

Las anotaciones preventivas de embargo y el Impuesto de Derechos reales. ¿Convendría modificar el art. 17, § 1.º, del Reglamento del Impuesto?

El artículo 179, párrafo primero, del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que exige que todo documento que haya de causar una operación registral lleve una nota extendida previamente por la Oficina liquidadora del impuesto, en la que conste el pago o exención del tributo, reiterado por diversos preceptos hipotecarios, plantea un problema de difícil solución, cuando trata de hacerse efectivo en el supuesto de las anotaciones preventivas de embargo.

Porque es frecuentísimo el supuesto de que ordenada una anotación preventiva de embargo, en virtud de mandamiento judicial ó de agente ejecutivo, ésta no pueda practicarse por falta de previa inscripción de la finca, en cuyo folio registral debiera constar el embargo, o por adolecer de cualquier otro defecto subsanable o in-subsanable el mandamiento que habría de originar el asiento.

Sin temor a equivocaciones puede afirmarse que es mucho más corriente ver en los títulos notas calificadoras que deniegan o suspenden la anotación, o a lo sumo conceden una anotación preventiva de suspensión de la de embargo, sobre las que indican haberse extendido el asiento ordenado.

Esto sentado, parece indudablemente irregular, desde un punto

de vista teórico, la práctica de las Oficinas liquidadoras que, en presencia de un mandamiento judicial o administrativo, ordenando la extensión de una anotación preventiva de embargo, proceden a liquidar el documento, haciéndolo pasar después por el Registro para obtener la correspondiente operación tabular.

Nos parece inadmisible esta forma de proceder, porque, a la vista del mandamiento, el liquidador carece de base para hacer aplicación del párrafo primero, del artículo 17, del Reglamento. Y ello es así porque del mandamiento sólo puede extraerse la certeza del *embargo*, pero nunca la de la *anotación preventiva*. Es decir, que si en la lista de actos sujetos del artículo 5.^º del Reglamento del Impuesto se incluyesen los embargos (los actos judiciales o administrativos de traba de unos bienes muebles o inmuebles para afectarlos a la seguridad del cumplimiento de una deuda dineraria), el proceder fiscal sería correcto. Pero, tal como están redactados los artículos 5.^º y 17 del Reglamento, aludiendo siempre como acto tributable a la *anotación preventiva*, contradice a los conceptos jurídicos y fiscales la liquidación que en estos casos se practica.

Decimos que contradice a los conceptos jurídicos, porque la anotación preventiva es un asiento practicado en el Registro de la Propiedad, y como tal es inexistente mientras no conste en los libros.

Conviene insistir en que la anotación es cosa distinta del embargo, pues, conforme a la más reciente doctrina hipotecaria, la *anotación preventiva de embargo* constituye en sí misma un derecho real, completamente diferenciado del que pueda significar el embargo. Así, José M.^a Mazuelos, en artículo publicado en los números 330 y 331 de esta Revista, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del pasado año, después de reseñar la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de diciembre de 1929, según la cual la anotación refuerza la posición jurídica del acreedor mediante la constitución de un *derecho registral de garantía*, sienta las siguientes conclusiones:

a) «La anotación es un derecho o acto absolutamente independiente y accesorio del crédito, aunque adherido a él, que refuerza y vigoriza la posición del acreedor, concediéndole poderes directos sobre la finca embargada que antes no tenía.»

b) «La anotación no es necesaria para la constitución del embargo, sino solamente es precisa para que éste pueda perjudicar a terceros hipotecarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de

la Ley», pues, según demuestra el escritor en su documentado estudio sobre las anotaciones preventivas de embargo, y en torno a las palabras del artículo 43 de la Ley, no es obligatoria la práctica de la anotación preventiva para que el embargo esté válidamente constituido, sino que lo obligatorio es la expedición del mandamiento de embargo al Registro de la Propiedad (cfr. art. 1.409 de la Ley Procesal).

c) «*El embargo se entiende perfectamente constituido*, según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia hacen de los textos legales, mediante la expedición del correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad y la devolución por éste de uno de los ejemplares con la oportuna nota de calificación.»

Si esto es así—y no insistimos en ello por no forzar el razonamiento—, lógico es concluir que sería más correcto fiscalmente, y dado que el embargo se estima perfectamente constituido sin necesidad de la anotación preventiva, considerar actos sujetos los embargos.

