

Sobre las cargas deducibles y otros extremos

Rodríguez-Villamil nos ha hecho el honor de contestar a nuestro trabajo, publicado en esta Revista (número de julio-agosto de 1950), sobre *Un caso de injusticia notaria en el Impuesto de Derechos reales*, en que estudiábamos la legislación vigente del Impuesto en relación con la hipoteca.

Es para nosotros muy grato el ser contradichos por persona tan distinguida en el campo jurídico, y más en los amables términos en que está redactada su contestación. Es bien conocida su personalidad por todos los lectores de esta Revista. En ella hace mensualmente un resumen de la Jurisprudencia del Impuesto de Derechos reales en trabajos breves, claros y precisos, y frecuentemente con atinadísimas observaciones acerca de la misma. Pero, sobre todo, tiene un libro comentando la legislación del Impuesto, que ha sido y es guía segura en las frecuentes dudas que surgen en la aplicación de ese Impuesto. Un libro indispensable de consulta en el despacho de todos los que, por nuestra profesión, tenemos que aplicar esa legislación. Hoy existe otro libro, también excelente, el de Bas y Rivas, pero durante muchos años ha sido el de Rodríguez-Villamil el único libro verdaderamente práctico que se podía consultar sobre esta materia, y en él se encuentra, en la mayoría de los casos, la solución adecuada. Nos es muy grato rendir este pequeño homenaje (pequeño por ser nuestro) al autor de ese libro y esos comentarios como tributo de gratitud por el servicio que nos ha prestado, y nos sigue prestando, en la labor constante de la aplicación de la legisla-

ción del Impuesto de Derechos reales. Creemos, también, que no habrá un solo Registrador o Notario que no le tenga el mismo aprecio y motivo de gratitud. Estamos bien seguros de que no habrá quien disienta de esta apreciación, en ninguno de los dos Cuerpos. Entre los homenajes colectivos que quedan por hacer, está, sin duda, el que merece Rodríguez-Villamil.

Pero esto no nos impide, como es lógico, disentir de su opinión en algún caso concreto, tanto más cuanto que nuestro disentimiento no se refiere a la interpretación de Derecho positivo, en que no hay duda ni discusión posibles, sino al Derecho constituyente. No a lo que es, sino a lo que debe ser. Y aun en esto apenas si hay diferencia de criterio, puesto que Rodríguez-Villamil empieza diciendo que «si el problema se tratase exclusivamente en el terreno del Derecho constituyente y de principios, es posible que pudiéramos llegar a estar de acuerdo, pero fuera de él, y discurriendo dentro de lo económico jurídico», nuestra tesis no logra convencerle. Sobre esto es sobre lo que vamos a insistir, y ello nos servirá para estudiar otros problemas relacionados con el mismo.

En nuestro trabajo decíamos que no estaba justificado, ni jurídica ni económicamente, el trato especial que recibe la hipoteca en el Impuesto de Derechos reales, y tenemos que mantener la misma opinión.

Jurídicamente —y es como nos impugna Rodríguez-Villamil— fundamentábamos así nuestra opinión:

«El dominio es la suma de todas las facultades que una persona puede tener sobre una cosa. Aceptando la definición de Puchta, el dominio es la total, plena y jurídica sumisión de una cosa a una persona. Cualquier facultad de las que normalmente pertenecen al dueño, que pase al patrimonio de otra persona, es una desmembración del pleno dominio, es un derecho real que disminuye las facultades del dueño y el valor económico de la cosa. Los Derechos reales sobre cosa ajena son desmembraciones del dominio pleno de una cosa. Este no existe más que cuando todas las facultades que se pueden tener sobre una cosa pertenezcan a una sola persona o a varias propietarios. Se sigue llamando dueño a aquel que tiene todas las facultades sobre una cosa, menos aquellas que pertenecen al titular de un derecho real *in re aliena*; pero ese dominio es un dominio in-

completo," puesto que el titular no tiene la plena y total sumisión de la cosa. Jurídicamente este es el carácter de los derechos reales *in re aliena*, y no hay diferencia entre la hipoteca y otro derecho real cualquiera. Caben otras distinciones, y, principalmente, la de gravámenes temporales y perpetuos.»

