaleza de esa garantía. No obstante, el citado Tribunal ha repetido este planteamiento en su Resolución de 14 de marzo de 1999, con invocación expresa de su pronunciamiento anterior.

4.3. «Operaciones financieras».

Debemos referirnos ahora a la expresión «operaciones financieras» que aparece en el artículo 20.Uno.18, antes transcrito.

Con frecuencia, la doctrina que se ocupa del IVA ha puesto de manifiesto que cuando la ley utiliza esos términos no está limitando la exención de las operaciones relacionadas en ese apartado a aquellas que son realizadas por las entidades financieras, sino a las operaciones enu-

meradas cualquiera que sea la persona o entidad que las realice. Es decir, se trata de una exención objetiva y no subjetiva. La ley las ha calificado como «*financieras*» con el único deseo de establecer orden en el complejo artículo 20, buscando un denominador común o una forma de referencia habitual a todas las citadas en ese apartado [que alcanza nada menos que de la letra a) hasta la letra ñ)]. Pero en nuestro ordenamiento no hay un concepto de «*operación financiera*» del que pueda derivar limitación alguna a la aplicación de esta exención en función del sujeto que la realiza o de la finalidad última de la misma. El precepto legal utiliza aquí esas palabras en su sentido impropio o usual, interpretación que según el artículo 23.2 de la Ley General Tributaria debe prevalecer, cuando así proceda, sobre el sentido jurídico de los términos (que no pueden precisarse en nuestro ordenamiento) o sobre su significado técnico, en este caso económico (que vincularía la operación a movimientos de capital, a los que resulta imposible limitar las operaciones del número 18).

Por ello, ni siquiera sería oportuno intentar la construcción del pretendido concepto legal de operación financiera, sumamente problemático habida cuenta de las citadas en ese precepto. Nos limitamos a concluir que son tales las enumeradas en el repetido apartado, entre las que se encuentran expresamente contempladas las fianzas y cauciones, y que su calificación como financieras carece de relevancia jurídica, sin que en ningún caso pueda ser relacionado ese término con el ámbito de actuación de las designadas como «*entidades financieras*». Si así fuera, la Ley 37/1992 resultaría difícilmente aplicable dada la complejidad actual del panorama de las entidades financieras y la dificultad de determinar qué se entiende por tales sin una enumeración específica por la norma jurídica. A tal efecto nos remitimos a la normativa sobre entidades de crédito y financieras, donde podrá comprobarse que existen concretas relaciones de las mismas para la aplicación de las distintas normas y en ningún caso un concepto único que nos permita una inequívoca enumeración en ese abigarrado panorama (entidades de crédito, sociedades y agencias de valores, sociedades de inversión mobiliaria, sociedades gestoras de cartera, etc.). A todo ello añádase, además, la inexistencia de exenciones subjetivas en el IVA, salvo las derivadas de tratados internacionales.

Las Resoluciones vinculantes antes citadas de la Dirección General de Tributos de 24 y 31 de julio de 1987 precisan que las «*operaciones financieras*» exentas son todas las efectuadas por empresarios y profesionales en el desarrollo habitual de su actividad. Y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1993 afirmó con claridad que esas operaciones no pueden vincularse a «*los entes bancarios y financieros*», sino a los empresarios en general conforme a la Sexta Directiva.

4.4. Inclusión general en la base imponible de «*cualquier otro crédito efectivo*».

Antes hemos transcrito el artículo 78 de la ley sobre la determinación de la base imponible y hemos visto que se incluyen en el concepto de contraprestación «*cualquier otro crédito efectivo a favor de quien realice la entrega o preste el servicio, derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma*».

¿Podría aducirse el texto de esta norma para hacerla prevalecer sobre la exención de manera que la caución de numerario en cuanto «*crédito efectivo*» a favor del arrendador, conforme a lo pactado, derivado de la prestación principal, tuviera que ser incluido en la base imponible? Evidentemente no, porque ello significaría el desconocimiento de la norma singular de excepción contenida en el artículo 20.Uno.18.f) de la ley.

