

Examen sustantivo fiscal del Código civil

JOSE MENENDEZ

Registrador de la Propiedad de la Guinea Ecuatorial

Cada día en mayor medida el derecho público fiscal se interfiere en zonas jurídicas caracterizadas por su "climax" civilístico. Nada mejor para demostrarlo que considerar tributariamente unos desperdigados preceptos del Código básico, elegidos precisamente entre los que mayores esquinas pueden oponer a nuestro propósito, dada su descomprometida base; pues se trata de artículos cuyo supuesto de hecho no entronca necesariamente con la mecánica de las transmisiones patrimoniales, presupuesto tributario para que entre en juego cualquiera de los impuestos que gravan el tráfico jurídico. Tráfico que, sustantivamente considerado, tiene su adecuado marco en el Código civil.

Entre el copioso articulado, de signo aséptico, del Código civil, hemos escogido dispersos preceptos de distintos libros de dicho cuerpo legal. En el presente trabajo se contienen consideraciones sustantivo fiscales sobre los efectos de la posesión de buena fe, sobre algunas normas de derecho transitorio del Código, sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario... temas todos cuya simple enunciación parece denotar su no beligerancia fiscal.

I

LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

La aceptación de una herencia a beneficio de inventario, como casi todas las instituciones sucesorias, al ser examinada desde el prisma del impuesto de sucesiones, nos suministra apoyo para llegar a interesantes consideraciones fiscales.

El efecto básico de esta especial aceptación hereditaria es el de restringir la responsabilidad del heredero al importe del activo patrimonial del "de cujus". El heredero se desentiende de las deudas que excedan del acervo que recibe. Lo que constituye una excepción al principio general, del derecho de obligaciones, de sucesión en las deudas:

aquel famoso “*stipulamur nobis heredibusque nostris*” del derecho romano.

El beneficio de inventario implica, pues, primariamente una comparación entre los bienes y las deudas. Las deudas, el pasivo de cualquier herencia, enfrentadas desde un punto de vista tributario, plantean el problema de su deducibilidad en el que más tarde insistiremos.

Tres resultados son posibles tanto en la aceptación de herencia simple como en la realizada a beneficio de inventario:

1) Que el acervo hereditario supere las deudas del causante.

Para cifrar el superávit habrá sido preciso examinar previamente las deudas. Este examen nos lleva de la mano para adentrarnos en la figura fiscal de la deducibilidad de las deudas. Los débitos del causante habrán de justificarse cumplidamente para que puedan ser tenidos en consideración. Es decir, han de ser deducibles en la forma establecida por el artículo 130 de la L. R. T.

Si no reúnen todos los requisitos establecidos para su deducibilidad no podrán ser tomados en consideración y no producirán el efecto de disminuir el activo hereditario. Y, por tanto, o bien total o bien parcialmente, no podrá verificarse la inicial comparación entre el haber y el debe del causante, presupuesto esencial de toda aceptación a beneficio de inventario.

Si, como decíamos, el conjunto de los bienes recibidos excede del importe de las obligaciones, la aceptación a beneficio de inventario desemboca en el régimen normal de una aceptación pura y simple. El heredero acepta sin cortapisas, y por la herencia recibida deberá pagar por el tipo que le corresponda según su parentesco con el “*de cuius*”.

2) Que activo y pasivo se equiparen, quedando reducida la herencia a cero.

En este supuesto, nada hay que tributar desde el punto de vista del impuesto de sucesiones porque el heredero nada adquiere y falta el supuesto de hecho necesario para que entre en juego la acción fiscal.

3) Que el pasivo supere al activo.

Es necesario distinguir:

a) En la aceptación a beneficio de inventario no se produce ningún efecto ni sustantivo ni fiscal. Sencillamente porque el heredero nada adquiere. Ya que su aceptación estuvo condicionada a la inexistencia de lesividad en su propio patrimonio. Al no haberse producido el evento previsto de superioridad del activo, ha fallado la contingencia y se producen los efectos propios del incumplimiento de toda obligación suspensiva: la no adquisición del derecho. Porque, a nuestro entender, en la aceptación a beneficio de inventario hay latente una condición suspensiva. Es como si el heredero dijese: aceptaré la herencia si el patrimonio de mi causante excede a las deudas transmisibles del mismo.

Este enjuiciamiento acarrea una importante consecuencia fiscal.

Al tratarse de una situación condicional sería preciso aplicar la norma del artículo 173, 3.º, de la L. R. T., según el cual en toda adquisición cuya efectividad dependa del cumplimiento de una condición, un término, o cualquier manera de limitación, se aplazará de momento la liquidación hasta que la limitación desaparezca. Esta norma serviría para discriminar el procedimiento de las oficinas gestoras ante uno y otro tipo de aceptaciones hereditarias. Tratándose de la aceptación pura y simple deberá practicarse por el liquidador la inmediata determinación de la cuota contributiva del heredero.

Tratándose de la aceptación a beneficio de inventario deberá aplazarse la liquidación hasta que el inventario esté ultimado.

Decimos esto sin olvidar que la que nos ocupa más que una propia condición suspensiva es una "conditio juris". Quedando un poco en el aire la exigente aplicación del artículo 173 de la L. R. T. a que antes aludíamos.

b) Tratándose de la aceptación pura y simple, a primera vista pudiera pensarse en un supuesto de asunción de deuda.

No deja de ser ortodoxo este enjuiciamiento. Disponiendo todo heredero del resorte liberador del beneficio de inventario, si lo desdén haciendo suyas las deudas del causante es como si voluntariamente quisiese asumirlas.

Pudiera pensarse, pues, que este tipo de aceptaciones liberadoras entrañan una *asunción de deuda*.

No asunción convencional, pues falta el entrecruce de voluntades característico de los negocios sinalagmáticos.

La aceptación a beneficio de inventario constituye un acto unilateral del heredero, declarado ante notario o ante juez competente en la forma establecida por el artículo 1.011 del C. c.