No podemos aducir en defensa de nuestra tesis, de que todo derecho real *in re aliena* es una desmembración del dominio pleno, ni los artículos del Código civil ni la opinión de los autores, pues no recordamos haberlo leído en ninguno, pero es una proposición en sí misma evidente, ya que una cosa es el dominio totalmente libre y otra el dominio gravado o limitado. El primero es un dominio pleno, y el segundo es un dominio menos pleno o incompleto. Esta facultad que pertenece al titular de un derecho real *in re aliena*, es una facultad menos que tiene el dueño. Este no tiene en los casos de dominio gravado el señorío pleno sobre la cosa, sino un señorío incompleto. Y ésa facultad que ha perdido, es una desmembración de lo que constituye el dominio completo sobre la cosa. Los derechos reales *in re aliena* son todos ellos una participación en el señorío sobre la cosa, y en otro caso, no serán derechos reales.

Ahora bien: Al decir desmembraciones del dominio, no queremos decir dominio dividido. La teoría del dominio dividido se ha mantenido en la enfiteusis, y en ella es muy discutida y discutible. Siempre habrá un dueño al que pertenecerán todas las facultades sobre la cosa, menos las pertenecientes al titular del derecho real *in re aliena*. Pero es evidente que el dueño de una cosa gravada, cualquiera que sea el gravamen, no tiene todas las facultades que se puede tener sobre una cosa.

Seguramente no hay un concepto más claro, ni en los textos legales ni en los expositores, dentro del sistema del *numerus apertus* de nuestro Derecho, de la naturaleza del derecho real *in re aliena* que el que se deduce del artículo 7.º del Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1947: «No sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (los del artículo 2.º de la Ley), sino cualesquier otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro,

alguna de las facultades del dominio o inherentes a los derechos reales (1). En esa modificación de *alguna de las facultades* del dominio o inherentes a los derechos reales está la esencia de los derechos reales *in re aliena*. En un sistema de *numerus apertus* de derechos reales, como el nuestro, es lo que les caracteriza. Esa modificación es la transmisión a otra persona de alguna de esas facultades, y por eso dice ese artículo que deben inscribirse en el Registro. Y esa modificación o transmisión a otra persona de alguna de esas facultades, es una separación o desmembración de lo que normalmente va unido al derecho de dominio.

La hipoteca no es una excepción. Rodríguez-Villamil dice que «la hipoteca no priva al dueño de la finca hipotecada de los tres derechos, inherentes y sustanciales al dominio, cuales son el *jus disponendi, vindicandi, et utilitatem percibendi*. Entendemos que esto no es exacto. El *jus disponendi*, el más característico del dominio, pertenece conjuntamente al acreedor hipotecario y al dueño de la finca gravada; pero las enajenaciones que haga el dueño quedan sujetadas a la enajenación que pueda promover el acreedor hipotecario. El *jus disponendi* reside preferentemente en el acreedor hipotecario, quien, al promover enajenación de la finca, se queda, también preferentemente, con una parte de su valor. Por eso la hipoteca es un derecho real, porque reduce las facultades del dueño sobre la cosa. En otro caso, tendrían razón los que sostienen que la hipoteca no es un derecho real, entre los cuales no se encuentra Rodríguez-Villamil.»

Cuando se transmite el dominio gravado con hipoteca, no se transmite el dominio íntegro, sino el dominio limitado, exactamente lo mismo que cuando se transmite el dominio gravado con un usufructo, no se transmite el dominio íntegro, sino limitado. Y como el Reglamento del Impuesto no tiene en cuenta esto, recurre a esa figura de la adjudicación en pago o para pago de deudas, que no responde a realidad alguna. Y hay duplicidad de pago, puesto que tributa primero por adjudicación y luego por cancelación. El que compra una finca gravada con hipoteca tiene que pagar el impuesto por el precio de la venta, más el importe de la hipoteca. Luego paga el impuesto

(1) Entendemos que en este artículo sobran las siguientes palabras: «desde luego o en lo futuro».

por todo su valor. Y después, al cancelar la hipoteca, paga por cancelación. Es evidente que paga dicho impuesto por más valor de lo que adquiere. Algo adquiere al cancelarla, puesto que se le obliga a pagar el impuesto, y lo que paga ahora es lo que pagó de más al adquirirla. No hay duda de que paga el impuesto dos veces.

