

LA PROBLEMÁTICA TRIBUTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE BIENES CON OFERTA DE RESTITUCIÓN (LEY 43/2007)

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY
Universidad Rey Juan Carlos

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, don Abelardo DELGADO PACHECO, don Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL, don Alberto MONREAL LASHERAS, doña Marta VILLAR EZCURRA y don Juan ZORNOZA PÉREZ.

Extracto:

EL objeto del presente trabajo tiene como finalidad analizar el régimen tributario de la contratación de bienes con oferta de restitución. Dichas actividades están actualmente reguladas en la Ley 43/2007 y con anterioridad lo estaban en el disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. Se califican mercantilmente como actividades de consumo, de compraventa e intermediación, y expresamente se establece que no pueden ser consideradas como actividades financieras. No existe mención alguna en sendas normas al régimen tributario ni contable (este afecta en tanto la calificación contable tendrá incidencia en el ámbito del IS). Sin embargo, se han planteado dudas sobre si el régimen jurídico de estas actividades debe ser considerado fiscalmente como un préstamo o depósito, atendiendo a su verdadera naturaleza económica, o bien como actividades mercantiles, conforme se dispone en su regulación sustantiva. El marco tributario y contable es antagónico, pues calificar la actividad como venta daría lugar a beneficios en el IS, a tributar en concepto de ganancias de patrimonio en el IRPF y a considerar entregas de bienes gravadas en el IVA. Si se entiende que la verdadera naturaleza es financiera –captación de ahorro–, como ha mantenido la DGT en el ámbito del IRPF, se consideraría que no ha habido transmisión de bienes sino una suerte de depósito o préstamo con garantía real, lo que hace que no hubiera que tributar en el IS y en el IRPF nos encontraríamos ante rendimientos del capital mobiliario sujetos a retención. El IVA, sin embargo, plantearía más problemas. Lo que se recoge en este trabajo es la vieja polémica de la interpretación económica cuando ciertas figuras están entre lo financiero y lo mercantil. Polémica que alcanza una nueva dimensión en el ámbito contable con la entrada en vigor de la nueva reforma contable (Ley 16/2007 y RD 1514/2007, PGC), donde legalmente se ha establecido la obligación de contabilizar con arreglo al verdadero fondo económico de las operaciones con independencia de su forma jurídica. A juicio del autor, la actual situación vulnera la seguridad jurídica, y la regulación tributaria y contable debería haberse solventado expresamente por el legislador.

Palabras clave: actividad financiera y actividad mercantil, interpretación económica, autonomía del Derecho financiero, seguridad jurídica, ganancia de patrimonio, rendimiento del capital mobiliario, resultado contable, simulación y bienes con pacto de recompra.

Sumario

1. Introducción.
2. Regulación mercantil de la actividad de comercialización de ciertos bienes con pacto de recompra.
 - 2.1. Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.
 - 2.2. Ley 43/2007 de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.
 - 2.3. Problemas tributarios derivados de la incompleta regulación de la contratación de bienes con oferta de restitución en el precio.
3. Calificación jurídica en el ámbito del IRPF: ¿rendimientos del capital mobiliario o ganancia de patrimonio?
 - 3.1. El tratamiento en el TRLIRPF (RDLeg. 3/2004) y en el RIRPF 1775/2004.
 - 3.2. La LIRPF 35/2006, el RIRPF 439/2007, la Ley 43/2007 y la inexistencia de mención a la tributación de bienes con oferta de restitución del precio.
4. Calificación jurídica en el ámbito del IVA: ¿exención por operación financiera?
5. IS y Derecho contable.
 - 5.1. El régimen contable y tributario con el PGC 1643/1990.
 - 5.2. El régimen contable y tributario con el PGC 1514/2007 y la Ley 43/2007.
6. Contingencias fiscales y contables en el ámbito de la tributación de los bienes con oferta de restitución en el precio.
7. La ausencia de regulación tributaria y la vulneración del principio de seguridad jurídica (conclusiones).

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La comercialización de ciertos bienes (sellos, obras de arte, monedas) con obligación de encontrar otro comprador –intermediación– o bien recomprar en el caso de que no se encuentre ha tenido, y está teniendo actualmente, una vida *tributaria* ciertamente convulsa. Nos referimos a las actividades reguladas primeramente en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, que fueron excluidas por el propio legislador como actividades *financieras* siendo calificadas como operaciones vinculadas al tráfico mercantil. Sin embargo, no había ninguna norma tributaria específica que regulara esta actividad. Esto hizo que se cuestionara que con independencia de cuál fuera el tratamiento sustantivo si tributariamente, en su *fondo económico*, deberían ser calificadas como operaciones de préstamo con garantía de bienes tangibles.

La asimilación *económica* al préstamo supondría que tanto en las cuentas anuales como en el Impuesto sobre Sociedades (IS) de la entidad comercializadora el registro de la operación fuera asimilable a un depósito de dinero o préstamo, por lo que la actividad propia de venta de bienes tangibles no daría lugar a ingresos ni se entendería que los bienes han salido del activo de la entidad (contabilizándose por su coste histórico). Por su parte, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) nos encontraríamos ante rendimientos del capital mobiliario sometidos a retención. Y en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) cabría preguntarse si la operación está exenta o no por considerarse operación financiera. Por el contrario, si contable y tributariamente la actividad se calificara como mercantil, cada transmisión de bienes tangibles daría lugar a un ingreso que se gravaría en el IS y, en consecuencia, se consideraría que el activo ha salido de la propiedad de la empresa. En consecuencia, en el IVA habría una entrega de bienes plenamente sujeta, mientras que en el IRPF podría entenderse que nos encontramos ante ganancias de patrimonio no sometidas a retención. Además, la calificación como ganancia de patrimonio haría que no hubiera retención y nos encontraríamos ante una fuente de renta no controlada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Es más, en el caso de que la entidad comercializadora actuara como mera intermediaria, la operación no sería declarada, en general, en la declaración anual de operaciones con terceras personas (arts. 31 y ss. del RD 1065/2007), por lo que no habría ni siquiera constancia de la transmisión. Se trata, por tanto, de una inversión que podría ser nicho para acoger rentas no declaradas.

La anterior situación no ha sido solventada por la Ley 43/2007, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio, a pesar de que la problemática tributaria específica se conocía porque había contestaciones de la Dirección General de Tributos (DGT) al respecto. Por el contrario, incide en la naturaleza comercial y en la necesidad de

excluir estas actividades del ámbito financiero. La norma, prácticamente, no hace mención alguna a menciones impositivas. Lejos de solventar la problemática, en el artículo 3, referido a la información precontractual, se señala que se debe informar de «La legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato» (k). De una forma un tanto extraña impone una obligación sobre algo que la norma no ha solventado y que debería haber sido afrontado de manera expresa por el legislador por un mero principio de seguridad jurídica. Es más, en el artículo 8, referente al régimen sancionador, se indica que las sanciones operan con independencia del régimen fiscal y contable aplicable. A esta norma específica hay que añadir la reforma contable producida en el año 2007 y que supone un cambio, a nuestro parecer, esencial en la contabilidad. La Ley 16/2007 de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su armonización internacional, con base en la normativa de la Unión Europea, dispone que para lograr la imagen fiel «en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica» (art. 34.2 del Código de Comercio). Este cambio es subrayado por la propia Exposición de Motivos, que señala que «se exige en última instancia una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización». Y esta filosofía impregna la totalidad del nuevo Plan General de Contabilidad que ya ha entrado en vigor (RD 1514/2007). Es más, en el apartado 14.2 a), referido a cuándo hay un ingreso, se señala que «Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia, cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa, y esta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista». Como puede verse, hay configurada una presunción de no ingreso, lo que hace que se considere un préstamo o depósito en el caso de que haya una obligación de recompra.

El marco que se presenta es antagónico, como no puede ser de otra manera si lo que se contrapone es si hay venta o préstamo. En principio, la opción presenta un panorama ciertamente desolador para las entidades comercializadoras; elijan ustedes entre no tributar por IS ni IVA y retener o no retener y sí tributar por IS e IVA. En cualquier caso, si las cantidades son importantes, supone poder incurrir en un posible delito por fraude fiscal o bien en retenciones, o bien en el IS y en IVA. Sustantivamente la cuestión parecía zanjada por la Ley 35/2003 y ahora por la Ley 43/2007; hay un contrato de compraventa de carácter comercial. Contablemente y tributariamente no hay norma expresa sobre la contabilización o tributación de las actividades de compraventa de bienes con la obligación de encontrar un comprador o, si no lo encuentra, con el compromiso de recomprarlo. Precisamente esta ausencia de regulación hace que se esté planteando si se realizan *económicamente* actividades financieras y, como tales, deberían tributar con arreglo a criterios financieros.

En el fondo, nos encontramos ante los viejos fantasmas del Derecho financiero que aparecen una y otra vez. La autonomía de esta rama del Derecho, las interpretaciones económicas de las transacciones jurídicas, la verdadera naturaleza de las operaciones, la posibilidad de que en cada tributo una misma operación sea considerada de manera distinta. En definitiva, sí es posible que la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007 hayan expresamente señalado que las entidades de comercialización de bienes tangibles realizan actividades mercantiles y no financieras y, sin embargo, que en alguno de los impuestos implicados dicha calificación pueda preterirse con base en su presunta *verdadera naturaleza económica*. El trabajo que aquí se presenta tiene por objeto examinar la difícil tributación de

esta actividad. Se va a comenzar con el análisis sustantivo de la comercialización de bienes tangibles, para estudiar posteriormente su tratamiento en el IRPF, el IVA y el IS. Este último tributo tiene una problemática adicional y es que la tributación va a depender de su registro contable, por lo que será necesario profundizar en cuestiones de Derecho contable y su relación con el IS. Por último, haremos mención a las contingencias derivadas de los problemas de calificación. Como puede verse, las cuestiones a abordar derivadas de la calificación económica son múltiples, requiriéndose un análisis interdisciplinar y de los principales tributos, con la complejidad que ello acarrea.

2. REGULACIÓN MERCANTIL DE LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN DE CIERTOS BIENES CON PACTO DE RECOMPRA

2.1. Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.

La actividad de comercialización de bienes tangibles estaba regulada hasta la entrada en vigor de la Ley 43/2008 en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva. En la misma se establecía, bajo el título de «Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes», que:

«Lo dispuesto en la presente disposición será de aplicación a la actividad, que se efectúe **profesionalmente**, llevada a cabo por cualquier persona física o jurídica que consista **en la formalización de un mandato de compra y venta de bienes u otro contrato que permita instrumentar una actividad análoga, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del cliente**, entregando a este, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada.

Los bienes a que se refiere el párrafo anterior serán los sellos, obras de arte, antigüedades, en todo caso, y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de ser objeto de dicha actividad.

Los que desarrollen la actividad a que se refiere el párrafo primero del presente apartado **no podrán realizar las actividades reservadas a las entidades de crédito**, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, entidades aseguradoras o reaseguradoras o a cualquier otra entidad inscrita en los registros del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y Dirección General de Seguros y fondos de pensiones.»

Como se puede comprobar, la disposición adicional cuarta contiene una prohibición; ninguna entidad que se dedique a la venta de bienes tangibles con obligación de encontrar un comprador y, en caso contrario, recomprarlo ella misma, puede realizar actividades reservadas a *entidades de crédito*. Resultaba necesario, por tanto, traer a colación la normativa reguladora de estas entidades. La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Ley 26/1988) dispone en su artículo 28:

«1. Sin perjuicio de lo previsto en el Título V ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las **actividades** legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de estas u otras que puedan inducir a confusión con ellas.

2. Se entenderán, en particular, reservadas a las entidades de crédito...

b) La captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores»¹.

El artículo 28 se ve completado con una norma de control, recogida en la disposición adicional décima de dicha norma (Ley 26/1988), en la que expresamente se dispone la necesaria intervención del Ministerio de Economía y Hacienda, que puede realizar por sí o a través del Banco de España las inspecciones necesarias para verificar qué entidades no autorizadas realizan captación de fondos del público². Y, naturalmente, el deber de control no es una potestad que pueda ejercerse libremente, sino que es un deber legal³.

Por tanto, a nuestro juicio, la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 era una norma jurídica incompleta que solo alcanzaba su plenitud interpretada con el artículo 28 de la Ley 26/1988, Ley

¹ Además del artículo 28, la Ley 37/1998 introdujo, como artículo de cierre, el artículo 26 bis en la Ley del Mercado de Valores (LMV), donde se señalaba que «Sin perjuicio de las actividades reservadas a las entidades de crédito, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, **ninguna persona o entidad podrá apelar o captar ahorro del público en territorio español sin someterse a este Título o a la normativa sobre inversión colectiva o a cualquier otra legislación especial que faculte para desarrollar la actividad antes citada**». Dicho artículo fue suprimido en la reforma realizada por el Real-Decreto Ley 5/2005 del Título III de la LMV.

² La disposición adicional décima de la Ley 26/1988 dispone:
«1. En relación con las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos, legalmente previstos para entidades de carácter financiero, **ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza**, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, para:

- Solicitar de los mismos el suministro de cualquier información, contable o de otra naturaleza, relativa a sus actividades financieras, con el grado de detalle y con la periodicidad que se estimen conveniente.
- Realizar, por sí o a través del Banco de España, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de confirmar la veracidad de la información a la que se refiere el apartado a) anterior o de aclarar cualquier otro aspecto de las actividades financieras de dichas personas o entidades.»

³ En el ámbito tributario, MALVÁREZ PASCUAL (2001, págs. 434 y 435) advierte que las potestades para el cumplimiento de una finalidad de interés general supone la obligatoriedad de su ejercicio, de tal forma que toda potestad funcional se caracteriza por su configuración como un poder-deber de ejercicio de la misma. Por consiguiente, al otorgarse una potestad, la Administración no puede dejar de ejercer la misma. Aunque sea a otros efectos, no hay que olvidar que el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de señalar que en la lucha contra el fraude fiscal y el necesario logro del principio de igualdad el deber de inspeccionar no es algo que deba quedar a la voluntad de la Administración: «La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a "un sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria» [STC 76/1990 (NFJ000802)].

de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ⁴. De esta manera, el conjunto de ambos preceptos ofrecería la siguiente estructura:

- (i) Las entidades de comercialización de bienes tangibles podían realizar una actividad de venta a cambio de un precio y comprometerse a enajenarlos por cuenta del cliente entregando a este el importe de su venta o pagando ella misma en el supuesto que no halle un tercero adquirente (recompra). El pago de la cantidad puede hacerse de manera única o fraccionarse.
- (ii) Estas entidades no pueden realizar una actividad reservada a entidades de crédito.
- (iii) Las actividades reservadas a entidades de crédito son la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros **u otras análogas**. Se trata de un criterio abierto.
- (iv) La ley está reconociendo, en consecuencia, que la comercialización de bienes tangibles con pacto de recompra no son actividades de captación de fondos reembolsables. Esto se ve reforzado por la mención explícita de la CNMV, quien en escrito de 14 de marzo de 2002 afirma que con relación a las actividades sobre bienes tangibles: «**No estamos ante una captación pública de ahorro**, ya que el dinero que se aporta **es el precio que se paga, en el contrato de compraventa**, a cambio de una cosa cierta que constituye su objeto (sellos, monedas, cuadros, antigüedades, inmuebles o cualquier otro de naturaleza tangible) **y que se entrega al comprador**, quien reconoce tenerla en depósito» ⁵.

Desde el punto de vista jurídico, el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2005) entiende que este tipo de actividades **son actividades comerciales y no pueden calificarse como actividades de naturaleza financiera** ⁶. En concreto, afirma que la «Ley 35/2003, de 4 de noviembre, excluye a dichas sociedades del ámbito normativo específico de las entidades financieras en sentido amplio. La ley parte de la idea de que la actividad desarrollada por estas personas ni tiene esencialmente carácter financiero ni participa de las características de las actividades propias del sector caracterís-

⁴ LARENZ (1994, pág. 253) advierte que las normas jurídicas singulares no están aisladas unas de otras, sino que muchas veces son normas jurídicas incompletas que solo al unirse producen la norma jurídica completa. En concreto, señala «que el alcance de las normas jurídicas particulares solo puede ser entendido en su conexión con la regulación total a que pertenecen y, además de ello, frecuentemente también con otras regulaciones y con la relación en que se encuentran estas regulaciones entre sí, se manifiesta especialmente cuando varias normas jurídicas o regulaciones concurren entre sí» (pág. 259).

⁵ La contestación de la CNMV, en escrito de 14 de marzo de 2002, está en la página web del diario *El Economista*. Por otra parte, en la propia página web de la CNMV, dentro del sector referente a advertencias, se señala expresamente que las empresas de bienes tangibles no son entidades financieras.

⁶ El profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2005) recoge las cláusulas contractuales de una de estas entidades: (i) Existe un contrato de comisión de compra donde la entidad se compromete a comprar por cuenta del cliente determinados bienes tangibles o, en caso de que no lo consiga, vendérselos de su propia reserva de existencias; (ii) Contrato de comisión de venta donde se ordena vender los bienes tangibles anteriormente adquiridos por un precio determinado y en el caso de no encontrar comprador, deben adquirirse por la propia entidad; (iii) En caso de que la entidad comercializadora de bienes tangibles actúe como intermediaria cobrará una comisión; (iv) Existe derecho del titular de los bienes tangibles, y como consecuencia de la anterior condición de que en caso de que no se encuentre comprador la cuantía la va a satisfacer la entidad, de recibir anticipos a cuenta aunque todavía no se haya realizado la compraventa, regularizándose al final de periodo; (v) Al adquirir los bienes tangibles los compradores pueden disponer de los mismos o bien realizar un depósito en la propia entidad, que normalmente será de carácter gratuito. Además, es necesario que exista un seguro de los bienes tangibles depositados.

tico del mercado de valores». **Su calificación es de comisión mercantil** y la comisión puede tener lugar mediante la aplicación de órdenes antagónicas de compra y venta de distintos clientes. Incluso en el caso de que finalmente sea la propia entidad la que adquiera la filatelia, al no encontrar un cliente, lo que se asimila económicamente a la denominada comisión de garantía, no se desnaturaliza la actividad de comisionista, sino que sirve para no generar incertidumbre al cliente de la posibilidad de que la operación no se lleve a cabo. De la misma manera, VICENT CHULIA (2006, Lección 15, documento obtenido por soporte informático sin paginación) señala que, con relación a la actividad de la Ley 35/2003 cuando se adquieren bienes tangibles «por cuenta de sus mandantes o comitentes para venderlos, en su caso "aplicando" órdenes antagónicas de compra y venta de aquellos y, si no existe contrapartida, "entrando" ellas mismas en los contratos, son y actúan como comisionistas, y, por tanto, no son entidades financieras ni celebran contratos financieros».

2.1.1. Comunicaciones institucionales sobre la comercialización de bienes tangibles.

Como consecuencia de un procedimiento judicial seguido contra dos entidades de bienes tangibles se plantearon diversas preguntas parlamentarias y también representantes de las instituciones han comparecido en las cámaras legislativas o ante comisiones de las mismas. Por lo que aquí interesa, queremos poner de manifiesto dos posturas distintas sobre las actividades realizadas por las entidades de bienes tangibles. La primera, del entonces presidente de la CNMV. La segunda, manifestaciones de representantes del Gobierno. El presidente de la CNMV, en comparecencia de 14 de junio de 2006 en la Comisión de Economía y Hacienda en el Congreso, expresamente señala que «La segunda conclusión a la que he llegado personalmente y que me da la impresión de que es compartida en buena medida por la CNMV es que la legislación vigente, que se contiene en **la disposición adicional cuarta de la Ley de instituciones de inversión colectiva, cometió un grave error técnico que el legislador debería enmendar cuanto antes. Ese gravísimo error técnico es permitir que entidades que no sean financieras asuman compromisos de recompra sobre bienes tangibles. Ese es un gravísimo error que es muy explícito en la norma, porque nada menos que en el primer párrafo de esa disposición adicional dice con claridad, yo diría con contumacia, que las entidades que comercialicen bienes tangibles quedarán al margen de la supervisión de cualquiera de los tres organismos financieros**, incluso aunque se comprometan frente al adquirente de esos bienes tangibles a recomprárselos si no los puede vender en mercado. Ahí estamos precisamente ante la figura del pacto de recompra, una figura de larguísima tradición en el derecho histórico español. Estamos en presencia de la **venta fingida o simulada, la mohatra o la barata. Todas ellas técnicas que pueden servir para encubrir operaciones de captación de ahorro financiero. Lo paradójico es que una norma de derecho positivo aprobada por este Parlamento permita a entidades no financieras realizar esa actividad sin sujetarlas a la supervisión de los organismos financieros** especializadas... si el activo no es un valor sino un bien tangible, la competencia **debe corresponder a quien supervisa la captación de depósitos bancarios al público, que es el Banco de España**. Lo principal, lo que a mi juicio es urgente, es que se modifique esa disposición adicional para que se prohíba de forma taxativa a aquellas entidades que no sean financieras la asunción de compromisos de recompra de bienes tangibles»⁷.

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 604. Comisión de Economía y Hacienda celebrada el miércoles 14 de junio de 2006.

La segunda de las manifestaciones son las realizadas por representantes del Gobierno, en especial las declaraciones de la titular del departamento de Sanidad y Consumo. Según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de 25 de mayo de 2006, la Ministra afirmaba su comparecencia que «debe modificarse la normativa... En este punto, el **criterio del Gobierno**, como ya expuse en la interpelación de la semana pasada es **que las sociedades que operan en el sector de los bienes tangibles no son entidades de crédito empresas de servicio de inversión o instituciones de inversión colectiva. Y además, en nuestra opinión no deben serlo, puesto que nos encontramos ante la compraventa de bienes, una simple actividad comercial, dado que los sellos no pueden ser calificados como asimilables a valores negociables.** Los sellos, como se sabe, son fungibles, su valor financiero no da derecho a una prestación monetaria, su valor facial corresponde al de las tasas postales, tienen caducidad y su valor real se deriva únicamente de su condición de bien objeto de colección, no son objeto de negociación en ningún mercado secundario de valores y, en definitiva, el dinero que se aporta es el precio que se paga por una cosa cierta y tangible, el sello, y no por un título valor. **En este mismo sentido, en la tramitación del proyecto de Ley sobre instituciones de inversión colectiva, en informes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Banco de España y de la Abogacía del Estado, se concluía que las sociedades de este tipo no podían ser consideradas como entidades de inversión... Pero creo que coincidimos en que es necesario completar el marco legal** al que se someten los bienes tangibles para aumentar la transparencia de estas empresas y la seguridad de los ciudadanos que invierten estos productos... **Desde luego, nosotros seguimos pensando que estos bienes no deben regularse como productos financieros, que debe completarse su regulación»**⁸. En cualquier caso, la calificación de estas entidades como no financieras implica que ni están supervisadas ni acceden a las garantías de depósitos o de inversiones. Estas consideraciones han sido reiteradas en otras comparecencias y en respuestas a preguntas parlamentarias. Especial consideración merece la contestación a la pregunta parlamentaria 184/078550 (BOCG, Serie D de 26 de septiembre de 2006), donde se afirma que en todo lo no establecido por la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 estas operaciones se rigen con carácter general por el Código Civil, el de Comercio y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que no cabe hablar de *vacío* normativo.