Según el artículo 1.011 del C. c.: "la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante notario o por escrito ante cualquiera de los jueces competentes para prevenir el juicio de testamento o abintestato."

Indudablemente, el requisito de este precepto hace que la escritura en que se manifiesta la aceptación a beneficio de inventario tenga carácter constitutivo y ad solemnitatem.

Por tanto, el artículo 1.011 representa un supuesto de forma notarial con carácter alternativo, aunque no lo mencione expresamente la doctrina.

Se trataría, pues, de un supuesto de asunción legal de deuda. Esto en el caso de que aceptásemos la interpretación aludida.

Y aun admitida esta posición, ninguna trascendencia fiscal se deriva del hecho de aceptar la figura de la asunción legal. Porque la misma no encaja en las previsiones de la ley.

En efecto, la dicción legal sujeta exclusivamente las adjudicaciones en pago de asunciones de deuda. Constituye un molde tributario al cual no se ajusta la hipotética asunción legal a que antes nos habíamos referido.

Porque, en primer lugar, se trata de una asunción legal y no de una asunción convencional, que es a la que se refiere la ley. Y en segundo término, en el caso que nos ocupa falta la compensatoria adjudicación en pago.

Esto es fundamental. Si la asunción de deuda está sujeta a imposición es porque el asumente recibe unos bienes en contrapartida de la obligación que hace suya. Es fundamental que así ocurra en un impuesto que grava las transmisiones patrimoniales, los desplazamientos de riqueza.

II

EL ARTÍCULO 1.939 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU RÉGIMEN TRANSITORIO

Según el artículo 1.939: "La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo."

Consagra, pues, un principio de irretroactividad para las situaciones que se originaron bajo el régimen de la ley antigua, aunque hayan de completarse una vez promulgado el nuevo texto legal.

Añade el artículo: "pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."

Aquí se pronuncia por la admisión de la regla retroactiva, en el caso de cumplirse la totalidad del tiempo marcado en el Código. Constituye una aplicación de aquel principio en virtud del cual ha de fomentarse todo lo que signifique facilitación y esclarecimiento de las situaciones jurídicas. Hay que acabar —siempre lo ha pensado así el legislador— con las situaciones de incertidumbre y perentoriedad. Y un derecho que precisa el apoyo del tiempo es algo incierto. Por ello, al admitir que lo que es bueno para un futuro inmediato (el que el lapso de tiempo sea más breve a tenor con la mayor celeridad de la vida jurídica moderna) lo sea también para un pasado próximo que ha de completarse con un porvenir, a él ligado, se obra dentro de la mejor técnica jurídica y al amparo de una loable previsión.

En apoyo del legislador cabe invocar las mismas teorías que sirven para fundamentar el instituto de la prescripción: la seguridad en el tráfico y la certidumbre en la vida jurídica. Ambos fines se hallan logrados con la norma expresada.

El artículo 1.939 del Código civil se refiere a la prescripción comenzada, "antes de la publicación de este Código".

Es una referencia un poco extraña ésta que se fija en la fecha de publicación del texto legal. Por tratarse de una norma de derecho intertemporal, lo lógico sería que la ley se refiriese no a la fecha de publicación del Código, sino a la de su entrada en vigor. Téngase en cuenta que según el artículo 1.º del C. c. las leyes entran en vigor a los veinte días de su publicación en el periódico oficial.

La literalidad del precepto puede conducir a hermenéuticas contra-

dictorias. "La prescripción comenzada antes de la publicación del Código se rige por las leyes anteriores a él." ¿Y la comenzada después de la publicación del mismo? Según lo establecido en el artículo 1.939 de nuestro superior cuerpo legal, debería regirse por el Código civil, pues alguna diferencia debe existir entre los hechos anteriores y los posteriores a la publicación, ya que se ha establecido esta fecha para deslindar situaciones jurídicas relacionadas con la retroactividad normativa. Sin embargo, no es así. La prescripción comenzada después de la publicación del Código y antes de su entrada en vigor se regirá también por las leyes anteriores en cumplimiento de lo establecido por el artículo 1.º del C. c.

La prescripción es un instituto jurídico que se adapta con dificultad a la normativa del derecho intertemporal. En efecto, el problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes tiene su punto neurálgico en el respeto a los derechos adquiridos. Basta con examinar las disposiciones transitorias de carácter general del C. c. para confirmar este aserto. La primera disposición transitoria se refiere a los derechos nacidos; la segunda, a los actos jurídicos. Hay una distinta perspectiva jurídica en estas disposiciones primera y segunda. La primera se enfrenta con los derechos como situaciones firmes y la segunda con los actos jurídicos. Los actos no son derechos. Son modos de adquirir los derechos. Es decir, que la diferencia entre las dos disposiciones radica en el hecho de que la primera estudia los derechos ya nacidos y la segunda se refiere a los actos jurídicos que sirven de soporte al nacimiento de los derechos.

La prescripción se aviene mal a la ortodoxia del derecho transitorio. Porque tratándose de la prescripción ni puede hablarse de derecho adquirido ni de acto adquisitivo hasta que la prescripción se ha consumado.

La prescripción meramente comenzada, que es a la que se refiere el artículo 1.939 del Código civil, no es más que una simple expectativa; su misma naturaleza jurídica explica suficientemente que no haya de proliferar en conexiones con el problema de la retroactividad de las leyes, cuya verdadera justificación, al decir de muchas escuelas doctrinales, está en el respecto a los derechos adquiridos, y tratándose de la prescripción (a la que se refiere el *art. 606* del Código civil considerándola como uno de los modos de adquirir el dominio) el derecho no se adquiere hasta que la misma se consuma. En cualquier momento anterior la prescripción se puede paralizar mediante el ejercicio de cualesquiera de los actos interruptivos de la misma. Que producen el efecto de truncar el "iter" adquisitivo del derecho.

