

Lo jurídico, lo fiscal y lo registral^(*)

I. EXPLICACIONES PREVIAS

Excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras, compañeros y amigos todos.

Dispuesto a justificar presencias en este casi recién inaugurado SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ALBACETE, podría alegar unas cuantas que debidamente *clasificadas* os ofrezco de inmediato:

A. PERSONALES

Alguno de vosotros recordará cómo hace algunos años las «muchachas que tienen que servir»—hoy empleadas de hogar en lenguaje oficial y democristiano—se «ofrecían» y exhibían los «informes» (hoy *curriculum vitae*) precisos para ser admitidas. En cierto modo, algo de esto es lo que yo hice un buen día en la Biblioteca del Colegio cuando vi muy apurados a nuestros compañeros Manuel Álvarez Bejiga (unido ya únicamente por cordones umbilicales a este Seminario) y Francisco Bautista Aranda, que estructuraban y hacían planes para la solemne fundación del Seminario de Albacete.

Tímidamente me «ofrecí» por si les podría servir de algo mi contribución a este sistema de ponencias, aportaciones o trabajos a realizar en el mismo. No debió caer muy bien aquella sugerencia, pues si en un principio parecieron incluir mi nombre en la lista de posibles participantes, luego retrasaron mi participación para estas fechas, en las que más que inaugurar un seminario, lo que hacemos es estrenar local y mobiliario.

Las razones del aplazamiento nunca las supe y pensé en que mis

(*) Conferencia pronunciada, con asistencia del Ilmo. Sr. Decano del Colegio Nacional de Registradores, en el Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete el día 30 de noviembre de 1974, con motivo de la inauguración de los locales del Seminario.

posibles «informes» no eran suficientes para dejarme «participar» o que por mi cualidad de «artista invitado» se me reservaba el honor de «abrir la cancha» de este segundo curso del Seminario. De todas formas y al estilo del viejo Derecho romano, «a los gentiles» de este Seminario mi agradecimiento por brindarme esta oportunidad... ellos han intuido esa persistencia en conseguir algo que, como secuela, me queda de mis viejos tiempos opositoriles.

B. REALES

Cuando se inicia la fundación de Seminarios bajo una idea en la cual yo participé activamente, se sentaron como bases el objeto y finalidad de los mismos, que no es otro que el de dar parte activa en el estudio de los problemas hipotecarios, en forma descentralizada, a todos nuestros ilustres compañeros.

Había, por supuesto, que dar a estas reuniones de «solidaridad corporativa» un signo «diferente» (como España) de las acostumbradas y viejas manías *tertulianas*, donde con habilidad se practican los tres pecados de nuestra profesión.

Porque sé que en este Seminario se estudian—iba a decir «todavía», pero no lo digo—solamente los temas que nos interesan desde su ángulo jurídico, es por lo que califico a esta razón de real u objetiva. Todos sabéis que, por razones éticas, tuve que poner el *veto* a algún Seminario, porque en él se trató de mi *voto*.

Esta razón objetiva me hace brindaros una famosa frase que allá en la ciudad de Estella, la Toledo del norte, donde VALLE INCLÁN hace transcurrir una de sus Sonatas, campea en uno de los troncos de árboles del paseo de «Los Llanos» (fijaros cómo los nombres se repiten, ya que aquí, a tiro de piedra, tenemos también Los Llanos). En ese paseo, en el que el general Zumalacárregui formaba y arengaba a sus tropas antes de entrar en batalla y en el que en mis tiempos de Milicia universitaria tratábamos de convencer a las *mocetas* de nuestro imperecedero amor, hay unos árboles corpulentos y en uno de ellos una frase que dice así: «Estos árboles, que son de todos, al cuidado de todos se confían.» Pues bien, yo os digo parodiando la frase: estas inquietudes jurídico-hipotecarias, que son de todos nosotros, al cuidado de todos deben estar confiadas...

C. FORMALES

Suele circular en el mundillo de los refranes una frase referida a Albacete. Dice así: «Albacete, toma café y vete»..., y que aquí podríamos modificarla diciendo: «... lee tu trabajo y vete». Pero Albacete, aunque para mí puede ser ciudad de paso, tiene la gran tentación de cerrar un ciclo que puede dar forma a mi «hecho jurídico».

Todos sabéis que para que el hecho jurídico produzca efectos, esto es, para que «el hecho despierte la eficacia dormida de la norma, es preciso que se exteriorice, que se patentice, que se haga visible por medio de la forma».

Pues bien, aquí, a treinta grados a la sombra en pleno mes de agosto del año 1955, apruebo mi primer ejercicio de oposiciones a Notarías y recibo, posteriormente, la negativa para ser Notario en un dramático segundo ejercicio (con escasez de banquetas para su realización), en el que sobrábamos lo que entonces se llamó *las señoritas del treinta cero uno*... Ahora quiero cerrar el ciclo leyendo estas palabras que siguen sobre un tema de Derecho y, con ello, ya lo veréis, se va a confirmar aquel suspenso que va a dar forma a lo que—siguiendo la tesis de PETER—podríamos calificar como el logro o el alcance de «mi nivel de incompetencia».

D. RAZONES DEL TEMA

La razón del tema es «electiva». Cuando se trató de la materia a desarrollar ofrecí a la «guardia mora» de este Seminario tres temas: el técnico de «La reversión y el Registro de la Propiedad» (tema que ofrezco a una famosa publicación en honor de un profesor de Derecho), la colección de anécdotas llenas de alegría y buen humor, bajo el título «El opositor, la oposición y el funcionario» y el tema que os ha anunciado. El que haya sido este tercero y no el segundo os restará el jolgorio que produce recordar una época de oposiciones por todos pasada y sufrida. El haber descartado el primero me ha obligado a un trabajo lleno de dificultades y tropiezos y sin la copia de un esquema que alegremente entregué y que luego al escribir ni lo recordaba. Lo que quise decir entonces no se parece a lo que ahora digo y, por supuesto, a lo que DEBO decir.

El tema es un producto de mi constante curiosidad de lector impenitente. He leído una serie de libros y ellos me han permitido enlazar algunas ideas para ofrecéros las. El fondo, por supuesto, es tan viejo como la existencia del Derecho. No hay nada nuevo bajo el sol, pero en

esta etapa de «urgencias» y «emergencias» que nos ha tocado vivir, bien vale la pena detenerse un poco y pensar con sosiego. Aunque la materia está inmersa en esa escalofriante zona de «la filosofía del Derecho», no esperéis disertaciones dogmáticas y alturas vertiginosas, sino simplemente un *acotamiento de materia* para que otros se encarguen de la especulación doctrinal.

Hasta qué punto ha penetrado lo jurídico dentro del campo fiscal y del hipotecario y cómo reacciona o debe reaccionar el intérprete al tropezar con una norma poco jurídica, es la idea matriz de estas notas. He procurado darles el tranquilizante de la anécdota, para que esto no resulte denso y plomizo, pero sois vosotros, al final, los que sabréis decirme si lo he sabido conseguir. Vamos con el tema.

II. *LO JURIDICO COMO CATEGORIA DOGMATICA

Lo «jurídico» es un término que, conforme al Diccionario, significa *lo que atañe al derecho o se ajusta a él*. Aceptando esta idea, inevitablemente siempre que utilicemos el término jurídico estaremos proyectando la idea del Derecho. Lo que sucede es que no conviene identificar el Derecho con la norma, pues partiendo de esa identificación tendríamos que considerar como jurídico lo que se ajuste a ella y vamos a tratar de demostrar que no toda norma es Derecho y que, dentro de éste, puede existir uno justo y otro injusto. Jurídico sería, por tanto, lo que se ajusta a un Derecho justo.

A. SEPARACIÓN ENTRE LO JURÍDICO Y LO LEGAL O NORMATIVO

De todos es conocida la secuela normativista del Derecho, que parte de la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, considerando que el primero es «el conjunto de normas» y el segundo un poder o facultad jurídica. Como todos hemos estudiado por CASTÁN, creo que sobra con la cita de este autor para aseverar que casi todos los demás parten generalmente de la misma idea (1).

Esta idea, que asimila conceptos, permite una conclusión que acertadamente destaca Díez PICAZO (2): «El derecho es algo que se encuentra previamente dado. Lo encontramos formulado o cristalizado en las normas. El derecho se nos aparece como una previa formalización norma-

(1) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*. Tomo I, *Introducción y parte general*, Madrid, 1949.

(2) L. Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1973.

tiva, abstracta y general, que nos viene ya dada. De acuerdo con esta idea, el derecho es el orden previsto o preestablecido para una sociedad, comunidad o grupo humano. Para que este orden se realice, para que una comunidad viva ordenadamente, es necesario, ante todo, un previo planeamiento o una previsión del orden que es considerado como deseable. Este orden se ofrece a través de una serie de reglas o de preceptos, que son estatuidos con una eficacia social de organización y mediante los cuales aquel orden se intenta o se ensaya.»

Frente a esta concepción, creo que es preciso reaccionar y perseguir otra del Derecho más ajustada a una realidad viviente. Con el autor antes citado, sería preciso afirmar que «el derecho no es una formalización abstracta y general, con un valor universal, que pretende ahorrar las conductas humanas para que en el futuro se ajusten a unos modelos preestablecidos. Con un símil se podría decir que las normas no son, como las ideas para una expresión idealista del mundo, algo a lo que la realidad debe ajustarse, sino simplemente instrumentos dinámicos para resolver los problemas que esta misma realidad plantea.

