

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Noviembre 1951

Núm. 282

Las conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica.

SUMARIO: Justificación del tema.—I. Generalidades.—II. Conjeturas sobre la sustitución vulgar.—III. Conjeturas sobre la sustitución vulgar tácita. Su eficacia y extinción.—IV. Conjeturas sobre la sustitución pupilar expresa y tácita.—V. Por qué conjeturas la sustitución pupilar tácita se admite contra la madre.—VI. Conjeturas sobre la sustitución ejemplar.—VII. Conjeturas sobre la sustitución fideicomisaria. Cuando, por conjetura de la voluntad, la sustitución fideicomisaria se entiende implícita en la recíproca y por qué conjeturas se infiere la fideicomisaria recíproca.—VIII. Conjeturas sobre los bienes a restituir.—IX. Conjeturas sobre la persona del fideicomisario. Qué hijos se consideran comprendidos en la palabra «hijos» y si en la misma palabra deben entenderse incluidos los nietos.—X. De los hijos puestos en condición. Cuando se entienden llamados al fideicomiso por conjetura de la voluntad.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En nuestro Derecho común la cuestión de las conjeturas en los negocios de última voluntad tiene escasísima importancia, dando poco margen para su admisión el texto del artículo 675 del Código civil. Ciertamente que, por un lado, sobre el sentido literal de las palabras prevalece la voluntad del testador, y por otro, en caso de duda entre el sentido de las palabras y la intención, ésta es la que predomina. Pero el artículo está redactado con mucha cautela y toda labor interpretativa de disposición testamentaria encontrará en su contexto un poderoso freno. Para que la voluntad del disponente se imponga

al texto literal de las cláusulas ha de ser clara, es decir, manifiesta. Podría esto inducirse de una prueba afortunada, pero el final del artículo constituye otro obstáculo para este esclarecimiento procesal, al obligar al intérprete a actuar «según el tenor del mismo testamento».

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo en estos últimos tiempos, restringe aún más el campo de la conjetura, no sólo en cuanto a su tendencia a reducir los límites de la interpretación (S. S. de 23 de octubre de 1925, 3 de junio de 1942 y otras), sino también en cuanto declara que a los Tribunales de instancia pertenece la facultad de interpretar las cláusulas testamentarias, no pudiendo prosperar en casación el error que se atribuya al juzgador en la interpretación de dichas cláusulas, a no ser que dicho error se manifieste de un modo claro y evidente (Sentencias de 20 de enero de 1932, 5 de diciembre de 1941, 21 de mayo de 1942 y otras).

Por lo demás, en rigor no deben confundirse los conceptos de interpretación y conjetura, porque ésta no consiste sólo en la labor de investigación del pensamiento o voluntad del disponente si aparece divergencia entre ésta y el contexto de la disposición, tarea implícita en la elaboración de la conjetura. Esta, mediante órganos adecuados, como son, entre otros, la doctrina y la jurisprudencia, declara una intención o voluntad, deducida de hechos o circunstancias que el disponente pensó, pero que no se reflejan en la disposición escrita, frecuentemente en cláusulas típicas y corrientes. Así, por ejemplo, en la sustitución fideicomisaria con la condición de fallecer sin hijos el instituido; la falta de tales hijos, en estricto derecho, es sólo condición para que el sustituto adquiera la herencia, aunque sea un extraño con respecto al testador, sin que los hijos se consideren llamados a la herencia. Sin embargo, ocurriendo que si por premorir con hijos el instituido al testador o alguno de los sustitutos al fiduciario, tuviera que purificarse el fideicomiso en un extraño al testador, por conjetura aquellos hijos que sólo estaban puestos en condición se entenderían llamados al fideicomiso con preferencia a la persona extraña.

En contra de lo que sucede en los territorios sometidos al Código civil, en Cataluña juegan las conjeturas un destacado papel para la interpretación de los actos de última voluntad, principalmente en

las sustituciones fideicomisarias. Materia ardua esta de los fideicomisos y que persiste actual y viva, no siendo exagerado afirmar que, en nuestros Registros, de cada tres casos dudosos o difíciles de resolver, uno por lo menos se refiere a la interpretación de cláusula ordenando sustitución fideicomisaria.

Se explica esta importancia de las conjeturas en Cataluña por estar vigente en esta región el Derecho romano, con su gran casuismo disperso en sus voluminosas colecciones, mientras que los Códigos modernos representan un sistema de simplificación incompatible con la elasticidad a que se prestan las conjeturas.

Teniendo presente lo dicho, hemos creído que acaso pueda tener alguna utilidad exponer la doctrina del cardenal Mantica sobre las conjeturas en las sustituciones. Tal doctrina se halla contenida en la obra maestra del cardenal *De Conjecturis Ultimarum Voluntatum*, escrita a mediados del siglo XVI y de la cual, que sepamos, no hay ninguna versión a nuestro idioma.