Lo mismo ocurre si consideramos los actos adquisitivos, a los que se refiere la disposición transitoria 2.ª del Código civil.

La prescripción extraordinaria nunca tiene por origen un acto adquisitivo, pues se basa en la carencia del título y su única explicación consiste en apoyarse en una usurpación continuada durante un gran lapso de tiempo.

En estos casos no puede hablarse, por tanto, de actos válidos según la legislación derogada. Lo único que hay es una posesión de pronunciado tiempo, nacida antes de la nueva ley y continuada después de su promulgación; una posesión alargada que soslaya fácilmente el dique jurídico impuesto por el cambio de leyes en el tiempo.

Es preciso hacer una aclaración. *En la prescripción extraordinaria lo que no hay es un negocio jurídico bilateral*. Es decir, el acto como sinónimo de contrato a que suelen referirse las leyes fiscales y en especial el derogado reglamento del impuesto de derechos reales que en sus artículos iniciales siempre se refería en igualadora enunciación disyuntiva a “los actos o contratos”.

Porque acto *humano unilateral sí lo hay* en el hecho de la toma de posesión y en la actitud constante de prolongar la posesión iniciada.

Y es que a nuestro entender, en la disposición transitoria 2.^a del Código civil se empleaba la palabra acto en el sentido de declaración de voluntad y no en el de manifestación de voluntad. Avala esta inteligencia del cuerpo legal la ejemplarización de supuestos contenida en el mismo.

Al justificar la prescripción al principio de este trabajo, aceptamos la forma normal de opinar de los juristas. Puede, al efecto, examinarse la argumentación de autoridades contenida, al enjuiciar este precepto, en los “Comentarios” de Manresa.

Sin embargo, a nosotros no nos parece del todo justificada la regla del artículo 1.939 del Código civil. Dígase lo que se quiera en pro de la seguridad del tráfico, lo cierto es que la prescripción implica una verdadera usurpación y que en muchos casos bastaría con las ventajas que al prescribiente le depara la efectiva posesión y utilización de la cosa poseída.

Pero, en fin, no es este el momento de discutir la equidad o falta de ella que pueda haber en la protección del prescribiente; es que, dada la excepcionalidad jurídica de la usucapión, no debe extremarse la protección a la misma en el sentido preconizado por el artículo 1.939 del Código civil, de hacer retroactivas las reglas que favorecen al usurpador protegido.

Porque lo que a él le favorece, perjudica en la misma medida al propietario negligente. Y con ello se trueca el equilibrio previsto por la ley, bajo la que la prescripción empezó a realizarse (1). A diferencia del usurpador prescribiente, que ningún derecho adquirido ostenta, pues su situación es endeble, por cuanto sólo se apoya en una usucapión comenzada en el supuesto que nos ocupa del artículo 1.939 del Código civil.

(1) No hay que olvidar que el propietario contra el que la prescripción se opera es un auténtico dueño. Siempre se ha considerado como una seria barrera para la retroactividad de las leyes la que representaba el respeto a los derechos adquiridos. Y piénsese que en la pugna de intereses que alienta bajo todo proceso prescriptivo, el único derecho consolidado que existía era el de aquel contra el que se opera la prescripción.

Si se hubiese respetado el derecho del dueño despojado, no figuraría en el texto legal la última parte del artículo 1.939 que a quien protege es el prescribiente, favoreciendo con la lenidad temporal la irregularidad de titulación del prescribiente de mala fe.

Problemas fiscales

En principio, ninguna trascendencia fiscal puede tener el artículo 1.939 del Código civil o sus similares de cualesquiera otros textos legales ya publicados o publicables en el futuro.

Decimos lo que antecede porque la prescripción no está sujeta al impuesto, no ya la meramente comenzada, sino que ni siquiera la consumada.

La no sujeción al tributo de las adquisiciones originarias

El esquema de los actos tributables se contiene en el artículo 144 de la ley de R. T. Por mucho que rebusquemos en la hermética lista legal, no hallaremos ninguna figura gravable que pueda encajar en los moldes de las adquisiciones originarias. Por medio de ellas (ocupación, prescripción...) se aboca a una situación dominical.

Por ello, detendremos nuestra atención exclusivamente en aquellas instituciones cuya vertencia jurídica pueda desembocar en una atribución de propiedad. En este caso se encuentran los números 1.º y 2.º del artículo 144, ya citado, y el apartado 9 del artículo 155 de la L. R. T.

Según el número 1.º, contribuirán por el impuesto las transmisiones de toda clase de bienes y derechos realizadas por actos "inter vivos".

No rima esta dicción reglamentaria con el supuesto de la usucapación o de la toma de dominio de las cosas que carecen de dueño. Porque el artículo habla de "transmisión". Y la transmisión o enajenación hace referencia a las adquisiciones derivativas, que requieran la presencia de dos sujetos: el que dispone y el que adquiere. Cosa que no ocurre tratándose de las adquisiciones originarias en las que el sujeto del derecho habido no necesita enlazar con ningún titular jurídico anterior, por cuanto su titularidad es originaria o "ex novo".

La adquisición derivativa se integra de los dos eslabones "transmisión-adquisición". En el primero de ellos ha puesto su acento este apartado 1.º del artículo 144.

Lo que no deja de ser extraño, habida cuenta de que la presión fiscal comprime no al que transmite, sino al que adquiere (al comprador, al titular del derecho...).

Por el contrario, la adquisición originaria sólo conoce el tramo final. Es como si tuviese mutilada la fase transmisiva. En ella, sólo y todo lo es la adquisición. Por ello, y teniendo en cuenta la proclama

del artículo 148 de la L. R. T., según el cuál el que paga es el que adquiere, lógico sería, para enmarcar estos actos jurídicos en el área del impuesto, que este número básico del artículo 144 llamase a contribuir no a las transmisiones de dominio (1), sino a las adquisiciones de este derecho real paradigmático.