Entiendo que hay que volver de nuevo a una concepción romanista del Derecho. FEDERICO SCHULZ plasmó en frases geniales la gran contraposición existente entre la norma y el Derecho. «Si echamos un vistazo —decía— al material legislativo creado por Roma mediante declaraciones estatales, se ve inmediatamente que su extensión es impresionantemente pequeña. Es natural que el derecho creado por el Estado tenga poca importancia en los pueblos jóvenes o de vida jurídica primitiva, sin que pueda deducirse de ello una repugnancia especial hacia esa forma de producción del derecho. Pero si en unos quinientos años de alta cultura espiritual y especialmente de alta cultura jurídica, desde el fin de la guerra de Aníbal hasta Diocleciano, la promulgación estatal del derecho ha quedado siempre en segundo plano y circunscrita a determinadas funciones, puede deducirse, sin vacilación, este principio: la concepción romana es fundamentalmente contraria a la codificación y observa una sobriedad rigurosa frente a la legislación particular. *El pueblo del derecho no es el pueblo de la ley.*»

Pero si el derecho lo separamos de la norma se hace preciso formular una noción del mismo que sirva para su neta precisión. ¿Qué es derecho? Poco antes de morir, HERNANN KANTOROWICZ (3) escribió unas admirables páginas de ensayo relativas a la definición del derecho. El autor no pensó nunca que se entregaba a un mero ejercicio jurídico, sino que señaló que toda la historia de la ciencia jurídica debe limitar su contenido y que ello es difícil de llevarse a cabo mientras no se dé una respuesta

(3) H. KANTOROWICZ, «La definición del Derecho», *Rev. Occidente*, 1964.

a la cuestión básica. ¿Qué es el Derecho? KANTOROWICZ escribe su ensayo en el año 1939 y en el prólogo de este ensayo, publicado en España en 1964 por la «Revista de Occidente», decía GOODHART: «Cabe, pues, confiar en que su ensayo estimulará la discusión entre los filósofos del Derecho, que se encuentran todavía a la búsqueda de respuestas a problemas que vienen siendo objeto de debate desde hace más de dos mil años.»

Para un intento definitorio del derecho es fundamental este trabajo de KANTOROWICZ, que no rebasa las ciento cincuenta páginas. Este libro, como otros muchos, pueden calificarse de los de «cabecera» o fundamentales para iniciar la singladura de la investigación sobre lo que debemos entender por derecho. El autor, y resumo comprimidamente su postura, plantea los dos posibles métodos para resolver el problema de la definición del derecho, negando virtualidad al que emplea el *realismo verbal* o, lo que es lo mismo, el que pretende la definición a través de la «lexicografía», y afirmando que el auténtico método correcto es el del *pragmatismo conceptual*, en el cual radica la función legítima de las definiciones, pues no es lo mismo afrontar la definición de «LO QUE SE ENTIENDE POR DERECHO» que lo que «DEBE SER ENTENDIDO POR DERECHO».

Rechaza como criterios inservibles para el logro pretendido, los que asimilan el concepto de derecho al «derecho positivo», pues si esto fuera así el «*Ius belli ac pacis*», de Grocio, no debería ser citado en una historia de la ciencia jurídica, ya que sus relevantes ideas referentes al derecho natural, de la misma manera que las de sus innumerables predecesores y sucesores, no serían ideas referentes al «derecho». Igualmente, estima que es equivocado el término derecho limitado a *normas absolutamente vinculantes*, pues, como señala el autor, si con ello quiere evidenciarse el dato de la «validez» o carácter obligatorio, ello puede predicarse de toda norma y no solamente de las jurídicas. Criterio éste que, como sabemos, mantuvo Kelsen (4) en su «Teoría pura del derecho». Otra concepción que el autor rechaza es la que considera el derecho no como un cuerpo de normas, sino como una masa de «hechos reales», como es, por ejemplo, la actuación de los jueces. Y, por último, descarta como viable la definición oficial alemana que fue formulada por el REICHSRECHTSFUHRER y presidente de la «Akademie für deutsches Recht» y ministro del Reich, doctor FRANK, según la cual «derecho es lo conveniente para el pueblo», aunque parece referirse, si bien el contexto no está claro, al pueblo alemán, ya que, de acuerdo con las enseñanzas

(4) H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1973.

nazis, derecho es cultura, toda cultura es aria y el pueblo alemán es el principal representante de la «raza» aria.

Después de rechazar estas definiciones, formula la suya en estos términos: derecho es *Un cuerpo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como justiciables*. Como vemos, para evitar llegar a la identidad entre norma y derecho, el autor habla de «cuerpo de normas» o, por decirlo de otro modo, cuando se trata de normas que poseen alguna característica común que las hace coherentes e interdependientes y que prescriben una conducta determinada (entendiendo por tal la conducta externa que pertenece al derecho y no la interna que corresponde al campo de la Etica), así como son consideradas justiciables o, lo que es lo mismo, aptas para ser aplicadas por un órgano judicial en un procedimiento determinado.

Es curioso que esta definición que supuso un gran avance dogmático del concepto incide en el mismo defecto de la mayor parte de las definiciones contenidas en más de siglo y medio de la inmensa mayoría de los tratados y manuales. Señala VALLET DE GOYTISOLO (5) que el concepto *voluntarista* del derecho (como poder de voluntad, facultad de obrar) que tiene su origen en la escolástica franciscana de Duns Scotto y Guillermo d'Ockam, llevó inevitablemente al *normativismo o legalismo*, siendo para la escuela francesa de la exégesis equivalente el derecho con la «norma» (o conjunto de normas) positivamente impuesta por la autoridad del Estado». Pero ya la idea del positivismo fue desplazada por PHILIPP HECHK, quien, citando a VON BULOW, rector de la Universidad de Tübinga, destacó cómo una ley de la que todo el mundo supiera que no tenía aplicación en los Tribunales de justicia y de la que sociológicamente no puede predicarse que efectivamente se vive y se realiza, perdería su carácter de tal.

De estas ideas deduce VALLET DE GOYTISOLO las tres formas de configurar el derecho: cargar la fuerza del concepto del derecho en lo que podríamos denominar *justo* (el derecho debe responder a una cualidad de justicia, sin la cual deberá ser rechazado como tal Derecho), en lo *ordenado positivamente* o en lo *vivido realmente*. La posible armonización de estas tres formas es insostenible cuando falta norma aplicable de carácter positivo, cuando la norma positiva es incumplida o cuando tiene vigencia una conducta social injusta. VALLET opta por aceptar, sólo una de las enunciadas significaciones y se decide por la primera de ellas: *el derecho es el arte de lo justo*.

Quedan, como sigue apuntando VALLET, dos notas o caracteres que

(5) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963. *En torno al Derecho natural*, Madrid, 1973.

mucha parte de la doctrina ha utilizado para perfilar el concepto del derecho. De una parte es la *imposición o coercibilidad*. Sólo es derecho aquello que puede imponerse por la fuerza. El derecho, según dice Kelsen, es un modo de organizar la fuerza. De otra parte, tenemos el *principio de legalidad*, en virtud del cual las normas sólo son válidas si han sido creadas con autoridad para ello. Estas dos notas, según el citado autor, de coercibilidad y efectividad, son cualidades extrínsecas que DEBEN acompañar al Derecho, pero no son características suyas, sino del PODER, en sus diversas funciones, que éste pone al servicio de aquél.

Esta tesis de VALLET, apoyada por infinidad de citas y de razones, viene a ser recogida—en lo que el derecho representa la idea de lo justo—por Díez Pícazo (6). Este autor considera que frente a la concepción normativista es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, *el conflicto de intereses*. El derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos aunque no, por supuesto, el único modo. Para ello, las normas no ofrecen otra cosa que criterios, que no son nunca absolutamente rígidos, sino flexibles. Las normas son las pistas que deben ser seguidas para resolver los conflictos de intereses.

El derecho, sigue diciendo el autor citado, es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses. En nuestra lengua, la expresión derecho es ante todo un adjetivo que se aplica a diferentes hechos, actos o situaciones. Lo derecho se contrapone a torcido, o, dicho con expresión más castiza, a lo tuerto. Lo derecho es también lo *directo o lo recto*. Por ello la expresión «esto es derecho» significa, en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la más correcta o la más aceptable.

Frente a las dos posibles concepciones del derecho—derecho justo y derecho normativo—es evidente la distinta postura que el jurista adopta. El derecho concebido como norma exige una fidelidad a la letra de la ley, que será considerada como la norma prototípica. Sin la ley no hay nada que hacer. Es muy frecuente esta postura incluso en aquellos de quienes depende una decisión fundamental. Luego lo veremos al tratar de los problemas fiscales y registrales. Con el abandono del sistema del normativismo—sigue diciendo Díez Pícazo—se hace posible una *interpretación evolutiva* del material normativo y unos medios de integración

(6) L. Díez Pícazo, *ob. cit.*

del sistema para colmar las lagunas que en él se producen incesantemente.

De lo dicho se deduce que mi posición se inclina por ese abandono normativista que hoy encierra un mayor peligro de los antes apuntados, pensando en esa *fluidez legislativa* de los tiempos modernos.

No hace mucho tiempo, en un famoso prólogo, GONZÁLEZ PALOMINO (7) hacía alusión a esta «época de inflación legislativa». Con el humor que le caracteriza, explicaba las dos causas que motivaban el fenómeno: De una parte, la evidente e incontenible vocación (no aptitud) de nuestro siglo para la legislación, tan imperiosamente sentida que desborda de los órganos de competencia legislativa y específica y hace sentir el llamamiento a todos los demás: grandes y chicos. De otra parte, la evidente fe de los «legislados» en la eficacia de las leyes para resolver todos sus problemas, que les lleva a pedir leyes o códigos en cuanto hay una mala cosecha, una plaga de langosta o una epidemia de gripe... Tal es la superproducción legislativa que se ha producido el fenómeno, normal en régimen de economía de mercado, de su desvalorización: en prestigio, en vigencia y en técnica.