Limitada nuestra tarea a exponer, y todavía en resumen, una mínima parte de la obra que, dividida en doce libros, agota la materia de las sucesiones, hubiéramos querido acompañar cada opinión, sea del cardenal, sea de los jurisconsultos cuyas doctrinas recoge y comenta, con la cita correspondiente; pero hemos de confesar que, si no estamos seguros de haber acertado en nuestro intento dadas las dificultades que para quien no sea un gran latinista supone trasladar a nuestros idiomas ciertos vocablos, giros y peculiaridades gramaticales de las leyes y sus glosas escritas en latín, hemos tenido que abandonar la labor de rebusca de las innumerables citas de textos legales que acompañan las opiniones desarrolladas en la obra, porque la cita en la mayor parte de los casos se reduce a las primeras palabras del fragmento o ley, sin indicar libro ni título, ni siquiera la parte del *Corpus juris* a que se refiere. Sólo en el último epígrafe de este trabajo hemos intentado, por su especial interés, reproducir y completar la cita para su fácil confrontación.

I. GENERALIDADES

Si el testador dijere: «Ticio en primer lugar, Seyo en segundo y Cayo en tercero sean herederos», probablemente podría dudarse si han sido instituídos en el mismo grado o sustituídos. Como si

dijese: «Instituyo a Ticio, después de Sempronio», o «Instituyo à Ticio, después a Sempronio», o «Ticio después de Sempronio sean herederos», o «Ticio sea heredero, después Sempronio». En todos estos casos hay que recurrir a las conjeturas para saber si hay sólo instituciones o instituciones y sustituciones.

Ante todo, es de advertir que en las sustituciones hay que hacer uso de la más amplia interpretación. Por cuyo motivo la sustitución ambigua debe interpretarse más como directa que como oblicua o refleja, y, por lo tanto, en la duda, preferiremos la vulgar a la fideicomisaria. Y esto por tres razones: primero, porque la sustitución vulgar es más favorable que la refleja, pues ésta comporta gravamen, y el gravamen de por sí va es odioso, y en asuntos dudosos no sólo por justicia, sino también por seguridad conviene inclinarse hacia la interpretación más benigna. La segunda razón consiste en ser la sustitución directa más fuerte y poderosa que la fideicomisaria, toda vez que el sustituto directo puede tomar la herencia por derecho propio y por su propia autoridad y sin el menor detrimento, al paso que el sustituto fideicomisario adquiere por mano del heredero o de otro y mermada la herencia en una cuarta parte, siendo evidente que las palabras ambiguas susceptibles de admitir varios significados, en la duda, deben aceptarse en el más fuerte y poderoso. Y en tercer lugar, se prefiere la sustitución directa a la indirecta, porque aquélla es más digna y debe interpretarse siempre en el sentido de atribuir a la disposición dudosa su sentido más digno. Así, una sustitución ambigua entre los hijos del testador debe aceptarse en sentido directo, porque en la duda, por motivos de natural afección, debe presumirse que el padre quiso favorecerlos con su disposición antes que imponerles el gravamen de un fideicomiso.

Esta amplia y benigna interpretación que se recomienda en las sustituciones no ha de ser obstáculo para que las palabras de la sustitución deban entenderse con sus propias cualidades. En la duda, la presunción es más favorable al instituido, que se nombra primero, que al sustituto, que se llama después; por cuya razón el sustituto no debe ser de mejor condición que el instituido, y si, por ejemplo, se impone a éste el pago de un legado, el mismo pago debe considerarse repetido para el sustituto.

Debe igualmente notarse que, si bien la conjetura de la voluntad actúa con preferencia en la sustitución fideicomisaria, puede también

inducirse por conjetura una sustitución directa, así como la extinción de una y de otra, cuando existen las mismas razones en una como en la otra sustitución para presumirlas extinguidas.

Normalmente, la sustitución no se presume, y el que dice ser sustituto debe probar que lo es. Pero si consta ordenada una sustitución y hay controversia sobre la condición a ella inherente, en la duda se admite lo más favorable al sustituto. Así, siendo uno sustituto de otro bajo la condición de fallecer éste sin hijos, el sustituto afirmando la inexistencia de los hijos y la parte contraria negándolo, la presunción es favorable a la inexistencia y sólo puede destruirse por la prueba de haberle sobrevivido hijos al instituido. Por regla general, las dudas que ofrezcan los términos de una sustitución pueden aclararse por la institución que la precede, de forma que las condiciones y circunstancias añadidas a la institución se entienden repetidas en la sustitución y la dilección manifestada por el testador hacia los llamados en primer grado se considera existir para los de segundo o ulterior grado. Del mismo modo, de la disposición limitada o declarada en la institución precedente se infiere limitación o declaración en la sustitución subsiguiente.