Por otra parte, este mismo apartado, en el régimen anterior, sujetaba a las transmisiones de dominio "a título oneroso". Este requisito calificador falta lógicamente en las prescripciones y ocupaciones de bienes, porque al no existir dos sujetos jurídicos, el que abdica transmitiendo y el que adquiere, no tiene por qué existir compensación de prestaciones opuestas, que es lo que define a la onerosidad.

En el número 2.º se llama a tributar a la "constitución, reconocimiento, modificación, prórroga, transmisión y extinción por contrato, acto judicial o administrativo de derechos reales".

Dado el número 1.º de este mismo artículo, que grava las transmisiones de dominio directamente, se hace difícil pensar que pudiera estar incluido en los derechos reales inmobiliarios a que alude el número 2.º, el dominio. Este apartado 2.º alude a los derechos reales de toda clase y dada la identificación romanista entre la propiedad y el bien mismo, de la que se hace eco nuestra legislación, parece lógico pensar que el precepto se refiere a los derechos reales limitados que gravitan sobre el dominio (o sobre los bienes, como decía el texto reglamentario, pues tanto vale una como la otra expresión).

Pero además, todos esos actos jurídicos requieren una documentación mínima para que puedan ser alcanzados por la acción fiscal, ya que de otra manera les protegería la exención de los contratos verbales si su cuantía no excede de 25.000 pesetas (art. 146). Ahí está el quid de la dificultad. En una primera ojeada puede pensarse que al producirse una usucapión, por ejemplo, ha surgido un *acto constitutivo* del dominio. Se ha originado la constitución de un derecho real sobre un bien. Pero aunque esto fuese así, siempre se opondría a la tributación del acto adquisitivo el valladar que significa la exención de la verbalidad jurídica en los actos de modesta cuantía. Porque se trataría de una constitución muchas veces desdocumentada o con documentación feble y añeja, escapante al módulo de los diez años de prescripción del tributo. En la ocupación se ve todavía más claramente la indocumentación del acto adquisitivo.

Por otra parte, forzoso es reconocerlo, todo esto no se produce con la nitidez que sería deseable. Tengamos en cuenta que el número 79 del artículo 146 de la L. R. T. exime a los "contratos verbales" hasta 25.000 pesetas, es decir, a los supuestos sinalagmáticos más expresivos de las adquisiciones derivativas.

También el artículo 44 (2) tiene la vista puesta en una voluntad

(1) En cuanto Derecho real; la fórmula legal abarca genéricamente las transmisiones de bienes y derechos de toda clase.

(2) Del RIDR. Vigente por imperativo de la nueva ley.

pacticia, que deja entrever claramente cómo el legislador sólo ha pensado en las adquisiciones derivativas.

El número VII del artículo 5.º del R. I. D. R. se refería a las traslaciones de dominio a título oneroso de bienes muebles.

De la dicción reglamentaria cabía deducir que la constitución de derechos reales sobre bienes muebles (a diferencia de lo que ocurría con los bienes inmuebles) no tributaba. Dificultad salvada actualmente por la mayor amplitud de términos de la nueva ley.

No parece lógica la exclusión de tributar de las adquisiciones originarias, pues con ellas se aumenta, indudablemente, el acervo patrimonial del adquirente y con la ventaja para el mismo de no tener que soportar una gravosa onerosidad convencional, como ocurre en muchos de los actos sujetos.

Tampoco el apartado 9 del artículo 155 puede servir de apoyatura para llamar a la imposición a las adquisiciones originarias. Según este párrafo: "Contribuirán por el impuesto de derechos reales las transmisiones de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación".

Clave será para nuestro repudio la palabra "transmisiones" empleada en este párrafo. Transmisión y adquisición "ex novo" son términos irreconciliables. La transmisión hace referencia a las adquisiciones derivativas. Hoy enajena quien ayer adquirió.

Insistimos en una idea mantenida varias veces en este trabajo. Sería más comprensivo y más justo a la larga este artículo y cada uno de sus números si en vez de referirse a transmisiones hablase de adquisiciones. En el mencionado artículo 5.º muy bien puede conectarse el tributo con las "adquisiciones" de "créditos, derechos o acciones mediante cuyo ejercicio...". El que adquiere la propiedad de una cosa adquiere por ello un derecho mediante cuyo ejercicio se obtendrán, si fuese controvertida su titularidad y estuviese desprovisto de la posesión material, los bienes que constituyen el objeto del derecho. Entraría así en juego la "facultas vindicandi" inherente al ámbito jurídico del dominio.

Vemos, pues, que las adquisiciones originarias no han sido tenidas en cuenta por el legislador. No deja de ser una anomalía. Como lo es también el que paguen impuestos los vehículos de motor usados y no lo paguen los nuevos (1). Las muestras de la artificiosa veleidad fiscal se repiten a lo largo de los textos reguladores. Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con el comodato y con el precario. Según Bas y Rivas, el comodato está sujeto al impuesto porque el artículo 27 llama a tributar a "los contratos de préstamo" en general, sin particularizar sus exigencias en el mutuo. (La cita viene dada con referencia al R. I. D. R.)

No somos de la opinión de este ilustre tratadista. Porque, a renglón seguido, el Reglamento indica que los préstamos están sujetos

(1) La situación era más injusta anteriormente. Hoy se palian las diferencias con el impuesto sobre el tráfico de las empresas, que extiende sus tentáculos tributarios hasta las enajenaciones de coches nuevos.

“cualquiera que sea su importe” y que satisfarán el 0,50 por 100 del capital de la obligación. Ni en el comodato ni en el precario, estructuradas ambas instituciones jurídicas a base de una cesión gratuita del uso de una cosa (el comodato es el préstamo de uso), puede hablarse de importe ni de capital prestado o cedido. No hay cifra alguna porque hay gratuidad. Al no exigirse contraprestación económica al comodatario no hay forma de determinar una indispensable base de liquidación. Al no haber base se vendría por tierra la presunta exigibilidad del impuesto y no se piense en que podría tomarse por módulo el valor de las cosas cuyo uso se ha prestado. Sería una base falsa. Porque hay una indudable diferencia entre el valor de una cosa y el valor del uso de esa cosa. Si los interesados no fijan un valor a ese uso no podrá hablarse de importe del préstamo.