La técnica legislativa tradicional—sigue diciendo GONZÁLEZ PALOMINO—consistía en dictar *normas generales* para los casos generales de la vida, sobre la base de criterios de normalidad jurídica: de lo que normalmente sucede. La técnica legislativa contemporánea, además de hacer alarde de una redacción pocas veces ejemplar, ha dado en la gracia de *eleva a regla la excepción*. Antes la excepción confirmaba la regla, pero no era la regla. Ahora el legislador (deseoso de conseguir la justicia del caso concreto), que no es función suya, ha adoptado un procedimiento de inversión que consiste en legislar para las *excepciones con normas de carácter general* aplicables a todos los casos, sin que quepa considerar como excepción de la regla los casos normales, que son los más.

A esto añadimos lo que apunta VALLET (8) al decir que el hecho de considerar al Estado como creador y árbitro del Derecho, lleva naturalmente, como consecuencia, a que éste conceda una atención muy relativa a la Justicia y coloque por encima de ella toda clase de razones de oportunidad o conveniencia... Los gobiernos han procurado la conservación del poder; la Administración, la realización con la mayor eficacia y rapidez los planes que justifiquen sus actuación; los hacendistas, las fórmulas más cómodas y fáciles para el organismo recaudador, etcétera. Tropezamos con la situación de que «los funcionarios han llegado a tener

(7) J. GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*, Pamplona, 1964.

(8) J. VALLET DE GOYTISOLO, *obras citadas*.

la sensación de que cada uno de ellos, en su respectiva esfera, era el propio Estado».

La situación a que esta llamada *legislación motorizada* nos puede llevar es peligrosa, pues, de una parte, a ella no podemos otorgarle el calificativo de Derecho y, de otra, la peligrosidad que la penetración de lo público en el derecho privado plantea serias disyuntivas para averiguar lo que debemos reputar como justo en el entramado de lo político, lo social y el interés superior de lo público.

Todo ello ha llevado a numerosos autores a plantear seriamente si estábamos en una época de *crisis del derecho*. Primorosos trabajos se han escrito sobre este punto; aquí sólo quiero traer el que hace muy poco escribiera ALVARO D'ORS, que recoge una serie de publicaciones suyas en torno a esa cuestión. Como todos los libros breves lleva la impronta de su bondad. Al comienzo os he dicho que había que «regresar» un poco al Derecho romano. ALVARO D'ORS (9) lo dice con más gracia: «Como un pato—de todos es conocido el símil goethiano—, como un pato que se zambulle y oculta por un trecho para reaparecer poco después con fresca y renovada jovialidad, así también el Derecho romano, en el transcurso de su larguísima historia, suele ocultarse a nuestra vista para sorprendernos más allá con una vitalidad renovada»...

La necesidad de que los juristas modernos vuelvan los ojos, otra vez, hacia el Derecho romano lo patentizan dos obras de los últimos tiempos: la de PAUL KOSCHAKER, «Europa y el Derecho romano y la de CARL SCHMITT, «La situación de la ciencia jurídica europea».

ALVARO D'ORS estima que el jurista actual, oprimido por la tiranía legislativa, se refugiaba, como decía con sal un colega madrileño, en el alivio de la inobservancia. Pero lo más grave es que había perdido totalmente su dignidad; se había reducido, no diremos ya al papel de un mero exegeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado. Sólo con una posible crisis del legalismo podría hablarse de un amanecer de libertad y dignidad para el jurista, como indicio de que se restablecerá el debido respeto de la voluntad planificadora y absolutista hacia las formulaciones intelectivas, prudenciales del jurisconsulto: el respeto de la *lex* hacia el *ius*.

B. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO JUSTO E INJUSTO

Entiendo—y partiendo de lo que ya llevamos dicho—que no puede hablarse de derecho justo e injusto. Hemos llegado a la conclusión que

(9) ALVARO D'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973.

todo derecho es justo o que el derecho es el arte de lo justo. Lo que sí puede predicarse es la existencia de una ley o de una *norma injusta o no jurídica*:

Por supuesto que el *iusnaturalismo* dio la gran posibilidad de hablar de una norma injusta, solución de difícil encaje en el positivismo. Como aún parece dominar en la doctrina este último movimiento, conviene preguntarse si de verdad puede hablarse seriamente de una norma injusta. He seleccionado tres trabajos que cito cronológicamente. El primero se publica en el año 1928 en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Lo firma NAVARRO REIG y se titula «Lo legal y lo justo». En él plantea un curioso caso de testamento abierto otorgado ante Notario y tres testigos, uno de los cuales, al cabo de los años se descubre que no era idóneo.

Es un caso curioso, pero más lo son las tremendas alegaciones que aportan los juristas alemanes RADBRUCH, SCHMIDT y WELZEL en tres trabajos reunidos en un pequeño volumen bajo el nombre genérico de «Derecho injusto y derecho nulo». Dice en la introducción RODRÍGUEZ PANIAGUA (10) que los tres trabajos responden a una misma problemática que arranca de la situación creada por el derecho nacionalsocialista y por los juicios emitidos sobre él posteriormente, en el campo de la doctrina y en el de la misma jurisprudencia.

Es una pena que en el estrecho marco de tiempo en que me debo mover no dé tiempo para ofreceros con cierta amplitud estos trabajos que, siendo de tres épocas, reflejan unas preocupaciones similares. El primero, que firma RADBRUCH en el año 1946, exige la necesidad de un derecho justo. Arranca de unas afirmaciones que reflejan una situación. El nacionalsocialismo alemán se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de dos principios: «Las órdenes son órdenes», que se aplicaba a los primeros y «Ante todo se han de cumplir las leyes», que se refería a los segundos. En el primer principio existía la excepción cuando se tratase de órdenes encaminadas a la realización de fines delictivos, pero en el segundo no se puso ninguna limitación. Hablar de leyes que no constituyeran Derecho es una contradicción igual que hablar de un Derecho que estuviera por encima de las leyes. En su trabajo se ameniza la lectura con una serie de casos curiosísimos, siendo el primero la famosa Sentencia de la Sala de lo Contencioso de Wiesbaden, según la cual las leyes que establecían que las propiedades de los judíos pasaran al Estado se hallaban en contradicción con el Derecho natural y, por consiguiente, eran ya nulas en el momento de su promulgación. A modo de conclusión, decía el autor

(10) G. RADBRUCH, E. SCHMIDT y H. WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, 1971.

alemán: *De ningún modo se ha de admitir que es derecho todo lo que es útil al pueblo, sino que al pueblo le es útil, en último término, tan sólo lo que es derecho, lo que trae seguridad y tiende a la justicia.*

El segundo trabajo es de SCHMIDT y está escrito en el año 1952. En él el autor va a destacar los valores positivos y negativos del positivismo, resaltando ciertas exageraciones a que puede llevar la doctrina «iusnaturalista». Para él es fundamental la seguridad jurídica. Parte de la idea de que la ciencia pandectística del siglo XIX (HUGO, PUGTHA, BINDING, MERKEL, WINSDCHEID, SAVIGNY, etc.) sirve de base a un «positivismo científico», entendiendo por tal el que hace derivar todos los preceptos y decisiones jurídicas de los conceptos y principios de la Ciencia del Derecho. El jurista que quiera comprender los preceptos o elaborar las decisiones jurídicas no tiene más que representarse el sistema de los conceptos de la ciencia del Derecho. Pero este *positivismo científico* se convirtió, a fines del siglo XIX, en un *positivismo legal*. Las necesidades que tuvo que atender el legislador a partir de 1914 exigieron elevar al máximo el número de revoluciones de la máquina de la legislación, al mismo tiempo que impedían hacer preceder a las leyes de una cierta preparación científica y provocaban un desplazamiento de la labor legislativa, desde el legislador a los representantes del poder ejecutivo. De este modo quedó devaluado el concepto de ley, con lo que tenía que destruirse la confianza en ella que los juristas habían heredado del siglo XIX. Ello llevó a plantear el viejo problema de la existencia del Derecho natural y los poderes que han de atribuirse al Juez en su tarea de valoración, revisión, inhibición y aplicación de la ley.

El tercer trabajo está firmado por WELZEL en el año 1966. Parte de la idea conciliadora de la necesidad de una justicia y de una seguridad. Para el autor, el derecho no tiene una doble vertiente: el de la factividad o positividad y el de la idealidad o legitimidad. El derecho, a nivel de positividad, necesita de la convicción de la mayoría, de la conciencia jurídica general o de la común convicción en torno al Derecho. Una de las objeciones más serias la utiliza el autor en la famosa frase de JELLINEK: «A las víctimas de la inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas eran normas de Derecho.» ¿Por qué debe valer respecto a MI una norma por razón de que OTROS la acaten?

Comprenderéis que en las páginas de estos trabajos existe el aliciente para poder emprender de nuevo una andadura en busca de la razón justificativa del derecho y la determinación de su esencia, pero antes os había hablado de otra publicación que se me antoja importante para rematar estas mal cosidas ideas, pero que es necesario destacar, ya que

afronta el problema de la reacción del jurista frente a una ley injusta. La obra es de VÍCTOR MANZANILLA SCHAFFER, publicada en México en el año 1948 y se titula «El jurista ante la ley injusta». Después de demostrar sobradamente la posibilidad de una ley injusta (fijaos que no emplea el concepto de Derecho injusto, sino de ley) se plantea el problema de la reacción que debe tener el jurista frente a una ley de ese tipo y las consecuencias que su decisión tienen o pueden tener en el ámbito de la sociedad. ¿Cuál de los fines del derecho tendrá mayor valor o importancia para la decisión?: la seguridad jurídica, la justicia, como valor de rango superior, o el orden social y el bien común, los que vengan a influir directamente en el cumplimiento o no cumplimiento de lo dispuesto por la ley injusta?