También decíamos que la práctica existente en las Oficinas liquidadoras contradice asimismo, a los preceptos fiscales, y precisamente en un artículo tan importante como el 44 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, según el cual: «Para que sea exigible el impuesto se requiere la existencia de un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto al impuesto, de una convención expresamente consignada por los contratantes o de otro acto que, con arreglo a los principios de derecho pueda, lógicamente y legalmente, deducirse de la intención o voluntad de las partes...». Y claro está, que no existiendo anotación preventiva—pues en virtud del mandamiento sólo hay, de momento, un embargo—falta el acto jurídico, cuya existencia sería presupuesto de la exigibilidad del impuesto, por producirse un acto de enriquecimiento del patrimonio del acreedor cual el que la garantía inherente a la anotación preventiva significa.

No podemos, sin embargo, culpar a los liquidadores del impuesto de estas prácticas irregulares, pues obran en cumplimiento de directrices emanadas del Tribunal Económico-Administrativo Central, el que, en Resolución de 1 de diciembre de 1942, declaró categóricamente: «El impuesto es exigible aunque las anotaciones de embargo no lleguen a practicarse». (La imposibilidad en el caso

de autos fué debida a figurar inscritas las fincas embargadas a nombre de tercera persona.)

Este desquiciamiento del artículo 17 del Reglamento del Impuesto—olvidando la letra del precepto que se refiere a la operación registral y no al simple acto de traba del embargo—es tan desorbitado que llega a desorientar a un tratadista tan autorizado como Bas y Rivas, el cual, comentando el artículo 17, arguye que, puesto que la verdadera garantía no está en la anotación (que, al decir de este escritor, sólo concede a los créditos la preferencia del artículo 1.923, 1.º, del Código civil), sino en el embargo, estas anotaciones preventivas no debieran tributar. Según esta teoría debieran tributar todos los embargos proceda o no la anotación.

Esta conclusión es correcta, considerada desde un punto de vista de «lege ferenda», y es, más o menos, el mismo resultado que nosotros propugnamos; pero, forzoso es reconocer que extraída de la legislación vigente significa una separación de los textos legales, en los que, de una forma clara, se exige el impuesto por las *anotaciones preventivas de embargo* y no por el embargo en sí.

Para mantener su forzada posición de exigibilidad anticipada del impuesto, el Tribunal Económico-Administrativo Central se ve obligado, en Resolución de 6 de diciembre de 1932, a trastocar los preceptos aplicables, afirmando categóricamente que: «el mandamiento de embargo debe ser objeto de liquidación del impuesto de Derechos reales». Ante esta afirmación hemos de preguntarnos, con perplejidad, ¿cuál es el acto sujeto, la anotación preventiva de embargo o el mandamiento ordenando aquélla? No creemos que el Alto Tribunal pueda variar la legislación establecida, pues donde no hay precepto dudoso, donde no hay que conceder licencias a la interpretación, no pueden los organismos judiciales o administrativos modificar las leyes, ya que su misión se reduce a aplicar el derecho.

Es más acertado variar la legislación, cuando ésta aparece incompleta, que forzar los textos legales con retorcidas interpretaciones.

¿Cabe practicar anotaciones preventivas de embargo por consecuencia de pactos o contratos?

Aunque de pasada y antes de proseguir en nuestra argumentación, queremos destacar una idea errónea, contenida tanto en el

artículo 3.^o como en el 17 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que consideran sujetas al tributo las anotaciones preventivas de embargo practicadas en virtud de actos o contratos.

Como el embargo, y su consiguiente anotación preventiva, tratándose de bienes inmuebles, es un acto de afectación de bienes a la seguridad de un crédito o para robustecer la efectividad de una condena dineraria, no se comprende fácilmente cómo la anotación preventiva pueda originarse en el ámbito contractual, pues los particulares no pueden influir en un procedimiento oficial en el sentido de alterar sus trámites, de establecer pruebas no admitidas, por la Ley, ni mucho menos en el de afectar bienes, por voluntad de uno de los interesados, contra el deseo del gravado portenta medida. Sin que por esto olvidemos qué, mediando el consentimiento de las dos partes contratantes, pudiera surgir un acto de afectación; es el caso de la hipoteca.