2.2. Ley 43/2007 de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

En el Consejo de Ministros celebrado el 29 de diciembre de 2006, la Ministra de Sanidad y Consumo presentó un Informe sobre el Anteproyecto de Ley que regularía los aspectos de protección de los consumidores y usuarios en la relación con las empresas que comercializan bienes tangibles⁹. El texto del anteproyecto presentado se limitaba a señalar, en lo que al aspecto fiscal atañe, que «Desde el punto de vista fiscal, la aprobación de la ley tampoco tendrá efectos sobre la recaudación tributaria».

⁸ Por su parte, en la Comparecencia del Vicepresidente Segundo y Ministro de Hacienda, don PEDRO SOLBES, en la Comisión de Economía y Hacienda, celebrada el 27 de septiembre de 2007 (Diario de Sesiones del Senado, núm. 506) señala que la regulación actual es de consumo y que no nos encontramos ante productos financieros que deban ser controlados por el Banco de España o la CNMV.

⁹ En http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20061229.htm.

Tras una tramitación un tanto conflictiva, donde el Partido Popular hizo una enmienda a la totalidad aduciendo el posible carácter financiero, se aprobó en el Congreso de manera definitiva el 29 de noviembre de 2007, entrando en vigor el día 15 de diciembre de 2007 (BOE de 14 de noviembre) ¹⁰. La ley consta de 8 preceptos. Y, por lo que aquí interesa, que es la naturaleza mercantil a los efectos de determinar su calificación tributaria, la norma establece en su Exposición de Motivos que:

«El artículo 1 define el ámbito de aplicación, poniendo el acento en lo que constituye la **auténtica naturaleza de la actividad mercantil**: la comercialización de bienes con oferta de recuperación del precio y, en la mayor parte de los casos, con ofrecimiento de revalorización. Aclarando, no obstante, para mayor seguridad que, en todo caso, se incluyen en el ámbito de aplicación de esta ley las actividades reguladas hasta ahora como comercialización de bienes tangibles.

Quedando claro en la norma que la actividad regulada no es financiera, se aborda la regulación de las relaciones jurídicas con los consumidores estableciendo mecanismos de transparencia en la información y garantías adicionales para la protección del consumidor.»

Y, en efecto, el artículo 1.1 señala que nos encontramos ante «el ejercicio de una actividad empresarial o profesional **no regulada por la legislación financiera**», mientras que el artículo 2.1 señala que las comunicaciones comerciales «no deberán inducir a confusión al consumidor con las actividades de tipo financiero, evitando la utilización de expresiones propias de este sector, tales como inversión, ahorro, rentabilidad, interés o equivalentes». Es más, constituye una infracción muy grave el incumplimiento de la misma. Por otro lado, las definiciones siguen siendo las mismas que en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 ¹¹.

La regulación se completa con un deber de formalizar una escritura pública (art. 4.1) y en el caso de que haya compromiso de restitución garantía prestada por establecimientos financieros que asegure individualmente al consumidor la cuantía del importe de restitución (art. 5). Es más, en la Exposición de Motivos se justifica esta regulación en que «La realidad ha evidenciado, no obstante, que el tráfico de este tipo de bienes, bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando el pacto de recompra se acompaña de una promesa o compromiso de revalorización cierto, hace que el consumidor atienda principalmente a la promesa de revalorización, y no preste atención suficiente a elementos importantes como las garantías ofrecidas para respaldar la mencionada promesa». Es decir, implícitamente se está reconociendo que lo que buscan los consumidores es la *rentabilidad* aunque eso no es suficiente para calificar una actividad como financiera.

¹⁰ El grupo Parlamentario Popular presentó una propuesta de veto en el Senado (BOCG, Serie II, 24 de octubre de 2007) en la que se señalaba que en el Proyecto de Ley se calificaba la actividad como mercantil cuando había dudas de que fuera financiera. Si fuera financiera, afirmaba que debería estar prohibida por ser una captación de ahorro. Por su parte, puede verse el debate en el Congreso de 25 de septiembre de 2007 (Diario de Sesiones núm. 895), donde el representante del Grupo Parlamentario Vasco señalaba que a su juicio estábamos ante operaciones financieras.

¹¹ En el artículo 1 de la Ley 43/2007 se señala que la actividad comercial consiste en que «a) Comercializan bienes mediante contratos de mandato de compra y venta de bienes y otros contratos que permitan realizar esta actividad, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del consumidor entregando a este, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada. b) Comercializan bienes mediante los contratos indicados en el párrafo anterior con ofrecimiento de revalorización, o en su caso, con garantía de restitución del precio de adquisición o cualquier otro importe».

Sobre aspectos fiscales o contables no hay regulación, aunque sí se mencionan. En el artículo 3.1, que regula la información contractual, se hace referencia a que debe constar el «Importe total del contrato, incluyendo impuestos...» [letra c)] y la «Legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato» [letra k)]. Y, por último, en el precepto referente a las infracciones y sanciones, se señala que «Lo dispuesto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la legislación estatal, o autonómica de carácter contable, fiscal y, en su caso, económica, a la que estén sometidas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley» (art. 8.5).

2.3. Problemas tributarios derivados de la incompleta regulación de la contratación de bienes con oferta de restitución en el precio.

Como hemos visto, no hay una sola referencia en la regulación de bienes con pacto de recompra, ni en la anterior ni en la actual, al régimen tributario. Es más, la mención expresa que se hace en la Ley 43/2007 sobre la necesidad de informar sobre la legislación y tratamiento tributario hace pensar en que su régimen no ofrece dudas y no es necesario afrontarlo. Sin embargo, la cuestión dista de estar clara.

Realmente, los problemas que afectan a la tributación se ven reflejados en las opiniones contrapuestas vertidas por el presidente de la CNMV y la titular del Ministerio de Sanidad y Consumo. Para el primero de ellos, la venta de bienes se trata de una venta fingida o simulada, se trata de una actividad que debería estar sometida a la supervisión del Banco de España como depósitos y, en definitiva, la disposición adicional cuarta era un *gravísimo* error técnico que hay que corregir¹². Por su

¹² Entendemos que cuando el Presidente de la CNMV se refería a venta simulada o fingida lo hacía en términos económicos, pues jurídicamente es difícilmente sostenible. En efecto, para que haya una simulación en Derecho es necesario que exista ocultación, de tal manera que la manifestación externa de las partes y su verdadera voluntad no coincidan [*vide*, por todos, ZORNOZA PÉREZ (2000, pág. 171) y PONT CLEMENTE (2006, pág. 151)]. Y en el caso de venta con obligación de encontrar otro comprador, o bien recomprar, no existe ocultación, pues las cláusulas contractuales son las realmente queridas por las partes. Es decir, si hubiera simulación, el negocio simulado sería el de compraventa, mientras que el real sería el de préstamo con garantía. De esta manera, el de comisión y compraventa serían nulos y aparecería el verdadero, que sería el de préstamo. En dicho caso, la tributación no presentaría duda alguna, pues el contrato de préstamo tiene un régimen definido. Una cuestión totalmente distinta es afirmar que un contrato de venta con la obligación de encontrar un comprador o bien recomprar la propia entidad se considere, económicamente, como una operación financiera. En este caso, ha habido transmisión efectiva de los bienes, pero su calificación en ciertos sectores se asimila al del préstamo. Pero ambos tratamientos son incompatibles jurídicamente; la simulación pasa por negar la transmisión de bienes mientras que la consideración económica la da por válida. Como ha señalado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de abril de 2002 (NFJ014076), la «**teoría de la simulación está justamente en función de la búsqueda de la verdadera naturaleza jurídica, lo que conceptualmente se encuentra en el extremo opuesto de admitir una naturaleza económica distinta de la jurídica**». Por tanto, cuando el Presidente de la CMNV se refiere a venta fingida, solo lo puede hacer en términos económicos; en su fondo económico, una venta con obligación de encontrar un comprador o recomprar la propia entidad es lo mismo que un préstamo.

El análisis sería distinto si el bien objeto de transmisión no tuviera el valor pactado. En este sentido, puede verse la STS de 11 de abril de 2007 [recurso 1092/2002 (NFJ026258)] referido al *lease-back*. En la misma, y conociendo de una maquinaria que estaba valorada en contabilidad por 21 millones de pesetas y que se vendió a una entidad de *leasing* por 400 millones, se afirma que «El recurrente sostiene que la operación *lease-back* es lícita, aserto que compartimos en abstracto. En lo que no estamos de acuerdo con él ni el órgano de gestión, ni esta Sala es que la específica operación contemplada en estos autos tenga esa naturaleza. Y no estamos de acuerdo porque el precio del bien, según resulta de los datos contables del recurrente (y tampoco se ha practicado prueba que acredite otra cosa) es muy inferior al pactado. **Y siendo esto así es patente que la financiación invocada es ficticia porque el bien que la sirve de soporte carece del valor que cubre esa financiación señala**».

parte, el titular del Departamento ministerial señalaba que hay una efectiva transmisión de bienes, que es una mera actividad comercial, que no debe ser supervisada por los organismos competentes en materias financieras y que había que modificar la ley no para corregir ningún error técnico, sino para completar la regulación. Y esa regulación ha sido la Ley 43/2007. Pero la regulación no ha afrontado los problemas impositivos.

En cualquier caso, las manifestaciones del presidente de la CNMV son muy reveladoras de lo que es la legalidad vigente de lo que son cuestiones de *lege ferenda*. A su juicio, la normativa es incorrecta, ya que entiende que si hay pacto de recompra, debería haber sido un depósito supervisado por el Banco de España. Y el problema, por lo que aquí respecta, es que la posición sostenida por el presidente de la CMNV puede ser cierta desde la perspectiva económica; nos podemos encontrar ante figuras con causa similar a los depósitos supervisados. En dicho caso, el legislador se ha alejado de dicha realidad económica y habría que analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de dicha actuación. Como ha señalado LARENZ (1994, págs. 414 y 415), la naturaleza de las cosas es de gran importancia en la conexión con la exigencia de justicia de tratar desigualmente lo desigual. Nos encontraríamos ante una contradicción axiológica, que tiene lugar cuando la solución que el ordenamiento jurídico atribuye a un determinado caso debería tener una solución distinta a la que el propio sistema articula y que da lugar a un resultado inadecuado o inaceptable de acuerdo con las exigencias externas ¹³. De esta manera, habría que ver si puede existir una vulneración de principios constitucionales en tanto situaciones idénticas *económicamente* son tratadas jurídicamente de forma totalmente distinta. En el caso de las entidades de bienes tangibles, la comparación sería con las entidades de crédito y por qué la tutela y tratamiento del ahorro privado en el caso de estas entidades es distinto que en la de los bienes tangibles ¹⁴.

Pero lo cierto es que la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007 establecen que las entidades de comercialización de bienes tangibles no realizan actividades reservadas a las entidades de crédito por su actividad típica ¹⁵. No realizan actividades de depósito,

¹³ RUIZ SANZ (2002, pág. 66 y ss.) advierte que las contradicciones pueden ser explicadas a través de dos tipos básicos, las normativas y valorativas. En este caso no hay antinomia jurídica en tanto existen campos de actuación distintos sobre cada materia. Nos encontraríamos en la segunda de ellas, en tanto la valoración del legislador sobre la protección de los ahorradores se vería arrinconada cuando se instrumenta mediante bienes tangibles. No obstante, señala este autor (pág. 69, nota a pie 132) que también puede suceder que el legislador busque intencionadamente la contradicción, que tenga interés en normar de forma incoherente. En este sentido, FROSINI (1995, pág. 125) señala que la cultura jurídica contemporánea «ha aclarado que el mensaje legislativo no es en sí mismo portador de racionalidad ordenada... Un mensaje, en cuanto se destina a incidir sobre el estado de desequilibrio existente en la relación entre el ordenamiento jurídico y la realidad social, puede ser también portador de irracionalidad y de ulterior desorden, porque conduce a una situación nueva basada en una fractura entre el orden existente y el orden futuro, que ha sido modificado por la innovación legislativa».

¹⁴ En la SAN de 19 de julio de 2006 [recurso 458/2004 (NFJ024020)] se afirma que la Ley 24/1988 abandonó la definición cerrada de valores, porque «la Ley pretendía evitar que una definición del concepto "valor" se lograra la exclusión de posibles distintas formas utilizadas en el mercado como instrumentos financieros, evitando así los controles administrativos destinados, no puede olvidarse en ningún momento, a garantizar los intereses del inversor».

¹⁵ MANUEL CONTHE (2008) señala que al no reconocer la naturaleza financiera la Ley 43/2007 «debería abochornar a quienes elaboraron y aprobaron tan hipócrita y defectuosa ley». GONZÁLEZ-MENESES (2007, pág. 71) calificaba el proyecto de Ley en que se ha plasmado la Ley 43/2007 como «absurdo e insensato» debido a que se ha obviado la verdadera naturaleza financiera de la actividad. En la editorial de la revista electrónica *Notario del Siglo XXI* (marzo-abril 2008) se afirma que «la norma proyectada supone un grave desacierto legislativo que difícilmente se puede corregir con algún

préstamo o análogas. Por tanto, la norma puede ser incoherente y haberse cometido un grave error técnico o ser una actuación querida por el legislador, pero, en definitiva, las normas vinculan mientras estén vigentes y no hayan sido derogadas o declaradas nulas por el Tribunal Constitucional, sean defectuosas o no. Y a los efectos de este trabajo partimos de la plena validez de la disposición adicional cuarta de la Ley 43/2007. Cuestión distinta es, como se afirma en la contestación a la pregunta parlamentaria 184/078550, que no hay vacío legal acudiendo a normas de Derecho privado para completar la regulación. A nuestro juicio, dar por válido que no hay vacío normativo implicaría reconocer que la totalidad de su régimen, en todo el ordenamiento, es de comisión y compraventa y no puede calificarse como financiero¹⁶. Sin embargo, entendemos que no es correcto sostener que no hay un vacío legal. Puede no haber lagunas en el ámbito sustantivo, pero la regulación de un determinado sector va más allá de su calificación como sector no financiero. Por lo que aquí interesa, nos referimos al Derecho tributario y al Derecho contable en tanto tiene efectos sobre el IS, donde nos encontramos ante la inexistencia de una solución precisa pero con la posibilidad de llegar a ella a través de diversas técnicas¹⁷. El problema es que en función de cómo se empleen dichas técnicas la respuesta puede ser una u otra, lo que a nuestro juicio incide en la seguridad jurídica de los operadores¹⁸. En definitiva, lo que planteamos es si puede tributar y contabilizarse algo como un préstamo o depósito, por su presunto fondo económico, cuando una ley sustantiva dispone que no es una actividad financiera y sí mercantil¹⁹.

retoque parcial, porque el error es de concepto y vicia de raíz toda la norma». CARRASCO PERERA (2007, pág. 2) señala que el entonces proyecto no se percató de que en estos negocios el interés prioritario es el financiero.

- ¹⁶ Podría aplicarse aquí el criterio de interpretación de no redundancia, en virtud del cual entre las posibles interpretaciones de una disposición debe elegirse aquella que no implique una repetición del legislador. O el criterio de plenitud, que expresa la necesidad de que la interpretación se haga desde la consideración del ordenamiento como un sistema completo o pleno. *Vide* DE ASÍS ROIG (1995, pág. 191).
- ¹⁷ Como señala DE ASÍS ROIG (1995, págs. 31 y 32), puede haber una norma que dé solución precisa al problema, o bien que no exista una norma con solución precisa, pero con posibilidad de llegar a una solución a través de diversas técnicas, o inexistencia de normas con solución precisa e imposibilidad de llegar a una solución a través de diversas técnicas.
- ¹⁸ Así, en la SAN de 18 de octubre de 2007 [recurso 605/2004 (NFJ026935)], referida a las cesiones de crédito, se señala que «la Sala considera que el sometimiento, la adecuación o la tipificación conforme a la mencionada **«normativa contable»** del Banco de España no puede convertirse en una cobertura **para la alteración de la auténtica naturaleza contractual, esto es, no constituye una garantía respecto de su auténtica configuración»**.
- ¹⁹ ROSEMBUJ (2008, documento obtenido en soporte informático sin paginación) ha afirmado que (la negrita es nuestra) «Un mismo hecho jurídico no es distinto porque lo reciba el Derecho tributario de lo que marca su naturaleza: **un acto, contrato o negocio jurídico, siendo perfecto para el Derecho Civil o Mercantil; también lo será para el Derecho Fiscal. Y si no lo fuera no se deberá a su particularidad tributaria, sino porque tampoco lo ha sido en su matriz.** La consideración económica no desmiente la unidad mínima efectiva del hecho jurídico relevante para todo el ordenamiento jurídico. La *intentio iuris*, el reglamento de los intereses entre las partes, no puede escindirse, en su aplicación, de la *intentio factis*, de su función y estructura. La interpretación y calificación pone en evidencia la naturaleza jurídica real y efectiva de la transacción o, al contrario, su artificialidad. Los hechos puramente artificiales sufren el rechazo del ordenamiento jurídico, de sus valores y principios y no solo ni exclusivamente del derecho tributario. Ese rechazo será el resultado del fraude de ley, de abuso del derecho o de la simulación. La realidad económica, en el origen del derecho tributario, fue un método para indagar el sentido económico que está detrás de la apariencia externa de los hechos jurídicos, la relación real subyacente, apuntalando la autonomía dogmática del entonces joven Derecho tributario. **Su vulnerabilidad radica en que no hay otra realidad que la propia realidad jurídica efectiva del hecho en sí mismo y ante la norma, común y compartida por el conjunto del ordenamiento jurídico.** El hecho puramente artificial lo será con referencia a la naturaleza falsificada de su configuración; pero, sin que ello suponga prestar atención a una realidad económica que es ajena para individualizarlo. El realismo fiscal no es sino la realidad jurídica o, en otro caso, dará lugar al fraude de ley, abuso del derecho o simulación».

3. CALIFICACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL IRPF: ¿RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO O GANANCIA DE PATRIMONIO?

La tributación de las rentas obtenidas por aquellas personas físicas que adquieran o hayan adquirido estos bienes no es una cuestión clara. No existe ningún precepto específico para los beneficios que se puedan obtener en estas inversiones. Parecería, en principio, que la calificación sustantiva de la actividad como mercantil haría que nos encontráramos ante ganancias de patrimonio. Sin embargo, la DGT emitió desde finales de 2004 una serie de contestaciones a consultas donde afirmaba que estábamos ante un producto de inversión y su calificación era de rentas del capital. Esto suponía que en el caso de que la duración de la inversión superase el año, se tributase al tipo fijo del 15 por 100 frente al marginal aplicable si se calificaba como rentas del capital. Esta situación deja de tener relevancia con la nueva LIRPF 35/2006, ya que con independencia de la calificación que se dé a estos productos, se va a tributar al tipo del 18 por 100. Sin embargo, el hecho de considerar una determinada operación como rendimiento del capital mobiliario sujeto a retención supone para la Administración no solo una recaudación anticipada del impuesto, sino también un mayor y más efectivo grado de información sobre los rendimientos que se ven afectados por la retención. Es decir, se convierte en un importante instrumento de control y lucha contra el fraude, que en términos generales siempre ha acompañado a los rendimientos del capital mobiliario y al margen del cual se han situado las ganancias patrimoniales²⁰. Y, ciertamente, si las rentas obtenidas por las personas físicas se califican como ganancias de patrimonio, la AEAT va a desconocer en gran medida la existencia de las mismas, pues ni siquiera en la declaración anual con terceros aparecerían estas operaciones si la entidad comercializadora actúa como intermediaria²¹.

3.1. El tratamiento en el TRLIRPF (RDLeg. 3/2004) y en el RIRPF 1775/2004.

Como hemos señalado, en el ámbito del IRPF hay varias contestaciones a consultas, todas en el mismo sentido, emitidas por la DGT sobre la calificación de las rentas obtenidas por las personas que invertían en bienes tangibles. La primera de ellas, y la que abre la veda del tratamiento, es la de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)]. Posteriormente, se ha dictado la de 18 de mayo de 2005 [Consulta Vinculante núm. V0881-05 (NFC020956)] y dos de 26 de septiembre de 2005

²⁰ *Vide*, por todos, ÁLVAREZ BARBEITO (2006, pág. 60). Señala esta autora que, de hecho, la proliferación de complejas y sofisticadas operaciones financieras que se han ido introduciendo en el mercado han tenido como finalidad que los contribuyentes pudieran reconducir la calificación de sus rentas desde el ámbito de los rendimientos de capital al de ganancia de patrimonio, con el objeto de mejorar la tributación (2006, pág. 62). Por su parte, JABALERA RODRÍGUEZ (2005, pág. 1.602) señalaba que la calificación de incrementos patrimoniales tenía como ventana que el régimen era más favorable cuando se generaba en períodos superiores al año y no estaban sometidos a retención en la fuente, lo que suponía que no adelantaban cantidad alguna y que, además, no sufrían control tributario.

²¹ La declaración anual de operaciones con terceras personas, que se plasma en la confección del modelo 347 (RD 1054/2007), solo opera para empresarios o profesionales y por operaciones superiores a 3.005,06 euros (IVA incluido). De esta manera, en el caso de que sea una persona física la que venda a otra y actúe como intermediario la entidad de bienes tangibles, esta solo tiene obligación de declarar siempre que su comisión fuera superior a 3.005,06 euros. Es decir, si se supera dicho umbral, la AEAT no tendría conocimiento de estas operaciones, que serían opacas. Por el contrario, cuando la entidad comercializadora de los bienes tangibles actuara como compradora o vendedora, sí habría que declarar la operación en el modelo 347, por lo que, al menos, la AEAT tendría conocimiento de estas transacciones.