En opinión nuestra, en cualquier futura reforma del impuesto de transmisiones patrimoniales “inter vivos” debiera preverse la sujeción de la prescripción.

Téngase en cuenta que la nomenclatura de “transmisiones patrimoniales” no es totalmente indicativa del contenido del tributo, pues existen algunos actos gravados que no constituyen verdaderas transmisiones. Por eso no puede ser muy definitiva la objeción que pudiera ponerse partiendo de la naturaleza de la prescripción extraordinaria, en la que no hay ninguna transmisión entre el prescribiente y el prescrito, sino una usurpación que presupone la ausencia de aquélla.

Lo lógico en presencia de la prescripción operada sería exigir siempre el tributo.

Las normas intertemporales contenidas en la ley de reforma tributaria (L. R. T.) son en cierto sentido contrarias a las del artículo 1.939 del Código civil. En efecto, es el artículo 184 de la L. R. T. el que contiene la normativa aplicable en estos términos: “Como régimen transitorio serán de aplicación en el impuesto de transmisiones patrimoniales inter vivos las siguientes reglas:

Primera. Los preceptos legales serán de aplicación a los actos y contratos causados o celebrados a partir de uno de julio de 1964.

Se aplicarán igualmente estos preceptos a los actos y contratos causados o celebrados con anterioridad a la fecha antes indicada que se presenten a liquidación fuera de los plazos reglamentarios o de las prórrogas que hubiesen sido concedidas, siempre que en virtud de sus disposiciones hayan de practicarse liquidaciones en cuantía superior a las que fueren procedentes según la legislación anterior”.

La diferencia es neta. El artículo 1939 propugna una retroactividad favorecedora de las situaciones pendientes. El 184 de la L. R. T. se inclina por una retroactividad perjudicial para los actos y contratos aún no liquidados.

Claro que la misma no será normalmente aplicable a la prescripción, pues como antes hemos consignado, este modo de adquirir el dominio está inexplicablemente ausente de tributación en la L. R. T.

III

CONSECUENCIAS FISCALES DE LA POSESIÓN DE BUENA FE

Según el artículo 457 del Código civil. “el poseedor de buena fe no responde del deterioro y pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo”.

Según el a. 433 “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”.

El defecto que invalida, y cuyo conocimiento es presupuesto de la mala fe del poseedor, puede afectar al título inexistencia de un requisito esencial de la compraventa, del testamento...) o al modo (si en un supuesto de compraventa de bienes muebles se reputase que consumaba la entrega del objeto vendido la circunstancia de poner en poder del comprador títulos de pertenencia contra las reglas de los arts. 1.463 y 1.464 del C. c.).

En términos generales, el dolo es el acto realizado con conciencia y voluntad de producir una transgresión jurídica.

Puede existir dolo en el caso de surgir una posesión de mala fe. En este sentido considera el artículo 435 del Código civil que se extingue la buena fe desde el momento en que existen actos que acreditan que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

En el momento en que el poseedor conociese la existencia de otra persona que ostenta un título superior al suyo, y comprendiese las posibilidades de extinción de su Derecho, por tendencia natural se abandonaría en el cuidado de la finca, que en cualquier momento, podría pasar a un tercero, es decir, cesaría en esa diligencia característica del buen padre de familia. Por tanto, integraría una negligencia culpable, de cuyo abandono podrían derivarse perjuicios o deterioros para la finca, cuya responsabilidad cabe enmarcar en el artículo 457 del Código civil.

Aparte de esta negligencia culpable, puede encontrarse, una vez extinguida la buena fe, una responsabilidad cualificada por dolo en sentido estricto, en el supuesto de daños intencionadamente causados en la finca.

Considerado el artículo 457 del Código civil desde el punto de vista fiscal, la primera digresión jurídico tributaria que nos sugiere es la referente a una contemplación fiscal de la posesión.

En principio, pudiéramos decir que la posesión no está contemplada en la lista de actos sujetos a la L. R. T.

Si bien es cierto que en materia de posesión es preciso distinguir entre la detentación que sirve de sustrato a ciertos institutos jurídicos y la posesión en sí misma considerada, como entidad jurídicamente sustantiva.

La posesión incluida en la copia de facultades de ciertos titulares jurídicos no tiene por qué tributar con independencia, porque el *ius possidendi* forma parte del estatuto jurídico legal de las instituciones en cuestión. Es el caso de la detentación subyacente a los derechos

de propiedad, usufructo, uso, habitación y censos, cuya tributación total envuelve en su área tributaria lo que, de otra forma, hubiera habido que pagar por la transmisión de la posesión, al menos desde un punto de vista de "lege ferenda". Lo mismo cabe decir del arrendamiento, contrato por el que se transmite el uso y disfrute de una cosa, y, por tanto, la posesión.

Pero, ¿qué ocurre con la posesión del precarista? Se trata de una situación jurídica no tarifada especialmente en el impuesto de transmisiones patrimoniales "inter vivos". ¿Y qué ocurre con la detentación sin título alguno, capaz de llegar a engendrar una robusta situación dominical al cabo de un cierto número de años?

La Ley de reforma tributaria (L. R. T.) no atribuye beligerancia fiscal a la posesión independizada. Nos parece un error. La posesión tiene un valor. Por ello su adquisición debiera estar sujeta al impuesto. Lo mismo cabe decir de los actos jurídicos de análogo alcance: actos modificativos, declarativos, transmisivos... de la posesión.

* * *

Fiscalmente considerado, el artículo 457 del C. c. puede conducir a una curiosa consecuencia. Sobre todo, "a sensu contrario", si tenemos en cuenta que este precepto también dispone con respecto al poseedor de mala fe que este último responde aún de los deterioros producidos por fuerza mayor, en caso de mora.