Desgraciadamente no es la única cosa en que el Reglamento está pidiendo una modificación para el mejoramiento de este servicio.

La hipoteca en garantía de créditos es una mezcla de derecho real y de crédito, y el impuesto la hace tributar por los dos conceptos. Primero tributa como derecho real al constituirse y al cancelarse, y luego tributa por el Impuesto de Utilidades, si el préstamo, como es normal, devenga intereses. En qué quedamos, ¿es un derecho real o no lo es? Porque si es un derecho real no tiene por qué tributar por el Impuesto de Utilidades, ya que esas utilidades que percibe el acreedor no pueden tener otro concepto técnico que el de una participación en los productos de la finca, y ésta paga por contribución territorial. El Impuesto de Utilidades grava la riqueza mobiliaria, y al recaer sobre un crédito hipotecario, grava un derecho real inmobiliario. Si paga Impuesto de Utilidades la hipoteca, deberían pagarle el arrendador y el arrendatario por las utilidades que perciben de la finca. No se comprende por qué la hipoteca ha de recibir peor trato.

No es de extrañar que con tantos impuestos los acreedores huyan de la hipoteca y recurran a la venta con pacto de retro y arrendamiento, sin que sean suficientes para convencerles, con toda la autoridad de que gozan ante el público, los argumentos de los Notarios, que lógicamente miran con prevención la venta con pacto de retro, por los peligros de que implique un contrato usurario. Todos sus razonamientos se estrellan contra uno solo: la hipoteca está muy gravada fiscalmente, y, si el acreedor no paga, hay que recurrir al procedimiento ejecutivo, del que huye el acreedor, a pesar de las disposiciones de la nueva Ley Hipotecaria, que muy acertadamente pretendió facilitarlo.

La venta con pacto de retro y arrendamiento, aunque este último no es inseparable del primero, es un contrato no regulado en nuestro Derecho. Hay una Ley Hipotecaria con su Reglamento en que se regula con todo esmero la hipoteca, y hay una ley de usura para

reprimida. Pero nuestra legislación aún no se ha enterado de que ese híbrido contrato de venta con pacto de retro y arrendamiento, es un contrato (nº dos), cuya finalidad específica es asegurar la devolución de un préstamo mediante la transmisión de dominio de la finca.

En nuestro Derecho hay figuras jurídicas que garantizan el pago de una cantidad, siendo el dominio la garantía: el pacto de reserva de dominio en la compraventa y la condición resolutoria en garantía del precio aplazado. Pero esas cantidades así garantizadas, son el precio del objeto vendido, aunque estudiadas estas figuras jurídicas por todos los autores, no están especialmente reguladas en nuestro Derecho.

Cuando un acreedor quiere garantizar su crédito con inmuebles, puede recurrir a la hipoteca; pero puede recurrir también a la compra de la finca como garantía de la devolución del importe del crédito. Este fué el origen de la fiducia en Roma, antes de aparecer la prenda y la hipoteca. El acreedor prometía la devolución de la cosa mediante nueva *mancipatio*, cuando le fuera devuelta la cantidad prestada; pero como esa promesa no producía acción civil, su cumplimiento quedaba confiado a la buena fe (fiducia) del acreedor. En nuestro Derecho está prótesis de retróvender, no sólo obliga civilmente, sino que es un derecho real —retracto—, y por eso en garantía del préstamo se pacta la venta con pacto de retro. Con ello el acreedor tiene mayores garantías que en Derecho romano.

Como además al acreedor no le interesa la posesión de la cosa, la deja en poder del deudor en arrendamiento. En realidad pactan el pago de una renta o intereses por el préstamo, con cargo a los frutos de la finca.

Nadie ignora en nuestra Patria, ni público ni profesionales, que el contrato de venta con pacto de retro y arrendamiento es un contrato de garantía real. Solamente lo ignora el Derecho positivo. Hay; sin embargo, una diferencia fundamental entre el simple préstamo y este contrato, en cuanto a la naturaleza misma del préstamo. En el préstamo garantido con la transmisión a retro del dominio de la finca, el acreedor no puede pedir la devolución del préstamo renunciando a la garantía. Pero es que al acreedor no le interesa esa devolución. Nadie presta por más de la mitad del valor de la finca,

y hace mejor negocio si se consolida la adquisición. Por eso, y porque no encajaría en nuestro Derecho positivo, carece el acreedor de esa facultad. Pero nadie se engaña respecto a su verdadera naturaleza.