[Consultas Vinculantes núms. V1879-05 (NFC021285) y V1880-05 (NFC02900)]. El objeto de la Consulta de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)] es para un producto denominado CIT-25, un instrumento con las siguientes características; la duración es de 25 meses; la rentabilidad es fija y está predeterminada; se abona de forma trimestral; el producto se encuentra vinculado a la inversión en valores filatélicos y su contratación se articula mediante una adquisición de valores filatélico y una venta posterior a un tercero, actuando la entidad de intermediario, o con el compromiso de la entidad de recomprar si no encuentra a un tercero. Es decir, se trata de la actividad regulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. La DGT contesta que:

- (i) «Según la documentación aportada junto con el escrito de consulta, parece que nos encontramos ante un producto de inversión.»
- (ii) «Aun cuando la inversión se estructura mediante **dos contratos que implican la compra y venta de valores filatélicos**, sin embargo es preciso resaltar que la cuantía del **resultado económico no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos** concretos que **actúan como subyacente del producto contratado**, ya que no se verá alterado como consecuencia de la fluctuación que tuvieran en el mercado los precios de dichos bienes.»
- (iii) Al no depender la inversión de la variación de precio de la filatelia durante el tiempo de la inversión, el inversor no asume «el riesgo o incertidumbre propios o inherentes de las variaciones de valor que pudieran derivarse de la adquisición y posterior enajenación de un determinado bien tangible».
- (iv) La DGT también afirma que «según el documento aportado, en el que se señala un porcentaje de rentabilidad total en el período de la inversión, partiendo de un importe mínimo de esta última, **parece deducirse** que la renta obtenida **estará en proporción al importe de la inversión, siendo, por tanto, la cuantía de esta**, más que las variaciones de valor de los valores filatélicos concretos que actúen como subyacente, **la magnitud determinante** del importe del beneficio originado por la inversión».
- (v) Como conclusión de los anteriores puntos se manifiesta que «Por tanto, se trata de un **producto de inversión** que no puede desglosarse en operaciones aisladas e independientes, sino que, por el contrario, **constituye una única operación financiera que, a efectos tributarios, debe ser considerada en su conjunto**».
- (vi) En concreto, el precepto que se le aplicaría es el artículo 23.2 del TRLIRPF (RDLeg. 3/2004), según el cual tienen consideración de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios «las contraprestaciones de todo tipo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos». Por tanto, nos encontramos ante rendimientos del capital mobiliario y, además, sometidos a retención. Más en concreto, lo que afirma es que «las cantidades que se perciban periódicamente como retribución de su inversión en el producto objeto de consulta han de calificarse como rendimientos del capital mobiliario».

Como anteriormente señalamos, hay tres contestaciones más de la DGT, una de 18 de mayo de 2005 [Consulta Vinculante núm. V0881-05 (NFC020956)] y dos de 26 de septiembre de 2005 [Consultas Vinculantes núms. V1879-05 (NFC021285) y V1880-05 (NFC029006)]. En las mismas se reitera la doctrina dada por la de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)] con algún matiz. En concreto, el punto (iv) anterior, donde se dice que parecía ser el *importe* de la inversión lo que determina la rentabilidad se corrige y se señala ahora que también es la *duración* de la misma. Pero, sobre todo, en la contestación de 21 de octubre solo se hacía mención al supuesto donde los compradores recibieran las cantidades de forma periódica, pero nada decía sobre las rentas obtenidas al final del período como consecuencia de la recompra por el comisionista o bien por la venta a un tercero. Esta carencia es expresamente abordada por la DGT en sus contestaciones de 26 de septiembre de 2005, donde se afirma que «La misma calificación y tratamiento descritos en el párrafo anterior tendrían las posibles rentas que, caso de existir, **lo cual no parece producirse en el caso objeto de consulta, se pusieran de manifiesto en el momento de la finalización de la inversión**, con ocasión del pago que realice la entidad al consultante de su inversión inicial, por posibles diferencias entre el importe reembolsado en dicho momento (sin incluir la cuantía del último pagaré) y el de la citada inversión inicial, si bien en este último caso, con aplicación de la reducción prevista en el mencionado artículo 24.2 del TRLIRPF, en la medida en que quepa entenderlas generadas en un período superior a dos años»²².

En una primera aproximación a las contestaciones resulta extraño que no se mencione la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 donde se califica la actividad como mercantil y donde expresamente se señala que no es una actividad financiera. Es más, el órgano emisor de las contestaciones es, extrañamente, el competente en materias financieras²³. De hecho, de ser cierta la afirmación de que estamos ante un producto de inversión, el efecto inmediato para las entidades comercializadoras de bienes tangibles debería ser el estar realizando una actividad financiera y, por consiguiente, una actividad restringida a las entidades de crédito y, por tanto, ilícita. Este es un aspecto al que nos referiremos posteriormente al abordar el IS y el Derecho contable. A nuestro juicio, cualquier análisis jurídico-tributario debe partir del marco sustantivo general. No hacer mención al mismo, e interpretar económicamente los contratos sin su referencia sustantiva, entendemos que es contrario a la Ley General Tributaria (art. 12.3 de la LGT 58/2003). En segundo lugar, especial atención requiere que no se haga mención en el texto de las contestaciones al hecho de que finalmente pueda ser un tercero particular el que recompre el bien tangible y cómo afecta a la obligación de retener. En efecto, si la compraventa de bienes tangibles se realiza entre dos particulares y aun teniendo en consideración que la entidad de bienes tangibles –como comisionista– pueda entregar cantidades a cuenta, se plantean problemas con relación al sujeto de la retención, en tanto solo lo pueden ser

²² La aplicación de la reducción del 40 por 100 en caso de rendimientos del capital mobiliario hacía plantearse si realmente es más beneficioso el tratamiento como ganancia de patrimonio, si el período de generación era superior a dos años y se cobraba de una sola vez. En principio, si el tipo de gravamen marginal del contribuyente era inferior al 25 por 100, le interesaría tributar como rentas del capital. En efecto, la aplicación de una reducción del 40 por 100 a una renta de 100 hace que quede en 60. La tributación a un tipo del 25 por 100 da lugar a una renta de 15, que sería la misma que correspondería pagar en caso de conceptuarse como ganancia de patrimonio.

²³ El órgano emisor de estas consultas no es la Subdirección General de Personas Físicas, sino la de Operaciones Financieras. La Subdirección General del IRPF es la encargada de «todo lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», mientras que la de Tributación de Operaciones Financieras tiene competencia en las materias «referidas a operaciones financieras y de seguro, instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones» (art. 4 del RD 1552/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda).

entidades y personas jurídicas o personas físicas que realicen actividades económicas (art. 101 del TRLIRPF), y también con relación al elemento temporal, ya que en el caso de rendimientos del capital mobiliario con rendimiento implícito la obligación de retener nace en el momento de la transmisión, amortización o reembolso (art. 92 del RD 1775/2004).

Al margen de lo anterior, la doctrina de la DGT merece varias consideraciones. Una primera, en la misma se emplea de forma reiterada el término *parece que* a la hora de fijar los presupuestos de hecho (parece que nos encontramos ante un producto financiero, parece que el resultado económico no se toma en consideración el valor de la filatelia). En segundo lugar, las rentas obtenidas se califican como rendimientos del capital mobiliario pero, sin embargo, no se procede a identificar de forma exacta cuál es el tipo de rendimiento del capital mobiliario ni la subsunción en la norma. Por último, la contestación afecta, exclusivamente, al IRPF, sin que nada se señale con relación al IS y al IVA.

Pero, y al margen de lo anterior, cabe preguntarse si ciertamente puede considerarse que nos encontramos ante una renta del capital mobiliario sometida a retención desde una perspectiva jurídica. En efecto, la normativa del IRPF establece, como norma general, que «las rentas derivadas de la **transmisión de la titularidad** de los elementos patrimoniales, aun cuando exista un pacto de reserva de dominio, **tributarán como ganancias o pérdidas patrimoniales, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos del capital**» (art. 19.1, párrafo 2 del TRLIRPF). Es decir, la cláusula general es que toda compra o venta tribute como ganancia y pérdida, salvo que expresamente una ley califique la renta como rendimiento del capital mobiliario. Esto ha llevado a afirmar a la doctrina que todas las excepciones a esta norma deban interpretarse de una manera restrictiva (AA.VV., 2003, pág. 684).

Por su parte, el artículo 23.2 del TRLIRPF establecía que tenían consideración de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios:

«las contraprestaciones de todo tipo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos.

a) En particular, tendrán esta consideración:

(...)

2. La contraprestación, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, derivada de cuentas en toda clase de instituciones financieras, incluyendo las basadas en operaciones sobre **activos financieros**.
3. Las rentas derivadas de operaciones de cesión temporal de **activos financieros** con pacto de recompra...»

A nuestro juicio, y a pesar de que la DGT no lo haya señalado expresamente, lo que está entendiendo es que nos encontramos ante *la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de*

cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos. En efecto, no hay que olvidar que en los contratos descritos lo que expresamente se señala es que la entidad se compromete a recomprar, o bien a encontrar a un comprador que le compre por lo que pagó más una cantidad adicional. Además, hasta que finalice el contrato, la entidad se compromete a satisfacer en concepto de anticipo a cuenta ciertas cantidades. Por tanto, parece que la calificación que hace la DGT se basa en la *existencia* de una recompra previamente determinada en su precio. Se trataría, por tanto, de rentas procedentes de la *transmisión o reembolso de activos representativos de la captación de capitales ajenos*. Sin embargo, es necesario dar un paso adicional con relación a la venta de activos con pacto de recompra. En efecto, hay que destacar **que falta en la normativa una definición de lo que es un activo representativo de la captación y utilización de capitales ajenos**, lo que, al margen de la crítica desde un punto de vista técnica legislativa, hace que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado, con los problemas interpretativos que esto lleva aparejado. Es más, cuando en el artículo 23.2 b) se señala cómo se determina el rendimiento del capital en caso de compra y venta, la ley ya no emplea el concepto *activo* representativo de la captación de capitales ajenos, sino el término *valor* («En el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o transmisión de valores...»). Por su parte, el artículo 91 del propio RIRPF (RD 1775/2004) determina que «En el caso de amortización, reembolso o transmisión de **activos financieros**, constituirá la base de la retención...», mientras que el 74.2 b) establece que en caso de «operaciones sobre **activos financieros**» estará obligada a retener la entidad emisora del activo financiero. Y el artículo 90 hace mención a la necesidad de que en caso de enajenación u obtención del reembolso de **activos financieros** con rendimiento implícito, deberá acreditarse la previa adquisición con intervención de fedatarios o instituciones financieras obligadas a retener. Pero es que el artículo 89 del RIRPF (RD 1775/2004) expresamente señala que **los activos financieros son «valores negociables** representativos de la captación y utilización de capitales ajenos». **Es decir, el legislador identifica activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos con activos financieros y con valores negociables. La cuestión es si los bienes tangibles son o no valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos**²⁴. Desde luego, si acudimos a un concepto jurídico, parece que no debe ser así²⁵. Y de hecho, como hemos señalado, la CNMV, en contestación

²⁴ Para AA.VV (2003, pág. 683, nota a pie 50), cabe entender que la definición de valor negociable es aquella que se comprendía en el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de ventas de valores, donde en su Exposición de Motivos se señala que para definirlo se utiliza la técnica de la enumeración, positiva y negativa, que se complementa con una cláusula de cierre que califica como valor negociable todo derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que por su configuración propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiero. De la misma opinión era PÉREZ ROYO (1999, págs. 169 y 170). En la actualidad, dicho texto ha sido reemplazado por el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos. En el artículo 3.1 se señala que «A los efectos de este Real Decreto, tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera». Por otro lado, la LMV, en redacción dada Ley 47/2007, establece en el artículo 2 que quedan comprendidos en el ámbito de la presente ley «Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero».

²⁵ VICENT CHULIA (2006, Lección 16, documento obtenido en soporte informático sin paginación) expresamente señala que «Tampoco son valores negociables los sellos, obras de arte, antigüedades, por lo que no constituyen actividad ni contratos

de 14 de marzo de 2002 antes citada, expresamente afirma que «El objeto de este tipo de negocios, tanto sellos como cualquier otro bien tangible, no reúne las características propias de los valores negociables...».

Al margen de la definición general, merece especial atención el supuesto específico de los repos. El apartado 3 de la letra a) del artículo 23.2 del TRLIRPF expresamente señala que son rendimientos del capital mobiliario, en particular, las rentas derivadas de «operaciones de cesión temporal de **activos financieros** con pacto de recompra», productos que tendrían gran paralelismo económico a la operativa de los bienes tangibles²⁶. Pero repárese, de nuevo, cómo la ley expresamente señala que los repos de *activos financieros* son rendimientos del capital mobiliario²⁷. Pero solo esos, no los que tienen otro subyacente.

En definitiva, podemos ver que las menciones legales y reglamentarias del IRPF sobre transmisión y adquisición que dan lugar a rendimientos del capital mobiliario se refieren a activos financieros, valores, valores negociables y entidades financieras²⁸. De hecho, basta leer los manuales prácticos que la AEAT edita cada año para la declaración del IRPF para ver que los productos que dan lugar a rendimientos del capital mobiliario se identifican con valores negociables y entidades de crédito²⁹. A nuestro juicio, por tanto, y sin entrar a valorar la corrección del análisis *económico* que hace la DGT, con el inconveniente de no pronunciarse sobre la Ley 35/2003, el problema está en el encaje legal. En efecto, aun en el caso de que se pueda considerar que nos encontramos ante un producto de inversión, la cuestión es si el mismo tiene cabida o no en el artículo 23.2 del TRLIRPF. La DGT se muestra partidaria de dicha interpretación, pero, a nuestro parecer, sin realizar el análisis de subsunción. Simplemente asimila producto de inversión a rendimiento del capital mobiliario,

financieros los de entidades que compran aquellos bienes por cuenta de sus mandantes o comitentes para revenderlos, cumpliendo las normas establecidas en la disposición adicional 4.ª de la Ley 35/2003». Por su parte, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2005) afirma que los valores filatélicos no son valores negociables, ya que no se negocian en un mercado organizado, mercado sobre el que la CNMV realiza actividades de supervisión. Y, en segundo lugar, porque la contratación de dichos valores exigen que estén representados por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Afirma este autor que los sellos son valores susceptibles de negociación, pero en sentido jurídico no son valores negociables, aunque tengan una naturaleza jurídica más o menos próxima a aquellos otros a los que la legislación atribuye dicho carácter.

- ²⁶ ÁLVAREZ BARBEITO (2000, documento obtenido en soporte informático sin paginación) señala que hasta la reforma en la normativa mercantil de la LMV por Ley 37/1998 no había duda de que en los repos se producían verdaderas transmisiones patrimoniales, donde existía una doble compraventa en la que se conoce desde el primer momento cuál será la ganancia. Sin embargo, desde la modificación en la LMV, que ya no exige la existencia de compraventas, a juicio de esta autora cabe preguntarse si jurídicamente nos encontramos ante verdaderas compraventas. Por el contrario, entiende que se puede acudir a su naturaleza, que es una operación de préstamo garantizado. El análisis que hace esta autora tendría incidencia a efectos de la retención porque, a su juicio, si se consideran transmisiones, podrían estar exentas de retención por mor del artículo 73.2 f) del RIRPF (RD 1775/2004), que exime de retención ciertos rendimientos derivados de la transmisión o reembolso de activos financieros. Por el contrario, si se califica como préstamo, no cabría aplicar tal precepto.
- ²⁷ Por otro lado, señalar que el TEAC ha mantenido, a los efectos de determinar si una sociedad era transparente, que los repos con opción de compra no opcional no eran «valores», sino «instrumentos financieros» [Resolución de 20 de abril de 2006, RG 1340/2003 (NFJ023635)].
- ²⁸ Así, a la hora de determinar los gastos deducibles solo lo son los de administración y custodia de «valores negociables», pero en ningún caso se menciona la posibilidad de gastos de administración y custodia de otros subyacentes [art. 24.1 a) del TRLIRPF].
- ²⁹ De la misma manera, en los Manuales de la Escuela de la Hacienda Pública hay una monografía cuyo análisis se limita a los activos *financieros* entendidos como valores negociables (ESTEBAN PAÚL, 2005, págs. 42 y ss.).

lo que entiendo puede no ser acertado. Cuando hablamos de contratos de venta de bienes con compromiso de encontrar otro vendedor o compra de la propia entidad, hay sólidos argumentos para entender que deben tributar como ganancias o pérdidas de patrimonio; (i) La cláusula de cierre del IRPF es que todas las transmisiones son ganancias de patrimonio, excepto las que se califican expresamente como rendimientos; (ii) La consideración de la transmisión de activos y posterior recompra como rendimientos del capital mobiliario parece limitarse a los activos financieros y valores negociables donde participan entidades financieras como retenedoras. Y ni los bienes tangibles ni las entidades comercializadoras están dentro de esa categoría; (iii) La ley *solo* califica expresamente como rendimiento del capital mobiliario a la cesión temporal de *activos financieros* con pacto de recompra, pero no cuando el subyacente es diferente. (iv) Y un dato esencial es, como veremos posteriormente, el tratamiento del IVA, ya que, a nuestro entender, las transmisiones de bienes tangibles dan lugar a una entrega de bienes gravada en el IVA sin que opere la exención por operaciones financieras ³⁰. **En definitiva, entendemos que el legislador del IRPF ha seguido un criterio formal de distinción entre rendimientos del capital mobiliario y ganancias de patrimonio y ha acudido a los valores negociables, por lo que cuando el subyacente de un supuesto producto de inversión es un bien tangible estimamos que su calificación como rendimiento del capital mobiliario debe rechazarse incluso si el fondo económico de la operación fuera idéntico** ³¹. Hay que tener en consideración que la interpretación económica no está permitida en Derecho tributario, y creemos que es precisamente lo que estaría realizado la DGT en este caso al afirmar que el **resultado económico** no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos concretos que actúan como subyacente del producto contratado ³². En efecto, y aun en el supuesto de que el argumento económico de la DGT fuera correcto y fuera capaz de superar el escollo de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, el problema radica en determinar si el concepto rendimientos del capital mobiliario, tal y como jurídicamente se ha definido, da cabida a los bienes

³⁰ Partiendo del hecho de que la tributación como ganancia de patrimonio era, en general, favorable al contribuyente con el TRLIRPF a estas cuatro razones cabría añadir una quinta de carácter general. Según GOROSPE OVIEDO y HERERRA MOLINA (2001, págs. 141 y ss.), en caso de oscuridad en la norma la interpretación favorable al contribuyente, se presenta como una exigencia de los principios constitucionales. Así, advierten que en esta interpretación se fundamenta tanto el principio de proporcionalidad (la limitación de los derechos fundamentales debe hacerse del modo que sea menos gravosos), como el de legalidad (no se puede imponer el cumplimiento de obligaciones que no tengan apoyo claro en la ley) y de buena fe (las Administraciones deberán adoptar un comportamiento leal en todo el procedimiento).

³¹ *Idem*, en este sentido, JABALERA RODRÍGUEZ (2005, pág. 1.617). Por su parte VILARROIG MOYA (1998, págs. 395 y 396) advierte que con relación a las denominadas operaciones sintéticas, aquellas que imbricadas unas con otras replican el funcionamiento de un producto financiero, sería posible que una entidad financiera, «en lugar de contratar valores mobiliarios utilizados para la captación de recursos ajenos, de donde resultarían rendimientos implícitos, **enajenar cualquier otro activo, por ejemplo divisas**, y junto a ellas, vender una opción de venta de tipo europeo a un precio superior sobre ese mismo activo». Pues bien a pesar del carácter financiero de la operación, para este autor, no nos encontramos ante un rendimiento del capital mobiliario, sino ante un incremento de patrimonio, debido al criterio formalista seguido por el legislador. Es más, «Pretender gravar la operación conforme al resultado replicado **supone resucitar la interpretación funcional de las normas, tendencia que hoy está superada**» (el realzado es nuestro).

³² Sobre la interpretación económica puede verse, por todos, COMBARROS VILLANUEVA (1984, págs. 485 y ss.). GONZÁLEZ GARCÍA (1997, pág. 67) advertía que la «labor del interprete en cualquier rama jurídica no es casar la norma con la realidad económica, sino la intención de las partes, plasmada en el negocio jurídico elegido, con la voluntad del legislador. Por ello, como juristas, no nos importa la realidad económica, sino en cuanto realidad económica normativizada. Es decir, importa la estructura y contenido jurídico de la norma, no la realidad económica contemplada. Un jurista no puede desconocer su fundamental dependencia de la letra de la ley. Lo que equivale a decir que, con esa premisa, poco valor tiene la referencia al significado económico de las normas». Sobre la interpretación económica puede verse la postura de ROSEMBUJ (2008, documento obtenido en soporte informático sin paginación) recogida en la nota a pie 19 de página de este trabajo.

tangibles. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia de 11 de mayo de 2004 (NFJ018918) que «Debe evitarse una interpretación de las normas basada en la naturaleza económica del hecho imponible» o, como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de abril de 2002 (NFJ014076), si «con tal modo de razonar se quiere dar a entender que el Derecho tributario puede prescindir de la naturaleza jurídica aludiendo a una hipotética naturaleza económica distinta a tener en cuenta, la Sala no puede compartir tal criterio. La naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades, y ello es lo que ha de presidir el régimen jurídico de la institución de que se trate» [en el mismo sentido, SSAN de 3 de octubre de 1997 (NFJ006115), 7 noviembre de 1997 [recurso núm. 1466/1991(NFJ005748)] y STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2001 [recurso núm. 2003/1998 (NFJ011827)]³³. Como afirma la SAN de 26 de febrero de 2004 [recurso núm. 1388/2001 (NFJ017330)], la interpretación económica no está permitida, entre otras razones, para «evitar menoscabar el principio de seguridad jurídica»³⁴.

3.2. La LIRPF 35/2006, el RIRPF 439/2007, la Ley 43/2007 y la inexistencia de mención a la tributación de bienes con oferta de restitución del precio.

Acabamos de ver las dudas que se planteaban en el anterior IRPF con relación al concepto de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, lo referente a la recompra, y las controversias cuando el subyacente no es un activo financiero. En definitiva, la problemática tributaria de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.