No obstante, ni el haber invocado el ejemplo de la hipoteca, para la que reconocemos este origen contractual, ni la consideración de qué, en definitiva, la anotación preventiva de embargo no es otra cosa que la antigua hipoteca judicial, pueden justificar la incorrecta dicción del texto reglamentario al referirse a las anotaciones preventivas que hayan de practicarse en virtud de pactos o contratos, puesto que la hipoteca judicial era acordada por la autoridad de este orden y no se originaba por convenciones particulares.

¿Qué remedios podrían arbitrarse para solventar las anomalías a que nos estamos refiriendo?

Antes de contestar a la pregunta hemos de dejar sentado que nos parece imprescindible adoptar una posición negativa frente a los mandamientos judiciales o administrativos, ordenando la práctica de una anotación preventiva, en virtud de la cual se suspendrá la liquidación del documento.

Se podrá objetar que del mismo modo se procede (es decir, se liquida el documento sin esperar a la constitución de la garantía registral) cuando se presenta en una Oficina liquidadora una escritura de constitución de hipoteca, y eso que este derecho real, como carente de contacto físico con la cosa, también necesita del refuerzo de la inscripción para estimarse plenamente constituido.

Sin embargo, conviene tener en cuenta qué en la hipoteca es me-

nor el peligro de la falta ulterior de inscripción, puesto que en la misma escritura constitutiva, los Notarios, por preceptuarlo el artículo 174 del Reglamento notarial («se consignarán siempre que sea posible los datos del Registro: folio, tomo, libro y número de la finca y de la inscripción»), han de hacer constar la inscripción vigente a favor del hipotecante, con lo que el defecto subsanable básico que impide la constatación de las anotaciones preventivas—la falta de previa inscripción de la finca—desaparece en este supuesto.

Es cierto que pudo haberse aludido con alguna mayor fuerza—aunque «a posteriori» se plantearía la misma dificultad que estamos denunciando por lo que respecta a las anotaciones preventivas de embargo—como actuó sujeto a las *inscripciones de hipoteca*, porque este derecho real no puede existir sin inscripción.

Sin embargo, el legislador cambió los papeles y consideró sujetas las anotaciones preventivas de embargo, cuando, como hemos visto, hubiese bastado con afectar fiscalmente los embargos, y, por el contrario, obliga a tributar a las hipotecas, cuando lo verdaderamente jurídico sería sujetar al impuesto las inscripciones de hipoteca.

¿Qué remedio, pues, establece para impedir las mencionadas anomalías?

Creemos que el proceder correcto radicaría en no realizar la liquidación del impuesto hasta que se adquiere certeza, en virtud de la nota puesta por el Registrador, de que la anotación preventiva se había practicado.

¿Qué hacer entonces? ¿Apazar la liquidación o el pago de la liquidación?

Parece ser designio del vigente Reglamento del Impuesto no admitir aplazamientos en la liquidación. Así, en los artículos 132 y siguientes se contiene una doctrina general sobre los aplazamientos de pago, y, como supuesto de verdadera excepción al principio de que no puede practicarse ninguna operación registral sin que conste previamente la nota de sujeción, exención o no, afección al impuesto, se registra en el Reglamento el del párrafo tercero del artículo 179, que se refiere al caso de operaciones que se practiquen

en el Registro en procedimientos administrativos de apremio, supuesto en el que se aplaza el pago del impuesto sucesorio al solo efecto de conseguir la inscripción a favor de los herederos apremiados, y posteriormente la anotación preventiva de embargo.

La misma tónica favorable a los aplazamientos de pago se advierte en materia de las anotaciones preventivas de embargo, decretadas para hacer efectivas las costas causadas en un procedimiento judicial, respecto de las cuales el Reglamento vigente establece la necesidad de la liquidación, permitiéndose un aplazamiento del pago hasta que se haya conseguido la realización de la cantidad necesaria para su pago.

El cambio operado en relación con el anterior Reglamento del Impuesto es trascendental, puesto que el anterior texto legal establecía en estos supuestos un aplazamiento de la liquidación.

Por tanto, de la doctrina que se deduce de los preceptos anteriormente mencionados se llega a la conclusión de que a la tendencia del Reglamento actual es la de reconocer principalmente los aplazamientos en el pago del impuesto.