Dejando ahora a un lado la conocida tendencia del legislador fiscal a «*curarse en salud*» con amplias formulaciones legales que cierran posibles vías de escape a la aplicación efectiva de las normas, resulta evidente, y nos parece correcto conforme a técnica tributaria, que debe incluirse en la base imponible toda cantidad que corresponda a contraprestación de la prestación principal o de las accesorias, o, como dice el artículo 78, «*crédito efectivo*» a causa de las mismas. Lo contrario supondría, además, una enorme complejidad real en la mecánica del IVA. Pero también nos parece indiscutible que el depósito analizado no es contraprestación, sino garantía; y en segundo lugar, que en ningún caso formarían parte de dicha base imponible conceptos expresamente exentos por la ley, como es el caso de las cauciones, aunque ésta no lo diga expresamente en el artículo 78, puesto que sí lo establece singularmente en el artículo 20.Uno.18.f).

Conviene recordar en este punto la siguiente afirmación de la Resolución no vinculante de la Dirección General de Tributos de 22 de julio de 1986:

«No tienen el carácter de contraprestación, ni, en consecuencia, integran la base imponible del impuesto las cantidades de dinero entregadas al arrendador en concepto de fianza que deban ser devueltas al término del contrato al arrendatario».

Entendemos que la base imponible contemplada en dicho artículo 78 corresponde a «*las operaciones sujetas*» y no incluye cantidades, partidas o gastos que se derivan de operaciones exentas. Si la constitución de garantía está exenta, la cuantía de la misma no forma parte de la base imponible. En nuestra opinión, éste es el criterio que resulta de la interpretación de esa norma a la luz de la Sexta Directiva.

Efectivamente, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1993, el legislador español tuvo que modificar la Ley del IVA para excluir de la base imponible los intereses devengados por pagos aplazados y satisfechos con posterioridad a la entrega del bien o prestación del servicio, al entender que ello tenía su justificación en la concesión de un préstamo del suministrador o prestador del servicio al consumidor, préstamo que está exento de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.B).d).1 de la Sexta Directiva. La Ley 23/1994, de 6 de julio, modificó la Ley 37/1992, del IVA, introduciendo a nivel de Derecho positivo interno dicho criterio jurisprudencial.

El citado precepto de la Sexta Directiva incluye como exentas las fianzas en su número 2, lo que quiere decir que el tratamiento que ha de dársele a éstas es el mismo que a los préstamos, esto es, su calificación de exentas, y por tanto, su exclusión en la base imponible.

5. Conclusión. Exención del Impuesto sobre el Valor Añadido de la llamada «garantía» o «depósito de garantía».

Nuestra conclusión es la siguiente: la «*garantía*» o el «*depósito de garantía*» que venimos examinando está exento de IVA por obra del artículo 20.Uno.18.f) de la Ley 37/1992, y esta norma guarda la debida correspondencia con lo establecido en el artículo 13.B).d) de la Sexta Directiva, que declara igualmente esa exención. Se trata de un supuesto inequívoco de exención, ya que así lo formula expresamente la norma y dado que la definición del hecho imponible del tributo permitiría, en principio, el gravamen de la constitución de garantías, y, en particular, de las cauciones de dinero.

6. No sujeción de la operación estudiada al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Si el depósito analizado está exento del IVA, ¿debe tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)?

Este tributo está regulado en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba su Texto Refundido, y por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprueba su Reglamento. Como es sabido, contiene tres modalidades distintas de gravamen; incluso, conforme a alguna opinión de los autores que lo analizan y la doctrina jurisprudencial expresa, puede entenderse que coexisten en su seno tres impuestos diferentes. Nos referimos, claro está, a «*Transmisiones Patrimoniales*», «*Operaciones Societarias*», y «*Actos Jurídicos Documentados*». Puesto que carece de sentido pensar que el contrato estudiado encierre ningún tipo de operación societaria, analizaremos la incidencia en la misma de las modalidades «*Transmisiones Patrimoniales*» y «*Actos Jurídicos Documentados*».