La obra viene amenizada por citas históricas y literarias. Yo elijo esta última. Es de Shakespeare en el problema cumbre que plantea en su obra *Shylock* o *El mercader de Venecia*. La trama es de todos vosotros conocida. Dos personas en Venecia celebran un contrato de mutuo con la obligación de devolver en un plazo determinado la suma de dinero prestado. Shylock, el prestamista, entrega a Antonio, el comerciante, una cantidad de dinero como préstamo y en dicho contrato se establece una cláusula penal en donde se estipula que, si llegado el plazo convenido, no se ha hecho entrega de la mencionada cantidad, Shylock podrá reclamar su entrega, o bien cortar una libra de carne del pecho de Antonio, como pena por la mora en que éste incurrió. Antonio no cumple el contrato y Shylock lo lleva ante el Juez de Venecia llamado Porcia, exigiendo el derecho de cortar una libra de carne del pecho de Antonio.

Bassanio, amigo de Antonio, suplica al Juez en nombre del sentimiento humano y de la justicia que salte una sola vez por encima del derecho establecido evitando así una injusticia. Porcia contesta: «No, no puede ser, no hay poder en Venecia que pueda romper la ley establecida y alterar un decreto, no hay fuerza que pueda saltar por encima del derecho, pues los ciudadanos de Venecia han dormido tranquilos sabiendo que al levantarse cuentan con la *certeza* y la *seguridad* que el derecho imprime a sus relaciones sociales, les harán posible un día más de vida social; ellos comprenden que están regidos por leyes y mientras éstas no se alteren, la paz social imperará en esta ciudad.

Todos sabéis cómo termina el drama planteado. Porcia, con pleno respeto a lo establecido y conservando la seguridad jurídica, tan necesaria para la existencia y conservación de las sociedades, dicta su fallo interpretando equitativamente las cláusulas del contrato: «cúmplase la ley y lo pactado; pero entiéndase bien, Shylock deberá cortar precisamente una libra de carne del pecho de Antonio por haber incurrido

éste en mora; pero una libra exactamente, ni más ni menos, pues si corta menos el contrato será incumplido, y si corta más se convertirá en reo del delito de lesiones».

A la luz de la interpretación jurídica del pasaje, es famosa la discusión mantenida por IHERING y KOHLER, estimando el primero que la postura de Shylock es la más acertada y representa el triunfo del derecho, mientras que el segundo señala el acierto del juez al resolver el problema de una forma equitativa, abriendo así paso a una norma nueva y más humana. Los dos, sin embargo, condenan la cláusula como contraria a la moral y a los principios del orden público.

Los ejemplos podrían multiplicarse. El autor citado trae a colación también el suceso acaecido en la vieja Atenas al correr del año 399 antes de J. C., donde se condena a Sócrates a la pena de muerte por el crimen de corromper a la juventud de Atenas y en base de la acusación de Meleto. Al someterse Sócrates a la sentencia y no aceptar la huida que le proponían sus amigos, realiza un acto pleno de justicia, cumpliendo con la seguridad jurídica y cristalizando la justicia, valor supremo del derecho.

No creo que debamos añadir más, pues lo importante de estas lecciones históricas y literarias está en la forma en que debemos entender los juristas de aplicar el derecho y esto puede tener una gran repercusión al abordar el tema tan importante de la penetración del derecho en el campo fiscal y su reflejo registral.

III. LO JURIDICO Y LO FISCAL

Es muy importante señalar tres grandes fases en el campo de lo que actualmente se denomina Derecho fiscal. Las apunta acertadamente PONT MESTRES (M.) (11) en un interesante libro sobre un problema candente en la sociedad actual: «La resistencia fiscal». Del primitivo impuesto-castigo, se pasó al impuesto-opresión, métodos propios que llegan hasta la Edad Moderna, para pasar en ella a lo que se ha denominado *impuesto-contribución*. La norma tributaria, en esta última etapa, comienza a convertirse en Derecho.

Pío CABANILLAS (12), en una documentadísima conferencia que clausura la Semana XII de Estudios de Derecho financiero, señalaba cómo la formación del Derecho tributario, en sentido estricto, es más bien reciente y procede, según una opinión pacífica y muy próxima a la verdad,

(11) M. PONT MESTRES, *El problema de la resistencia fiscal*, Barcelona, 1972.

(12) P. CABANILLAS GALLAS, *La nueva Ley tributaria: Derecho tributario y teoría general del Derecho*, 1964.

del período inmediatamente posterior a 1919, fecha en la que el Ordenamiento alemán recogió los principios que disciplinaban la imposición en un texto legislativo orgánico y completo que tuvo el efecto de estimular la dirección doctrinal en pro de la sistematización dogmática de las relaciones jurídicas existentes entre el ente acreedor del tributo y el contribuyente. Desde esa fecha hasta hoy día los juristas han tratado de dar carácter sistemático al campo de la materia tributaria, y tras una serie de procesos, todos ellos caracterizados por previas operaciones de deslinde, se logra acotar el concepto de *la actividad financiera del Estado* como contenido moral, en su aspecto jurídico, del Derecho financiero, llegándose a aislar dentro de éste la rama autónoma del Derecho tributario, entendido genéricamente como el que tiene por objeto «la determinación de los principios generales organizadores de los tributos como fenómenos jurídicos».

Favorece este movimiento el supuesto técnico concurrente que se inició en el siglo xx y que puede denominarse de modo genérico «la transformación del derecho privado», que no sólo replanteó los límites de este derecho, sino que al restar valor a la distinción entre derecho público y derecho privado permitió aplicar extensiva y analógicamente los esquemas de la teoría general del derecho civil a otras ramas jurídicas necesitadas de «amparo» conceptual.

Pero conviene preguntarse, y éste va a ser el objeto de nuestra exposición, hasta dónde los esquemas conceptuales de la teoría general del derecho han penetrado sustancialmente en la norma tributaria para nutrirla de carácter jurídico y elevarla a la categoría de tal. CABANILLAS no tiene más remedio que reconocer que el trasvase de esquemas y conceptos no ha podido hacerse conservando las sustancias incólumemente, siendo preciso establecer ciertas variantes. Pero cabe preguntarse: ¿estas variantes atentan seriamente a la concepción de la teoría general del derecho? Estos contrastes del Derecho tributario tienen la debida justificación dogmática para ser incorporados a lo que hemos definido como derecho? Este es nuestro problema. Aisleemos debidamente los siguientes puntos:

A. PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Conforme al autor anteriormente citado y a RODRÍGUEZ ADRADOS (13) en un trabajo especialmente destinado a la materia, pueden apuntarse como fundamentales principios admitidos por la Ley General Tributaria de 28 diciembre de 1963, los siguientes:

(13) A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La influencia de la Ley fiscal sobre los contratos». Ponencia Congreso Internacional Latino, Atenas, 1971.

1. El principio positivo de certeza, en cuya virtud debe permitir que cualquiera esté en grado de conocer preventivamente cuáles son los comportamientos debidos o simplemente lícitos y las sanciones, así como las consecuencias de las acciones no conformes al Derecho. Principio éste que, como puede fácilmente deducirse, está plenamente sancionado por nuestro Código civil al estimar que la *ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*.
2. Principio de legalidad que aparece proclamado en el artículo 2 de la L. G. T. al decir que «La facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante ley votada en Cortes».

Pero este principio tan prometedor viene desfigurado, como apunta DÍEZ PICAZO (14), por la curiosa afirmación que hace el artículo 18 de la misma ley, en el cual se dice que «la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde privativamente al Ministro de Hacienda, quien la ejercerá mediante Orden publicada en el *Boletín Oficial*. Parece—sigue diciendo dicho autor—como si se le quisiera conceder al Ministro de Hacienda un *monopolio* interpretativo. Sin embargo, por mucho que el artículo 18 de la L. G. T. delegue funciones, la interpretación de las leyes tributarias llevada a cabo por el Ministro de Hacienda no podrá ser nunca una interpretación «auténtica». Su eficacia vinculante, además, es mínima, y, como termina por reconocer la propia ley, este tipo de disposiciones interpretativas o aclaratorias son de obligado acatamiento para los órganos de gestión de la Administración Pública, pero sólo para ellos.

Igualmente queda desvirtuado este principio por los artículos 9 y 11, en el que se destacan los Decretos y Ordenes ministeriales como fuentes del Derecho y las Delegaciones y autorizaciones de las Cortes al Gobierno.

3. Principio de seguridad jurídica, como consecuencia obligada del de legalidad. En el fondo, no se proclama abiertamente dentro de la L. G. T. pero pueden servir de manifestaciones del mismo los artículos 7 (al admitir la impugnación de los actos de gestión y potestad reglamentaria en la vía contenciosa y jurisdiccional), el artículo 16 (al exigir que toda modificación de leyes o reglamentos lleve una redacción completa de las normas afectadas) y el artículo 19 (al declarar nulas de pleno derecho las resolucio-

(14) L. DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*

nes administrativas de carácter particular dictadas por órganos de gestión y que vulneren una norma de carácter general).

Pero este principio, sin embargo, queda desvirtuado, según ha demostrado sobradamente MARTÍN OVIEDO (15) en un documentado artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*. Al regular la relación jurídica tributaria sienta la base general de que deberá regirse por ley todos los elementos de la misma, aunque al hablar del «hecho imponible» en el artículo 24 se permite que la Administración *declare imponible* un hecho que no está calificado por tal por una ley cuando «aquél se haya ejecutado con el propósito de eludir el impuesto» y «produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible». También al tratar del sujeto pasivo se altera el principio de seguridad jurídica, pues se estima como tal si así se establece por una ley tributaria a «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás *entidades* que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición» (artículo 33). ¿Cuáles son esas *entidades*?