Y así como la sustitución recibe de la institución precedente su congrua interpretación y probable conjetura de voluntad, así también unos grados de la sustitución declaran la interpretación de los otros, siendo indudable que una cláusula añadida al final de las sustituciones se refiere a todos los grados de la misma cuando no hay razones diferenciales que permitan referirla a una con exclusión de las otras.

II. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN VULGAR

Empieza el cardenal Mantica exponiendo un punto muy debatido, a saber: si de una sustitución vulgar hecha en el intervalo del testamento y la muerte del testador, se deduce por conjetura que el testador quiso hacer nuevo testamento, quedando en su virtud revocado el anterior. Así lo entienden algunos, pero Paulo el Castrense dice que si el segundo testamento tuviese fuerza de sustitución vulgar, ésta no podría romper la primera institución; de donde parece tácitamente insinuar que aquella sustitución no tiene tal fuerza. Así plantea Paulo el problema: un primer testamento en el que se instituye

a. Ticio; después se hace otro en el que se instituye a Sempronio, bajo condición la de que Ticio premuera al testador. En este caso, escribe que el primer testamento queda roto por el segundo, ya que dos testamentos hechos por una misma persona en distintos tiempos no pueden coexistir simultáneamente, y no obstante, lo presupone, ya que el instituido en el segundo no podría ser heredero si Ticio no falleciera, en vida del testador, puesto que bajo esta condición ha sido instituido; pero si este segundo testamento tuviera fuerza de sustitución vulgar no sería ineficaz la primera institución, y en consecuencia Ticio podría ser heredero sobreviviendo al testador.

Paulo entiende válida esta sustitución cuando se aparece que el testador quiso hacer un segundo testamento, de otro modo, no; y cuando dice que no hay sustitución vulgar en la segunda disposición, sino segundo testamento, entiende que de la sustitución vulgar hecha en el intervalo no debe desprenderse otro testamento y por lo tanto que el primero no ha quedado destruido.

Porque si uno hizo testamento y nombró heredero a Ticio, y después en el intervalo dijere: «si Ticio no fuere heredero, instituyo a Seyo o le sustituyo», puede con razón dudarse que el testador para ordenar esta sustitución vulgar haya querido hacer un nuevo testamento y que en consecuencia se entienda roto el primero. Pues si así es, Ticio no puede ser heredero ni por el primero ni por el segundo testamento, debiendo en tal caso admitirse a Seyo. No por el primero, por estar roto; tampoco por el segundo, porque en éste Ticio no es instituido y no basta la sola voluntad, ni por estar Ticio en condición se entiende estarlo en institución. El segundo absurdo se sigue de admitirse a Seyo, con exclusión de Ticio, contra la manifiesta voluntad del testador; luego, no puede decirse que la sustitución vulgar ha revocado el primer testamento, ni consta acreditado que el testador haya querido hacer otro testamento dejando relegado al anterior. Si en la segunda disposición, además de sustituirse a Ticio para el evento de premoriencia, se ordenaran legados, no habría duda que el disponente había querido hacer un nuevo testamento, no codicilo. Pero en nuestro caso se trata sólo y sencillamente de una sustitución vulgar, lo que no basta para probar que el causante quiso testar de nuevo, con la consecuencia de quedar excluido Ticio, contra la voluntad del testador.

Podría también alegarse que si por tal sustitución se entiende

otorgado un segundo testamento, Ticio podría seguir considerándose heredero en virtud de aquellas palabras «si Ticio no fuera heredero», sin que esto fuera contra la voluntad del testador, que en el segundo supuesto testamento admitió como heredero a Seyo sólo en el caso de que Ticio no quisiera o no pudiera serlo.

Pero pese a todos estos argumentos, Baldo y otros no admiten que en el intervalo pueda hacerse sustitución vulgar sin nuevo testamento, por lo que en definitiva resulta dudoso si tal sustitución es o no eficaz, si debe considerarse roto el primer testamento o si el nombrado en el primero para ser sustituido en el segundo puede aceptar.

Veamos ahora los efectos de la cláusula codicilar con respecto al testamento en que consta ordenada sustitución vulgar.

Sabido es que por conjetura de la voluntad la sustitución vulgar no se extiende a la fideicomisaria, aunque el testamento en que aquélla se ordena contenga la cláusula codicilar, pues aunque por esta cláusula las palabras directas se interpretan como fideicomiso, esto debe entenderse solamente en el caso de establecerse una sustitución compendiosa, que implica tracto de tiempo futuro, pues en la compendiosa va incluida también la fideicomisaria. De donde se infiere claramente que el testador quiso sustituir por fideicomiso; y aunque las palabras directas rechacen esta interpretación, con todo, mediante la cláusula codicilar se da cumplimiento a la voluntad del testador. Otra cosa sería si en vez de compendiosa, la sustitución fuera específicamente vulgar, porque en ésta no va nunca implícita la fideicomisaria, a la cual no puede aquélla extenderse sin contravenir la voluntad del testador, que en ningún momento pensó en la sustitución fideicomisaria, y donde no hay voluntad, nada puede hacer la cláusula codicilar.