Es un contrato este que por falta de la adecuada regulación se presta a todo: a la usura más descarada y a costosos e interminables pleitos. Ambas cosas deben evitarse.

Lo que debe hacerse es regularse adecuadamente. Bastará para ello que se establezca que el deudor o vendedor con pacto de retro podrá pedir la venta de la finca, sin necesidad de retener, en pública subasta, aun después de vencido el plazo para retraer y durante un período de seis meses o un año, aunque se haya pactado lo contrario, adjudicándose al mejor postor siempre que se cubra el importe del préstamo (precio establecido, los intereses o rentas pactadas, los gastos y un 20 por 100, por ejemplo). Con esto se evitarían la usura y los pleitos.

Lo que no debe hacer el legislador es prohibirlo, pues sólo conseguiría que los interesados recurrieran a la venta pura y simple, quedando a la conciencia del comprador o prestamista, o a una difícil prueba, la devolución de la finca, la antigua fiducia, con lo que el deudor perdería la débil garantía que hoy tiene. Siempre es el prestamista quien impone las condiciones, puesto que al deudor no le queda más remedio que aceptar el dinero, que imprescindiblemente necesita, en las condiciones que le dictan.

Su regulación fiscal deja mucho que desear. La legislación del Impuesto no ignora totalmente su verdadera naturaleza, como lo prueba el que fiscalmente le maltrata, es decir, le persigue, y se ve su deseo de suprimirle. Si el legislador fiscal no mirase con preventión este contrato, no establecería una regla especial, sino que lo sometería a la regla general del artículo 57 del Reglamento. Le pareció demasiada benignidad para un contrato que puede ser usurario y que lo es frecuentemente, y estableció normas más severas. Sólo alabanzas merece por ello. Pero en eso terminan sus aciertos. Ignora (y tal vez no se le pueda criticar por ello, puesto que lo ignora también la legislación civil) que es un contrato de garantía y permite hacer la comprobación por todos los medios fiscales, y entre ellos, naturalmente, la tasación pericial. Pero aun es más inaceptable

que al retraer la finca se pueda hacer la comprobación, incluso con la tasación pericial de la finca. ¡Pobre deudor, a cómo le sale el dinero prestado! No se diga que nadie hará esa tasación pericial, porque la experiencia enseña que en Derecho en cuanto hay algo discrecional hasta las más absurdas opiniones tienen fervientes partidarios, y así hemos visto tasaciones periciales lo mismo en las ventas con pacto de retro que en las retroventas. La culpa es del Reglamento que lo autoriza (1). En cambio debería ser obligatoria, no ya la comprobación, sino la tasación pericial cuando se consolida la transmisión, pues es evidente que el comprador adquirió la finca por misión, pues es evidente que el comprador adquirió la finca por menos de la mitad de su valor. Por el contrario, si se retrae la finca después de vencido el plazo para retraer, se liquida como nueva venta. Ya que el acreedor se portó con su deudor como un caballero, el fisco se encarga de estrujarle.

Pues bien: A pesar de toda esa dureza del Reglamento con la venta a pacto de retro, al acreedor siempre, y aun al mismo deudor en muchas ocasiones, le conviene más, fiscalmente, la venta con pacto de retro que la hipoteca. Acreedor y deudor saldan todas sus obligaciones con la Hacienda en la venta con pacto de retro con un 9 por 100, y si hay arrendamiento, con un 9,75 por 100. En la hipoteca la base liquidable es, en primer lugar, superior a la cantidad del préstamo, puesto que a esa cantidad hay que añadir los intereses y costas pactados. Se paga el 1,20 por 100 en la constitución y en la cancelación, que hacen un total de un 2,40 por 100. Suponiendo ahora que el préstamo devenga el interés del 5 por 100, por el Impuesto de Utilidades pagarán el 1,25 por 100 anual, que en cuatro años es el 5 por 100. Entre el Impuesto de Utilidades y ese 2,40 por 100 sobre el capital más los intereses y costas, su contribución a la Hacienda es poco inferior a lo que pague la venta a retro. Fiscalmente sólo conviene la hipoteca en los préstamos inferiores a cinco años y con un interés no superior al 5 por 100 anual. Pero aunque el préstamo se haga por menos de cinco años y a un interés no superior al 5 por 100, el acreedor no estará seguro de que se cancelará en ese tiempo, pues preferirá prorrogarle tácitamente a tener que proceder a la ejecución, y se transformará en una opera-