MARTÍN OVIEDO sigue señalando más fallos del principio de seguridad jurídica, cuales son el de la *fijación de la base liquidable*, ya denunciado por SAINZ DE BUJANDA al deducir que se trata de elementos esenciales de tributación cuando la base viene establecida por la propia normativa, pero no cuando se establecen—en vez de determinarse—por órganos y procedimientos administrativos. Por último, cabe señalar en cuanto al tipo de gravamen, la vaguedad con la que está redactado el artículo 12 de la Ley al admitir la posible variación de los tipos de gravamen por razones de política económica, vaguedad que supo remediar, en parte, la Ley de Reforma de Sistema Tributario de 11 de junio de 1964.

Este principio de seguridad jurídica tiene considerables fallos en materia de creación de normas tributarias, en la aplicación de las mismas y en el problema del fraude.

4. Principio de equitativa distribución de las cargas fiscales. La Ley de Principios del Movimiento Nacional, en su apartado IX, sienta la gran aspiración del logro de que «todos los españoles tienen derecho... a una equitativa distribución... de las cargas fiscales». Igualmente, la idea se repite en el artículo 9 del Fuero de los Españoles y en la L. G. T., en su artículo 3, al hablar de

(15) J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «El principio de seguridad jurídica en el Derecho fiscal», *Rev. Derecho Privado*, 1970.

«la generalidad y equitativa distribución de la carga tributaria», reiterándose la misma idea en el artículo al, al decir que los tributos han de servir «para la estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional».

Sería muy difícil llegar a conclusiones definitivas sobre si este principio ha tenido realidad, pues la clasificación de impuestos directos e indirectos creo que, en principio, desequilibra igualdades y, de otra parte, es temerario afirmar que el que más tiene es el que más impuestos ha satisfecho.

B. VARIANTES ADVERTIDAS ENTRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y LA LEY.

El panorama poco alentador de los fundamentales principios de la L. G. T. no mejora el descubrir esas «variantes» del derecho tributario con la teoría general del Derecho. Con una fórmula simplemente enunciativa, podríamos clasificar las mismas según se reflejan en la Ley General Tributaria o en los diversos textos de los impuestos que por razones de política legislativa están a cargo en su labor de gestión por los Registradores de la Propiedad.

1. *En la Ley General Tributaria*

- a) *El criterio de validez o nulidad.* El respeto que parece tratar de imponerse al principio de legalidad, aparte de los fallos ya señalados, sufre con el problema de los actos y contratos nulos un durísimo golpe injustificable desde ningún punto de vista: ni siquiera desde la mentalidad de la mayor recaudación. Creo que es poco serio, dañino para la mentalidad jurídica y atentatorio al más elemental sentido jurídico, el precepto del artículo 25, que ordena liquidar y recaudar el impuesto cuando el hecho imponible sea un acto o contrato, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran *afectar a su validez*.

No me atrevo a predicar en forma genérica, a pesar de que esté universalmente admitido, que los actos nulos de pleno derecho no producen ningún efecto, pero sí quiero destacar cómo la Ley General Tributaria hace aplicación de esta regla de derecho en el artículo 19, sancionando con tremenda dureza a las resoluciones administrativas que no se ajusten a lo que el artículo ordena, estableciendo *que serán nulas de pleno dere-*

cho. ¿Cómo es posible que artículos más avanzados en numeración vengan a decir todo lo contrario? Creo que este artículo contiene una gran violación a no sólo el artículo 4 del Código civil, sino a los artículos 41 y 59 de la Ley Orgánica del Estado y al artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. La aplicación de los mismos obliga no sólo a los Tribunales, sino a todos los funcionarios y, en definitiva, a la organización jurídica entera, como dice DÍEZ PICAZO.

- b) *La capacidad de obrar en el orden tributario.* Es sorprendente la regulación que la Ley Tributaria hace de la capacidad de obrar, pues de una parte se sienta el principio—muy de acuerdo con la legislación civil—que por los que carezcan de capacidad de obrar habrán siempre de actuar sus representantes legítimos, pero luego parece que la mujer y los menores de edad pueden tener capacidad en aquellas actividades cuyo ejercicio le está admitido por el ordenamiento jurídico sin asistencia del marido o del que ejerza la patria potestad o la tutela (arts. 42 y 44).

Si esto es así, creo que sobra la última afirmación, pues ya el Código civil establece taxativamente los actos en los que tanto la mujer como el menor de edad (la legislación no se refiere para nada a otros supuestos de incapacidad) pueden actuar válidamente.

Lo que sí es paradójico es que a los sujetos pasivos carentes de capacidad se les exija la representación legal y en el artículo 25 se dé por válidos los contratos que ellos celebren. No hay que olvidar que en todo caso exige la ley prescindir «de los defectos intrínsecos o de forma...».

- c) *El domicilio y la residencia.* CABANILLAS había destacado este punto señalando cómo la L. G. T. al recurrir a la idea de residencia efectiva, en realidad lo que hace es transmutar la concepción voluntarista del domicilio, sostenido hoy en nuestro país por la casi totalidad de la doctrina civilista, por una concepción enteramente objetiva. Se sustituye así la idea de «domicilio» como criterio de determinación del ámbito de aplicación de la ley y su sustitución por el criterio de residencia.
- d) *La prescripción tributaria.* Igualmente, CABANILLAS puso de relieve el criterio distinto de la L. G. T. frente al Código civil, en cuya virtud la misma puede ser aplicada de «oficio» sin necesidad de que se invoque o excepcione por el sujeto pasivo (artículo 67). Ello no quiere decir, concluye el autor citado,

que la prescripción tributaria se convierta en una especie de *caducidad*, porque subsiste todavía otra de las características diferenciales como es la susceptibilidad de la interrupción.

Dentro de la teoría general del Derecho, en orden a la influencia del tiempo en la adquisición, conservación y pérdida de los derechos, suele estudiarse la figura del «plazo preclusivo» o término dentro del cual sólo pueden ser ejercidos los derechos concedidos. La legislación fiscal utiliza el sistema del plazo, pero no de carácter «preclusivo», pues simplemente se reduce a un plazo de cumplimiento, surgiendo del mismo las penalidades consiguientes si no se respeta. El incumplimiento del plazo no hace desaparecer el derecho, sino hace nacer a favor del Estado una sanción. Si el derecho desapareciese, al cumplirse el plazo, desaparecería el acto liquidable y la acción fiscal para su persecución.

- e) *La conservación del acto jurídico.* Hemos de citar nuevamente a CABANILLAS, que destaca en el artículo 11, 3.º, el principio de conservación de los actos jurídicos dictados en virtud de delegaciones o autorizaciones legislativas, estimando que *tendrán la fuerza o eficacia de las disposiciones administrativas*, aunque excedan de los límites de la delegación o autorización. Inteligentemente el autor citado nos habla en este caso de una modalidad o forma de *conversión* que trata de salvar a toda costa la norma administrativa.

Una aplicación rigurosa de los esquemas generales tendrá que conducir a la invalidez, a la ineficacia del acto de extralimitación de la autoridad administrativa, pero no es así. Con ello se establece una inexplicable jerarquía de normas estatales, diferenciando la norma legal y la norma administrativa.

Podrían señalarse más supuestos, como los de la limitación temporal de las exenciones o bonificaciones, así como los problemas de fraude y de interpretación a los que luego haremos una brevísima referencia. No es posible penetrar más en esta jungla legislativa en la que el jurista sale muy poco alentado.

2. *En los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídico Documentados*

Respondiendo a una idea de penetración de lo jurídico en este singular campo de los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos

Documentados, el legislador intuyó la necesidad de que los liquidadores *calificasen* los actos o contratos liquidables con arreglo a su *verdadera naturaleza*, aunque lo que en la realidad sucede es que tal principio de calificación jurídica se destruía luego dando por válido, fiscalmente hablando, lo que era nulo jurídicamente. Ello destruía el principio y dejaba mermadas las facultades de los liquidadores que se acercaban más en sus funciones a la figura del *funcionario público administrativo* que a la del funcionario público elevado por la ley a la categoría de jurista. La idea de la recaudación privó sobre la de la protección jurídica. Es más importante—desde el punto de vista fiscal—recaudar que dar cumplimiento al principio de la legalidad. El Estado de Derecho se transforma—parcialmente, por supuesto—en un Estado de recaudación. Hoy día, el principio de calificación, con las restricciones apuntadas, lo recoge el artículo 25 de la L. G. T. y el 7 del Texto refundido de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados. Al fallo de este principio le han sucedido otros varios, que sucintamente enumeramos:

- a) En la legislación vigente en el año 1947, el Reglamento de 7 de noviembre, gravaba o sujetaba al Impuesto de Derecho Reales el concepto de *HIPOTECA*, sin pensar que la hipoteca solamente podía ser gravada desde su existencia o constitución, y ésta se producía por su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero para la previa inscripción y consiguiente nacimiento del concepto fiscal era preciso la liquidación, conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria. El desconocimiento del legislador fiscal era notorio, pues en realidad lo que existía, antes de la inscripción, era un préstamo garantizado realmente con un gravamen pendiente de constitución. Hoy día, con más depurada técnica, en la legislación vigente más que destacar la figura de la «hipoteca» lo que se pretende gravar es el concepto del «préstamo» garantizado con la misma, haciendo viable la aplicación de la liquidación anticipada y previa a la inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al anterior artículo de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, de diferentes artículos se deduce que la terminología empleada no es muy adecuada y en muchos de ellos se sigue aplicando el antiguo criterio de la «hipoteca» como figura sujeta. No creo que sea necesario recorrer terminológicamente la ley, pero quiero destacar un artículo desconcertante y poco acorde con esta especie de cambio conceptual del legislador fiscal de nuestros días. Me refiero al artículo 56 del texto refundido de los Impuestos citados de 6 de abril de 1967, en el que

se equipara al concepto fiscal de «hipotecas» el de las «condiciones resolutorias» explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

- b) La transformación conceptual del antiguo «Impuesto de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes», convertido hoy únicamente en «Impuesto de Sucesiones, Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», parece indicar que en el campo de las «transmisiones» únicamente deben tributar aquellos actos que jurídicamente supongan ese tránsito patrimonial que el concepto fiscal parece presuponer. Por ello, sería muy discutible, en el campo conceptual, por supuesto, ya que en el legal es preciso respetarlo, la sujeción de ciertos actos de «constitución» de ciertos derechos reales, sobre todo los de garantía, y determinadas figuras que en sí no llevan consigo transmisión.