Pues bien, a pesar de la doctrina emitida por la DGT sobre la calificación tributaria de la comercialización de bienes tangibles, la nueva normativa no recoge mención alguna sobre la transmisión de bienes tangibles con pacto de recompra u obligación de encontrar un tercero que adquiera la mercancía. Es más, a pesar de conocerse el problema, tanto la LIRPF 35/2006 como el RIRPF 439/2007

³³ No hay que olvidar que ni siquiera la DGT acude a la interpretación económica en otros casos. Es lo que sucedía en el IRPF con relación a las acciones propias. Según el TRLIRPF, una reducción con devolución de aportaciones se califica como rendimiento de capital mobiliario sin derecho a la deducción por doble imposición [art. 31.3 a) del TRLIRPF]. Sin embargo, en caso de que la reducción de capital se instrumente mediante la adquisición de autocartera por la sociedad para su amortización prevista en el artículo 170 de la LSA y 40.1 b) de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en la que el socio recibe de la sociedad las reservas que le corresponden como pago, el tratamiento es distinto y se califica como una ganancia o pérdida patrimonial [por todas, Resolución de la DGT de 18 de marzo de 2005, Consulta Vinculante núm. V0426-05 (NFC029003)]. Pues bien, se ha señalado por la doctrina tributaria que esta última operación es, desde un punto de vista estrictamente financiero una distribución de reservas, ya que la adquisición de acciones propias y la posterior reducción es, contablemente, un cargo a reservas. Sin embargo, jurídicamente, se califica como una transmisión. Es decir, el fondo económico de dos operaciones jurídicas distintas es idéntico pero, en cambio, una se califica como distribución de dividendos y la otra como ganancia y pérdida de patrimonio por la propia DGT. *Vide*, sobre esta materia, MARÍN BENÍTEZ (2004, pág. 40 y ss.), donde cita las consultas de la DGT y la doctrina tributaria en esta materia. Para un estudio sobre cuándo una adquisición de acciones propias es realmente una distribución de dividendos y cuándo se puede considerar como una operación distinta, puede verse DE PABLO VARONA (2006, documento obtenido en soporte informático sin paginación).

³⁴ Como advierte FALCÓN Y TELLA (1993, pág. 30), la interpretación con arreglo a Derecho y no con criterios económicos es una consecuencia ineludible del Estado de Derecho, y no supone una «defensa del formalismo jurídico, para amparar en el mismo la elusión del impuesto, sino que juega tanto en beneficio de la Administración como en beneficio de los particulares; en beneficio de la seguridad jurídica, en definitiva».

mantienen de forma idéntica las definiciones y los conceptos sobre rendimientos del capital, activos financieros, entidades financieras y valores negociables. Es decir, todo lo que hemos señalado bajo la antigua legislación sigue siendo aplicable con la nueva regulación. Pero es que incluso la Ley 43/2007, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio, nada dice con relación al régimen de la tributación de los consumidores, a pesar de ser una ley pensada para protegerlos y que busca la seguridad jurídica. Exige que en el contrato conste el régimen tributario de la operación. El problema es que, según la DGT, el tratamiento es de carácter financiero cuando la propia Ley 43/2007 señala que las comunicaciones comerciales no podrán inducir a confusión al consumidor con las actividades de tipo financiero, usando expresiones tales como inversión. Si las entidades señalan en su información que nos encontramos ante una calificación tributaria de cesión a terceros de capitales propios, parece que de forma inmediata se estaría incumpliendo el deber legal en materia de comunicaciones.

Ciertamente con la actual regulación el tratamiento tributario de estos productos ha dejado de tener la significación que tenía anteriormente; el cambio más significativo del nuevo IRPF radica en la existencia de dos tipos de renta: la renta general, que tributa a los tipos de gravámenes progresivos, y la renta del ahorro, que tributa al tipo fijo del 18 por 100 con independencia del período de generación de la renta. Y dentro de la renta del ahorro (art. 46) se incluyen tanto los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios (art. 25.2) como las ganancias y pérdidas de patrimonio. De esta manera, se iguala el trato de ambas rentas, por lo que, a priori, parecería que es indiferente la calificación que pudiera darse a la transmisión de bienes tangibles. Sin embargo, lo cierto es que el tratamiento de ambas fuentes de renta no es idéntico. Hay tres diferencias fundamentales. La primera, las normas de integración y compensación. La Ley 35/2006 señala que hay una base imponible del ahorro. Pero a la hora de determinar su contenido todos los rendimientos del capital mobiliario y las ganancias y pérdidas patrimoniales no se introducen en el saco común. Por el contrario, la norma expresamente señala que la base imponible del ahorro está compuesta por el *saldo positivo* de la suma de los rendimientos del capital mobiliario más la *del saldo positivo* de las ganancias y pérdidas de patrimonio (art. 49). Es decir, la ley impide compensar beneficios de los rendimientos con pérdidas de patrimonio. Por tanto, y partiendo de la base que la existencia de rendimientos negativos del capital mobiliario será algo residual mientras que las pérdidas de patrimonio pueden aparecer en cualquier momento, calificar algo como rendimiento y no como ganancia o pérdida de patrimonio tiene la desventaja de que no se podrán compensar las pérdidas de patrimonio. La segunda disimilitud tiene que ver con la retención y, como consecuencia, con el control de la tributación. La obligación de retener se limita a los rendimientos del capital mobiliario y a las ganancias de patrimonio derivadas de las transmisiones o reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva (arts. 90 a 99 del RIRPF 439/2007). E igual que antaño, la obligación de retener en los rendimientos del capital mobiliario se sigue fundamentando en la existencia de la intervención de operadores del sistema financiero y no en entidades mercantiles (art. 76 del RIRPF 439/2007). La tercera de las diferencias afecta al Impuesto sobre el Patrimonio. En efecto, las ganancias de más de un año no se toman en consideración para la aplicación del límite de la cuota íntegra de patrimonio (art. 31 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio), de tal manera que aquellos contribuyentes con patrimonios altos y fuentes de renta baja les puede resultar mucho más rentable obtener ganancias de más de un año que rendimientos del capital mobiliario. Esta tercera diferencia, sin embargo, parece que en el año 2008 dejará de tener sentido, ya que el

Gobierno ha anunciado la supresión del Impuesto sobre el Patrimonio desde 1 de enero de 2008 ³⁵. En cualquier caso, parece que sigue siendo más favorable para el contribuyente el tratamiento como ganancia que como rendimiento.

Como hemos visto, la situación tributaria plantea suficientes dudas como para que la regulación del régimen fiscal merezca una regulación concreta. Ni la Ley 35/2006, ni el Real Decreto 439/2007, ni la Ley 43/2007 hacen referencia alguna al régimen fiscal de las operaciones de bienes tangibles con pacto de recompra. Es más, después de las contestaciones de la DGT, realizadas con la anterior normativa, no hemos encontrado ninguna adicional. A nuestro parecer, y como hemos señalado, el régimen tributario adecuado debe ser el de ganancia de patrimonio. Y esta tesis se ve reforzada por la nueva Ley 43/2007, que conociendo el problema sigue haciendo referencia al hecho de que la actividad es mercantil y estableciendo que no puede hacerse mención alguna a aspectos financieros. En cualquier caso, sea cual fuere la razón por la que no se ha abordado la tributación de esta situación, lo único cierto es que los interesados no conocen con exactitud el alcance de las obligaciones que se le imponen, lo que supone una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) ³⁶.

4. CALIFICACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL IVA: ¿EXENCIÓN POR OPERACIÓN FINANCIERA?

Acabamos de ver que la DGT califica las actividades de bienes tangibles con pacto de recompra o compromiso de encontrar a otro comprador y con precio cierto como un producto de inversión, como una actividad financiera. Y en la LIRPF la propia norma acudía a un precepto de referencia. Queda pendiente el IS y, por lo que ahora interesa, el IVA. En efecto, calificar la actividad de compraventa de bienes tangibles con arreglo a la supuesta verdadera naturaleza económica de la operación supone preterir que no todos los tributos operan de la misma manera. Así, hay que partir de la base de que *existe transmisión de la propiedad* en dichos bienes tangibles. En el IRPF, esa transmisión se puede calificar como rendimiento del capital mobiliario porque la norma sí permite, en ciertos casos, calificar las *transmisiones* como rendimiento del capital y no como ganancias (art. 19.1, párrafo 2 del TRLIS y actual 21.1 de la Ley 35/2006). Y de la misma manera sucede en la contabilidad y, por ende, en el IS: puede haber verdaderas transmisiones pero económicamente calificarse como préstamo. Pero el IVA tiene una operativa distinta ³⁷.

³⁵ El Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, no ha suprimido el Impuesto sobre el Patrimonio. Según se ha informado, las medidas de estímulo económico que aprobó el Consejo de Ministros el viernes 18 de abril de 2008 se había articulado en un Real Decreto-Ley (el 2/2008) y en un Acuerdo del Consejo de Ministros. En este acuerdo se daría un mandato a los departamentos ministeriales afectados para que se adopten las medidas necesarias para la eliminación del Impuesto sobre el Patrimonio con efectos desde el 1 de enero de 2008.

³⁶ En el último apartado de este trabajo se analizará de forma expresa la vulneración del principio de seguridad jurídica.

³⁷ Y también cabe hacer mención a Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En efecto, en el artículo 14.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se señala que «En las transmisiones de bienes y derechos con cláusula de retro, servirá de base el precio declarado si fuese igual o mayor que los dos tercios del valor comprobado de aquellos. En la transmisión del derecho a retraer, la tercera parte de dicho valor, salvo que el precio declarado fuese mayor. Cuando se ejercite el derecho de retracto servirán de base las dos terceras partes del valor comprobado de los bienes y derechos retraídos, siempre que sea igual o mayor al precio de la retrocesión». Como puede verse, se parte de la base de la existencia de una transmisión, aunque su base imponible se corrige por el pacto de retrocesión.

El hecho imponible del IVA, por lo que aquí interesa, es la entrega de bienes realizada por empresarios o profesionales. Pero es que, además, el concepto de *entregas de bienes* es distinto de *la transmisión de la propiedad tal y como dicha transmisión sea regulada en las distintas leyes nacionales*. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha señalado de manera reiterada [por todas, la Sentencia de 8 de febrero de 1990, Asunto C-320/88 (NFJ000732)] que la entrega de bienes engloba cualquier transmisión de bienes corporales por una de las partes de manera que capacita a la otra parte para disponer del bien como si efectivamente se tratase de su dueño. Y esta definición es asumida, como no puede ser de otra manera en un tributo armonizado, por la propia DGT [vide, por ejemplo, la Resolución de la DGT de 21 de julio de 2006, Consulta Vinculante núm. V1569-06 (NFC023285)]. Más en concreto, en la Sentencia de 15 de diciembre de 2005 del TJCE [Centralan Property, Asunto C-63/04 (NFJ021355)] se señala «que el concepto de entrega de bienes no se refiere a la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho, como si fuera la propietaria del bien» y se llega a afirmar en esta sentencia que es posible que más de una persona ostente el derecho a disponer de un bien con las facultades atribuidas a su propietario.

Si partimos de la base de que en las actividades de comercialización de bienes tangibles se entregan bienes, a nuestro juicio no debe haber duda de que se está produciendo la transmisión de la propiedad de dichos bienes³⁸. Se trataría de una operación plenamente sujeta a IVA. La cuestión es si es posible determinar su exención. El artículo 108 de la LMV establece que estará exenta de IVA «La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial». Por su parte, la LIVA establece en su artículo 20.Uno.18. l) que está exenta la operación financiera referente a la *transmisión de valores* relacionados con acciones, participaciones en sociedades y obligaciones, mientras que en el 20.Uno.18. i) se determina la exención de la transmisión de los pagarés y letras de cambio. En definitiva, la exención opera para *valores negociables*³⁹. Y los bienes tangibles, como vimos al analizar el IRPF, no se pueden considerar un valor negociable.

³⁸ El propio Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) incide en el concepto de transmisión jurídica y no contable en las cesiones con pacto de recompra. Así, en la Resolución del TEAC de 29 de junio de 2005 [RG 2980/2003 (NFJ020955)], a los efectos de determinar la regla de prorrata en el IVA señala que «Con carácter previo debe analizarse la naturaleza de las operaciones de cesión temporal con pacto de recompra no opcional con rendimiento explícito... Ello plantea la cuestión de determinar **si, a efectos de la aplicación de la regla de prorrata, debe atenderse a la naturaleza jurídica de las operaciones realizadas (transmisiones sucesivas de valores) o a su configuración financiera y contable** (operaciones de crédito concedido por los adquirentes a los transmitentes), tal y como pretende el actor.

La DGT, en Resolución de 17 de octubre de 1996 (NFC006000), señaló: «Según lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que, si bien las Entidades financieras contabilizan las operaciones de compraventa con pacto de recompra de Deuda del Estado como una operación financiera de préstamo y el resultado contable así obtenido se traslada a la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, **la naturaleza jurídica de estas operaciones es la que corresponde a una transmisión y, a estos efectos, deben considerarse como transmisiones de activos financieros**».

En el mismo sentido, la Resolución de la DGT de 4 de junio de 1999 ratificó que, en las cesiones temporales de valores con pacto de recompra no opcional, **la naturaleza de estas operaciones es la que corresponde a una transmisión y, a estos efectos, deben considerarse como transmisiones de activos financieros**. Tiene, pues, razón el actor cuando dice que a efectos de la aplicación de las normas reguladoras del IVA, deberá considerarse que en las cesiones temporales de valores con pacto de recompra, incluso si se efectúan con carácter no opcional, los valores transmitidos dejan de formar parte de la cartera de la entidad financiera transmitente desde la fecha de la transmisión».

³⁹ La SAN de 19 de julio de 2006 [recurso núm. 458/2004 (NFJ024020)] señala que cuando la LIVA acude en su artículo 104 al término «valores» se refiere a los valores definidos en la Ley 24/1988, equiparándose al concepto de «activo financiero que incorpora derechos de naturaleza económico-financiera susceptible de negociación en un mercado organizado».

Pero, sobre todo, no hay que olvidar que, por un lado, las exenciones son conceptos autónomos de Derecho comunitario y, por otro, como ha señalado de manera reiterada el TJCE, en tanto que excepciones al funcionamiento normal del IVA las exenciones deben ser objeto de interpretación estricta [por todas, STJCE de 8 de junio de 2006, L.U.P, Asunto C-106/05 (NFJ022504)]⁴⁰. Y la exención en la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA, afecta, con carácter general, a las *operaciones financieras* [art. 137.1 a)] y, de forma especial, a lo que son títulos-valores⁴¹. En concreto, la Sentencia de 13 de diciembre de 2001 [Financial Services, Asunto C-235/00 (NFJ011449)] establece que «la expresión "operaciones relativas a títulos valores" se refiere a operaciones que pueden crear, modificar o extinguir los derechos y obligaciones de las partes sobre títulos valores». Es decir, la Directiva acude a un concepto formal. Por tanto, a nuestro entender, aun cuando el fondo económico pudiera ser financiero, la transmisión de bienes tangibles realizadas por entidades comercializadoras estaría gravada en el IVA y no aplicaría la exención⁴².

De ser cierta la anterior aseveración, el marco jurídico tributario que nos encontramos con las contestaciones de la DGT es que en el IRPF se entiende que nos encontramos ante un rendimiento del

⁴⁰ Las exenciones son conceptos autónomos de Derecho Comunitario que tienen por objeto evitar que se produzcan divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA [por todas, Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Ygeia, Asuntos C-394/04 y C-395/04 (NFJ021357)]. Esto supone que los Estados miembros no pueden definir de manera independiente las exenciones, pues requieren una aplicación uniforme. Con relación a la interpretación estricta, no hay que olvidar que también es necesario que las reglas hermenéuticas se ajusten a los objetivos perseguidos por dichas exenciones y respeten las exigencias del principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA [Sentencia de 26 de mayo de 2005, Kingscrest, Asunto C-498/03 (NFJ020126)].

⁴¹ Las exenciones relativas a las operaciones financieras están reguladas, en sistema de lista, en el artículo 135 letras b) a g) de la Directiva 2006/112. La letra b) se refiere a los créditos, la c) a las garantías, la d) a los depósitos y cuentas corrientes, la e) a las monedas y billetes, excepto los que sean objeto de colección, la f) a la negociación de participaciones y acciones, demás títulos valores, y la g) a fondos de inversión. Con relación a los servicios de inversión hay una propuesta de modificación de Directiva [COM(2007)747] en la que se hace referencia a que las exenciones financieras «han quedado desfasadas y dado lugar a disparidades en la interpretación y aplicación. La complejidad de las normas y la diversidad de las prácticas administrativas generan inseguridad jurídica para los operadores económicos y las autoridades fiscales». En la propuesta de Directiva se introduce un nuevo artículo 135 bis, donde se definen los diversos conceptos financieros. Así, se hace referencia a «entrega de valores», definiéndose como «la entrega de instrumentos negociables que no sean títulos representativos de mercaderías ni instrumentos que confieran la titularidad de los derechos a que se refiere el apartado 2 del artículo 15, que representen un valor financiero y que reflejen uno o varios de los elementos siguientes: a) una participación en el patrimonio neto de una sociedad u otra asociación; b) una posición acreedora sobre las deudas; c) una participación en organismos de inversión colectiva en los valores a que se refieren las letras a) o b) o en los demás instrumentos financieros exentos a que se refieren las letras a) a d) del apartado 1 del artículo 135, o en otros organismos de inversión colectiva». Por su parte, el «depósito financiero» se define como «un depósito de fondos mantenido en nombre del depositante, que conserva sus derechos sobre el depósito, el cual deberá reembolsarse con arreglo a las condiciones legales y contractuales aplicables». En el ámbito interno, hay que señalar que la Ley de Prevención del Fraude, Ley 36/2006, estableció en su disposición adicional sexta que el Gobierno deberá efectuar un estudio sobre los servicios financieros en el IVA: «El Gobierno deberá efectuar un estudio del régimen aplicable en los impuestos generales sobre ventas a los servicios financieros y al funcionamiento de las normas sobre deducciones en ese sector que permita, en atención a la normativa comunitaria, remitir, en su caso, en el plazo de doce meses a las Cortes Generales un Proyecto de Ley en el que se establezca una nueva regulación de estas materias en el Impuesto sobre el Valor Añadido y, en concordancia, en el Impuesto General Indirecto Canario».

⁴² En el IVA solo son sujetos pasivos los empresarios o profesionales, de tal manera que solo la transmisión de bienes tangibles por estas entidades comercializadoras daría lugar a la sujeción en el IVA, pero no la venta entre particulares, donde lo que estaría sujeto es la intermediación como prestación de servicio. Por otro lado, sería aplicable el Régimen especial de Bienes Usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, caracterizado por el hecho de que cuando se adquieren bienes de particulares en la posterior venta a terceros, el IVA no grava la totalidad del precio, sino el margen obtenido por la entidad (arts. 135 y ss.).

capital mobiliario, que en el IS, como veremos, puede ser una operación de carácter financiero, y que en IVA hay una transmisión de bienes y no opera la exención por *operaciones financieras* (art. 20.Uno.18.º). A nuestro juicio, el sistema así planteado carece de congruencia, pues a una misma operación se le apa-ujan efectos tributarios dispares según el tributo⁴³. Como ha señalado el Tribunal Supremo en lo refe-rente a los denominados bonos austríacos, «En nuestro sistema tributario no cabe que un mismo concepto o instituto jurídico sea simultáneamente considerado a efectos de dos tratamientos fiscales diferentes, porque ello vulneraría los principios de justicia tributaria y de capacidad económica» [Sen-tencia de 11 de mayo de 2004 (NFJ018918)]. En definitiva, hay que recordar que la exigencia de cohe-rencia es esencial en Derecho, hasta el punto que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (DE ASIS ROIG, 1995, pág. 28). Y es ahora cuando creemos neces-a-rio retomar una idea antes pincelada en el IRPF. Como señalamos, el apartado 3 de la letra a) del artícu-lo 23.2 del TRLIRPF [art. 25.2 a).3.º de la LIRPF 35/2006] expresamente señala que son rendimientos del capital mobiliario, en particular, las *operaciones de cesión temporal de activos financieros con pacto de recompra*, mientras que el artículo 89 del RIRPF 1775/2004 (art. 91 del RIRPF 439/2007) dispo-ne que los «activos financieros» son «valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos». Es decir, la propia norma de Renta, la que hace mención a los valores negociales y estos, en el IVA, están exentos. Por tanto, a nuestro parecer, la normativa del IRPF, por un principio de congruencia, debe guardar relación con el IVA. De esta manera, cuando el IRPF identifica los activos financieros cuya recompra produce un rendimiento del capital se refiere a valores negociables cuya transmisión en el IVA da lugar a la exención por operaciones financieras, con lo que el tratamiento sería coherente y sistemático en el Derecho tributario⁴⁴. En consecuencia, cuando el subyacente es distinto, la operación estaría plenamente gravada en el IVA y, en consecuencia, en el IRPF.

5. IS Y DERECHO CONTABLE

El tercero de los aspectos tiene que ver con el IS. Este Impuesto tiene, además, un problema adic-ional y es que según determina el artículo 10.3 del TRLIS (RDLeg. 4/2004), «La base imponible se calculará, corrigiendo, mediante los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha deter-minación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas». Además, el artículo 143 dispone que «A los efectos de determinar la base imponible, la Administración Tributaria **aplicará las normas** a que se refiere el artículo 10.3 de esta ley». Como puede verse, el IS se basa en la contabi-lidad, salvo en lo expresamente previsto por el propio tributo. Y en el TRLIS no hay ninguna norma sobre la actividad de bienes tangibles descrita en la Ley 35/2003. Rige, por tanto, el Derecho contable.

⁴³ Uno de los argumentos de interpretación es el de coherencia del sistema, en virtud del cual el sistema normativo, se supo-ne que elaborado por un legislador consecuente y racional, no puede regular dos situaciones idénticas de forma contra-dictoria o incompatible (principio de exclusión de las antinomias). *Vide* SANTAMARÍA PASTOR (1988, pág. 397).

⁴⁴ Hay que recordar que el principio de congruencia puede desempeñar no solo una función negativa, que sería la que recha-za una interpretación por ser incoherente con alguna otra norma del ordenamiento, sino positiva, por la que se atribuye un significado a una norma por ser coherente o el más coherente con otra norma (DE ASIS ROIG, 1995, pág. 189). Es decir, el operador debe interpretar las normas contradictorias de tal manera que haga que no lo sean, atribuyendo a una y a otra significados o ámbitos de opinión diversos.

Lo que cabe preguntarse es cómo se contabiliza y, por consiguiente tributa, la actividad de compraventa de bienes tangibles donde el empresario se compromete a encontrar un comprador o bien a recomprar él mismo a un precio determinado. En principio, y a la vista de lo que hemos visto hasta ahora cabrían dos interpretaciones. A grandes trazos, una primera, entender que nos encontramos ante compras y ventas e intermediación, lo que daría lugar a que la entidad de bienes tangibles tribute por IS por cada venta de bienes de sus existencias y declare ingresos por la comisión cobrada. Por el contrario, si se considera que es una operación financiera, se entendería que a efectos contables no ha habido transmisión, sino un préstamo con garantía. Esto supondría que no habría que tributar por las enajenaciones realizadas y, a su vez, los bienes tangibles, por mor del principio contable de precio de adquisición, se registrarían por coste histórico, al entender que nunca salen de su patrimonio. Esto conlleva que, de cara a terceros, sus activos aparecerían por menos valor del de venta, por lo que su apariencia de solvencia cara al mercado disminuiría.