(1) En parecidas ideas abundan Rey Feijóo (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1945, pág. 621), y Bas y Rivas (tomo I, pág. 147).

ción más gravada fiscalmente que la venta con pacto de retro. No se podrá decir que se trate bien a la hipoteca, cuando aún resulta más ventajoso ese pacto.

No se diga que el Impuesto de Utilidades le paga el acreedor, porque no es así, aunque lo diga la Ley. El acreedor sabe que es obligación suya el pago de ese impuesto y le aumenta a los intereses que pagará el deudor. Es exactamente lo mismo que ese impuesto en la Deuda Pública. Antes de Calvo Sotelo se emitía con impuesto; pero se cayó en la cuenta de que le pagaba el propio Estado-Deudor y después se emite sin impuesto. El capitalista obtiene el mismo interés, porque el impuesto recae siempre sobre el que pide el dinero a crédito (1). Pero como el tener que preocuparse del recibo o pago del impuesto es una molestia, y a veces supone gastos, el acreedor tiene un argumento más para no aceptar la hipoteca como garantía y exigir la venta con pacto de retro. Realmente es mucho más ventajosa para él esta última, hasta el punto de que, si en el campo español aún se hacen algunas hipotecas, se debe a los Notarios, sea dicho en su honor.

Sólo cabe preguntar si el legislador estará muy satisfecho de su obra, y la verdad es que no debe estarlo.

La legislación del Impuesto de Derechos reales es extremadamente delicada. La Hacienda, con el único fin de aumentar la recaudación, establece un gravamen sobre un acto determinado; pero puede darse el caso de que no se consiga ese fin y se impida la celebración de un acto perfectamente lícito, o se desvíe a la celebración de otro menos conveniente para el fin jurídico que el Estado tiene que cumplir. El excesivo gravamen de la hipoteca, fomenta la venta con pacto de retro y la usura encubierta. El gravamen sobre la condición resolutoria y la hipoteca en garantía del precio aplazado, sólo ha servido para que desaparezcan esos pactos de la contratación, con graves inconvenientes para la misma. Hay muchas disposiciones en el Reglamento de carácter social, y sólo plácemes merece por ello, pero creemos que brillan por su ausencia: las disposiciones que tienden a favorecer el cumplimiento de los fines jurí-

(1) De igual forma, es una ficción que el Impuesto de Derechos reales recaiga sobre el adquirente en la hipoteca y en la compraventa con pacto de retro.

dicos del Estado, y esto es tanto más lamentable cuanto que ese impuesto tiene que ser aplicado por los dos Cuerpos que no tienen otra razón de ser que esos fines jurídicos, como son los de Notarios y Registradores. Estimamos que no estaría de más que, cuando se proyecte otra reforma del Reglamento, hubiera en la Comisión un Notario y un Registrador. Sus iniciativas podrían ser muy interesantes, y siempre la palabra decisiva la tendría el Ministerio de Hacienda. Su consejo podría ser útil, pero no perjudicial. Esos vocales, seguramente, no dejarían pasar sin su protesta que haya actos sujetos; si se otorgan en escritura pública, y exentos; si están otorgados en documento privado; que no se puedan permutar bienes inmuebles por títulos de la Deuda Pública u otros valores públicos (el gravamen que tienen esas permutas es prohibitivo); que las fincas inscritas estén más gravadas que las no inscritas; que se pueda burlar la comprobación por el valor del Registro, otorgando el documento particional en una capital de provincia, etc.. Y al Ministerio de Hacienda no le obligaban sus iniciativas:

Sólo nos resta dar las gracias a Rodríguez-Villamil por lo amable que ha sido en su contestación, y lo hacemos con mucho gusto.

MARIANO HERMIDA LINARES
Registrador de la Propiedad.