La legislación viola, por supuesto, la esencia traslativa del acto sujeto al impuesto al «presumir» la existencia de transmisiones en determinados actos que supone contienen un acto traslativo. Me estoy refiriendo al «expediente de dominio» cuya esencia es la de habilitar al titular que carece de documento inscribible de un título para que pueda verificar la inscripción. Lo mismo sucede con las «actas de notoriedad» y las complementarias de documentos públicos.

- c) Siguiendo con las «transmisiones patrimoniales», si lo que se trata de gravar es el acto traslativo, sobra, por supuesto, el concepto de acto sujeto de los arrendamientos de obras y servicios de todas clases, en los cuales no existe transmisión patrimonial (art. 54, 6.º texto refundido, de 6 de abril 1967).

- d) En materia de «concesiones administrativas» también se observan ciertas desviaciones conceptuales. Si según la corriente más destacada, toda concesión supone la «constitución» de un hecho real sobre bienes de dominio público, es evidente que no debe figurar como concepto fiscal independiente, pues ya el número 2 del artículo 54 engloba la «constitución» «por contrato, acto jurídico o *administrativo*» de toda clase de derechos reales.

Aun la concesión permite más críticas. El artículo 61 del mismo texto refundido, a efectos fiscales, considera como concesiones a las «autorizaciones» administrativas (a la que aluden los artículos 126 y siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado) que, como sabemos, se diferencian conceptual y metodológica-

mente de las primeras, no ya en el campo de lo civil, sino en el puramente administrativo. Registralmente fue clara su diferenciación en la conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 18 de abril de 1969.

Rozando el tema de las «autorizaciones» administrativas, me viene a la memoria la tesis o el argumento desarrollado en la obra «Proceso por la sombra de un burro». Un mercader trataba de atravesar el desierto y alquila a un mulero el único burro de que dispone. El mercader se monta en el burro y a la mitad del camino desértico siente tanto calor que se apea del burro y en la sombra que éste proyecta intenta protegerse del sol. El mulero, propietario del burro, le advierte: «yo solamente le alquilé el burro, pero no su sombra»...La comedia sigue en torno a quién de los dos tiene razón. Pues bien, en esas autorizaciones administrativas para la explotación de sombrillas en las playas y en las zonas turísticas ¿qué concepto debe liquidarse?, ¿la autorización para colocar la sombrilla en terreno de dominio público, la sombra que ella proyecta variablemente sobre ese mismo dominio o ambas cosas a la vez?

El apunte hecho, que no pasa de ser un divertimento, no impide que nos fijemos en el número 23 de la Tarifa que sujeta al 2,30 por 100 el concepto de concesiones y, por otra parte, el 33, referente a los Actos Jurídicos Documentados, también las grava con quince pesetas. Conforme al artículo 100, 1.º c), quedan sujetas al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados las concesiones administrativas y conforme al artículo 54, 8.º de la misma ley quedan también sujetas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Parece existir una doble tributación que trata de salvar el número 2 del artículo 100 al considerar «no sujetos» al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados los actos que ya lo estuvieren al Impuesto de Transmisiones, Sucesiones o Tráfico de Empresas. Intentando buscar la razón de esta duplicidad, se hace difícil encontrar concesiones distintas de las perpetuas, por tiempo ilimitado, no reversibles, temporales o revertibles que están ya aprisionadas legalmente con diferentes tipos en los números 23 a 27 de la Tarifa, correspondientes al Impuesto de Transmisiones.

- e) Problema serio y ya tratado con pulso firme es el de las «anotaciones preventivas». FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (16), nuestro compa-

(16) FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, *El impuesto sobre actos jurídicos documentados*. Volumen II del *Sistema tributario español 1966*, Ed. Rev. Derecho Financiero.

ñero MANUEL GARCÍA GARCÍA (17) y CHINCHILLA RUEDA (18) se han ocupado del tema, siendo el segundo de los citados quien expone en forma completa las diversas teorías existentes. Mi posición es que liquidar algo que no existe conceptualmente, choca violentamente con mi sensibilidad jurídica. Si en vez de liquidarse el concepto *anotación* se hubiese acudido al «documento en que se solicite u ordene», otra cosa podríamos opinar.

- f) JOSÉ MENÉNDEZ (19) estudió con detenimiento algunos supuestos a los que me remito, pues no quiero excederme en un casuismo que haría poco «fácil» el tema elegido por mí para desarrollar estas notas.

El citado autor afronta los problemas conceptuales de la subrogación del artículo 1.209 del Código civil y su repercusión fiscal; la extinción de la obligación por pérdida o destrucción de la cosa debida del artículo 1.182 del mismo Código civil; la constitución de dote a favor de las hijas, conforme al artículo 1.343 del Código civil; la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios, conforme al artículo 1.705 del Código civil; la problemática del artículo 1.842 del Código civil en orden a las facultades del fiador y el concepto de prescripción del artículo 1.930 del mismo Código.

Creo que esta serie de problemas ofrecidos pueden servir de guía o pauta para darse cuenta de lo poco que la legislación fiscal ha asimilado las enseñanzas jurídicas de los Derechos de los cuales pretende nutrirse. Enumerar más casos y supuestos haría interminable esta disertación, por lo cual paso, sin más, a la problemática de fondo que esta falta de juridicidad plantea en la aplicación e interpretación de las normas por los funcionarios encargados de velar por su observancia.

C. MODO DE PROCEDER E INTERPRETAR LA NORMA FISCAL

Si la falta de carácter jurídico de una norma fiscal le resulta patente al funcionario encargado de aplicar o interpretar la misma, ¿cómo debe proceder en su actuación? Sin querer, estamos planteando de nuevo el

(17) J. M. GARCÍA GARCÍA, «Liquidación de anotaciones preventivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 480, 1970.

(18) R. CHINCHILLA RUEDA, «El concepto fiscal de anotación preventiva de embargo y la reforma tributaria de 1947», *Rev. Derecho Privado*, 1951.

(19) J. MENÉNDEZ, «La normativa del Código civil y los impuestos de transmisiones patrimoniales y de sucesiones», *Rev. Derecho Notarial*, 1967.

viejo problema de qué es lo que debe prevalecer: *el principio de justicia o el de seguridad*.

Comprenderéis que este viejo problema ha sido muy discutido por la doctrina y que sobre el mismo se pronunciaron diversas posturas en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, celebrado en Roma durante los años 1937-1938. Cito, como importantes aportaciones, las de LOUIS DE LE FUR, Catedrático de Derecho Internacional de París; el reverendo padre JOSÉ T. DELOS, Profesor de la Facultad Libre de Lille, y la aportación singular de GUSTAVO RADBRUCH, ex catedrático de la Universidad de Heidelberg.

En nuestra Patria, los nombres de RECASENS SICHES y de LEGAZ LACAMBRA deben servir al oyente para estimar abordado y acotado el tema. Debo citar un valiosísimo trabajo de MANUEL DE LA PLAZA NAVARRO (20) sobre este punto, en el que se adopta, como luego veremos, una postura intermedia.

Cuando una ley atenta contra los fundamentos de lo justo, no es Derecho y parece que carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan sólo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al Juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar este tipo de leyes. ¿Pero es lo mismo la postura judicial que la del funcionario fiscal?

En nuestro Derecho civil se parte de la base, en lo que a los Tribunales de Justicia de refiere, que no pueden eludir el fallo judicial a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 6 de lc. c.) que repiten el Código penal, en el artículo 357; la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 8 y 245 y siguientes; la ley de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 361 y 903 y siguientes; así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 757 y siguientes.

Bajo la idea que expuso con gran brillantez nuestro anterior Ministro de Justicia, Ruiz Jarabo, en la apertura del año judicial de 1973, y en la cual se afirmó que «el Estado de Derecho tiene el deber ineludible de hacer cumplir las leyes», no cabe en el funcionario público ostente un posible derecho de revisión, un poder de desistir de la decisión o una facultad de juzgar críticamente las leyes valiéndose de un método objetivo que se deriva de la esencia y de la idea del Derecho. No, aquí no caben estas actitudes. Conforme al artículo 17 del Fuero de los Españoles, «todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas establecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas». Es decir, el funcionario público, aun revestido del manto

(20) M. PLAZA NAVARRO, «Justicia y seguridad», *A. D. Civil*, 1956.

de lo jurídico para su actuación fiscal, no tiene la libertad ni la gran satisfacción del filósofo o del moralista, de olvidarse del derecho positivo haciendo su crítica y valorización, aunque con ellos, como expresa GEORGES RENARD, «Contempla el cielo; pero a través de los barrotes de una prisión».