El artículo 4.Cuatro de la Ley 37/1992, reguladora del IVA, dice así:

«Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto "*transmisiones patrimoniales onerosas*" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».

No transcribimos las excepciones a esta regla general que a continuación recoge esta norma en sus apartados a) y b) porque hacen referencia a supuestos absolutamente ajenos al caso que nos ocupa (operaciones relacionadas con bienes inmuebles y con transmisiones de determinados valores).

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/1993 establece lo siguiente en su artículo 7.5:

«No estarán sujetas al concepto de "*transmisiones patrimoniales onerosas*" regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido...».

Tampoco ahora transcribimos los párrafos siguientes de esta norma que establecen como excepción el gravamen de operaciones exentas relacionadas con bienes inmuebles.

Hay un precepto similar en el reglamento (art. 31.2).

Es evidente que si no existieran estas disposiciones sobre la incompatibilidad entre ambos tributos, o si se tratara de un arrendamiento de bienes muebles no sujeto al IVA, estaría sometido a ese concepto «*transmisiones patrimoniales*», según lo dispuesto en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido, que incluye dentro del hecho imponible a los «*arrendamientos en general*», quedando obligado el arrendatario como contribuyente [art. 8.f)], y el arrendador como responsable subsidiario, en su caso [art. 9.1.b)]; serviría de base imponible la cantidad satisfecha por el período de duración del contrato, o por seis años, si aquél no consta [art. 10.2.e)] y se aplicaría sobre ella un tipo del 4% [art. 11.1.b)].

Para completar el esquema legislativo, hay que recordar, además, que, el concepto «*transmisiones patrimoniales*» incidiría también sobre las garantías, puesto que el artículo 7.1.b) que delimita el hecho imponible se refiere, expresamente a las fianzas y, en general, a la constitución de derechos reales. Y el artículo 10.1.c) dicta reglas especiales para la determinación de la base imponible en el supuesto de prenda, que no sería aplicable al caso estudiado, si entendemos referida esa norma a la prenda regular, debiéndose aplicar entonces lo dispuesto en el siguiente apartado d) sobre fijación de la base en los derechos reales por el valor que las partes hubieran pactado al constituirlos. Resultaría sujeto pasivo del tributo la persona o entidad a cuyo favor se hubiese constituido el derecho [art. 8.c)] y se aplicaría a la caución el tipo del 1% [art. 11.c)].

Sin embargo, ninguna de esas disposiciones será de aplicación al contrato de arrendamiento estudiado, ni a la caución de numerario exigida por el arrendador. El arrendamiento y esa caución, según ha quedado explicado, están sujetos al IVA conforme a la delimitación del hecho imponible de este tributo y, posteriormente, la caución queda exenta por decisión expresa del propio legislador. Resultan, pues, de aplicación el artículo 4.Cuatro de la Ley 37/1992, y el artículo 7.5 del Texto Refundido, antes transcritos, de manera que por tratarse de ope-
.../...

.../...

raciones sujetas al IVA no pueden ser, al mismo tiempo, operaciones sujetas a «transmisiones patrimoniales onerosas». El hecho de la posterior exención en el IVA de la prenda irregular de dinero no puede implicar la sujeción al ITPAJD, puesto que este resultado sólo se produce para determinadas operaciones sobre inmuebles y valores absolutamente ajenos a la caución estudiada.