Sin desconocer que en algún supuesto excepcional, como el del párrafo noveno del artículo 16, se permite el aplazamiento de la liquidación. Por tanto, en esta posibilidad cabría apoyar una solución análoga para el caso de los mandamientos, ordenando la práctica de las anotaciones preventivas de embargo, como medio de solucionar las dificultades que plantea el problema que ocupa nuestro estudio.

La práctica actual, consistente en liquidar en todo caso de presentación de un mandamiento ordenando una anotación preventiva, lleva al resultado de tener que satisfacer el impuesto liquidado en el plazo taxativo de los quince días siguientes al de la notificación de la liquidación. Y —esto ocurrirá en la gran mayoría de los casos— se habrá satisfecho el impuesto donde no hubo acto sujetó al no practicarse la anotación preventiva por falta de previa inscripción o por la concurrencia de cualquier otro defecto subsanable o insubsanable.

Siempre cabe, sí, al contribuyente entablar la oportuna reclamación administrativa contra la liquidación, solicitando la devolución de lo indebidamente pagado. Sin olvidar que esto origina gastos y molestias, hay que reconocer que, aunque prosperase el expediente de devolución, ello significaría consagrarse de antemano una

solución viciosa (la de haber de iniciar los expedientes de devolución por «errónea» declaración de sujeción de un acto al impuesto» en todos los mandamientos ordenando anotaciones preventivas de embargo, considerado este supuesto como error de concepto por la Resolución del T. E. A. C., de 16 de diciembre de 1918), que, en un sistema de pureza legislativa, debe repudiarse categóricamente; aunque ello perjudique al Fisco.

Por ello, creemos que la única solución aceptable sería la de aplazar la liquidación hasta que devuelto el mandamiento por el Registrador se tenga la certeza de existir acto sujeto al impuesto, debido a la circunstancia de haberse extendido la oportuna anotación preventiva.

Es decir, obrar como si se tratase de un acto sujeto a condición suspensiva, supuesto para el cual el artículo 57 del Reglamento establece un aplazamiento de la liquidación hasta que la condición se cumpla, poniendo la oportuna nota al pie del documento.

Porque como el acto está afectado por la contingencia de la extensión o no de la anotación preventiva de embargo, mientras no se adquiera certeza en uno o en otro sentido, no debe admitirse una calificación definitiva ni desde el punto de vista de la sujeción ni desde el de la exención.

Finalmente, diremos que el artículo 17 del Reglamento, pese a la oscura fórmula de su redacción, no da base para una solución progresiva. Porque las dificultades que plantea no se salvan por la forma perifrástica de expresarse el artículo, al aludir a las anotaciones preventivas que *hayan o deban de practicarse* en el Registro de la Propiedad. Ellos más bien demuestran, una vez más, la idea errónea del Reglamento de considerar que las anotaciones preventivas de embargo han de practicarse forzosamente en el Registro. Por ello sería más acertado el precepto si declarase sujetos «los mandamientos ordenando una anotación preventiva que haya de practicarse en el Registro de la Propiedad».

Pero al suprimir toda referencia a los mandamientos, al situar la importancia del precepto en las anotaciones preventivas, debió referirse a ellas (pues está regulando actos sujetos) no como algo que hubiera de verificar, sino como algo que ya estuviese realizado; es decir, debió de sujetarlas cuando se hubiesen practicado en definitiva. De igual modo que no se hace tributar al comprador,

en un supuesto de venta, por los bienes que haya de adquirir, sino por los que efectivamente adquiere.

Por fin, hemos de destacar que de mantenerse la actual regulación, al forzarse al contribuyente a iniciar expedientes de devolución en los casos en que desease ser reintegrado de un impuesto indebidamente satisfecho (téngase en cuenta que también Bas y Rivas reconoce el derecho a la devolución en el supuesto de que el Registrador de la Propiedad deniegue el asiento solicitado, pues, dice, «que esa denegación equivale a una resolución administrativa que encaja en los preceptos del artículo 58 del Reglamento»), pueden resultarle de ello situaciones muy desventajosas, ya que la gran elevación de los tipos que se observa en la nueva Ley del Timbre repercutiría en los particulares que, por equivocaciones de la Administración, habrían de sufrir un nuevo y enojoso desembolso.

JOSE MENENDEZ
Registrador de la Propiedad