Predomina, por tanto, en nuestro sistema el principio de *seguridad* por encima del de *Justicia*. No obstante, cabe añadir a estas conclusiones unas ideas de LEGAZ LACAMBRA, quien al plantearse el problema de los dos principios dijo acertadamente: Justicia y seguridad son evidentemente realidades distintas; pero cuando de aquélla se abstrae la idea de seguridad, la justicia o es una pura idea o una mera virtud del individuo; y, por el contrario, cuando de la idea de seguridad abstraemos la de justicia, es la primera una fuerza dominadora de la existencia que carece de todo sentido ético. Ambas necesidades, pues, han de implicarse y tiene una zona de interferencia que es el Derecho, donde la seguridad constituye un orden que está dotado de intrínseca justificación.

En lo que se refiere a la interpretación, caso de que ésta pudiera quedar en manos del funcionario liquidador del impuesto, aparentemente se dicta una disposición invocando como regla fundamental la de que las disposiciones «se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho» y que los «términos empleados» se deberán entender conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, no admitiéndose la analogía para extender el ámbito del hecho imponible, las exenciones o bonificaciones. CABANILLAS dice que todo ello no puede significar más que un mandato que el Estado se dicta a sí mismo, o es una pura instrucción de régimen interior, aunque tal vez sea su más hondo sentido el de desterrar lo que con frase feliz se ha podido llamar «interpretatio pro fisco», es decir, una interpretación fundada más en criterios económicos que jurídicos. El destierro de la «interpretatio pro fisco» merece una justa condena, aunque no parece, según dice el autor citado, que sea la ley el lugar sistemáticamente más adecuado para disponer una condena.

D. EL FRAUDE, LA AMENAZA Y LA CONCIENCIA FISCAL

Qué fácil hubiese sido definir el fraude fiscal bajo los cánones jurídicos. En la conceptualización general del Derecho existe fraude cuando se dan, como señala CABANILLAS recogiendo a la doctrina civilista, los siguientes requisitos: a) Defraudación de una norma jurídica; b) Existencia de una norma de cobertura; c) Intrascendencia del propósito efectivo perseguido por el autor. En suma, comete fraude el que amparándose en una norma jurídica que no ha sido dictada para protegerlos,

obtiene un resultado contrario a otra norma jurídica. El artículo 24,2 de la L. G. T., al hablar de «hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto», hace desaparecer la concepción objetiva del fraude, situándolo en la objetiva, haciendo desaparecer el juego de la ley defraudada y de la ley de cobertura, que es lo característico del puro fraude, para situar el centro de gravedad en la «producción de un hecho equivalente».

Prescindiendo de las ideas de coacción, vinculación y cumplimiento a que antes hemos aludido, siguiendo la tesis de Kelsen, conviene destacar aquí la idea de la *amenaza* unida a la de la pena, característica ésta muy frecuente en la legislación fiscal. Con PONT MESTRES, en el trabajo ya citado, es preciso señalar «que las leyes meramente penales adquieren su más exacta significación, en cuanto sirven para distinguir entre leyes tributarias justas y leyes tributarias injustas. Si la ley es injusta, lo es también la pena con que se sanciona su incumplimiento. De ahí que debamos reconocer que la vía idónea para superar realmente la concepción de las leyes tributarias como leyes meramente penales, esté, más que en convencer a los moralistas de la fundamental misión de la ley fiscal en nuestro mundo actual, en producir un Derecho financiero correcto, que sea rectamente aplicado. Con DE CASTRO podría decirse que «la perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad» y al conseguirse esta perfección, merced a un Derecho financiero correcto, el mismo colaborará a la moralización de los contribuyentes.

Ello nos da paso—obligado y breve—para el tema de la conciencia fiscal. Creo que he preguntado alguna vez en alguna publicación ¿cómo es posible que podamos pensar en una conciencia fiscal cuando en la elaboración de las leyes fiscales se aumentan los tipos impositivos para prevenir el fraude? Con el autor antes citado, podríamos decir que el deber fiscal sólo arraiga en la conciencia moral cuando el sentimiento de justicia que emerge de la vida psíquica, coincide o se aproxima al acontecer tributario exterior. En otro caso subsiste como obligación impuesta, pero no como deber vivenciado. Todavía no se ha logrado un ordenamiento jurídico-tributario acorde con el Derecho financiero. Derecho, legalidad y realidad discurren por sendas diferentes.

IV. LO REGISTRAL EN RELACION CON LO JURIDICO Y LO FISCAL

La pauta del epígrafe que elegimos nos puede dar la obligatoria distinción entre las relaciones que el Derecho Hipotecario o Registral tiene

con lo jurídico y las que ofrece frente al fiscal, al cual históricamente se encuentra vinculado por razones de servicio al Estado.

A. EN RELACIÓN CON LO JURÍDICO

La legislación hipotecaria, parte diferenciada del Derecho de Cosas, goza en nuestro ordenamiento de la autonomía que un grupo de normas diferenciadas le otorga al regular un aspecto peculiar de la constitución y desenvolvimiento de los derechos reales sobre los bienes inmuebles. De la publicidad de los actos referentes al tráfico jurídico inmobiliario se ocupa preferentemente esta rama destacada del Derecho de Cosas.

La penetración de lo jurídico en esta rama del Derecho creo entender que se opera por tres cauces decisivamente importantes: la construcción dogmática de los principios que rigen la materia, la protección judicial que los asientos del Registro tienen y la garantía de que los principios de justicia y seguridad se hacen efectivos a través del principio de calificación registral. Es curioso apuntar que la deseada unidad de criterios en este punto de seguridad y justicia, se hace realidad en esta materia, en la que la amplitud de funciones otorgadas al órgano calificador permite su posible coordinación.

- Dentro de la Ley Hipotecaria existen normas que podríamos clasificar, siguiendo a DÍEZ PICAZO, en de conducta, de estructura, arbitrarias, formales, adjetivas, etc. y a su lado el juego de unos principios sustanciales que dan base y fundamento al sistema hipotecario. En las normas citadas, la juridicidad puede tener poca trascendencia, pues ni plazos, ni requisitos, ni circunstancias, ni formas, pueden traspasar los límites de lo arbitrario para convertirse en auténticas normas de Derecho. La verdadera norma, como indica el autor citado, es siempre una formulación sobre la justificación de una pretensión y sobre la decisión que un conflicto debe decidir. Lo único que ocurre es que el supuesto de hecho es muchas veces complejo y abarca el conjunto de condicionamientos y de procedimientos que han de ser tenidos en cuenta.

Los *principios hipotecarios* son los que verdaderamente encarnan la naturaleza jurídica del sistema y hacen compatible los principios de justicia y seguridad. Creo que es muy difícil postular antijuridicidades en los mismos, pues desde la rogación o petición de protección para el derecho que ha de inscribirse, hasta la legitimación y fe pública registral, pasando por la prioridad, especia-

lidad y tracto, tienen los suficientes argumentos para poder defender sus razones jurídicas. No obstante, cabría apuntar que cierto principio, cual el de la prioridad, podría poner en duda los argumentos éticos que pueden sustentarlo, si no fuese porque el Código civil, principal pieza de nuestro rodnamiento, da solución prioritaria al tenebroso problema de la doble venta, conforme al criterio que inspira el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en una de sus posibles proyecciones. De otra parte, el principio de fe pública registral, de importación puramente germánica, pudiera representar un exceso en un sistema latino de protección en el que la inscripción no es constitutiva. Creo que podríamos consultar en este punto la sugestiva tesis mantenida sobre todo ello por TIRSO CARRETERO (21) en su ponencia del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral.

- La protección judicial que a los asientos registrales ofrece la autoridad judicial, supone la garantía de que el principio de justicia está patente en los asientos que se practican, los cuales sólo pueden ser modificados por virtud del consentimiento de su titular o por medio de la decisión judicial. Es decir, aquí queda plenamente patente el principio de seguridad jurídica a que tienen derecho todos los españoles, conforme el artículo 17 del Fuero de los mismos, y que se diversifica en una seguridad jurídica o judicial, representada por la intervención de la autoridad judicial, y una seguridad del tráfico jurídico inmobiliario a través de los pronunciamientos registrales.
- La calificación registral. Sabréis disculparme el que no os explique toda la grandeza y la servidumbre jurídica que encierra nuestra principal labor que nos da rango, privilegio y caracteres propios frente a los funcionarios públicos.

En el ejercicio de la función, sin embargo, existen casos, y cito la Resolución de 16 de julio de 1971, en el que la insistencia de un aspecto poco jurídico desvalorizó la misma. Este caso hacía realidad aquella frase que cuenta con mucha gracia Francisco González Dabra—Oficial de Registros—al decir que *la pega es inherente a la función*.

En la propensión a la finalidad—decía GONZÁLEZ PALOMINO (22)—se diferencia realmente el jurista del leguleyo y del buró-

(21) T. CARRETERO GARCÍA, «Principios hipotecarios y el Derecho comparado». Ponencia del I Congreso Internacional de Derecho Registral, Buenos Aires, *Revista de Derecho Registral*, núm. 1, 1974 (Centro Internacional de Derecho Registral).

(22) J. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*

crata. El leguleyo es idólatra de la letra de la ley; el burócrata lo es del requisito; el jurista, de la justicia jurídica del caso concreto, para lo que usa la ley instrumentalmente, dándole cumplimiento funcional. Uno de los deportes favoritos del jurista de pura sangre es la «caza del requisito»; pero la caza en sentido «venatorio»: para desrequisitar los requisitos. Porque la mentalidad jurídica es «antiburocrática», por esencia, presencia y potencia. El jurista se esfuerza en resolver los problemas. El burócrata en poner dificultades. Lo primero requiere estudio y talento. Lo segundo no.

Por puro entretenimiento, cabría echar sobre el tapete el problema de la aptitud o no para el ejercicio de esta función por parte de las mujeres, muchas de las cuales militan en nuestras filas y están ya al borde de alcanzar la plenitud de sus derechos civiles. Para animar el coloquio que seguirá a estas palabras, ofrezco la opinión de un gran soltero y fabuloso jurista: ALVARO D'ORS (23).