Hay que tener presente que la fuerza mayor lo mismo afectaría a los bienes aunque éstos estuviesen en poder del propietario reivindicante. Luego al ocurrir la fuerza mayor, el titular del derecho real debiera sufrir en su propio patrimonio el desmerecimiento económico que implica el deterioro sobrevenido.

Luego, si por haberse interferido un poseedor de mala fe, el vencedor en la posesión adquiere derecho a ser restituido en un valor que habíase extinguido para él, ello determina a favor del mismo un verdadero enriquecimiento que, a nuestro juicio, debiera ser afectado por el impuesto de transmisiones patrimoniales.

El valor de la reparación del deterioro pasa desde el poseedor de mala fe hasta el que tiene derecho a percibirlo. Hay, pues, un auténtico acto de circulación o traspaso de riqueza, perfectamente afectable por el impuesto gravador del tráfico.

IV

LOS CONTRATOS SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS, CIVIL Y TRIBUTARIAMENTE CONSIDERADOS

Según el artículo 336 del C. c., tienen la consideración de cosas muebles los contratos sobre servicios públicos.

Los contratos son consensuales, reales y formales. Para los con-

sensuales, el artículo 1.254 C. c. dispone que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

En este concepto, equivaliendo al contrato el consentimiento, indudablemente, éste no puede merecer la conceptualización de cosa, ni mueble ni inmueble, porque es algo intangible.

Por tanto, el artículo 336 del C. c. indudablemente se refiere a los contratos formales. Al documento en que consta ese contrato sobre servicios públicos. Lo confirma el Derecho administrativo, que considera los contratos sobre servicios públicos como eminentemente formales.

Tratándose de servicios públicos, el negocio jurídico más generalizado es la concesión. Hasta tal punto, que las más recientes construcciones doctrinales atribuyen a las concesiones administrativas de obras o de servicios públicos naturaleza contractual.

Esta identificación jurídica entre concesión y contrato, trasplantada al terreno fiscal puede plantear algunas dificultades de aplicación.

En efecto, según la tarifa aplicable a las transmisiones patrimoniales “inter vivos”, pudieran aplicarse tipos de tributación discrepantes.

a) Partiendo de lo establecido en el artículo 336 del C. c., que considera cosas muebles los contratos sobre servicios públicos, y admitida la realidad contractual de las concesiones administrativas, habría que pronunciarse por lo establecido en el número 4 de la tarifa, según el cual debe pagar al tipo del 4 por 100 la constitución y transmisión de derechos reales sobre bienes muebles.

La concesión administrativa aboca a una situación real oponible “*erga omnes*”. Basta recordar a este respecto la definición de Roca Sastre, según el cual la concesión es el acto por el cual se constituye un derecho subjetivo de explotación exclusiva y recayente directamente sobre una cosa mueble (según la asimilación establecida por el artículo 336 C. c.).

b) Sin embargo, no se concilia con esta interpretación lógica jurídica lo establecido en los números 23 y siguientes de la tarifa.

Veamos los distintos supuestos:

Núm. 23. Las concesiones administrativas (como lo son los contratos sobre servicios públicos cuando revisten forma de concesión) cuando sean a perpetuidad o sin tiempo determinado o no revertibles, contribuirán al tipo del 2,30 por 100.

Núm. 24. La transmisión de estas concesiones, al 3,40 por 100.

Núm. 26. Las concesiones administrativas cuando sean temporales o revertibles, al 1,40 por 100.

Núm. 27. La transmisión de esta clase de concesiones, al tipo del 1,20 por 100.

La solución fiscal que hemos apuntado inicialmente con la letra a), en virtud de la cual habría que aplicar el tipo más elevado, podrá tener aplicación en el supuesto de los contratos sobre servicios públicos que no se formalicen como concesiones, pues cuando revisten esta última

forma han de sujetarse a la tributación especial y más benigna señalada en los números 23 y siguientes.

V

PROBLEMÁTICA FISCAL DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13 DEL C. C.

Según la Disposición Transitoria 13 del C. c.: “Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.”

Esta regla es sumamente lógica. Ella misma parte de estimar que en las disposiciones anteriores están regulados todos o casi todos los supuestos que pueden presentarse en materia de cambio de leyes en el tiempo. Así parece reconocerlo al referirse a “los casos no comprendidos directamente...”. Es decir, directa o indirectamente toda la normación transitoria está abarcada por las 12 disposiciones precedentes. Y si una determinada cuestión no estuviese comprendida directamente, al menos, por inducción podría entroncarse en ellas. Por ello se resolverá “aplicando los principios que les sirven de fundamento” y cuyos principios, sin duda alguna, se obtendrán de las normas de dichas disposiciones, cuyo alcance, por ello, es superior al que se deriva de los casos en ellas expresamente consignados.

La Disposición Transitoria 13 se refiere a los “casos” no comprendidos “directamente” en las disposiciones anteriores. La palabra “caso” hace pensar en concretos supuestos de hecho. Por ello parece referirse preferentemente esta Disposición Transitoria a las reglas especiales contenidas en las Disposiciones transitorias números 5 a 12, que son las que también se refieren a “casos” o concretos supuestos. Porque las cuatro primeras disposiciones son muy generales, tanto que no parecen pensadas para “casos” concretos. Aplicar a estos casos “los principios que sirven de fundamento” a las anteriores Disposiciones transitorias es tanto como invocar el procedimiento de analogía, por cuanto casos similares han de resolverse por normas de parecida enjundia jurídica. Aquí está el quid de la problemática fiscal implicada en la Disposición transitoria 13.

Porque en materia del impuesto de transmisiones patrimoniales está rechazado, incluso para lo que sea favorable al fisco, el principio de analogía. A este respecto basta con examinar la norma del artículo 44 del RIDR, según el cual: “los actos y contratos no consignados expresamente en la tarifa se considerarán en principio no sujetos al impuesto”. Determinando asimismo este precepto que puede instruirse un expediente de asimilación con objeto de declarar la sujeción de un determinado acto.