Esta incompatibilidad entre IVA y «transmisiones patrimoniales onerosas» ha sido reconocida por el Tribunal Supremo. Así, en su Sentencia de 1 de octubre de 1996 (Sala Tercera) afirma:

«El error interpretativo en que ha incurrido la Administración Pública y que ha arrasado a la sociedad apelante es no haber comprendido que la parte del artículo 7.º, apartado 5, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 30 de diciembre de 1980, según la redacción dada por la Disposición Adicional de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, reguladora del IVA, que dispone: "No están sujetos al concepto de 'Transmisiones patrimoniales onerosas' del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las operaciones enumeradas anteriormente (los supuestos más importantes de transmisiones onerosas y de constitución de derechos reales, préstamos, fianzas y operaciones análogas) cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, y, en cualquier caso, cuando constituyen entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetos al IVA", no pretenden delimitar *per se* el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sino sólo definir la no sujeción a este tributo, por sujeción de la operación al Impuesto sobre el Valor Añadido». (Fundamento de Derecho quinto).

Advertimos que la normativa citada por el Tribunal Supremo es similar en este punto a la actualmente vigente.

Debe dejarse expresa constancia de que la exigencia de tal garantía ha de cumplir los dos requisitos exigidos por el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, ya transcrito.

Dice este precepto literalmente que no serán consideradas como «transmisiones patrimoniales onerosas», ni por tanto sujetas a ese tributo, las operaciones «realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial»; es indudable que éste es el supuesto estudiado, hasta el punto que no es necesario hacer mayor comentario sobre el tema. Además, dice también esa norma que tampoco procederá la exigencia del ITPAJD «en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido»; y esperamos haber demostrado que así es por lo que respecta al depósito de numerario que nos ocupa. De manera que vemos bien fundada nuestra conclusión.

A mayor abundamiento, hemos de citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de enero de 1996, que en su fundamento de Derecho séptimo se refiere al artículo 7.5 del Texto Refundido en los siguientes términos:

«Este precepto utiliza, para determinar la no sujeción por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, dos criterios distintos, siendo suficiente con que se den las circunstancias correspondientes a uno sólo de ellos. El primer criterio es que se trate de operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, estén o no sujetas tales operaciones al Impuesto sobre el Valor Añadido. Esta precisión es fundamental, porque no existe una identidad absoluta entre el tráfico empresarial, en su totalidad, y el hecho imponible del Impuesto del Valor Añadido.

...

El segundo criterio para determinar la no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales consiste en que las operaciones (entregas de bienes y prestaciones de servicios) estén sujetas a IVA. Éste es el supuesto más frecuente...».

El Tribunal Económico-Administrativo Central ya había admitido en su Resolución de 5 de febrero de 1992 ese planteamiento:

«CONSIDERANDO 5.º: Que la declaración de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de la operación de venta empresarial sin cese de la actividad, ha de completarse en lo referente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales con el artículo 7.5 de su Texto Refundido que ordena que no estarán sujetas las operaciones de transmisión onerosa de bienes cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido; lo cual en la materia que nos ocupa supone que, de un lado, una operación sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido no está sujeta por el concepto de transmisión patrimonial onerosa; y de otro que, aun siendo, como en el caso estudiado, una operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, tampoco lo estará a dicha modalidad del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales cuando se trate de operación llevada a cabo por empresario o profesional en el ejercicio de su actividad; esto es, un tipo de actuación que, de no mediar, como en el caso aquí debatido, una declaración legal de no sujeción, caería de lleno en el ámbito de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido».

Llegados a este punto tal vez sea oportuno recordar la diferencia conceptual que existe entre supuestos de no sujeción y de exención, para que quede fuera de duda que por estar la operación analizada sujeta y luego exenta de IVA no puede quedar sujeta al ITPAJD.