En los momentos actuales en los que se acerca el logro de la anhelada igualdad de derechos entre hombre y mujer y que parece haber tocado techo la llamada «realización» femenina, merece la pena brindar a dos ilustres compañeras oyentes de estas notas—Consuelo Movellán y Beatriz Blesa—la oportunidad de que pasen de su paciente, comprensiva y afectuosa escucha al posible ataque que mis opiniones les puedan sugerir.

Dice ALVARO D'ORS que en la labor interpretativa de las leyes existen dos tipos de mentalidad profesional: los ordenancistas y los justicialistas. Como tipos intermedios examina el caso de las mujeres y dice que «tampoco debemos tomar en consideración a las mujeres, por que es un hecho reiteradamente comprobado que con ser capaces, de especial inteligencia, carecen, sin embargo, de aquella limitación que impide volar al pensamiento como desprendido de los datos formales y concretos que constituyen el marco imprescindible del jurista, a la vez que carecen de aquella capacidad de *generalización* que impide apegarse excesivamente a los accidentales datos personales del caso. Así suele la mentalidad femenina pasar rápidamente de una baja visión, puramente afectiva, de la circunstancia humana del conflicto a estratosféricos ideales de justicia, sin detenerse en aquella zona intermedia, de generalización reactiva y concreta, que constituye la atmósfera donde habita el hombre de leyes. En un detalle puede apreciarse característica de la mentalidad femenina, en la

(23) A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, Rialp, 1963.

medida en que permanece fiel a sí misma: en la repugnancia que normalmente sienten las mujeres para plantear los problemas jurídicos de términos de 'Ticio y Cayo'. Por lo demás, esta inidoneidad de la mujer para el oficio jurídico es congruente con el hecho de que siguen siendo pocas las jóvenes que eligen la carrera de Derecho, pero aún es mucho más reducido el número de aquellas que lo hacen guiadas por un interés profesional...».

Esto lo escribía ALVARO D'ORS en el año 1960, y catorce años después algunas de sus consideraciones vienen desmentidas. En un coloquio que mantuve en un Seminario de Derecho Hipotecario, mis dos primeros oponentes—Ana María Viola y María Teresa Guerreira—me pusieron en serios aprietos calificadores. Lo que sí me da pena es que la mujer pase de su condición de protegida a la zona neutra de la igualdad. Pienso en las costumbres holgazanas o de Córdoba, que concedían ganancias a las barraganas y sin querer rezo responsos por esa constante y subterránea pérdida de derechos.

B. EN RELACIÓN CON LO FISCAL

Por una serie de razones históricas que no son del caso explicar en estos momentos, la gestión y liquidación de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Sucesiones están a cargo de los Registradores de la Propiedad en los Partidos Judiciales, donde no exista Abogacía del Estado o Subdelegación de Hacienda. Por virtud de atribución en el cargo de Registrador de la Propiedad, se unen también el de funcionario público encargado de la gestión y liquidación del Impuesto, aparte de ser Inspector de Tributos.

No podemos descender a enumerar las ventajas e inconvenientes que este trabajo lleva consigo y de las repercusiones favorables o adversas que la reunión en una sola Oficina ha provocado en orden a la registración, pues aquella frase de *pasar por el Registro* lo han entendido muchas regiones españolas limitado a la práctica de la liquidación. Aquí nos vamos a referir única y exclusivamente a las posibles interferencias que el funcionario tiene en su doble carácter de Liquidador y Registrador, sobre todo pensando en su facultad calificadora, y a la necesidad de una previa liquidación para la práctica de los asientos registrales.

- a) *La calificación fiscal.* Ya hemos visto cómo el funcionario público encargado de la calificación fiscal, aunque deba ajustarse a la verdadera naturaleza del acto o contrato para decidir la inclusión

o no dentro de los actos liquidables, tiene una doble limitación, en cuanto que con arreglo al artículo 17 del Fuero de los Españoles es preciso que se sujeten «a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán ser interpretadas ni alteradas» y, de otra, en cuanto que no puede penetrar en la naturaleza intrínseca del acto para deducir o no su validez o nulidad, pues aunque decidiera su nulidad, debería ser liquidable el acto.

Esto último significa un gran retroceso, ya que la calificación jurídica no se ve influida por un principio de estricta legalidad, cosa que en el Reglamento de 14 de enero de 1873 (artículo 73), como recuerda BAS Y RIVAS, no sucedía, pues el mismo decía que: «No se exigirá el impuesto por el documento o contrato que adolezca de vicio de nulidad». También el actual artículo 25 de la L. G. T. y el correspondiente del Texto refundido de los Impuestos de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (art. 7) no se ajusta mucho a la idea que proclamaba la Orden de 30 de marzo de 1901, cuando exigía que para determinar el concepto fiscal o gravable de un determinado acto, ha de atenderse a su condición y sentido como institución de Derecho civil.

De ello parece deducirse que, por supuesto, la calificación fiscal no puede en ninguna forma *vincular* la que posteriormente debe hacer el Registrador de la Propiedad en orden a la capacidad, las formalidades extrínsecas y la validez de los actos dispositivos, máxime cuando en determinados casos compraventas típicas en su aspecto puramente civil, deben ser liquidadas por la escala de las herencias cuando el tipo impositivo fuese mayor (art. 74 del texto refundido), concesiones administrativas confundidas con autorizaciones, sólo las primeras son inscribibles y no las segundas (art. 61 del mismo texto), condiciones resolutorias con hipotecas (art. 56 del mismo texto), el caso de compraventa con ejecución futura de obra nueva en el que no se señala precio y sí valor para la futura obra, lo que obliga a estimar al liquidador la existencia de un contrato de compra de terreno y comprobar el valor del mismo por los medios de comprobación a efectos de girar liquidación, aunque jurídicamente el contrato sea nulo. Es decir, hay una total separación de calificaciones, pues una se mueve en el campo de la burocracia y otra en el jurídico.

Hasta tal punto es *inocua* la calificación fiscal para la prác-

tica de los asientos registrales, que el artículo 414 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla el 254 de la Ley Hipotecaria, dispone que «...los Registradores se abstendrán de calificar cuanto se relacione con la liquidación y nota indicada, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva los errores o diferencias que advirtieran, si lo estimarán procedente». Repite la misma idea el artículo 114,6 del Texto refundido, de 6 de abril de 1967 y las Resoluciones de la Dirección General de 10 de agosto de 1940, 25 octubre de 1943 y 19 de noviembre de 1947.

El hecho de haber concedido a los Liquidadores de partido la facultad calificadora para que el tributo se aplique conforme a la naturaleza de los actos, es un reconocimiento del carácter jurídico en que se apoyan dichos funcionarios y aunque legalmente existan restricciones que reduzcan el ámbito conceptual en que deben moverse, lo cierto es que sólo beneficios pueden lograrse con esta atribución hasta que pueda llegar el momento en que lo jurídico penetre plenamente en el campo fiscal.

De entre las limitaciones legales al desarrollo de la función calificadora—aparte las vistas en orden a la nulidad y anulabilidad—existe la del mecanismo de la fijación de la base liquidable, en la que los medios más que jurídicos son económicos y aunque los mismos tengan repercusiones registrales, creo que no merece la pena profundizar en el problema.

- b) *La previa liquidación.* Desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, el Registro de la Propiedad se convirtió en auténtico guardián, inspector nato, podríamos decir, del pago de los impuestos, ya que para poder verificar cualquier inscripción se hace preciso acreditar el pago o la exención de los impuestos que se establezcan por la ley. Así lo disponía el artículo 244 de la primitiva ley y lo repite hoy el 254 de la vigente, añadiéndose por el Reglamento Hipotecario en el artículo 51, que debe hacerse constar en la inscripción si se satisfizo o no el impuesto, si se declaró exento y si, en su caso, se archivó la carta de pago.

No voy a caer en la tentación de hacer la crítica de estas disposiciones que mediatizan, retrasan y entorpecen la práctica de la inscripción y de la fluidez del tráfico jurídico, pues ello ya se ha hecho con reiterada insistencia y profundidad. Únicamente cabe aquí apoyar esa moción del Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón que, en un artículo de nuestro *Boletín de*

Información (24), abogaba por una aplicación extensiva del artículo 196 del Texto refundido del impuesto o una aplicación análoga de lo que dispone el arbitrio de plusvalía: es suficiente con que el documento se haya presentado a liquidación para que el mismo pueda inscribirse.

Las exigencias de la vida moderna harán que todo ello se produzca en una próxima reforma fiscal, a imagen y semejanza de esa serie de casos en los que se permite la inscripción sin previa liquidación y que en otro lugar cito (25). La forma actual de enfocar este problema entiendo que está desfasada, pues contando el Estado con una serie de recursos para el cobro de los impuestos, afecciones hipotecarias, inspección y vigilancia, es evidente que existen argumentos más que suficientes para que un requisito de carácter fiscal—nada jurídico, por supuesto—entorpezca la protección registral en forma definitiva de los actos jurídicos.

Si bien el Registro de la Propiedad, por su carácter público, no puede ser un instrumento al amparo del cual se pueda amparar un fraude fiscal, es evidente que su finalidad de protección del tráfico jurídico no deba ser supeditada al cumplimiento de un requisito fiscal que queda debidamente garantizado, con repercusiones para tercero—en los libros registrales. De cualquier forma, en esta política legislativa se viene a demostrar la gran función social, fiscal y comunitaria que el Registro de la Propiedad ha prestado y seguirá ofreciendo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

(24) Interpretación de los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria. *Boletín de Información*, 1972, pág. 391.

(25) J. M.^a CHICO ORTIZ, E. CABALEIRO y V. AGERO HERNÁNDEZ, *Manual del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1966, págs. 297 y ss.