A pesar de estos y otros razonamientos, el cardenal opina que en todo caso por la cláusula codicilar la misma institución vale por derecho de fideicomiso. Todo lo escrito en el testamento que contiene dicha cláusula está en causa de fideicomiso, no sólo los legados y fideicomisos, sino también las libertades y la misma institución de heredero; luego, también la sustitución vulgar, pues el que lo comprende todo, a nada exceptúa, porque la sustitución vulgar también es institución.

A juicio de nuestro autor, cuando el testador escribió la cláusula

codicilar sería absurdo decir que, de haber lugar a su eficacia, quiso que sólo la tendría para que el instituído en el testamento nulo sustituya vulgarmente a los herederos abintestato del testador, siendo así que los codicilos sólo sirven para sustituir fideicomisariamente, y aunque en los codicilos se haga sustitución vulgar, aun con palabras directas y civiles, nadie duda que debe valer como fideicomisaria. Luego, también la sustitución vulgar que puede haberse ordenado en el testamento, en virtud de la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria.

No tiene que ver con lo que acaba de exponerse el siguiente caso que plantea el propio Mantica: el testador instituye a Ticio, y si éste no fuere heredero, le sustituye por Seyo, y si el testamento no vale como tal, valga como codicilo. Supóngase que, en efecto, el testamento no vale: al suceder Ticio abintestato, nadie dirá que tiene que restituir la herencia a Seyo por fideicomiso, porque Ticio era más apreciado por el testador, y si tuviera que restituir a Seyo, sería éste el predilecto, lo cual conduce al absurdo de considerar al sustituto de mejor condición que al instituído.

Supóngase esta variante en el caso anterior: otra persona más próxima al testador que Ticio sucede abintestato. Entonces los herederos legítimos del testador restituirán la herencia a Ticio, que de instituído pasa a sustituto fideicomisario, y al fallecimiento de éste pasarán los bienes a Seyo, que de sustituto vulgar se convierte en sustituto fideicomisario de segundo grado o llamamiento; y si los herederos abintestato del testador no restituyeran la herencia por fideicomiso a Ticio, porque éste no lo haya querido pedir o porque no haya podido, o porque esté ausente, es ciertamente verosímil que el testador por la cláusula codicilar quiso que su herencia hiciera tránsito al sustituto. Como el instituído no puede suceder ni adquirir la herencia por vía directa, porque el testamento no vale, síguese que aquélla, según voluntad del testador, debe ser restituida por fideicomiso a Seyo.

Pero quede bien sentado, que por la cláusula codicilar la sustitución vulgar se convierte en fideicomisaria cuando la conjetura de la voluntad del testador no es contraria. Mas no ocurre así en nuestro caso, en que es patente la voluntad del testador hacia los sustitutos; o en el caso del póstumo que fué instituído y no vino a la

luz para poder adir, en que si la disposición no derivara al fideicomiso, dejaría de cumplirse la voluntad del disponente, porque ni el instituido ni el sustituto conseguirían la herencia.

Finalmente, no hace falta decir que si el testamento vale y Ticio acepta la herencia, se desvanece la sustitución vulgar, pues valiendo el testamento, es inútil la cláusula codicilar y, además, la aceptación de Ticio, al hacer inoperante la sustitución vulgar, excluye toda idea de extensión o derivación a fideicomisaria.

III. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN VULGAR TÁCITA.

SU EFICACIA Y EXTINCIÓN

En un primer sentido puede llamarse sustitución vulgar tácita la que hasta cierto punto se apoya en palabras expresas, como si el testador dijera: «Ticio y Seyo, cualquiera de los dos que viva, sean mis herederos»; pues si viven los dos, ambos son herederos; si ha muerto uno, el sobreviviente será heredero de todo el as, considerándose sustituto vulgar por la tácita de la parte que hubiera correspondido al premuerto. El testador no ha ordenado de una manera específica y concreta esta sustitución, pero no puede dudarse que se funda en palabras expresas.