Lo que no cabe es aplicar por analogía disposiciones dictadas para actos especialmente tarifados a otros no incluidos en la reseña legal, a diferencia de lo que estuvo legislado hasta el año 1947.

Este precepto está hoy vigente en virtud de lo establecido en el

artículo 181 de la Ley de reforma tributaria, según el cual “serán aplicables al impuesto de transmisiones patrimoniales “inter vivos” las normas de la ley del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes y su reglamento”.

Anteriormente, ya la Ley General Tributaria, con su superior normación, había denegado la aplicación de la analogía fiscal, en su artículo 24: “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones.”

Por otra parte, la regulación transitoria de la L. R. T. es tan hermética que prácticamente no da margen para ningún tipo de analogías. En primer término, el artículo 184, regla 1.ª, de la L. R. T. consagra una norma de franca irretroactividad, al establecer que: “Los preceptos de este título serán de aplicación a los actos y contratos causados o celebrados a partir de 1 de julio de 1964.”

Y se cierra la regulación legal al preconizar la retroactividad de las normas nuevas más gravosas con respecto a los contribuyentes morosos en la regla 1.ª, párrafo 2.º, del mismo artículo con una retroactividad de signo opuesto a la preconizada por la Disposición transitoria 3.ª del C. c., que preceptúa la aplicación del derecho nuevo a las situaciones antiguas en perfecta congruencia con el principio penal del “in dubio mitius”, “in dubio pro reo”.

VI

EL USUFRUCTO DE FINCA HIPOTECADA ANTE EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES

Según el artículo 509 del C. c., dictado para el caso de usufructo de finca hipotecada, “si la finca se embargase o vendiese judicialmente para el pago de la deuda, el propietario responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo”.

¿Qué es lo que pierde el usufructuario cuando se ejercita el *ius distrahendí*, característico de la hipoteca? Siguiendo la letra del precepto cabe distinguir dos casos:

a) Que la finca se embargare. La dición legal puede amparar dos interpretaciones diferentes:

1.ª) En primer lugar, la palabra embargo puede ser utilizada, en el sentido amplio, de medida cautelar. Porque la hipoteca engendra una afección directa sobre la finca gravada, que excluye la garantía que implicaría un embargo “*strictu sensu*”. Sostenemos esto con alcance institucional, sin desconocer que en los procedimientos hipotecarios hay un trámite de anotación de embargo.

Es decir, en el sentido en que la L. E. C. equipara, en un mismo título, el embargo preventivo y el aseguramiento de bienes litigiosos.

Esta medida cautelar, en el supuesto de la hipoteca, estaría constituida por la administración interina de la finca hipotecada (admitida.

en el procedimiento judicial sumario y en el ejecutivo ordinario). Y en este caso el usufructuario podría ver disminuida su facultad de uso y disfrute, perdiendo algo, y dando base a la indemnización.

2.^a) El embargo entendido en su sentido procesal directo.

Se refiere el C. c. al embargo de los bienes usufructuados como una de las posibilidades dañosas que se ciernen sobre el panorama jurídico que caracteriza la figura civil del usufructuario.

Parece a primera vista que el embargo, en cuanto que no significa ninguna enajenación actual, poca trascendencia lesiva puede tener para el usufructuario cuya copia de facultades protegidas se desenvuelve en el campo fruicional de las cosas.

Sin embargo, no es difícil imaginar una serie de supuestos en los que se vislumbra ese daño derivado del embargo y los medios de publicarlo (por ejemplo, la anotación preventiva) advierten a todo posible tercero usufructuario del peligro latente de una posible futura enajenación de la finca soporte, con todos los peligros de extinción de gravámenes subsiguientes que ello entraña.

En estas condiciones le será difícil al usufructuario, caso de interesarle operar con su derecho de usufructo, encontrar un posterior adquirente de su derecho, con lo que la potencial disponibilidad del usufructo se encontraría coartada por la traba que represente el embargo.

b) “O vendiere judicialmente para el pago de la deuda.” La venta forzosa de la finca hipotecada es el segundo gran peligro que se cierne sobre el usufructuario.

La trascendencia de esta enajenación con respecto al usufructuario puede variar atendiendo a la circunstancia de que dicha carga sea anterior o posterior a la hipoteca ejecutante.

Si el usufructo es anterior a la hipoteca, aunque se produzca la venta forzosa de la finca, dicha transmisión ningún relieve ofrece frente al usufructuario, que continuará con su derecho inalterado frente al nuevo titular de la finca.

El problema, en el que tiene puesta la vista el artículo del C. c. que comentamos, se produce cuando el usufructo es posterior a la hipoteca de la finca. En este supuesto, el daño que se produce para el usufructuario consiste en la pérdida de su derecho provocada por la liberación o purga que se produce en los procedimientos hipotecarios establecidos para el ejercicio de *ius distrahendi*.

En todos los casos, según el Código civil, el usufructuario tiene derecho a que el propietario le abone lo que pierde como consecuencia de la venta de la finca hipotecada. Como consecuencia del principio, según el cual, nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro.

Si no existiese la regla del artículo que comentamos, en el caso de venta de la finca hipotecada se produciría un incremento torticero en el patrimonio del propietario. Porque el usufructuario adquiriría, en el título constitutivo, un disfrute o vitalicio o por un número determinado de años, que se quiebra, que se extingue anticipadamente

al producirse la venta forzosa de la finca hipotecada. La justa valoración de lo perdido creemos que podrá hacerse acudiendo a los baremos establecidos por el *Reglamento del Impuesto de Derechos Reales*, que proporcionarán el valor del usufructo según sea temporal o vitalicio. Y para valorar el perjuicio bastará con realizar una simple operación de resta atendiendo al tiempo transcurrido desde la constitución del usufructo hasta su extinción anticipada y comparando estas cifras con las que se obtendrían de no haberse extinguido anticipadamente el gravamen.