7. Sobre la diferencia entre supuestos de no sujeción y de exención.

La Ley General Tributaria define en su artículo 28 el hecho imponible. No se trata de un precepto especialmente afortunado desde el punto de vista técnico, y la doctrina ha puesto de manifiesto a partir de su promulgación algunos defectos de esa definición, que no sólo derivan de deficiencias técnicas de su formulación, sino de la propia dificultad del tema, habida cuenta que ese hecho imponible debe contener nada menos que la delimitación del ámbito de aplicación de cada tributo, en sus aspectos objetivo y subjetivo. Salvo que se procediera a una casuística descripción, siempre resultará difícil la redacción del precepto general que pretende recoger el presupuesto de hecho gravado. El legislador es consciente de ello, y aunque ahora no nos interesa este asunto, sí debemos traer a colación la consecuencia expresada en el artículo 29, porque esta norma prevé que la ley podrá facilitar la determinación del hecho imponible «mediante la mención de supuestos de no sujeción». Pretende así una delimitación negativa del presupuesto gravado, refiriéndose a casos próximos o limítrofes que deben quedar fuera del mismo.

Son, pues, operaciones sujetas todas aquellas que quedan incluidas en el ámbito del hecho imponible conforme a la delimitación del mismo llevada a cabo por la ley de cada tributo. Mientras que operaciones no sujetas sólo serán aquellas que no tengan cabida en ese presupuesto de hecho.

No existe en la Ley General Tributaria ningún precepto que nos defina la exención, aunque su existencia aparece prevista y admitida en múltiples normas, tales como los artículos 10.b), 14, 15 y 17.c) por citar sólo los que aparecen en su Título Primero, «Normas tributarias», Capítulo Primero, «Principios generales». Y es oportuno recordar que la misma Constitución admite la existencia de beneficios fiscales, que ordena establecer en virtud de ley (art. 133.3). En cualquier caso, la doctrina ha dejado bien sentado el concepto de exención, que a diferencia de la no sujeción, se refiere a supuestos o presupuestos de hecho que estando incluidos en el hecho imponible conforme a la formulación legal de éste, quedan posteriormente liberados total o parcialmente de la carga fiscal por cualquier razón admisible en Derecho, compatible con los propios principios constitucionales de justicia tributaria, que el legislador ha considerado causa suficiente para que produzca ese efecto.

La Ley 37/1992 acude, en efecto, a esta técnica de determinación del hecho imponible del IVA; su artículo 7 se ocupa de enumerar «operaciones no sujetas al impuesto». Ninguna de las que allí aparecen está directa o indirectamente referida a la constitución de garantías, como puede comprobarse. Si a ello añadimos que, como esperamos haber fundamentado, los preceptos sobre el hecho imponible permiten incluir, en principio, entre las operaciones gravadas las cauciones de numerario, resulta evidente que éstas están en principio sujetas al IVA y que la posterior norma de exención, el artículo 20.Uno.18.f), es técnicamente correcta, en el sentido de que contiene realmente una exención y no un supuesto de no sujeción indebidamente formulado como tal.

El artículo 7.5 del Texto Refundido sí está estableciendo un supuesto de no sujeción, como expresamente manifiestan sus términos, al excluir de este impuesto operaciones gravadas por otro tributo, pues de lo contrario se estaría produciendo una duplicidad inadmisibles desde el punto de vista de la técnica fiscal conforme a las propias opciones de nuestro legislador.

Nuestra conclusión puede ser expuesta con brevedad: las fianzas o cauciones dinerarias están exentas del IVA porque así lo expresa la Ley 37/1992. La exención implica la previa sujeción. Y la sujeción al IVA tiene como consecuencia automática la no sujeción a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», como establecen la propia Ley 37/1992 y el Texto Refundido. Las normas analizadas son, además, técnicamente correctas, pues corresponden formal y sustancialmente a los referidos conceptos.

8. No sujeción de la operación estudiada al concepto «actos jurídicos documentados».

Este último problema puede ser despejado con facilidad. Como dijimos en su momento, carece de sentido preguntarnos si puede afectar al contrato de arrendamiento del bien mueble el gravamen de las «operaciones societarias», segunda modalidad del ITPAJD, puesto que es manifiesto que no nos encontramos ante ningún acto o contrato que pueda tener ese carácter. En cambio, sí debemos preguntarnos por la procedencia de aplicar a ese contrato la modalidad «actos jurídicos documentados», puesto que nos encontramos en presencia de un «documento mercantil», el citado contrato, que puede quedar sometido al tributo conforme al artículo 27.1.b) del Texto Refundido.