En un segundo sentido, se llama sustitución vulgar tácita la que carece en absoluto de palabras expresas, como la que se contiene en la sustitución pupilar expresa. En la sustitución pupilar expresa formulada en la expresión «si Ticio, mi hijo, fuere mi heredero y falleciere en la edad pupilar, le sustituyo por Seyo», de ningún modo ni en las palabras usadas, ni en la mente del testador se contiene una sustitución vulgar, porque la vulgar tiene como fórmula «si no fueres heredero», y aquí se dice «si Ticio fuere mi heredero». La vulgar contenida en la pupilar expresa no se apoya en conjetura *hominis*, sino *legis*, que se entiende haber querido suplir una omisión no deliberada; al contrario, supónese que si el testador hubiese pensado en el evento de que Ticio, su hijo, no llegara a ser heredero, por la misma razón que la pupilar, habría ordenado expresamente la sustitución vulgar. Por esto, la común opinión de los doctores admite que en la sustitución pupilar expresa se entiende im-

plícita la vulgar, llamada también por los autores presunta, más propiamente que tácita.

Sin embargo, contra esta común sentencia se ha alegado la siguiente poderosa razón: que si bien la vulgar expresa a favor del pupilo contiene una pupilar tácita, en el supuesto, naturalmente, de que el instituido siendo heredero muera impúber, no puede asegurarse lo contrario, o sea que la pupilar expresa implica una tácita vulgar, porque la pupilar se sucede al pupilo, mientras que por la vulgar se sucede al testador, el cual, si hubiese querido, se habría ordenado una sustitución.

Pero esta opinión en contra no convence a nuestro autor, el cual sólo en el caso de contraria conjetura de voluntad admite la exclusión de la vulgar en la sustitución pupilar expresa, por entender que la ley *jam hoc jure*, que regula esta materia se refiere a las dos, considerando el autor aún más justa la inclusión de la vulgar en la pupilar que ésta en aquélla.

Hay otra tácita sustitución vulgar que va implícita en la fideicomisaria; y aunque ésta requiere la adición de la herencia, este requisito no se exige ni puede en modo alguno darse en la sustitución vulgar comprendida en la fideicomisaria.

Se habla además de una sustitución vulgar mixta de tácita y expresa, que la técnica de Bartolo considera bajo un doble aspecto: uno, en cuanto al caso, y otro, en cuanto a las palabras. En el primer aspecto, dice Bartolo que la sustitución expresa en un caso singular se extiende también a otro caso no expresado, como por ejemplo, la sustitución expresa para el caso «si el instituido no quisiere ser heredero», abarca también el caso no expresado «si no pudiere», o al revés. En el segundo aspecto, la sustitución toma su naturaleza mixta de las palabras, que implican sustitución, en parte expresa y en parte tácita. Pero, como dice nuestro autor, estas son sutilezas que, más que para conseguir la verdad, parecen dirigidas a estimular la discusión y la controversia.

Por todo lo que anteriormente se ha dicho, vemos que la sustitución vulgar tácita unas veces resulta expresada en palabras generales, y otras veces no hay palabra alguna, sino que se infiere de un modo absolutamente tácito. A este propósito, plantea el autor la siguiente duda: si el testador dijere «instituyo a mi hijo, y si falle-

ciere en edad pupilar le sustituyo por Cayo», ¿existe aquí una sustitución vulgar tácitamente expresa o absolutamente tácita? El problema ofrece su interés, entre otras razones, porque si se entiende la sustitución vulgar completamente tácita, extinguida la pupilar expresa, verbigracia, por premorir el hijo al padre, se extingue también la vulgar, que siendo de condición absolutamente tácita depende de la pupilar. Pero si se entiende tácitamente expresa, o sea expresada con palabras generales, no específicas y concretas, que en esto se distingue la vulgar tácitamente expresa de la vulgar expresa, no se extingue por la extinción de la pupilar, porque entonces no depende de ésta, sino que subsiste por su propia fuerza.

En opinión de Baldo, aceptada por el cardenal y discutida por Rainucio, Viterbio, Ripa y otros doctores, se trata en el ejemplo expuesto de una sustitución compendiosa limitada al tiempo de la pupilar edad. El meollo de la discusión, que no podemos exponer, pues resultaría esto interminable, radica en si la compendiosa exige que la vulgar tácita comprendida en ella lo sea absolutamente, o si no deja de ser compendiosa, aunque la vulgar tácita tenga su fundamentación en palabras generales. El cardenal entiende esto último.

Veamos ahora brevemente algunos casos en que por conjetura de la voluntad la sustitución vulgar tácita no va implícita en la pupilar expresa.

Primeramente, y no es necesaria demostración alguna, cuando el testador estableció expresamente las dos sustituciones, pues es evidente que la sustitución expresa excluye a la tácita.

En segundo lugar, cuando el testador pensó en la sustitución y no la estableció, como si teniendo el testador dos hijos impúberes ordena sustitución vulgar para uno y pupilar para el otro.

En tercer lugar, cuando el sustituto, con capacidad para heredar los bienes del pupilo, no la tiene para heredar al testador, como es el caso del hijo espúreo. Pero observa el mismo autor que en este caso, más que la conjetura de la voluntad, actúa el impedimento legal.