En el ámbito contable hay que hacer referencia a dos etapas distintas, la histórica, que trae causa del antiguo Plan General de Contabilidad (PGC) y de la que ha surgido a partir del PGC 1514/2007, donde aparece un sistema contable que parece despegarse totalmente de la realidad jurídica en la búsqueda la verdadera realidad económica. La publicación del nuevo PGC coincide en el tiempo con la Ley 43/2007.

5.1. El régimen contable y tributario con el PGC 1643/1990.

El problema que se presentaba con el Derecho contable vigente con anterioridad al PGC 1514/2007 es que no había normativa *ad hoc* para esta actividad o este tipo de operaciones. El actual acervo normativo carecía de regulación expresa para la actividad de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. Ni el Código de Comercio, ni la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), ni el PGC, ni las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) abordaban el tratamiento en concreto. No hay que olvidar que la normativa contable que se debía aplicar venía recogida en el Reglamento de Auditoría de Cuentas (disp. adic. cuarta), donde se establece que «Se considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en: a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil; b) El PGC y sus adaptaciones sectoriales; c) Las normas de desarrollo que en materia contable establezca, en su caso, el ICAC; d) La demás legislación que sea específicamente aplicable».

Es más, el Código de Comercio vigente con anterioridad a la Ley 16/2007, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil, en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, disponía que «Los elementos del inmovilizado y del circulante se contabilizarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, **por el precio de adquisición, o por el coste de producción**» [art. 38.1 f)]. El artículo siguiente al que se hacía mención era el referido a las correcciones de valor. Por su parte, la LSA reconocía la obligatoriedad de valorar los elementos del activo circulante e inmovilizado por el precio de adquisición o coste de producción (arts. 195 y 196). Además, el PGC 1643/1990 señalaba en su Exposición de Motivos que «La imagen fiel es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo estos

como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas». La cuestión es, por tanto, que la realidad jurídica de las actividades de comercialización de bienes tangibles pasaba por el hecho de que se compran y venden bienes tangibles. Esto debería suponer, por aplicación del principio contable de precio de adquisición, que los bienes que se venden deban de salir de la contabilidad y que los bienes que se adquieren por recompra luzcan en su balance por el precio de la recompra y no por el precio histórico. Sin embargo, lo cierto es que el Código de Comercio señala que «**En casos excepcionales** se admitirá la no aplicación de estos principios» (art. 38.2), explicándose en la memoria las razones de su no aplicación. Es decir, es posible que en casos extraordinarios no se aplique el principio de precio de adquisición o coste de producción. Cabe preguntarse si el caso de los bienes tangibles era uno de esos casos donde un principio legal puede arrinconarse por aplicación de la imagen fiel. Si es así, debía justificarse la excepcionalidad.

Sin embargo, esta tesis contable presentaba un inconveniente en el IS, y es que el artículo 15.1 del TRLIS establecía, antes de la Ley 16/2007, que todos los bienes se valorarán por el precio de adquisición o coste de producción, sin excepción. No hay cláusula de excepción en el IS. En nuestra opinión, por tanto, estábamos ante un vacío normativo en contabilidad que es necesario abordar. La regla general es el principio de precio de adquisición. Y solo excepcionalmente puede olvidarse. Pero es un vacío que afecta, además, al IS, donde las consecuencias adversas son mayores en tanto se puede incurrir en delito fiscal.

5.1.1. La Consulta núm. 7 del ICAC, publicada en el BOICAC número 6, de julio de 1991 (NFC002581).

Es necesario, aunque sea brevemente, hacer una mención a la Consulta núm. 7 del ICAC, publicada en el BOICAC número 6, de julio de 1991, en la medida en que era el único supuesto donde expresamente se hace referencia a la compraventa de bienes con pacto de recompra. En la misma se señala:

«Consulta: Sobre la forma de contabilizar una cesión temporal de activos financieros ó adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional.

Contestación: La adquisición temporal de activos o **adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional**, es una operación que se entiende que nace el día de su desembolso y vence el día en que se resuelve el citado pacto, por la recompra por el cedente de los mismos valores cedidos u otros de la misma clase.

Teniendo en cuenta que las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, **el fondo económico de la operación descrita debe prevalecer a efectos de registro contable sobre la forma jurídica que dicha operación revista; por lo tanto, debe considerarse que el comprador de los títulos concede un préstamo al vendedor** de los mismos, produciéndose por los intereses devengados de los títulos o créditos iniciales la retribución del préstamo concedido, además de la conseguida por la diferencia del precio de recompra de los activos y el precio de adquisición. En consecuencia, tal operación debería regis-

trarse **por parte del comprador como la concesión de un crédito**; debiendo además proporcionar información en la memoria sobre la operación.

Esta contestación debe entenderse sin perjuicio de futuros desarrollos normativos en materia de contabilidad.»

Esta consulta, emitida en 1991, planteaba varios problemas en el caso de que se quiera aplicar al supuesto de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 ⁴⁵.

- (i) El primero, de carácter jurídico. Según se señala en el punto 3 de la disposición adicional décima del Reglamento de Auditoría de Cuentas, las contestaciones a las consultas respecto a la aplicación de la normativa aplicable «tendrá carácter de mera información y en ningún caso constituirá un acto administrativo, no pudiendo los interesados entablar recurso alguno contra la misma». Es decir, formalmente, las consultas no son fuente del Derecho ni un elemento obligatorio para la formulación de las cuentas anuales que deben realizarse «de acuerdo con el Código de Comercio y demás legislación que le sea aplicable» (art. 1.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas). Por tanto, no es un elemento válido para integrar lagunas con arreglo a la ley ⁴⁶.

Es decir, la normativa, el Derecho, es el que está aprobado con arreglo a un procedimiento determinado. Y es la ley la que se exige a todos los aplicadores del Derecho. Y contabilidad de la actividad de comercialización de bienes tangibles como tal, no está regulada en ninguna norma. Una contestación a una consulta, como no puede ser de otra manera en un Estado de Derecho donde se les imponen límites y procedimientos a los legisladores, solo puede ser mera información. No hay que olvidar, como señala VICENT CHULIA (2000, pág. 81), que «En este nuevo Derecho contable destaca sobre todo la dimensión propiamente jurídica, la validez u obligatoriedad de las normas, que es el objeto específico de la Ciencia del Derecho, y su interpretación y aplicación conforme a los artículos 1 a 7, y concordantes, del Código Civil. Debe considerarse superada la interpretación según la cual todas las normas contables serían "técnicas", procedentes de la ciencia de la economía de la empresa y de la contabilidad integrantes de la administración, tesis que contribuiría a aligerar el "imperio de la ley". En realidad, no existen "normas técnicas" en el lenguaje jurídico: solo normas jurídicas, sean legales o consuetudinarias».

- (ii) En segundo lugar, los hechos de la consulta no son idénticos a la actividad regulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. En concreto, el negocio jurídico no es el

⁴⁵ Por su parte, en un documento de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) expresamente se señala que «**No debe contabilizarse el ingreso** cuando el vendedor al efectuar la venta se **comprometa a readquirir el producto** en una fecha posterior. Tales transacciones **suelen suponer acuerdos de financiación con garantía real de las mercancías vendidas, y deben contabilizarse, en consecuencia, de conformidad con su naturaleza financiera**» [AECA. *Principios Contables. Ingresos* (Documento 13) 1991, pág. 33 (apartado 1.3.6)].

⁴⁶ Aunque sea en el ámbito del Derecho tributario, con relación a las consultas no vinculantes, el TEAC, en su Resolución de 30 de abril de 1996 (JT 1996\636), expresamente señala que en las consultas no vinculantes nos encontramos ante *mera información* que no vincula a la Administración, de tal manera que esta no se encuentra obligada a ajustarse a la opinión emitida inicialmente. Por su parte, la Audiencia Nacional advierte que las contestaciones no vinculantes no constituyen actos administrativos sino que se trata de un mero acto *informativo* no vinculante ni para el administrado ni para la Administración [SAN de 29 de julio de 1997 (NFJ006111)].

mismo, ya que no hay un pacto de retrocesión sino una opción; o se vende a un tercero el bien tangible o se compra por él mismo. Por tanto, si se vende a un tercero se trata de una mera intermediación y el bien tangible no pasa a ser propiedad de la entidad comercializadora. Este dato es esencial porque una de las señas de identidad de la actividad radica en su actividad como intermediario por la compraventa entre dos partes.

- (iii) En tercer lugar, la consulta hace mención de que se trata de una *operación* concreta, mientras que las entidades de bienes tangibles se dedican de forma profesional; es decir, realizan una *actividad habitual*. Este matiz resulta esencial en tanto la disposición final primera del Real Decreto 1643/1990, que regula el PGC, establece que «El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del ICAC, aprobará, mediante Orden Ministerial, las adaptaciones sectoriales del PGC. Estas adaptaciones sectoriales se elaborarán tomando en consideración las características y naturaleza de las actividades del sector concreto de que se trate, adecuándose al mismo tanto las normas y criterios de valoración como la estructura, nomenclatura y terminología de las cuentas anuales». De esta manera, cuando el legislador identifica un *sector* determinado con especialidades, las autoridades lo que deben hacer es regular este de una manera acabada y con el instrumento adecuado. Y esta adaptación no existe para este sector. Es decir, es necesario distinguir la aplicación de una consulta sobre una *operación* en concreto hecha por cualquier empresario en su tráfico empresarial (por ejemplo, un concesionario de coches que hace una operación de venta con pacto de recompra no opcional), de aquel otro caso donde toda la actividad (como objeto social) sea, precisamente, la de venta donde puede haber recompra o intermediación⁴⁷. En este caso, la contestación a la consulta resulta totalmente insuficiente para regular la entera actividad de bienes tangibles, debiéndose haber regulado, en su caso, por un plan sectorial (como ocurre con todos los sectores donde hay especialidades). Así, se puede ver la falta de información que en la contestación a la consulta existe, por ejemplo, con relación a los activos que se venden.

Es más, precisamente con relación a los activos que se transmiten cabe preguntarse si no sería posible, incluso, valorarlos por mercado en la contabilidad. En efecto, no hay que olvidar que el artículo 34.4 del Código de Comercio señala que «En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa». Este precepto da pie para que en casos excepcionales pueda no aplicarse el principio de coste histórico y, en consecuencia, revalorizar un determinado bien (VICENT CHULIA, 2000, pág. 198). En el mismo sentido, DE TORRES ZAPATERA (2002, pág. 250) señala que sería susceptible de no ser aplicado el prin-

⁴⁷ Aunque sea a los efectos del IVA, el artículo 104.Tres.4 de la LIVA establece que para la determinación del porcentaje de deducción no se computará en ninguno de los términos de la relación de la prorrata «El importe de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo... Tendrán la consideración de operaciones financieras a estos efectos las descritas en el artículo 20, apartado uno, número 18 de esta ley, incluidas las que no gocen de exención». Repárese cómo la LIVA distingue lo que es la actividad empresarial de las operaciones financieras que no sean habituales.

cipio de prudencia valorativa si de su aplicación no resultara la imagen fiel. Pues bien, en un caso analizado en la presente contestación del ICAC, donde se reconoce que ha habido transacción jurídica, a nuestro parecer, sería necesario abordar si, precisamente, nos encontramos ante un supuesto excepcional donde si se entiende que económicamente hay un préstamo con garantía, el bien que opere como garantía deba valorarse no por su coste histórico sino por su valor de mercado.

- (iv) Por último, la consulta del ICAC expresamente señala que «Esta contestación debe entenderse sin perjuicio de futuros desarrollos normativos en materia de contabilidad». Repárese en la provisionalidad con la que parece haber sido enunciada y cómo, desde 1991, no ha existido ese desarrollo normativo, salvo que se entienda que ese desarrollo sea, precisamente, la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, que expresamente señala que las entidades que realizan la actividad de compraventa de bienes tangibles no pueden realizar actividades de carácter financiero (captación de ahorro público). En este sentido no hay que olvidar que la disposición adicional cuarta del Reglamento de Auditoría de Cuentas señala que se «considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en... d) La demás legislación que sea específicamente aplicable»⁴⁸.

5.1.2. Interpretación económica de la actividad de comercialización de bienes con oferta de restitución del precio.

Es necesario recordar aquí los argumentos de la DGT con relación a las contestaciones sobre bienes tangibles. En la de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)] expresamente se señala que «Aun cuando la inversión se estructura mediante dos contratos que implican la compra y venta de valores filatélicos, sin embargo es preciso resaltar que la cuantía del resultado económico no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos concretos que actúan como subyacente del producto contratado, ya que no se verá alterado como consecuencia de la fluctuación que tuvieran en el mercado los precios de dichos bienes». Igualmente se afirma que al no depender la inversión de la variación de precio del bien tangible durante el tiempo de la inversión, el inversor no asume «el riesgo o incertidumbre propios o inherentes de las variaciones de valor que pudieran derivarse de

⁴⁸ Por otro lado, y con relación a la cesión temporal de activos financieros, podrían traerse a colación las circulares del Banco de España. Naturalmente, lo establecido en las mismas no es aplicable a las comercializadoras de bienes tangibles, en tanto ni son entidades financieras ni sus productos son financieros. Sin embargo, merece la pena reseñar dos aspectos. En la Circular 4/2004 (sobre Normas de Información Financiera Pública y Reservada y Modelos de Estados Financieros) se señala que «A los efectos de esta Circular, se considerará pacto de retrocesión no opcional, sea cualquiera la forma de su instrumentación, aquella operación por la que **vendedor y comprador quedan comprometidos a la recompra por el primero de los mismos activos** u otros tantos de la misma clase» (norma sexagésima cuarta, apartado 9). Es decir, como puede verse, no se hace mención a la figura de la intermediación ni a la recompra por otro particular, de tal manera que en principio, el supuesto de las entidades de bienes tangible no entraría dentro del caso de la retrocesión no opcional tal y como se define por el Banco de España. Por su parte, en la Circular 4/1991 del Banco de España (Entidades de Crédito, Normas de Contabilidad y Modelos de Estados Financieros) se señalaba que en las «cesiones con derecho de retrocesión a ejercer por el cesionario (compraventas opcionales)... el cedente tratará la opción como venta, reflejando en cuentas de orden la contingencia de una eventual recompra» (Sección Tercera, norma decimocuarta, apartado 4). Por tanto, cuando el cliente tiene en mano ejercer la opción, parece que la entidad financiera debería registrar la venta en la cuenta de Pérdidas y ganancias. Con relación a la recompra opcional de la Circular del Banco de España 4/1991 y su calificación como venta, puede verse la Resolución del TEAC de 20 de abril de 2006 [RG 1340/2003 (NFJ023635)].

la adquisición y posterior enajenación de un determinado bien tangible». Se afirma, en definitiva, que «se trata de un producto de inversión que no puede desglosarse en operaciones aisladas e independientes, sino que, por el contrario, constituye una única operación financiera que, a efectos tributarios, debe ser considerada en su conjunto». Y como hemos señalado anteriormente, la contestación del ICAC de 1991 (NFC002581) hace mención a que una operación de venta con pacto de retrocesión no opcional debe contabilizarse como un préstamo, ya que *el fondo económico de la operación descrita debe prevalecer a efectos de registro contable sobre la forma jurídica que dicha operación revista; por lo tanto, debe considerarse que el comprador de los títulos concede un préstamo*.

Sin embargo, y al margen de lo que pudiera pensarse, las menciones al «fondo económico», «naturaleza económica» o «realidad económica» de la operación en concreto **no aparecen ni en la LSA ni en el Código de Comercio y solo de manera indirecta era recogido en la Introducción al PGC en contra de Ley (RD 1643/1990)**⁴⁹. El Código de Comercio lo que establece en el artículo 34.2 es que «Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, **de conformidad con las disposiciones legales**». Como puede verse, la legislación identifica la consecución de la imagen fiel con la aplicación de la normativa vigente⁵⁰. Es más, resulta curioso que si bien la contabilidad, como ciencia que se aplica en todas las economías, debería reflejar la misma esencia económica de las actividades, lo cierto es que esta difiere en las distintas normativas⁵¹. En definitiva, la realidad económica no es sino la realidad regulada por el legislador en cada lugar. Y a estos efectos, podría incluso traerse a colación el supuesto del *leasing*, una figura donde expresamente aparece la opción de compra como elemento nuclear y que ante las dudas que planteaba su contabilización por las divergencias entre lo jurídico y lo económico tuvo que ser el legislador el que expresamente lo afrontara⁵².

⁴⁹ El PGC de 1990 señala en su Introducción (punto 10) que «La imagen fiel es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo estos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de **las transacciones realizadas**... De este modo, la empresa deberá ajustar sistemáticamente la contabilidad y sus cuentas anuales a los principios legales que les sean aplicables, excepto cuando esta aplicación conduzca a que los registros o la formulación de las cuentas anuales distorsione la imagen que un tercero podría formarse sobre la "verdadera", en términos económicos, situación patrimonial y financiera y de los resultados habidos en el ejercicio». A nuestro parecer, el concepto de imagen fiel en las transacciones concretas era un derivado de aplicar principios contables donde, como hemos señalado, es fundamental el principio de precio de adquisición. Es decir, no tiene autonomía en sí misma sino en tanto depende de otros principios. Cuestión distinta es lo referente no a operaciones concretas sino a las cuentas anuales en su conjunto, donde debe prevalecer la realidad económica, adquiriendo la memoria un valor basilar.

⁵⁰ Señala GONDRA ROMERO (1991, pág. 579) que para nuestro legislador no ofrece duda alguna que la imagen fiel es un objetivo que deriva, en definitiva, de la conformidad con las disposiciones legales y, en este sentido, que en esa noción vienen a condensarse los fines últimos del sistema informativo legal.

⁵¹ MARINA GARCÍA-TUÑÓN (2006, pág. 1.135) reseña el dislate que supuso que una empresa española de telecomunicaciones presentara resultados positivos conforme a la norma española mientras que con la norma extranjera el signo fuera antitético.

⁵² El supuesto de *leasing* y las dificultades de regulación, basadas en su esencia económica, eran paradigmáticas. Así, el propio PGC establece en su Introducción (apartado 23) que «Con un criterio predominantemente económico, algunos círculos profesionales estiman que los derechos sobre el activo deben figurar en el balance de la empresa arrendataria. Quienes así opinan se apoyan en que, con su criterio, la información contable es más realista, por expresar la capacidad que tiene la unidad económica para producir bienes o servicios. Otros círculos profesionales piensan de modo distinto. Según tales círculos, en las operaciones de arrendamiento financiero, hasta tanto se ejercite, en su caso, la opción de compra por el arrendatario, no existe transmisión de dominio, sino únicamente transmisión del uso de los bienes objeto del contrato. La propiedad, pues, de estos bienes continúa siendo de la empresa arrendadora, en cuyo balance figurarán incluidos los mismos». El propio PGC tuvo que regular la contabilización y, de hecho, ante la insuficiente regulación,

En cualquier caso, y al margen de lo anterior, **a nuestro juicio es necesario distinguir entre el verdadero fondo económico de una operación, y el verdadero fondo económico de todo un sector o de una actividad.** De hecho, la mención en el PGC a la realidad económica se refiere a «*transacciones realizadas*». En contabilidad, calificar ciertas operaciones con arreglo al fondo económico, completando la información en la memoria, no debe tener, al menos a nuestro parecer, mayor riesgo. La memoria se configura entonces como el elemento esencial de la citada la operación. Se trata, al fin y al cabo, de una cuestión acotada y cuya información se puede completar en la memoria. En este sentido, no hay que olvidar que el artículo 34.3 del Código de Comercio establecía que cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado. Por poner un ejemplo que cabría en la Contestación a la Consulta del ICAC núm. 7, publicada en el BOICAC de julio de 1991 (NFC002581): una entidad adquiere un cuadro de un pintor famoso por 20 unidades, para posteriormente venderlo por 100 con pacto de recompra por 110 en el plazo de un año. Es posible que se *contabilice* como un préstamo por parte de los adquirentes y los transmitentes, dando información y explicando la operación en la memoria. Pero, a nuestro parecer, si se contabilizara como compra-venta y se diera la información necesaria en la memoria, tampoco debería haber mayor impedimento. Sobre todo, porque en esa venta del cuadro con pacto de recompra se tendría que afrontar cómo se tributa en el IS, en el IVA y si hay que retener o no por los intereses, cuestiones estas que no han sido solventadas y cuya importancia es determinante a la hora de reflejar la operación y evitar responsabilidades tributarias. Pero es un problema acotado a una determinada operación, donde el riesgo está plenamente identificado.

Pero cuando hablamos no ya de una *operación* sino de una *actividad* empresarial como la desarrollada por las entidades comercializadoras de bienes tangibles, el análisis debe ser distinto, porque se trata de arrinconar el precio de adquisición o coste de producción como principio de todas las cuentas anuales [art. 38.1 f) del Código de Comercio]. Y eso solo puede hacerse de forma excepcional. Y la traba a esa excepcionalidad estaba en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Como señalamos anteriormente, como consecuencia de ambas normas, la ley permitía a estas entidades realizar operaciones de venta de bienes tangibles con el compromiso de buscar compradores o, en caso contrario, adquirirlos dicha entidad, pero no actividades reservadas a entidades de crédito como la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas. Y no hay que olvidarlo, dicha regulación se hacía, según el título de la propia disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, en «Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes». Es decir, se califica como actividad de *comercialización*, y no financiera, y la norma está destinada a la protección de los consumidores. Y, como señalamos, instituciones como la CNMV ya manifestaron que no estábamos ante una captación de ahorro público y que no era una actividad financiera.

Podemos concluir que la Ley 35/2003 no era un marco jurídico completo, no había establecido ni la forma de contabilizar ni las implicaciones en otras ramas jurídicas, como puede ser la tributaria. Pero lo cierto es que sí ha afirmado que estas entidades no realizan actividades de capta-

finalmente tuvo que ser el ICAC el que desarrollara una norma concreta (Resolución de 21 de enero de 1992 por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial).

ción de ahorro del público en cualquier forma. Por tanto, sostener que la verdadera esencia económica de su actividad es financiera o de préstamo, que podría ser, es ir en contra de la realidad jurídica. Como ha señalado, aunque sea a otros efectos, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de abril de 2002 (NFJ014079), si «con tal modo de razonar se quiere dar a entender que el Derecho tributario puede prescindir de la naturaleza jurídica aludiendo a una hipotética naturaleza económica distinta a tener en cuenta, la Sala no puede compartir tal criterio. La naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades, y ello es lo que ha de presidir el régimen jurídico de la institución de que se trate» [en el mismo sentido, SSAN de 3 de octubre de 1997 (NFJ006115) y 7 noviembre de 1997 [recurso núm. 1466/1991 (NFJ005748)], y STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2001, [recurso núm. 2003\1998 (NFJ011827)].