Sin embargo, la lectura del artículo 33.1 de esa norma nos saca de dudas:

«Están sujetas las letras de cambio, los documentos que realicen función de giro o suplan aquéllas, los resguardos o certificados de depósitos transmisibles, así como los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación establecida por diferencia entre el importe satisfecho por la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento».

Ni el arrendamiento del bien, ni la cláusula adicional de garantía tienen nada que ver con el hecho imponible descrito por la norma.

Así pues, el contrato de arrendamiento del bien y el llamado «depósito de garantía» o la «garantía» no están sujetos al concepto «actos jurídicos documentados».

9. Conclusión general.

Puesto que la «*garantía*» o el «*depósito de garantía*» que hemos estudiado debe ser entendido como una fianza en sentido amplio, es decir, como una prenda irregular o caución de numerario, llegamos a la conclusión de que se trata de una obligación accesoria de quienes contratan con el empresario que la exige dentro del tráfico habitual de su actividad empresarial que, por ello, queda sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, existiendo, no obstante, una específica exención de las cauciones. Este carácter de operación sujeta y posteriormente exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido hace que no pueda resultar de aplicación la modalidad de «*transmisiones patrimoniales onerosas*» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sin que tampoco proceda el sometimiento a la modalidad de «*actos jurídicos documentados*», por tratarse de un documento mercantil ajeno al ámbito del hecho imponible del mismo.

Por estas mismas razones, cuando proceda la devolución del depósito tampoco producirá consecuencia fiscal alguna en relación con los tributos citados.

Ésta es, pues, nuestra opinión, que esperamos haber fundamentado suficientemente, y que, no obstante, sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. SOBRE LA PRIMERA PARTE

La bibliografía sobre los negocios irregulares, y en concreto los celebrados en función de garantías, es muy extensa, pero, en términos generales, repetitiva. Por ello, al elaborar esta nota se ha optado por las obras y estudios generales más significativos y aquellos que analizan en concreto los problemas específicos del efecto traslativo del mal llamado «*depósito en garantía*».

CRUZ MORENO: *La prenda irregular*, Dirección General de Registros y del Notariado, 1995.

- DALMARTELLO: voz «Pegno irregolare», en *Novissimo Digesto Italiano*, XII.
- DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- DE SIMONE: *Los negocios irregulares*, Edersa, 1956.
- LACRUZ: «La causa en los contratos de garantía», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981.
- LÓPEZ Y LÓPEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII-2.º, Edersa, 1995.
- Voz «Dinero» y voz «Obligación pecuniaria», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, volúmenes II y III, respectivamente.
- NICOLÓ: «Deposito cauzionale e titoli di credito. Effetto traslativo», *Rivista di Diritto Civile*, 1939.
- RUGGIERO-MAROI-DE CUPIS: *Istituzioni di Diritto Civile*, Messina, 1972.
- SIMONETTO: «Sulla natura della cauzione», en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1954,II.
- VITTORIA: voz «Pegno (Il pegno irregolare)», *Enciclopedia Giuridica Italiana Treccani*, XII, 1990.

2. SOBRE LA SEGUNDA PARTE

Como texto de la Sexta Directiva, actualizado, hemos manejado la edición de J. CALERO, R. NAVAS y S. RAMÍREZ (Editorial Tecnos, 1997).

Sobre la doctrina administrativa, hemos utilizado la reciente obra *Impuesto sobre el Valor Añadido. Doctrina de la Dirección General de Tributos*, publicada en 1997 por el Ministerio de Economía y Hacienda.