Cuarta conjetura: sobreviviendo la madre del mismo testador, a no ser que sea sustituto alguno de los descendientes del testador, en cuyo caso por la misma conjetura de voluntad debe entenderse

la madre excluída por el sustituto. Recuérdesse una vez más para la explicación de esta conjetura, que el sustituto vulgar sucede al testador, no al pupilo.

Quinta conjetura: si separadamente y en el intervalo el padre ha ordenado sustitución pupilar, porque sucediéndose por la vulgar al testador, si esta sustitución pupilar ordenada después y separadamente implicara la vulgar tácita, resultaría el absurdo de que valdría un testamento hecho en dos tiempos diversos y sin unidad de contexto. En cambio, es lícita la sustitución pupilar ordenada por separado.

Sexta conjetura: cuando se ordenó sustitución pupilar a favor del vientre y el póstumo no nació, siguiendo en vida el testador. En tal caso, ocurrido el evento en vida del testador, de haber querido éste que la sustitución vulgar se diera, habría podido ordenarlo cambiando el testamento. Se ha producido en el supuesto de esta conjetura un hecho nuevo e imprevisto que hace muy violenta la interpretación de una sustitución vulgar tácita, cuando con un nuevo testamento todo quedaba en claro. Se presupone que, al no otorgarse, el testador ya contaba con la inexistencia de dicha sustitución.

En séptimo y último lugar, los coherederos sustitutos del hijo impúber no se entienden sustitutos vulgares por la tácita, porque estos coherederos tienen el derecho de acrecer, que ya implica una tácita sustitución.

En cuanto a la virtud o eficacia de la sustitución vulgar tácita, en términos generales puede decirse ser igual a la de la expresa, debiendo aquélla interpretarse conforme a la naturaleza y condiciones de la sustitución expresa, pero de la vulgar, no de la pupilar, pues ambas no se rigen por las mismas reglas. Recordemos una vez más que por la vulgar no se sucede al pupilo, sino al padre. Y si ocurriese que el padre y el pupilo muriesen a la vez, en incendio o naufragio, por ejemplo, el sustituto heredaría los bienes del pupilo por la pupilar y los del padre por la vulgar.

Debe notarse también que la tácita vulgar no exige la adición de la herencia para su confirmación, como lo exige la pupilar. Se dudaba si, cuando el pupilo fué instituido con algún coheredero, no suyo, sino extraño, fuese necesaria dicha adición, no por parte del mismo pupilo, al que se substituyó, sino del coheredero extraño, para

que la tácita sustitución vulgar quedara confirmada. La respuesta común es negativa.

Aunque la tácita vulgar vaya implícita en la pupilar, aquélla tiene el mismo carácter que ésta, es decir, es principal, no accesoria, y subsiste por sí misma, de forma que si se extingue la pupilar o ésta sea inútil desde un principio, no pasa lo mismo con la vulgar. Pero esto se entiende así solamente cuando la vulgar tácita se infiere de palabras de generalidad, no cuando es absoluta y rigurosamente tácita, en cuyo caso, según ya se indicó incidentalmente, la vulgar depende de la pupilar.

Hay alguna excepción, al principio, de que la tácita vulgar tenga la misma virtualidad y eficacia de la expresa, debido a que la expresa no exige que el instituido sea *haeres sui*, como la vulgar tácita, que va contenida en la pupilar expresa. Por lo que la tácita tiene una fuerza menor que la expresa, ya que no impide la transmisión de la herencia que tenga el carácter de *sui juris*, como la expresa.

Y vamos a ocuparnos brevemente de la última parte del enunciado, o sea, de los modos de extinguirse la sustitución vulgar tácita.

Tres hipótesis presenta el autor: a) si se extingue la vulgar tácita al llegar el pupilo a la pubertad sin haber sido aceptada la herencia; b) si la vulgar tácita expira como la pupilar expresa, premuriendo el pupilo al testador, y c) si desaparece la sustitución vulgar tácita, como pasa con la pupilar expresa, cuando el hijo ha sido emancipado por el padre.

a) Hay diversidad de opiniones. La de Baldo se razona así: o la sustitución pupilar se hizo limitándola a cierto tiempo, como «si mi hijo falleciere en la impubertad», y entonces ambas sustituciones caducan al advenir la pubertad, porque el difunto no quiso proveer para más allá; o la sustitución pupilar fué hecha simplemente y sin previsión de tiempo, como si el testador dijera «quienquiera que sea mi heredero séalo de mi hijo»; o la sustitución pupilar fué ordenada previendo más largo tiempo que la edad pupilar, como «si mi hijo muriere antes de cumplir los veinticinco años, sea heredero Ticio», en cuyo caso, aunque la sustitución pupilar termine al llegar la edad de la pubertad, sigue latente la sustitución vulgar tácita.

Sobre los dos últimos casos o alternativas no hay cuestión ni motivo de controversia.