Si se entiende que el fondo económico de las operaciones es financiero, a nuestro juicio nos encontraríamos ante una norma con contradicciones valorativas que inciden en el principio de igualdad. Pero la ley era la que era, errónea o acertada. En este sentido, la Audiencia Nacional señala en su Sentencia de 1 de julio de 1999 (JT 1999\1847) que no cabe «en definitiva, la sustitución de las previsiones normativas más o menos acertadas, pero, por definición conocidas previamente por el sujeto pasivo que sabe a qué atenerse, por la equívoca valoración que de una operación económica, sin mayor cauce de referencia, realice un agente de la administración recaudadora». En definitiva, «No es posible sustituir la voluntad de legislador por la de quien está llamado a aplicar la norma con la justificación de que la realidad económica debió gravarse en más o menos. Por tanto, la aplicación de las normas es una actividad que no consiste en subsumir la realidad económica en la norma, sino en casar el hecho, acto o negocio con la voluntad del legislador» (PONT CLEMENTE, 2006, pág. 148)⁵³.

5.1.3. Tributación en el IS (normativa anterior a la reforma de la Ley 16/2007).

Pero si el análisis contable presenta dificultades, cuando nos referimos al IS, estas se acrecentaban. En primer lugar, porque, como hemos dicho, el artículo 10.3 del TRLIS hacía mención a que la base imponible se determinará en función de normas legales contables, corregidas por los preceptos del TRLIS. Es más, el artículo 143 de dicha norma establece que para determinar la base imponible, la Administración puede aplicar «las normas» contables⁵⁴. Y en este caso hay un vacío

⁵³ En este sentido, la STJCE de 6 de octubre de 2005 [Comisión/Francia, Asunto C-243/03 (NFJ020868)] afirma que «los Estados miembros tienen la obligación de aplicar la Sexta Directiva, aunque la consideren mejorable. En efecto, de la Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Comisión/Países Bajos [C-338/98, Rec. p. I-8265 (NFJ011216)], apartados 55 y 56, se desprende que, aunque la interpretación propuesta por algunos Estados miembros permitiese alcanzar mejor determinados objetivos perseguidos por la Sexta Directiva, como la neutralidad del impuesto, sigue siendo cierto que dichos Estados no pueden eludir la aplicación de las disposiciones expresamente establecidas en ella».

⁵⁴ Lo que aquí advertimos no es sino una consecuencia de un problema de carácter general. Como ha señalado FERREIRO LAPATZA (2006, documento obtenido en soporte informático sin paginación), el hecho de que la base imponible del IS se asiente en la contabilidad «supone, en primer lugar un ataque directo al principio de legalidad y, por tanto, a la libertad y a la seguridad, dos de los pilares en los que se asientan nuestra democracia; un principio, el de legalidad, de exigencias mucho más estrictas, como se sabe, en el ámbito de la fiscalidad que en el ámbito de la contabilidad... Son la seguridad y la certeza del Derecho las que sufren un ataque más fuerte. Pues las normas jurídicas escritas, abstractas (al servicio de la seguridad) y generales (al servicio de la igualdad), son sustituidas por los principios generalmente aceptados en contabilidad, por normas y usos contables, interpretaciones, criterios y técnicas varias que nada tienen que ver con la regla *smithiana* —no solo jurídica— de

contable. No existe ninguna normativa. Esto supone un problema en tanto que, por ejemplo, las contestaciones a las consultas del ICAC no tienen aplicación en el ámbito tributario al considerarse mera información (MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA, 1998, pág. 131). A esto hay que añadir que en el IS la flexibilidad de la contabilidad presentaba dificultades.

En primer lugar, porque no hay que olvidar que en el ámbito tributario la interpretación económica no estaba permitida (art. 12.3 de la LGT 58/2003). Esto supone, de hecho, que cuando una operación o actividad se contabilice con arreglo a criterios económicos y no jurídicos deban aparecer dudas en la tributación en el IS. Como hemos señalado, ni siquiera en la actual normativa contable aparece la mención a la contabilización con arreglo al fondo económico de una manera expresa sino que la contabilización es el corolario de aplicar los principios contables. Es más, el propio GOTA LOSADA (2003, pág. 27) advertía que la normativa contable deberá interpretarse con arreglo a criterios jurídicos, conforme al artículo 3.1 del Código Civil. Así, y ahondando en la calificación económica, contablemente la analogía no solo está tolerada, sino que además será un instrumento esencial para valorar la verdadera naturaleza económica. Sin embargo, no hay que olvidar que tributariamente, incluso en el ámbito del IS, no se puede acudir a la analogía, por impedirlo el artículo 14 de la LGT 58/2003 (SANZ GADEA, 2004, pág. 498)⁵⁵. Puede pensarse incluso en alguna cuestión concreta donde se regula la opción de compra y donde la realidad jurídica y económica parecen distanciarse, como es el caso del *leasing* o, el *lease-back*⁵⁶. En ambos casos el fondo económico contable no ha sido suficiente, a nuestro parecer, debido a los límites que el Derecho fiscal imponía, y el legislador tributario tuvo que *legalizar* la regulación contable en el artículo 11.3 del TRLIS⁵⁷.

la certeza, a la que tienen derecho los agentes económicos, los contribuyentes y todos los ciudadanos. Las normas contables no sirven, dado el grado de incertidumbre que forzosamente encierran, para delimitar o medir la capacidad económica que debe ser gravada por un tributo. El resultado contable no puede ser escogido como objeto del tributo si el legislador quiere cumplir con las exigencias constitucionales de la tributación».

⁵⁵ Sobre la analogía en el Derecho tributario con relación al IS y Derecho contable, *vide* BÁEZ MORENO (2005, págs. 416 y ss.).

⁵⁶ Las operaciones de *lease-back* dieron lugar a fraudes donde se vendían bienes por un valor muy superior al de mercado. En dichos casos, los Tribunales han optado por calificar las operaciones como ficciones, simulaciones, negocios indirectos y afirmar que estábamos ante préstamos. Pueden verse, por ejemplo, la STS de 11 de abril de 2007 [recurso 1092/2002 (NFJ026258)], la STSJ de Aragón de 21 de enero de 2005 [recurso núm. 1185/2002 (NFJ020988)], la Resolución del TEAC de 20 de diciembre de 2004 [RG 1220/2001 (NFJ019601)], la SAN de 20 de mayo de 2004 [recurso núm. 86/2002 (NFJ021824)] y la STSJ de Valencia de 13 de diciembre de 2002 [recurso núm. 1652/2000 (NFJ019688)].

⁵⁷ Y especialmente relevante es lo referente al *lease-back*, donde existe una venta y un posterior arrendamiento financiero. La DGT señala en su contestación de 25 de febrero de 2005 [Consulta núm. 0071-05 (NFC020363)] que «Estos contratos se caracterizan por cuanto, a pesar de la posible existencia de dos contratos jurídicamente distintos, uno de compraventa y otro de arrendamiento financiero, el sustrato económico de la operación permite considerarla como **una operación de financiación a efectos fiscales**, lo que supone considerar que la amortización del elemento continuará realizándose en las mismas condiciones previas a la transmisión. Dado que el fondo económico de la operación planteada responde a una operación de financiación, por cuanto el importe obtenido de la entidad financiera en la transmisión es adeudado a la misma, posteriormente a través del contrato de arrendamiento con opción de compra, **procederá el tratamiento fiscal establecido en el artículo 11.3 del TRLIS**. En definitiva, en aquella transmisión no se genera renta a efectos fiscales, por lo que no cabe aplicar la deducción por reinversión a que se refiere el artículo 42 del TRLIS y, por otra parte, la amortización a practicar por la entidad consultante sobre el referido bien se realizará en las mismas condiciones y por el mismo valor que dicho elemento tenía con anterioridad a la transmisión» [*vide* también la Contestación de 29 de marzo de 2006, Consulta Vinculante núm. V0525-06 (NFC022071)]. Pues bien, repárese cómo el fondo económico no es suficiente para determinar su tributación. **La DGT vincula la aplicación de la tributación como un contrato financiero no a su fondo económico sino al hecho de que está expresamente recogido en el artículo 11.3 del TRLIS**. En cualquier

En segundo lugar, hay que superar un escollo legal. El artículo 15.1 del TRLIS expresamente establecía, con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2007, que «Los elementos patrimoniales se valorarán al precio de adquisición o coste de producción». Es decir, la norma fiscal, obligatoriamente, disponía que cuando se adquiere de un tercero, incluso por recompra, un bien debe valorarse por su precio de adquisición. Y aquí no hay norma que impida que se valore por precio de adquisición, como sucede en la contabilidad. Es decir, incluso en el caso de que económicamente se entienda que no hay transmisión, jurídicamente la ley obliga a valorar por cada adquisición. Y en el caso de los bienes tangibles, no hay que olvidarlo, jurídicamente hay transmisión cada vez que se adquiere, por lo que sería difícilmente justificable no aplicar el mismo.

En tercer lugar, hay que valorar el riesgo fiscal. Contabilizar como actividad financiera suponía no pagar IS por la operación de compraventa. Registrar la actividad como compraventa suponía contabilizar un beneficio por la salida de la mercancía y tributar por IS⁵⁸. De esta manera, si las cuantías en el ejercicio superaran los 120.000 euros, supondría estar incurso en un supuesto de delito fiscal, dejando al margen las consideraciones subjetivas. De hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en la Sentencia de 19 de mayo de 2005 (NFJ020606) que «Cualquier artificio destinado a sustituir, sin causa o justificación alguna, la obligación asumida por otra más beneficiosa y, a su vez, más onerosa para el erario público, debe estar **sólidamente justificada** por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuridicidad de la conducta pueda ser justificada. **Fuera de este supuesto excepcional, cuya realidad o aparición en este caso descartamos tajantemente, cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente es una operación típica de elusión de impuestos, sancionada penalmente** si supera las barreras cuantitativas señaladas en los diversos tipos penales que se han sucedido en el tiempo». No se trata de que se aplique un principio interpretativo de *in dubio pro fisco*, sino que, en definitiva, la opción de la contabilización como préstamo tiene el inconveniente de que no se paga a la Hacienda, de que, al fin y al cabo se incurre en un riesgo fiscal cuando ha habido una transmisión jurídica⁵⁹. Esta cuestión es determinante, además, en contabilidad. No en vano se señaló en su día cuando se aprobó la reforma del IS y se basó la tributación en la contabilidad que unos de los grandes inconvenientes que se iban a presentar eran las presiones que desde la fiscalidad se

caso, la aplicación del artículo 11.3 del TRLIS al supuesto de bienes tangibles no solo sería inaplicable por no existir identidad de razón, sino que estaría prohibida por el hecho de no poder acudir a la analogía en el Derecho tributario.

⁵⁸ El beneficio se determinaría por la diferencia del precio de adquisición de las mercaderías y el precio de venta, sin que fuera aplicable la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, en tanto esta solo operaba para los elementos del inmovilizado material o inmaterial.

⁵⁹ A estos efectos, puede verse la SAN de 18 de octubre de 2007 [recurso núm. 605/2004 (NFJ026935)] sobre la validez de las economías de opción. Así, señala que «Como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo (Sala 2.ª), en la STS de 15 de julio de 2002, "la llamada economía de opción solo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas". Por su parte el **Tribunal Constitucional [STC 46/2000 (NFJ008490)] ha rechazado las que califica de «economías de opción indeseadas», considerando como tales «la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras», y que tienen como límite «el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar", como se dijo en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, F. 3)».**

iban a imponer sobre la contabilidad, ya que decisiones contables no se iban a adoptar por criterios contables sino fiscales (MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA, 1998, pág. 83). Es decir, el hecho de que el IS se base en la fiscalidad iba a suponer que las decisiones contables deban integrarse, además, con el análisis fiscal⁶⁰.

A la vista de lo anterior podemos concluir que el panorama que se planteaba para las empresas de bienes tangibles distaba de ser halagüeño. En un lado de la balanza, el fondo económico de la actividad, conforme a la doctrina de la DGT dictada a los efectos del IRPF. Por el otro, una verdadera transmisión de bienes tangibles; el Código de Comercio que obliga a valorar por precio de adquisición y solo excepcionalmente puede preterirse dicho principio, el TRLIS, que siempre obligaba a emplear el precio de adquisición, la Ley 35/2003, en consunción con la 26/1988, que negaba el carácter financiero de la actividad, de la misma manera que se había reconocido por la propia CNMV; una falta total de regulación contable, donde los criterios que se emplean no son normativos, sino interpretativos sobre el verdadero fondo económico de la operación; una contestación del ICAC que no regula el caso de las entidades de bienes tangibles; una normativa tributaria que no permite la analogía, ni la interpretación económica, y que debe regirse por los principios de legalidad y seguridad jurídica; y, en fin, una falta de ingresos de deuda tributaria si se considera financiera que supone tener la espada de Damocles de incurrir en un ilícito tributario.

5.2. El régimen contable y tributario con el PGC 1514/2007 y la Ley 43/2007.

5.2.1. El nuevo PGC y las operaciones con pacto de recompra.

El anterior régimen ha dado paso a nueva situación. Por un lado, se ha publicado en el mes de diciembre de 2007 la Ley 43/2007, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio. En la misma se incide en que nos encontramos ante actividades mercantiles, no financieras, y se señala que en las comunicaciones no se deberá inducir a confusión al consumidor con relación a las actividades financieras. No hay mención alguna al régimen contable o al fiscal de las entidades comercializadoras. Pero sí hay una mención preocupante en el régimen sancionador. En efecto, el artículo 8 regula las sanciones vinculadas a la protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, el punto 5 de dicho precepto establece que «Lo dispuesto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la legislación estatal, o autonómica de carácter contable, fiscal y, en su caso, económica, a la que estén sometidas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley». La mención a la posible infracción de carácter contable al margen de las específicas de defensa de los consumidores y usuarios es, por así decirlo, extraña. Carece de sentido hacer una mención de este tipo, en tanto no tiene contenido jurídico y no se sabe, por ejemplo, por qué no se hace referencia a normas laborales, de defensa de la competencia, de medioambiente, etc. Es una norma de reenvío cuya razón de ser se nos escapa y da lugar a equívocos. Parece como si el

⁶⁰ PALACIOS MANZANO y VELA RÓDENAS (2005, pág. 142) señalan que ante una falta de interpretación precisa en normas contables, la Administración podrá determinar, por aplicación del artículo 143 del TRLIS, el resultado contable a su conveniencia, pudiéndose llegar a una cierta perversidad tributaria.

legislador no quisiera hacer mención a la normativa contable y fiscal pero fuera consciente de que la regulación mercantil causa alguna inconsistencia en el sistema.

Pero junto a la entrada en vigor de la Ley 43/2007 se ha producido una reforma contable de gran calado. Reforma que afecta al IS en tanto, como ya hemos señalado, la base imponible se determina partiendo del resultado contable. Y esa reforma contable toma como pauta la interpretación económica e impregna la normativa de un gran contenido de normas de carácter financiero. En efecto, la mención a la verdadera sustancia económica aparece expresamente recogida en el Reglamento del Consejo 1725/2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo. Y la Ley 16/2007, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, dispone que para lograr la imagen fiel «en la contabilización de las operaciones **se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica**» (art. 34.2 del Código de Comercio). Este cambio es subrayado por la propia Exposición de Motivos, que señala que «se exige en última instancia una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización». Por su parte, el PGC 1514/2007 señala en su Exposición de Motivos que «El fondo, económico y jurídico de las operaciones, constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de todas las transacciones, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica y no solo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas»⁶¹.

En dicha normativa existe, además, una norma referente a operaciones donde hay pacto de recompra, vinculada a la noción de ingreso. En efecto, el punto 14.2 de la parte correspondiente a las normas de registro y valoración señala que:

«Solo se contabilizarán los ingresos **procedentes de la venta de bienes** cuando se cumplan **todas y cada una** de las siguientes condiciones:

- a) La empresa **ha transferido al comprador los riesgos** y beneficios significativos **inherentes a la propiedad de los bienes**, con independencia de su transmisión jurídica. **Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa y esta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista.**
- b) La empresa **no mantiene la gestión corriente** de los bienes vendidos en un grado asociado normalmente con su propiedad, ni retiene el control efectivo de los mismos.
- c) El importe de los ingresos puede valorarse con fiabilidad.
- d) Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción, y

⁶¹ A juicio de AMADOR FERNÁNDEZ (2007, pág. 99), la prevalencia del fondo sobre la forma, que anteriormente era implícita, pasa a tener ahora un contenido claro y explícito.

- e) Los costes incurridos o a incurrir en la transacción pueden ser valorados con fiabilidad.»

Como puede verse, la norma no califica la forma de contabilizar cuando existe un pacto de recompra. Se limita a señalar que no tiene la consideración de ingreso. Es decir, no se computa el ingreso, no se considera que el bien patrimonial ha salido del activo y el dinero que se recibe no se considera suyo, sino de quien lo entrega. Y, por tanto, parece que debería contabilizarse como un préstamo o como un depósito ⁶². Se trataría, de nuevo, de una calificación con base en la esencia económica ⁶³. La transmisión jurídica no se toma en consideración en tanto al haber recompra se presume que no se transmiten los riesgos.

La situación, sin embargo, dista de nuevo de ser sencilla cuando se aplica a la Ley 43/2007. En primer lugar, cabe preguntarse por el alcance de la presunción. En otros preceptos del PGC se hace también referencia al término presunción, pero con el aditamento de «salvo prueba en contrario» (como en el apartado 1.1 y 11.1 de normas de registro y valoración). En el caso de los pactos de recompra podría entender que no se admite legalmente prueba en contrario. Parecería, por tanto, que nos encontraríamos ante una norma de calificación, reguladora de relaciones materiales ⁶⁴. Sin embargo, hay que recordar que el artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «Las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba». Desde luego, el texto del PGC no es técnicamente el más adecuado. Si quería establecer una norma de calificación, lo normal hubiera sido acudir a expresiones tales como «se considerará», tal y como se ha hecho en otros apartados del PGC. Si quería ubicarse la presunción en sede probatoria, por una mera cuestión de seguridad jurídica, debería haberse permitido de forma expresa la prueba en contrario, tal y como se hace en otros casos.

En cualquier caso, a nuestro parecer, el artículo 385.3 es determinante a la hora de configurar la presunción como una de carácter relativa que admite prueba en contrario ⁶⁵. Y este matiz hay que ponerlo en consideración, precisamente, con relación a la Ley 43/2007. Como hemos señalado, la

⁶² En la norma de registro y valoración 9.3 se hace mención a pasivos financieros cuando existe un «instrumento financiero que prevea su **recompra obligatoria por parte del emisor**, o que otorgue **al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable**».

⁶³ GARRETA SUCH (2007, pág. 220) señala como ejemplo de contabilización con arreglo a la sustancia y realidad económica y no meramente formal aquella venta donde se dé a entender que la propiedad ha pasado de manos pero de otros acuerdos se verifique que la empresa sigue disfrutando de los activos transmitidos.

⁶⁴ MARÍN-BARNUEVO (1996, pág. 123) señala que la presunción absoluta puede ser definida como una disposición normativa mediante la que se considera que la realización de un hecho lleva inexorablemente aparejada la realización de otro hecho distinto, a los efectos de imputar al primero los efectos jurídicos. Sin embargo, este autor recoge que a juicio de otra doctrina no se debe aplicar una presunción en todo caso, sino que debe abstenerse de hacerlo cuando le conste que la verdad material es distinta (págs. 124 y 125).

⁶⁵ La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1999 (NFJ008163), que se basa en pronunciamientos del Tribunal Constitucional –Sentencias 25/1996 y 189/1996–, donde se interconexiona la indefensión contemplada en el artículo 24.1 de la Constitución con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, establece que «el derecho a la prueba impide cualquier reducción que no venga impuesta de manera clara y tajante por la propia ley, de manera que las presunciones *iuris et de iure* y con mayor razón las *factio legis* deben quedar claramente establecidas en precepto legal que, de manera indubitada, excluya o prohíba la prueba en contrario». Y en parecido sentido, STS de 26 de abril de 2005 [recurso núm. 314/2000 (NFJ020354)].

Ley 43/2007 califica que la actividad de comercialización de bienes como joyas, sellos, obras de arte, etc., son actividades mercantiles, no reguladas por la actividad financiera, y que no deben dar lugar a confusión a los consumidores. Y la cuestión es si el contenido de la Ley 43/2007 es suficiente para enervar la presunción o no. En cualquier caso, hubiera sido deseable que la nueva norma se hubiera pronunciado sobre el régimen tributario.

A esto es necesario añadir que la norma de valoración 14.2, como señalamos anteriormente con relación a la consulta del ICAC, afecta a la contabilización de operaciones concretas no de actividades generales. En las Normas de Elaboración de la Memoria el punto 1.2 señala que se debe describir la «naturaleza de la explotación de la empresa»⁶⁶. La cuestión es qué se debe decir en este apartado. Si la *naturaleza* de la explotación, con arreglo a la Ley 43/2007, es de carácter mercantil, no parece tener sentido no contabilizar ingresos y reflejar las operaciones como un préstamo. Si la *naturaleza* de la explotación es de préstamo, se incumpliría la Ley 43/2007 en tanto esta exige que la actividad sea mercantil y no se pueda inducir a error con relación al término financiero⁶⁷. Como señalamos anteriormente, es necesario distinguir entre una operación y una actividad. Las actividades deben regularse en función de sus características y naturaleza (disp.final primera).

En cualquier caso, de ser cierto que contablemente el fondo económico de las actividades recogidas en la Ley 43/2007 y, a pesar de su forma jurídica, es financiero, lo que subyace en este razonamiento son dos cosas distintas: la primera, que el legislador contable puede arrinconar el fondo económico o la esencia de una actividad a la hora de establecer su regulación. La segunda, que el hecho de que el legislador califique una actividad como no financiera (ni préstamo ni depósito, ni captación de ahorro público) y sí como de compra, intermediación o venta no afecta a todas las ramas del Derecho, sino solo a aquellas que no tomen como base la verdadera esencia, la inmanente, de las actividades. Como señalamos anteriormente, el legislador puede apartarse de la naturaleza de las cosas a la hora de regular las instituciones pudiendo incurrir, incluso, en contradicciones valorativas. El límite estaría en el principio de igualdad, pues habría que cuestionarse la constitucionalidad de la norma en tanto dos situaciones idénticas pueden ser tratadas de forma distinta⁶⁸. De hecho, si la actividad es financiera, podría afirmarse que la Ley 43/2007 es un error o portadora de un mensaje irracional⁶⁹. Pero la segunda cuestión, que quizás sea la más determinante a estos efectos, es si es

⁶⁶ GARRETA SUCH (2007, pág. 353) afirma que la identificación de la actividad no se cumple si se informa solo del objeto social escriturado, sino que debe mencionarse la actividad desarrollada, esté o no en los estatutos.