Como monografías específicas sobre el IVA, deseamos citar expresamente las siguientes:

- ABELLA POBLET, E. y DEL POZO LÓPEZ, J.: *Manual del IVA*, El Consultor de los Ayuntamientos, 1996.
- ALONSO, LUIS M.; CORONA, JUAN F. y VALERA, F.: *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Cedecs, 1997.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ASESORES FISCALES (VV.AA.) *El IVA español: perspectivas y valoración del proceso de armonización fiscal*, Monografía número 14, 1999.
- CALVO ORTEGA, R. (como Director): *El IVA en España*, Editorial Lex Nova, 1987.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *IVA operaciones sujetas*, Editorial Aranzadi, 1997.

DE LUIS DÍAZ-MONASTERIO, F.: *El Impuesto sobre el Valor Añadido y las Entidades Financieras*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1995.

MATA SIERRA, M. T.: *La armonización Fiscal de la Comunidad Europea*, 2.ª edición, Editorial Lex Nova, 1996; *El IVA comunitario: configuración del sistema definitivo*, Editorial Lex Nova, 1995.

PÉREZ HERRERO, L. M.: *La Sexta Directiva Comunitaria del IVA*, Cedecs, 1997.

RAMÍREZ GÓMEZ, S.: *El Impuesto sobre el Valor Añadido*, Editorial Civitas, 1994; *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Materia de IVA. Estudio sistemático e incidencia en la regulación española del Impuesto*, Editorial Aranzadi, 1997. Este autor ha redactado también el capítulo sobre el IVA del libro colectivo *Manual del Sistema Tributario Español*, Editorial Civitas, 7.ª ed. 1999.

ZURDO RUIZ-AYÚCAR, J.: *Tratado sobre el IVA (Comentarios a la Ley 37/1992 y al RD 1624/1992)*. Centro de Estudios Financieros, 1993.

A estas monografías conviene añadir dos artículos de FALCÓN Y TELLA, R.: «La compatibilidad del IVA con Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en *Impuestos*, II/1993; y «La no inclusión de los intereses en la base imponible del IVA» en *Impuestos*, I/1994.

Dada la referencia que hemos hecho al régimen de los envases y embalajes, nos remitimos también a GARCÍA NOVOA, C.: «Comentarios a los aspectos fiscales de la Ley de Envases», *Impuestos*, número 23, 1997.

En cuanto al ITPAJD citaremos los dos últimos Manuales Generales, en el segundo de los cuales puede consultarse abundante bibliografía:

COLOMER, C. y CARRASQUER, M. L.: *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Fundación Universitaria San Pablo-CEU, 1997.

MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, 4.ª Edición, M. Pons, 1996.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *El Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales*, Bosch Ed., Barcelona, 1996.

Por supuesto, también hemos consultado los capítulos correspondientes a ambos tributos en los manuales al uso que los exponen y desarrollan con suficiencia. Ya antes hemos citado el que contiene la aportación de RAMÍREZ GÓMEZ, S. sobre el IVA. Entre los demás manuales (de los que sólo nos remitimos al capítulo del IVA, dado el contenido de este trabajo), citamos:

CAYÓN GALIARDO, A. (como Director): *Los Impuestos en España*, 4.ª edición, Editorial Aranzadi, 1999.

FERREIRO LAPATZA, J. J.; MARTÍN QUERALT, J.; CLAVIJO, F.; PÉREZ ROYO, F.; TEJERIZO, J. M.: *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular*, 15.ª edición, Editorial M. Pons, 1999. El capítulo sobre el IVA ha sido redactado por TEJERIZO, J. M.

LASARTE, J. (como Coordinador): *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo III, «Sistema Tributario Estatal», 2.ª edición, Editorial Comares, 1997. Los capítulos sobre el IVA han sido redactados por COLLADO, M. A. y LUCHENA, G. M.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19.ª edición, Editorial Tecnos, 1999.