Sobre el primer caso, o sea cuando la sustitución pupilar se limitó a la edad impúber, es comúnmente aceptada la opinión de Baldo en el sentido de que, al expirar la sustitución pupilar, caduque también la vulgar tácita. Pero Ripa se opone y sostiene con otros calificados doctores que la vulgar tácita no se extingue por la pubertad, a no ser que el hijo llegue a esta situación, viviendo aún el testador.

Esta opinión, opuesta a la de Baldo, descansa en el siguiente argumento: o el tiempo de la edad pupilar se entiende repetido en la vulgar tácita o no; si se entiende repetido, es evidente que la vulgar tácita no se ha extinguido, porque si el pupilo no fuese heredero al llegar a la pubertad sea heredero el sustituto y en consecuencia la sustitución empieza a surtir efecto a partir de la pubertad. Si no se entiende repetido, igualmente se sigue que la vulgar no expire al llegar la pubertad, si el hijo demorare por largo tiempo la adición de la herencia y después de la pubertad repudiare o se abstuviere. Pues, si alguien, replicando, dijere que el tiempo de la pubertad restringe la vulgar, no negativamente en cuanto a la adición o repudiación, sino en cuanto a la muerte del pupilo en este sentido «sino fuere heredero y muriere dentro de la edad pupilar», a esto podría responderse que tal interpretación es impropia y extraña a la sustitución vulgar, cuya propia condición y naturaleza es la de que el instituido no sea heredero.

A este razonamiento y a todo lo que se aduce para impugnar las contrarias alegaciones se adhiere plenamente el cardenal, para quien está fuera de duda que, contra la común opinión, la sustitución vulgar tácita implícita en la pupilar expresa no termina con la pubertad, aunque el testador la haya limitado al período de la impubertad. Solución tanto más admisible si se hubiere previsto un tiempo de duración más larga o se hubiese formulado sencillamente y sin previsión de tiempo.

b) En la hipótesis de morir el pupilo viviendo el padre, se distinguen tres situaciones: que la muerte del pupilo sea presunta, aparente, o fingida, o ignorada; es decir, que subsista la esperanza de la sustitución, en cuyo caso la vulgar tácita no se extingue y ha lugar a ella; que el hijo haya efectivamente muerto y el padre

sobreviva, pero por tan poco tiempo, que no le permita hacer un nuevo testamento y proveer a la nueva situación, en cual caso se entiende igualmente persistir la sustitución vulgar tácita; y que el padre sobreviva largo tiempo al hijo, de forma que hayà podido ordenar nuevo testamento, entendiéndose en esta situación extinguida la vulgar tácita junto con la pupilar, por presumirse que el padre no se quiso dar un nuevo sustituto vulgar.

El cardenal Mantica, si conforme con la solución dada a los dos primeros supuestos, no lo está con la del último, sosteniendo, por lo tanto, en esta hipótesis que consideramos, lo mismo que en la anterior, a saber, que la extinción de la sustitución pupilar no comporta la de la sustitución vulgar tácita que tiene lugar después de la muerte del pupilo, sea cualquiera el tiempo que le sobreviva el testador. En este tercer supuesto de larga sobrevivencia, observa agudamente nuestro autor que el padre testador, que se presume conoce las leyes, sabe que a tenor de su testamento hay designado por la tácita un sustituto vulgar a su hijo impúber, el fallecimiento del cual no le ha movido por razón alguna a otorgar un nuevo testamento, a no ser para rectificar la primera tácita voluntad. Es decir, retorciendo la argumentación contraria, que al no otorgar el padre un nuevo testamento es porque está conforme con la subsistencia de dicha sustitución pupilar tácita.

c) Pregúntase finalmente si la emancipación del hijo, así como extingue la sustitución pupilar expresa, comporta la desaparición de la tácita vulgar. Los que sostienen la afirmativa alegan, en primer lugar, que la pupila se entiende hecha con la condición de que el hijo permanezca en la potestad del padre, y concluyen en que, así como la falta de esta condición vicia la pupilar expresa, por la misma razón debe viciar la tácita vulgar.

A lo que contesta el autor que la condición de que el hijo haya de permanecer en potestad no fué expresa, aunque se considere necesaria respecto de la sustitución pupilar, que de otro modo no podría surtir efecto. Pero esta condición no es necesaria respecto a la sustitución vulgar tácita, que puede referirse a un extraño; luego la vulgar tácita se presume hecha sin dicha condición.

Se compara también el caso con el legado de cosa vendida, y se dice: así como el legado se entiende revocado por haber el testador

enajenado voluntariamente la cosa legada, así por la misma razón la sustitución vulgar tácita debe entenderse revocada por la emancipación, porque ésta se ha hecho también por la libre voluntad del testador.