⁶⁷ Parece que no se trataría de una antinomia jurídica, al tener ambas normas un ámbito de actuación distinto, una contable y otra sustantivo. Aunque, ciertamente, la formulación de las cuentas anuales presentará un inconveniente difícilmente salvable, y es la descripción en la memoria de la actividad y la explicación de por qué nos encontramos contable ante un instrumento financiero negado por el legislador. Creemos que nos encontraríamos ante una contradicción valorativa en tanto obliga a reconocer en el ámbito contable lo que niega en el Derecho sustantivo, con la problemática que llevaría aparejada con relación a la congruencia y unidad del sistema, pero, sobre todo, con los problemas de igualdad que aparecerían en Derecho sustantivo, al tener una diferente regulación instrumentos financieros *económicamente* iguales. Sobre las antinomias y contradicciones *vide* RUIZ SANZ (2002, págs. 59 y ss.).

⁶⁸ GONZÁLEZ-MENESES (2007, pág. 53) señala que la Ley 43/2007 supone un agravio para los inversores y un agravio comparativo con las empresas financieras regulares, las cuales se encuentran con unos competidores sujetos a muchos menos requisitos legales y que compiten, por tanto, con ellos en condiciones muchas más ventajosas.

⁶⁹ En este sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ-MENESES (2007, pág. 71) parte de la base de que calificar la actividad como mercantil en lugar de financiero es absurdo e insensato. MANUEL CONTHE (2008) señala que la Ley 43/2007 «debería abochornar a quienes elaboraron y aprobaron tan hipócrita y defectuosa ley».

posible entender que jurídicamente una ley establezca que las actividades no son financieras, de captación de ahorro en cualquier forma, y contablemente, por el contrario, se registren como un préstamo con garantía porque ese sea su fondo económico. Y a nuestro parecer esta última afirmación es dudosa. La contabilidad es, al fin y al cabo, Derecho contable, basado en normas, y debe interpretarse con arreglo a criterios admitidos en Derecho. Y si el único marco jurídico de las actividades de venta de bienes tangibles, con la obligación de encontrar un comprador o asumir la entidad la compra, establece que es mercantil y no es financiera (captación de ahorro), parece una contradicción *in terminis* registrar contablemente una verdadera naturaleza económica negada por el legislador⁷⁰. Así, VICENT CHULIA (2000, pág. 189) señala que cuando la normativa contable hace mención a que las cuentas anuales deben formularse con arreglo a las disposiciones legales, la frase «de conformidad con las disposiciones legales» puede interpretarse como una referencia al ordenamiento y no necesariamente a las normas contables⁷¹. En definitiva, como señala LARENZ (1994, pág. 415), la naturaleza de las cosas es un criterio teleológico-objetivo de interpretación, siempre que no se pueda suponer que el legislador haya querido desdeñarla⁷². Pero, a nuestro parecer, si la Ley 43/2007 establece que no nos encontramos ante préstamos o depósitos, la norma contable no puede recoger dicha realidad. A nuestro parecer, la presunción establecida en el artículo 14.2 se ve destruida por la Ley 43/2007. Solo así se respetaría la racionalidad y coherencia del sistema⁷³.

⁷⁰ Señala GONDRA ROMERO (1991, pág. 583), analizando la imagen fiel contable, que «Es evidente que en un sistema jurídico de configuración "legal" no resulta fácil pensar que no baste con el cumplimiento riguroso de la ley para satisfacer los fines del sistema». Por otro lado, y aunque sea a efectos fiscales, la SAN de 19 de abril de 2007 (procedimiento 262/1997) advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de mayo de 2004 y de 26 de septiembre de 1991 «ha llegado, en la aplicación de las normas reguladoras de los impuestos, a consagrar el **principio de comodidad del contribuyente** el cual **ha de tomarse en consideración en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico**». En la SAN de 7 de diciembre de 2001 (recurso núm. 68/1999) se señala que de este principio se deriva «que el contribuyente disfrute de todas las facilidades posibles para cumplir sus obligaciones fiscales y, en especial, para formular su declaración o efectuar el pago de las deudas tributarias».

⁷¹ A estos efectos es necesario incidir en la seguridad jurídica y en la necesidad de interpretar los términos con arreglo a su concepto usual. Y, en este sentido, el Abogado General del TJCE Poiars Maduro advierte en sus conclusiones presentadas el 7 de abril de 2005 [Asunto C-255/02 (NFJ021677), Asunto C-419/02 (NFJ021665), Asunto C-223/03 (NFJ021864)], y aunque sea a los efectos del IVA, que «los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima que también "forman parte del ordenamiento jurídico comunitario" y a la luz de los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Sexta Directiva. De esos principios se deriva que los contribuyentes han de tener derecho a conocer por anticipado cuál será su situación fiscal y, **a tal efecto, confiar en el significado ordinario de los términos de la legislación del IVA**». FERREIRO LAPATZA (1999, pág. 672) advierte que «El lenguaje técnico-jurídico a utilizar en el ámbito tributario ha de alejarse lo menos posible del lenguaje técnico-jurídico utilizado en el resto del ordenamiento para procurar la imprescindible coherencia del conjunto». Por su parte, en la normativa española no hay que olvidar que el artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que las Administraciones públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima».

⁷² Como señala el voto particular emitido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2000 (JUR 2001\15776) «no corresponde a los Tribunales de Justicia enjuiciar la moralidad o la justicia de la Ley, correspondiendo al Legislativo la promulgación de las leyes, cuya finalidad, en múltiples ocasiones, se debe más a razones de oportunidad política y económica, que a razones de intrínseca justicia».

⁷³ Partiendo de la base de que la exigencia de coherencia es esencial en Derecho, hasta el punto que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (DE ASÍS ROIG, 1995, pág. 28), los argumentos de interpretación que avalarían contabilizar con arreglo a su naturaleza jurídica son varios. Aunque todos ellos derivarían del argumento de racionalidad del sistema, que supone que un sistema normativo, elaborado por un legislador razonable, no puede suministrar un resultado interpretativo o aplicativo de las normas que sea en sí mismo ilógico o inicuo (SANTAMARÍA PASTOR, 1988, pág. 399). Se trata del criterio apagógico, según el cual no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas, del criterio de la razonabilidad, que solo permite dar un significado distinto al dado con anterioridad por razones de razonabilidad, o el sistemático, que exige que las normas tengan sentido en relación con

5.2.2. Tributación en el IS.

Anteriormente señalamos que en el IS la calificación con relación al verdadero fondo económico presentaba algunos inconvenientes, como era el referente a la interpretación económica o a los valores de adquisición. Pues bien, con la reforma del TRLIS producida por la Ley 16/2007 creemos que ambos problemas estarían solventados. En efecto, el artículo 15.1 ha señalado que «Los elementos patrimoniales se valorarán de acuerdo con los criterios establecidos en el Código de Comercio», estableciendo una norma de reenvío al Derecho Mercantil. Y con relación a la interpretación económica, y como ya tuvimos ocasión de señalar anteriormente, la reforma del artículo 34.2 del Código de Comercio y del PGC 1514/2007 implica que en el Derecho contable se ha producido una excepción a los criterios de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil. Lo importante es, ahora, la aproximación económica de las formas jurídicas. En Derecho tributario, sin embargo, los criterios hermenéuticos eran los aceptados en Derecho y la interpretación económica y la analogía están proscritas. Por tanto, el artículo 10.3 del TRLIS, que permanece inmutable con la actual regulación, parece incurrir en una antinomia; la misma materia, con el mismo ámbito de aplicación, se ve regulada por dos normas contradictorias. Por tanto, sería aplicable tanto la norma especial como la posterior, por lo que entendemos que la interpretación económica está de nuevo permitida en el ámbito del IS ⁷⁴.

6. CONTINGENCIAS FISCALES Y CONTABLES EN EL ÁMBITO DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS BIENES CON OFERTA DE RESTITUCIÓN EN EL PRECIO

La calificación de la actividad de comercialización de bienes tangibles como financiera o mercantil a efectos contables y tributarios tiene problemas dispares y no resueltos. Así, en el IRPF lo que está por solventar es si la regulación de rendimientos de capital mobiliario se limita solo a los valores negociables o no. Se trata de un problema de interpretación acotado a la propia LIRPF. Si solo se refiere a valores negociables, a nuestro juicio sería indiferente que la actividad se calificara económicamente como financiera, pues la LIRPF obligaría a tributar como ganancia de patrimonio. No obstante, y como hemos señalado, la propia DGT estima que sí son rendimientos del capital mobiliario sometidos a retención. En el IVA, por su parte, a nuestro parecer no tiene incidencia que la actividad se califique como financiera o como mercantil, pues la exención de operaciones financieras solo alcanza a valores negociables. Y en el IS es cuando la calificación como financiera o mercantil tiene plena incidencia. En efecto, si se considera mercantil, se tributaría por la venta de las mercan-

el resto del ordenamiento (*vide* DE ASÍS ROIG, 1995, págs. 186 y ss). En la STC 150/1990 (NFJ004014) se señala: «Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incommunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten».

⁷⁴ *Vide* BLÁZQUEZ LIDOY (2008, págs. 9 y ss.). En el mismo sentido se pronuncia ROSEMBUJ (2008), al señalar que «Lo anterior no impide reconocer que *el principio de la consideración económica* reviva en su versión original, porque, para no engañarnos, ese es el contenido de la proposición contable y mercantil. Paradójicamente, un principio tributario que no resulta aceptado en el Derecho que le dio cauce emigra a otros sectores del ordenamiento, recuperando su primer alcance. Lo que pasa es que el argumentario jurídico aspira a afrontar el formalismo con medios más complejos y elaborados que la simple realidad de las cosas». *Vide* también CALVO VÉRGEZ (2008, pág. 15).

cias. Si, por el contrario, se califica como financiera, se consideraría contablemente como un préstamo y no luciría en contabilidad el beneficio por la venta de los bienes tangibles. En cualquier caso, repárese cómo el tratamiento impositivo que se nos ofrece no tiene una coherencia interna, sobre todo en el IVA. Ciertamente, no es obligatorio que lo tenga y cada tributo podría tener una aproximación distinta a la misma realidad. Sin embargo, parece que principios de buena técnica jurídica sí deberían llevar a que los tratamientos fueran unitarios en el Derecho tributario. O dicho de otra manera, que las mismas realidades tributen de idéntica forma en todos los tributos, en aplicación de un principio de igualdad y coherencia.

La situación así dibujada plantea a las entidades que operan en este mercado un problema de responsabilidad. Como hemos señalado, si se considera que hay una actividad de carácter financiero no se declararía el IS, pero sí se ingresarían, en principio, las retenciones. Sin embargo, no hay que olvidar que las retenciones son a cuenta de los clientes. Se descuentan de las rentas de estos que, a su vez, en su declaración de renta deberían haber deducido. De hecho, incluso la norma establece que en el caso de que no se haya retenido «por causa imputable al retenedor (...) el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida» (art. 99.5 de la LIRPF 35/2006)⁷⁵. La otra opción es reconocer el carácter mercantil, lo que supondría haber tributado por IVA e IS y no haber retenido en IRPF. Como se puede ver, ambas situaciones dan lugar a un posible ilícito que si supera los umbrales del Código Penal podría ser un delito fiscal. En el primer caso, por retenciones; en el segundo, por IS. Y a esto es necesario añadir la problemática del IVA, que no está resuelta expresamente. Es importante porque podría pensarse que si nos encontramos ante una operación financiera, estaría exenta de IVA, por lo que aparecería un nuevo tributo implicado, aunque, a nuestro parecer, como ya señalamos, incluso en el caso de que se considere una operación financiera desde una perspectiva económica, estaría gravada por IVA.

El problema técnico-jurídico es que cuando se ingresa por un tributo y por otro se deja de declarar, los resultados no se compensan. El primero da derecho a una devolución de ingresos indebidos y el segundo daría lugar a una elusión que podría ser sancionable de forma autónoma. A nuestro juicio, la situación planteada no debe dar lugar a la comisión de un ilícito. En primer lugar, debido al vacío normativo⁷⁶; y, en segundo, porque se ha procedido a declarar⁷⁷. Como

⁷⁵ De hecho, la STS de 26 de febrero de 2007 [recurso núm. 2400/2002 (NFJ025573)] advierte que no se puede exigir la retención al retenedor en caso de que la persona que debería haber soportado la retención haya ingresado la obligación principal.

⁷⁶ Como se señala en el voto particular de la STS de 18 de septiembre de 2006 [recurso núm. 1321/2005 (NFJ024034)], en el ámbito penal «no procede integrar la norma punitiva con una resolución de un órgano administrativo... El principio de legalidad y las exigencias en esta materia de la *lex certa*, en la aplicación del Derecho penal, requieren, a mi juicio, que la norma tributaria exprese, con la necesaria concreción y claridad, la obligación fiscal que, incumplida, constituye la infracción delictiva». Del mismo modo, GÓMEZ BERMÚDEZ (2006, pág. 61) advierte que en el ámbito penal las técnicas analógicas que se emplean en el Derecho tributario no son trasladables al Derecho penal porque serían radicalmente incompatibles con las exigencias de tipicidad del artículo 25 de la Constitución Española. «No se trata de si sanciona o no por analogía, sino de si el tipo del injusto aparece suficientemente definido en la norma penal cuando su concurrencia depende de la aplicación por la Administración de una potestad más o menos libre». Y en el ámbito del IS esta situación es todavía más acuciante, en tanto, que al basarse la base imponible en el resultado contable, se ataca no solo la legalidad tributaria sino también al principio de legalidad penal (FERREIRO LAPATZA, 2007, documento obtenido en soporte informático sin paginación).

⁷⁷ La defraudación penal exige engaño por medios fraudulentos (GÓMEZ BERMÚDEZ, 2006, pág. 58). CHOCLÁN MONTALVO (2004, pág. 3) advierte que «El delito fiscal se fundamenta en la gravedad del plan del autor desde el punto de vista del desvalor de acción, requiriéndose en el tipo objetivo un comportamiento del autor que suponga simulación u ocultación

ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 164/2005, no es posible imponer «la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio extremo del que en la resolución judicial viene a prescindirse pese a tratarse de un supuesto razonablemente problemático en su interpretación. En efecto, no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que esta se infiere».

Pero, desde luego, si la opción elegida ha sido la de pagar más impuestos en el conjunto de la operativa, creemos que en ningún caso podría haber sanciones tributarias o delitos fiscales. En efecto, el fundamento de los ilícitos contra la Hacienda Pública radica en no declarar y, además, dejar de ingresar. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «al menos en la modalidad de elusión del pago de tributos, que aquí interesa, se configura como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos, conducta esencialmente omisiva. Se configura como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria» [25 de noviembre de 2005, recurso 788/2004 (NFJ021672)]. Como consecuencia, el *dolo* que requiere este delito pasa por un ánimo de lucro individual. En este sentido, es «la finalidad de pagar menos impuestos de lo que se debería lo que motiva la conducta del sujeto pasivo tributario. Y pagar menos impuestos comporta necesariamente un lucro propio y

de la situación económica del contribuyente. Y quedan excluidos del delito fiscal todos aquellos comportamientos que supongan la elusión del pago de un tributo por medio de operaciones que "están a la vista" de la Administración tributaria, la que puede ejercer sus normales facultades de comprobación». Por su parte, la STS de 26 de junio de 1991 expresamente señala con relación al ánimo de defraudar que «mal puede darse este ánimo en quienes en la contabilidad empresarial hacen constar el auténtico soporte de la base imponible» (en el mismo sentido SAP de Barcelona de 7 de junio de 1995). E incluso en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador (infracciones que exigen menos desvalor que el delito) llega a ser así. En este sentido hay que recordar que el Tribunal Supremo ha afirmado en su Sentencia de 22 de junio de 2004 [recurso casación núm. 7927/1999 (NFJ018066)] que «Este punto, el de no ocultación, es capital en nuestra jurisprudencia a la hora de valorar la conducta del recurrente». Y de la misma manera, la SAN de 17 de febrero de 2005 [recurso núm. 492/2002 (NFJ020875)] advierte que «El Tribunal Supremo ha establecido el criterio (sentencias, entre otras, de 28 de febrero de 1996 y 6 de julio de 1995) de estimar que la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas deficiencias u obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada, en cuyo caso nos encontraríamos ante el mero error, que no puede ser sancionable». Por último, no queremos dejar de mencionar, por su claridad, la Sentencia de 22 de junio de 2005 (recurso núm. 1437/1999), donde expresamente se señala que «La complejidad de las normas tributarias y mercantiles que inciden en el IS y la circunstancia de tener que realizar los contribuyentes una declaración-liquidación en lugar de la propia Hacienda Pública hace que lo fundamental sea la constancia de los ingresos brutos y de los conceptos en que se percibieron, así como de los incrementos patrimoniales y en materia de gastos deducibles, que queden estos definidos y cuantificados y que todo ello luzca en la contabilidad, sin que pueda calificarse de infracción sancionable, la interpretación errónea sobre los incrementos de patrimonio que están exentos, salvo que se pruebe que van dirigida, de manera voluntaria o intencional, precisamente a confundir o alterar la deuda tributaria. Ninguna ocultación, falseamiento, dificultad u obstrucción, incumplimientos contables o circunstancias similares concurrieron en la actuación de la entidad recurrente, pues, como se ha dicho en el Acta, se hace constar que en la situación de contabilidad y registros obligatorios a efectos fiscales del obligado tributario no se han apreciado anomalías sustanciales para la exacción del tributo y en la declaración del impuesto, como se dice en el informe complementario, la recurrente hace constar correctamente los datos necesarios para comprobar que no ejerció actividad empresarial, de forma que la inspección pudo, sin esfuerzo, efectuar las comprobaciones pertinentes y observar que se había incluido indebidamente, como exención, un incremento patrimonial que no lo estaba, pudiendo hacer las rectificaciones correspondientes y la liquidación precedente».

un perjuicio para el Erario Público» (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, 2004, pág. 162) ⁷⁸. Por tanto, si en el conjunto de la tributación elegida ha habido perjuicio para el contribuyente y excedente para la Hacienda, no debe existir delito fiscal ni infracción por el hecho de que una de las consecuencias de la opción tomada sea la de pagar menos retenciones.

Por otro lado, es importante vincular los ilícitos contra la Hacienda Pública con los incumplimientos contables. En efecto, el artículo 184.3 a) de la LGT 58/2003 determina que es una agravante «la **falsedad** de asientos, registros o importes, la omisión de operaciones realizadas o la contabilidad en cuentas incorrectas de forma que se altere su consideración fiscal». Por su parte, el artículo 305 del Código Penal, referente a los delitos fiscales, señala en su apartado 4 que la regularización de las deudas fiscales «alcanzará igualmente a dicho sujeto por las irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, que exclusivamente con relación a la deuda tributaria objeto de la regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización». El artículo 310 del Código Penal regula el delito contable como preparatorio del delito fiscal (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, 2004, págs. 572 y 573). Por último, el artículo 290 hace mención a la falsedad de cuentas anuales que deban reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad.

Pues bien, a nuestro juicio, en el caso de las entidades de bienes tangibles, el problema de la fiscalidad vincula, directamente, la contabilidad. **Es decir, es el mismo presupuesto de hecho, la consideración como operación financiera, la que produce efectos, al menos, en dos ámbitos distintos, el referente a la tributación y a la contabilización.** En efecto, el hecho de contabilizar como actividad financiera va a suponer que no se pague el IS (y dejamos al margen el tema del IVA). Sin embargo, desde el punto de vista de la contabilidad, la visión de la empresa que se da es totalmente distinta. En principio, es una imagen más prudente por aplicación del principio de coste histórico ya que los bienes no se revalorizan por la venta y, además, aparecen expresamente recogidos los pasivos, consecuencia del registro del depósito o préstamo. Y al emplearse el criterio más conservador las cuentas anuales presentan una mayor garantía frente a terceros ⁷⁹. La otra opción es pagar IS e IVA pero presentar unas cuentas anuales basadas en otros criterios menos garantistas para terceros y totalmente distintos. De esta manera, el hecho de pagar el IS para evitar la responsabilidad fiscal supondría poder incurrir en falsedad en cuentas anuales, mientras que el hecho de presentar las cuentas anuales con criterios financieros y más prudentes, implicaría que pudiera haber un posible delito fiscal por concepto de IS ⁸⁰. A nuestro parecer, esta situación no es sostenible jurídicamente. La contabilidad se ha considerado, a efectos fiscales, como un instrumento para la comisión de ilícitos tributarios (art. 305.4 del Código Penal). Si se contabiliza de

⁷⁸ De la misma manera, BAJO y BACIGALUPO (2001, págs. 245 y 246) advierten que el ánimo de defraudar exige un ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo y el lucro perseguido consiste en la obtención de una ventaja patrimonial.

⁷⁹ El artículo 290 del Código Penal exige que como consecuencia de la falsedad en las cuentas anuales se cause un perjuicio a socios o a terceros. El problema radica en que los socios y los terceros pueden tener intereses contrapuestos. Así, a los socios es muy posible que les convenga que la empresa dé más beneficios y presente un mayor valor frente al mercado. Sin embargo, a los terceros le interesa que la empresa sea lo más solvente posible, lo cual se consigue llevando a sus extremos el principio de prudencia.

⁸⁰ Con la Ley 43/2007, y en la medida en que se exige que haya garantías de establecimientos de crédito que aseguren el importe de la restitución ofrecida (art. 5), los consumidores que adquieran estos bienes estarán protegidos y no habrá un perjuicio para ellos, por lo que parece que no se pudiera producir un delito de falsedad en cuentas anuales con relación a ellos.

una determinada manera para ingresar por el IS y evitar posibles responsabilidades penales por delito fiscal, creemos que dicha conducta no podría ser considerada falseamiento de cuentas anuales, pues daría lugar a una situación de imposible resolución. Pero es que, además, no hay que olvidar que en las cuentas anuales los posibles problemas de interpretación que puedan darse en la cuenta de Pérdidas y ganancias y balance pueden resolverse en la memoria. Y precisamente con relación a la falsedad en cuentas anuales, PASTOR MUÑOZ (2006, documento obtenido en soporte informático sin paginación) mantiene que «una falsedad en el balance que se vea compensada en la cuenta de Pérdidas y ganancias o en la memoria no será relevante, pues el Derecho Mercantil atribuye a los tres documentos en conjunto la función de reflejar la imagen fiel de la sociedad (art. 177 de la LSA)». Pero, sobre todo, es necesario recordar que la STS de 14 de julio de 2000 (RJ 2000\6583) expresamente dispone que «En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, **sea alterando los datos reales, sea ocultándolos**; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de Pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)». Por tanto, si la información incorrecta va acompañada del documento que corrige y compensa la inverosimilitud la situación de la sociedad no debe considerarse como falsa ⁸¹. Al fin y al cabo, la condición de imagen fiel se refiere a la unidad que forman el balance, la cuenta de Pérdidas y ganancias y la memoria, lo que parece indicar que tal conjunto es capaz de mostrar dicho resultado de modo global (DE TORRES ZAPATERA, 2002, pág. 62).