Consecuencias fiscales de este precepto

1.º) La primera amenaza que se cierne sobre el usufructo es la de que se produzca el embargo de la finca hipotecada. Y tratándose de inmuebles sujetos a procedimiento judicial, todo embargo trasciende hasta la respectiva anotación registral. Surge de esta forma el concepto liquidable de la anotación preventiva de embargo, al que se refiere el número 36 de la tarifa vigente en el impuesto de transmisiones patrimoniales inter vivos.

2.º) La venta de la finca hipotecada.

El C. c. habla de "venta judicial" de la finca hipotecada. Con lo que a primera vista parece que quedaría fuera de su juego toda enajenación que se hubiese producido como consecuencia del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Sin embargo, creemos que no debe ser así. En primer lugar, porque el Código no podía pensar en un procedimiento inexistente al tiempo de su promulgación. En segundo término y fundamentalmente, porque la razón de justicia que avala la indemnización del perjuicio sufrido por el usufructuario es la misma cualquiera que sea el procedimiento de ejecución hipotecaria intentado. En el momento de producirse la enajenación surge el acto liquidable de transmisión onerosa de bienes inmuebles, gravado actualmente con el tipo del 7,40 por 100.

Es conveniente penetrar en la idiosincrasia jurídico-fiscal de la transmisión de fincas hipotecadas y llegados a este punto se hace necesario volver sobre la distinción antes apuntada entre usufructos anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca que ha entrado en fase de actividad enajenativa.

a) Usufructos anteriores a la constitución de la hipoteca.

Dichos usufructos persisten sobre la finca aunque la misma se venda en procedimiento hipotecario. A ellos les es aplicable la disposición núm. 2 del artículo 177 de la L. R. T., según el cual los Registradores de la propiedad o mercantiles harán constar por nota marginal, en los casos de desmembración del dominio, la afección de los bienes al pago de la liquidación que proceda por la extinción del usufructo. Esta regla está pensada para el momento de la constitución de los usufructos, pero será también aplicable a los usufructos que, constituidos con anterioridad a la ley de reforma tributaria, se reflejen

en el registro incidentalmente con ocasión del embargo o enajenación de una finca hipotecada.

Tratándose de usufructos preferentes a la hipoteca ejecutante, el usufructuario no pierde nada en el supuesto de que la finca se venda judicialmente para el pago de la deuda. Su derecho al uso y disfrute de la finca subsiste pese a los cambios de propiedad de la finca usufructuada, puesto que la enajenación de ésta no es causa de extinción de los usufructos de superior rango jurídico.

El hecho de que en virtud de la enajenación judicial surja un nuevo nudo propietario, no obsta al derecho de usar y percibir los frutos, que constituyen el contenido económico del derecho de usufructo. La enajenación no implica que las facultades transferidas al usufructuario se refundan en la propiedad residual, cosa que ocurriría en el supuesto de que la hipoteca ejecutante fuere de superior rango al del usufructo cuestionado.

El precepto fiscal aplicable a la materia que nos ocupa está constituido por el artículo 150 de la L. R. T., según el cual: "En las transmisiones la base será el valor de los bienes y derechos declarados por los interesados, del que se deducirán las *cargas o gravámenes* impuestos sobre los bienes o derechos transmitidos, siempre que disminuyan realmente el valor y no el precio de éstos y que no sean redimibles por la exclusiva voluntad de su propietario."

Se complementa esta programática expresión legal con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento del impuesto de derechos reales, aplicable en congruencia con lo establecido por el artículo 181 de la L. R. T. Dicho artículo 100 reglamentario preceptúa: "En las transmisiones a título oneroso, todas las cargas que afecten a los bienes, merezcan o no a los efectos del impuesto la calificación de deducibles, se presumirá que han sido rebajados por los interesados al fijar el precio y, en consecuencia, se aumentará a éste, para determinar el valor declarado, el importe de las cargas no deducibles a efectos fiscales, salvo que los contratantes estipulen expresamente la deducción de estas cargas del precio fijado o el adquirente se reserve parte de éste para satisfacer aquéllas."

Dicho artículo preconiza la aplicación del reseñado régimen a todo tipo de transmisiones onerosas, "incluso a las realizadas mediante subasta".

"Así determinado el valor declarado, constituirá la base liquidable en los casos en que el tipo correspondiente a la transmisión onerosa de que se trate sea de la misma cuantía que el aplicable a la adjudicación en pago de asunción de deudas; pero si los tipos fuesen distintos no tendrá lugar la adición de la carga a la base liquidable y se practicarán las oportunas liquidaciones por el concepto determinante de la transmisión y por el de adjudicación en o para pago de deudas."

La vertencia del procedimiento ejecutivo ordinario está basada en los postulados vigentes al promulgarse la L. E. C., publicada en un momento en que se preconizaba el sistema de purga de todo tipo de cargas, ya fuesen anteriores o posteriores a la hipoteca ejecutante.

Este sistema determinó el que el tipo de subasta coincidiese con el valor objetivo del inmueble, abstracción hecha de las cargas. De ahí el que Roca Sastre haya insistido en la necesidad de rebajar el importe de las cargas preferentes (que deberá retener el adjudicatario de la finca) del total precio de la subasta.

A efectos de equidad tributaria conviene tener presente este “modus operandi” del procedimiento ejecutivo de la L. E. C. Que plantea la necesidad de aceptar como base liquidable no el precio de subasta, sino el valor neto de la finca deducido el usufructo preferente que continuará gravitando sobre el inmueble. Lo que demuestra que en este punto no van concordes el texto fiscal y la ley adjetiva.

Este problema no se plantea tratándose del procedimiento judicial sumario en cuya vertencia existe la proclamación de la subsistencia de las cargas anteriores o preferentes a la hipoteca ejecutante.