De esa manera, lo cierto es que si se opta por contabilizar como compraventa y tributar por IS e IVA, e informar en la memoria de las intermediaciones y de las recompras, parece que se podrían salvar tanto las contingencias contables como fiscales. Sin embargo, si lo que se hace es optar por la tributación como préstamo, parece que las contingencias fiscales estarían, en todo caso, presentes y, además, podrían existir contingencias contables en tanto los socios verían disminuido el valor de la empresa y la empresa reflejaría en la memoria una actividad jurídica distinta de la económica ⁸².

⁸¹ Jurídicamente señala PASTOR MUÑOZ (2005, documento obtenido en soporte informático sin paginación) que si se toma en consideración un concepto amplio de falseamiento, la compensación de información en otro documento no evitaría la falsedad, pero no habría delito en tanto cabe rechazarse su idoneidad para perjudicar. Si se toma un concepto estricto, ni siquiera habría falseamiento. Aunque ambas posturas llevan a la misma solución, el autor señala que es más conveniente la interpretación estricta desde el planteamiento de defensa, pues evita el falseamiento.

⁸² Pero es que en el caso de que se contabilizara la actividad como préstamo, con base en el presunto fondo económico, sería necesario entrar a valorar si las cuentas anuales reflejan la verdadera situación **jurídica** de las entidades. En la Consulta de la Fiscalía General del Estado 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito del artículo 290, se señala que «Las más de las veces, por no decir prácticamente todas, la falsificación de las cuentas anuales o de esos otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad se lleva a cabo ideológicamente, consignando en los mismos datos que **no se corresponden a la realidad, es decir, faltando a la verdad en los datos jurídicos o económicos** mediante artificios contables consistentes en aumentar o disminuir ficticiamente las diversas partidas». Pues bien, si se refleja como préstamo, debería explicarse en la memoria de las cuentas anuales cómo es posible que una entidad que tiene prohibida la captación de ahorro público y debe limitarse a una actividad mercantil puede contabilizar como préstamo. ¿No estaría falseando la realidad jurídica al sostener que hace una actividad mercantil cuando registra la operación como un depósito?

7. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN TRIBUTARIA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA (CONCLUSIONES)

CALVO GONZÁLEZ (2007, pág. 8) señala que «Si al momento de indagar y distinguir qué podía trascender de mi libertad de acción la previsión legal no aportaba una perspectiva consecuencial clara, sino que más bien trasladaba un dilema, entonces la ley ofuscaba la libertad individual y esta se convertía en una libertad jurídicamente ciega. Por tanto, la ley no debía resultar engañosa u oscura, ni paradójica, y tampoco ambigua». A nuestro parecer, todo lo hasta ahora señalado pone de manifiesto la ausencia de un marco legal completo y dudas interpretativas que han existido y existen sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la actual Ley 43/2007. Jurídicamente se trata de una actividad de compraventa de bienes tangibles con intermediación o con compromiso de recompra en el caso de que no se encuentre a un comprador. Es decir, hay una transmisión de bienes que la propia norma excluye de calificarlas como actividades financieras. Sin embargo, lo que se plantea es si el fondo de la actividad puede ser financiero y cuál sería su tratamiento en IRPF, IVA e IS y contabilidad. Pero no estamos aquí ante ingenierías contables y tributarias que van delante del regulador. A nuestro parecer, la raíz del problema radica en determinar si nos encontramos económicamente ante una actividad financiera y si el legislador sustantivo puede arrinconar dicha realidad. Pero es esta una cuestión que queda extramuros del presente trabajo. Por lo que aquí interesa, podemos afirmar que nos encontramos ante un vacío legal en lo que se refiere a los aspectos contables y tributarios de la actividad regulada por la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007. Y las lagunas normativas deberían ser solventadas por el legislador y evitar dejar en manos de las consultas emitidas por la Administración ciertas interpretaciones⁸³.

En definitiva, los vacíos jurídicos existentes en cualquier sector no pueden ni deben regularse mediante consultas que no son normas jurídicas dictadas con los procedimientos adecuados en garantía de la legalidad, sino meras informaciones que ofrecen, además, soluciones parciales⁸⁴. El marco jurídico-

⁸³ Como señala el Tribunal Supremo [Sentencia de 25 de junio de 2004, recurso núm. 3105/1999 (NFJ018031)], «es lo cierto que ha quedado demostrado **que los problemas interpretativos traen su causa** no del correcto entendimiento del Convenio, sino de **nuestro Derecho interno, que por razones de puro empecinamiento no dictó en su momento normas jurídicas adecuadas** que regularan satisfactoriamente la compra y posterior venta o amortización de títulos de renta fija con "cupón corrido", empecinamiento que pretendía salvaguardar con carácter general un sistema que somete al IRPF y al IS (hasta 31 de diciembre de 1995) el "cupón corrido" como rendimiento cuando este no existe, difiriendo la corrección de este exceso tributario a la posterior enajenación del título... La Sala contesta que la causa de esta aparente contradicción se halla en el empecinamiento de la Administración Tributaria en mantener el gravamen del cupón corrido, aun a sabiendas de que no existe rendimiento, como hemos explicado reiteradamente, **llevando a cabo una huida hacia adelante que consiste en echarle las culpas al artículo 11 del convenio, en lugar de asumir su propia responsabilidad**, pues a lo largo de los años en que se ha planteado la cuestión de los "bonos austríacos" lo único que ha hecho, desde el primer momento, es negar la evidencia, como reflejan las contestaciones a las consultas vinculantes, en las que primero afirmó que los bonos austríacos no eran deuda pública de Austria, luego que la buena fe impedía la aplicación del artículo 11 del convenio, para terminar echándole la culpa al propio convenio, **en lugar, como era lo propio, de haber promovido la necesaria modificación de nuestro Derecho interno, que ha llevado a muchos contribuyentes (personas físicas y sociedades) a realizar las operaciones referidas con los bonos austríacos, amparándose en el imperfecto Derecho tributario español**». De la misma manera, en la STSJ de Valencia de 7 de junio de 2006 [recurso núm. 106/2004 (NFJ024808)], se señala que «Esta posibilidad era conocida por el Estado, pues se evidencia de la legislación y conceptos tributarios, y pudo ser evitada previendo lo contrario expresamente en la legislación del Impuesto o en el propio Convenio; no haciéndolo así, no cabe ahora acudir a complejas interpretaciones que restringen las previsiones financiero-fiscales de los sujetos pasivos suscriptores de los bonos exentos en cuestión y contradiciendo, en suma, el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución».

⁸⁴ Aunque sea a otros efectos, merece la pena traer a colación el voto particular emitido por el señor GARZÓN HERERRO en la STS de 23 de mayo de 2006 [recurso núm. 8201/2000 (NFJ024555)] sobre la AEAT. En el mismo se afirma que «el

co-tributario que se nos ofrece para la actividad regulada en la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007 es nulo. Y el nuevo PGC ha alumbrado una *presunción* para las ventas con pacto de recompra de difícil aprehensión y estamos ante una cuestión de compleja calificación. Y como señala la STC 150/1990 (NFJ004014), si «las **omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas** que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, **podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica**». Dicho en términos económicos, cuando cualquier operador actúa en el tráfico jurídico, no cabe desconocer que el tributo es siempre un componente más del coste de la misma que debe ser conocido en la planificación de su actividad [STC 173/1996 (NFJ004656)]⁸⁵. En este sentido, la STJCE de 21 de febrero de 2006 [Halifax, Asunto 255/02 (NFJ021677)], y a efectos de IVA, advierte que «la legislación comunitaria también **debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables...** Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen»⁸⁶. Es más, esta sentencia concluye que «procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a la **una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad**, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación».

Pero es que, además, el tratamiento de las actividades financieras, en lo referente a los rendimientos del capital mobiliario y las retenciones son cuestiones que no son nuevas en el Derecho tributario y en los procedimientos inspectores. Los casos de importancia que han saltado a los tribunales por vacíos legales que han sido integrados por interpretaciones económicas o por normas generales antifraude han sido varias, y generalmente con entidades financieras de por medio. Así, y a título de ejemplo, podemos hacer mención a las cesiones de crédito⁸⁷ o a la problemática que surgió con los llamados seguros de prima única con capital diferido y las denominadas Libretas de Pensión Temporal Indefinida, productos emitidos por las compañías aseguradoras, pertenecientes en su mayoría a

procedimiento para la elaboración de disposiciones generales impide que las meras ocurrencias de los titulares de los órganos se conviertan en normas, y más cuando esa norma tiene un contenido tan relevante como el de la impugnada...» «Sabida es la importancia del procedimiento administrativo, relevancia que se acrecienta (no disminuye) cuando se trata de elaborar disposiciones generales, pues mediante él la Administración reflexiona y depura el producto legal que crea, y, simultáneamente, garantiza los derechos de los destinatarios de la norma». El magistrado llega a afirmar que se trata de configurar a la AEAT como un «**Guantánamo tributario**».

⁸⁵ Especialmente clara es STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 1994 (JT 1994/1586) al establecer que «Las normas tributarias deben ser especialmente claras y evidentes en su dicción toda vez que las mismas van a regular el ejercicio de la potestad de exigir tributos. El principio de seguridad jurídica supone que toda actuación administrativa, y especialmente aquella que se desenvuelve en un campo como el tributario, que conlleva una actuación directa en la esfera de derechos del ciudadano, se lleve a cabo rodeada de unas garantías que no impliquen suposiciones o derivaciones implícitas o deducidas. La evidencia, la claridad y la seguridad deben presidir estas relaciones».

⁸⁶ GARCÍA NOVOA (2000, pág. 113) señala que la idea de *previsibilidad* es un elemento fundamental del sistema tributario, pues solo la seguridad de un Ordenamiento de consecuencias previsibles garantiza el contraste constitucional de las normas tributarias y la interdicción de la arbitrariedad de los aplicadores del derecho. Lo fundamental en el análisis constitucional de las normas tributarias de nuestro tiempo es la certeza en una univocidad de resultados. SAINZ DE BUJANDA (1963, pág. 181) ya advertía que la seguridad jurídica exigía saber a qué atenerse, lo que no es, en definitiva sino «estar asegurado: 1.º Respecto a la normativa aplicable a su contenido y efectos; y 2.º Respecto a la circunstancia de que los órganos estatales actuarán de conformidad con aquella y velarán por su cumplimiento».

⁸⁷ Después de más de 14 años de investigación, la Audiencia Nacional dictó el 20 de diciembre de 2006 el sobreseimiento libre en el caso de las cesiones de crédito seguido contra directivos del BSCH y varios clientes. Fue la propia Fiscalía quien instó el sobreseimiento. *Vide* la STS de 17 de diciembre de 2007 (recurso núm. 315/2007).

grupos bancarios⁸⁸. Y más recientemente podemos mencionar las participaciones preferentes, un caso de unas dimensiones económicas enormes donde la Fiscalía acudió a la interpretación económica para calificar como dividendos unos productos calificados mercantilmente como intereses⁸⁹.

Como puede verse, la polémica sobre normativa financiera y su calificación no es nueva. Hemos señalado algunos botones de muestra, pero hay más casos, como los conocidos de las primas únicas, bonos austríacos, obligaciones bonificadas, etc. Finalmente, todo se reduce a una falta de normativa y al aprovechamiento de ese vacío, y la reacción de la AEAT. Pero son situaciones que debe acabar solventando el legislador y no dejar en el vacío y al socaire de consultas contables o tributarias. Hasta ahora la regulación sustantiva de los bienes tangibles establecía de una manera indubitada que estas entidades realizaban actividades mercantiles y no financieras. Sin embargo, y debido a que quizás en el fondo económico nos encontramos ante depósitos garantizados, tributariamente la interpretación de su régimen presentaba demasiadas dudas y la Ley 43/2007, conociendo las mismas, las ha obviado de manera sorprendente pero obligando a introducir en el contrato cuál es el régimen tributario aplicable. Nada señala con relación a la tributación a pesar de que se trata una problemática conocida por la propia AEAT y que puede tener una incidencia negativa para los contribuyentes y operadores económicos. A nuestro parecer, una norma dictada para proteger a los consumidores no puede soslayar la regulación tributaria. La seguridad jurídica, como principio constitucional, exige a los reguladores que provean a los destinatarios de un marco jurídico acabado en materia tributaria. Y eso no es lo que ha hecho la nueva Ley 43/2007. En definitiva, «Cuando se fomenta la confusión –señala RODRÍGUEZ-ARANA (2007, documento obtenido en soporte informático sin paginación)–, cuando se oscurece el régimen jurídico deliberadamente... de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico».

⁸⁸ La Administración calificó estos contratos, y empleando la interpretación económica, como un contrato de préstamo o depósito irregular. La problemática se solventó mediante una doble vía: la legal, reformando la normativa y para los casos anteriores a dicha reforma, el TEAC cambió de postura con base en varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional. Sin embargo, y según señala ÁLVAREZ BARBEITO (1999, pág. 129), «la Administración interpuso el correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo del que, sorprendentemente, desistió más tarde... Desconocemos los motivos del mencionado desistimiento, pero lo que sí es cierto es que un fallo contrario a las pretensiones de las entidades bancarias que en su día comercializaron tales productos las hubiera llevado a una situación económica muy difícil, habida cuenta del volumen que esos contratos alcanzaron en la práctica hasta que la normativa reguladora del IRPF adoptó finalmente las medidas necesarias para atajar ese tipo de prácticas».

⁸⁹ Vide CAZORLA PRIETO y BLÁZQUEZ LIDOY (2007, págs. 725 a 764). Las participaciones preferentes eran unos productos canalizados a través de paraísos fiscales, debido a que la normativa mercantil española no les daba cobertura, cuya importancia alcanzaba a billones de las antiguas pesetas, y donde la Fiscalía Anticorrupción emitió en los últimos días de enero de 2003 un informe en el que, básicamente, entendía que las rentas derivadas de las participaciones preferentes no eran intereses sino dividendos, ya que en su realidad económica, la finalidad era la retribución de los fondos propios. Era, de nuevo, la reaparición de la interpretación económica. El problema de las participaciones preferentes estaba en un vacío mercantil y en la necesidad de las entidades financieras de acudir a recursos que no fueran capital pero computaran como recursos propios a efectos bancarios. Sin embargo, su utilización era criticada en tanto «La captación de recursos por esta vía era enormemente importante y preocupante, ya que no resultaba ni lógico ni ético que el sistema financiero español obtuviese sus recursos a través de filiales localizables en paraísos fiscales» (DELMÁS GONZÁLEZ, 2005, pág. 8). Pues bien, de haber prosperado el informe de la Fiscalía, las consecuencias podían haber sido catastróficas para las entidades financieras. Sin embargo, la Ley 19/2003 vino a solventar este problema, estableciendo un marco legal para el futuro, pero también con relación al pasado, disponiendo que el nuevo régimen se aplicaría también a las emisiones anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley. Por tanto, se emitió una norma retroactiva para evitar perjuicios a estas entidades. Esto ha hecho que FERNÁNDEZ DEL POZO (2005, pág. 46) haya señalado que «Los que quieran ser cínicos pueden encontrar argumentos para defender que hubo amnistía fiscal en la regulación de las preferentes».

Bibliografía

- AA.VV. [2003]: *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, (dirs.), CALAF AIXALA, PLAZA CANO y RAGUÉ SANTOS DE LA MADRID, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, [2004]: *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P. [1999]: *Los rendimientos del capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cedecs, Barcelona, 2.^a edición.
- [2000]: «Fiscalidad de las operaciones de cesión temporal de activos financieros», *Impuestos*, núm. 9, (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
 - [2006]: «La tributación del ahorro en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núms. 281-282.
- AMADOR FERNÁNDEZ, S. [2007]: «El nuevo Plan General de Contabilidad (Borrador de 2007)», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núm. 289.
- BÁEZ MORENO, A. [2005]: *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- BAJO, M. y BACIGALUPO, S. [2001]: *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2008]: «Interpretación económica, Derecho contable e Impuesto sobre Sociedades. La reforma por venir», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 15/2007.
- CALVO GONZÁLEZ, J. [2007]: «Certeza jurídica e ignorancia del Derecho», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 719.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2005]: «En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes regulado en el artículo 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado», *Quincena Fiscal*, núm. 8.
- CARRASCO PERERA, A. [2007]: «"Sellos, árboles y animales en todo caso", o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer el papel en que se escriben las leyes», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731.
- CAZORLA PRIETO, L.M. y BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2007]: «Participaciones preferentes», en AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Universidad San Pablo CEU-Dykinson, Madrid.
- CHOCIÓN MONTALVO, J.A. [2004]: «Incidencia de la Nueva Ley General Tributaria en el Delito Fiscal», *La Ley*, núm. 5928.
- COMBARROS VILLANUEVA, M.E. [1984]: «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica. (Algunas reflexiones a propósito del concepto de "propiedad económica" en el Impuesto sobre el Patrimonio)», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 44.
- CONTHE, M. [2008]: «¿Hay que ir con Notario al Corte Inglés?», Blog de *Expansión*, 20 de marzo de 2008 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- DE ASÍS ROIG, R. [1995]: *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid.
- DE PABLO VARONA, C. [2006]: «El tratamiento en el IRPF de renta generada por la adquisición de acciones propias», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 13 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- DE TORRES ZAPATERA, M. [2002]: *Valores ocultos en las cuentas anuales. La fiabilidad de la información contable*, Civitas, Madrid.

- DELMÁS GONZÁLEZ, F.J. [2005]: *Comentario al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidos por personas físicas residentes en la Unión Europea*, Documento de Trabajo del IEF 2/2005 (en la página web del IEF).
- ESTEBAN PAÚL, A. [2005]: *Fiscalidad de los productos financieros*, IEF, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1993]: «Interpretación económica y seguridad jurídica», *Crónica Tributaria*, núm. 68.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. [2005]: *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Thomson-Civitas, Pamplona.
- FERREIRO LAPATZA, J.J. [1999]: «Los esquemas dogmáticos fundamentales del Derecho tributario», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104.
- [2006]: «Simplificación; base imponible y renta empresarial», *Quincena Fiscal*, núm. 21 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- [2007]: «Resultado contable y base imponible. Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal», *Quincena Fiscal*, núm. 8 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- FROSINI, V. [1995]: *La letra y el espíritu de la ley* (traducción de ALARCÓN CABRERA y LLANO ALONSO): Ariel, Barcelona.
- GARCÍA NOVOA, C. [2000]: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- GARRETA SUCH, J.M. [2007]: *El Derecho contable en la Nueva Ley 16/2007. (Las cuentas anuales)*, Marcial Pons, Madrid.
- GÓMEZ BERMÚDEZ, J. [2006]: «Infracción tributaria y delito: el fraude de ley y otras conductas afines» en AA.VV. (dir. SOLER PASCUAL): *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- GONDRA ROMERO, J.M. [1991]: «Significación y función del principio de "imagen fiel" ("true and fair value") en el sistema del nuevo Derecho de balances» en AA.VV. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E. [1997]: *La interpretación de las Normas Tributarias*, Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. [2007]: *Inversión en bienes tangibles y seguridad jurídica* en Ensayos de Actualidad, Notario del Siglo XXI (documento obtenido en soporte informático).
- GOROSPE OVIEDO, J.I. y HERERRA MOLINA, P.M. [2001]: «La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa», *Crónica Tributaria*, núm. 100.
- GOTA LOSADA, A. [2003]: *La base imponible del Impuesto sobre Sociedades*, Documentos de Trabajo del IEF, núm. 29 (en la página web del IEF).
- JABALERA RODRÍGUEZ, A. [2005]: «Los activos financieros en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las rentas obtenidas por cesión a terceros de capitales propios» en AA.VV. *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Lex Nova, Valladolid.
- LARENZ, K. [1994]: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción RODRÍGUEZ MOLINERO), Ariel, Barcelona.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A. [2001]: «La función tributaria en el marco del Estado social y democrático de Derecho», *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 109-110.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, P. [1998]: «El Impuesto sobre Sociedades. Régimen general», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 182, Madrid.

- MARÍN BENÍTEZ, G. [2004]: «La remuneración del socio de sociedades mercantiles: tratamiento fiscal del reparto de reservas realizado en el marco de la devolución de aportaciones al socio», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núm. 256, Madrid.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. [1996]: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*, McGraw-Hill, Madrid, .
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. [2006]: «Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada. En particular, la posición y responsabilidad del auditor externo» en AA.VV. *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Tomo II, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- PALACIOS MANZANO, M. y VELA RÓDENAS, J.J. [2005]: «La contabilidad y el Impuesto sobre Sociedades ante los tribunales», *Crónica Tributaria*, núm. 117.
- PASTOR MUÑOZ, N. [2006]: «Algunos problemas interpretativos del artículo 290 del Código Penal a la luz de los casos de la Jurisprudencia», *La Ley*, núm. 6.547 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- PÉREZ ROYO, I. [1999]: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons.
- PONT CLEMENTE, J.F. [2006]: *La simulación en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. [2007]: Principio de seguridad jurídica y técnica normativa, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4 (documento obtenido por soporte informático sin paginación).
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. [2005]: Dictamen sobre *La naturaleza de la actividad de comercialización de sellos en el marco de un programa de inversión filatélica dirigida* de 13 de junio de 2005 (página web del diario *El Economista*).
- ROSEMBUJ, T. [2008]: «El abuso del derecho y la realidad económica», *Quincena Fiscal*, núm. 5 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson.
- SAINZ DE BUJANDA, F. [1963]: *Hacienda y Derecho*, Tomo III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. [1998]: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid.
- SANZ GADEA, E. [2004]: *Impuesto sobre Sociedades (I). Comentarios y Casos Prácticos*, CEF, Madrid.
- VICENT CHULIA, F. [2000]: *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo VIII. Las Cuentas Anuales de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid.
- [2006]: *Introducción al Derecho Mercantil*, 19.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, (documento obtenido por soporte informático sin paginación).
- VILARROIG MOYA, R. [1998]: *La tributación de las opciones financieras*, Aranzadi, Pamplona.
- ZORNOZA PÉREZ, J. [2000]: «La simulación en Derecho tributario» en AA.VV. *Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario Español*, Boletín del ICAM, núm. 16.