A esto se contesta que el legado de cosa enajenada voluntariamente por el testador se entiende revocado porque no es verosímil que el testador quisiera gravar al heredero con la readquisición o sustitución de la cosa; en cambio, es más verosímil que el testador, al emancipar al hijo, quiso admitir al sustituto, a quien no hay razón para presumirlo excluido por dicha emancipación.

Haciendo caso omiso de otras alegaciones expuestas y refutadas, he aquí el último argumento de Mantica: «Así como cuando el hijo falleció viviendo su padre y, sobreviviendo éste largo tiempo, no se presume cambio de voluntad, ni se entiende cesar la conjetura en cuanto a la sustitución vulgar tácita, así también en el caso propuesto, por la emancipación del hijo no se destruye la conjetura de la sustitución vulgar tácita, y como no se entiende revocada la institución a favor del mismo hijo, no debe entenderse tampoco revocada la tácita vulgar, que, como la institución, forma parte del testamento del mismo padre, y así es como, a mi juicio, hay que concluir.»

IV. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR EXPRESA Y TÁCITA

Por regla general, la sustitución pupilar no se infiere de conjeturas, sino que hay que ordenarla de una manera expresa, porque nadie se entiende instituido heredero por conjetura.

En la duda se entiende hecha sustitución pupilar con preferencia a la fideicomisaria. Si el testador hizo mención especial de la edad pupilar se deduce que el testador quiso hacer sustitución pupilar; pero no basta la mención de la edad pupilar por sí sola, sino que se requiere que dicha edad sea puesta en condición para que se entienda ordenada sustitución pupilar, como en la fórmula «si mi hijo falleciere en la edad pupilar». El decir simple y demostrativamente «sustituyo a mi hijo impúber» no implica sustitución pupilar. Decir en la edad pupilar es igual que decir antes de la legítima edad de testar, y ambas expresiones se refieren a la sustitución pupilar.

Aunque por la sustitución pupilar se suceda al pupilo y en todos sus bienes, el sustituto se entiende también serlo en los del testador, y aunque sólo se mencionen los de éste como en la cláusula «si acontecere que mi hijo muere en la edad pupilar, quiero que mis bienes vayan a Ticio»; pues aunque a primera vista parece tratarse de una sustitución fideicomisaria, porque por fideicomiso se sucede en los bienes del testador, no obstante se entiende que tal cláusula lo es de sustitución pupilar, debiendo hacerse caso omiso de las palabras «mis bienes», considerando que todo se refunde en los bienes del pupilo instituido heredero.

Es de advertir que la especial mención de los bienes del testador deja de significar sustitución pupilar cuando el testador no ignoraba que el hijo tenía bienes propios, y aun para que signifique sustitución pupilar ha de ir acompañada tal mención de la condicional «si el hijo falleciere en la edad pupilar»; pues otra cosa es cuando se ordena una sustitución compendiosa que puede referirse lo mismo a la pupilar que a la fideicomisaria, en cuyo caso hecha sencillamente la sustitución y sin expresa indicación de edad se entiende ésta fideicomisaria.

Otra conjetura de sustitución pupilar, aun sin mencionar la edad pupilar del instituido, es que el testador disponga que *todos* sus bienes o *toda* su herencia vaya al sustituto, porque estas palabras son contrarias a la naturaleza de la sustitución fideicomisaria a causa de las detracciones por legítima y Trebeliánica propias de esta sustitución.

Las palabras directas añadidas a cosa cierta se interpretan como sustitución pupilar, como si el testador dejare a una hija cierta cantidad por derecho de institución y «falleciendo sin hijos, sea Tal tu heredero en aquella cantidad», si la hija fallece en edad pupilar, el sustituto lo es por derecho de sustitución pupilar y sucede no sólo en aquella cantidad, sino en todos los bienes de la hija fallecida. Pues así como la institución en cosa cierta, abstracción hecha de esta cosa, se entiende universal, la misma norma se aplica a la sustitución.

La fórmula «dejo mi hijo vivo o muerto a Ticio», se interpreta por benigna conjetura que Ticio se da como tutor y sustituto pupilar del hijo.

Otra conjetura de sustitución pupilar se produce cuando el testador, para después de la muerte del hijo impúber, divide sus bienes por cuotas entre los sustitutos, pues disponiendo de todos los bienes, se entiende haber querido sustituir pupilarmente. Pero es de advertir que esta conjetura es válida cuando el testador divide por cuotas hereditarias, no de bienes. Y también cuando las cuotas distribuidas pueden abarcar igualmente los bienes propios del pupilo; porque cuando se limita a los bienes del testador, la distribución por cuotas no puede significar sino sustitución restringida en los bienes del testador y ésta tendría el carácter de fideicomisaria.

Finalmente, la cláusula «que se entienda la disposición del mejor modo» o «valga del mejor modo posible» añadida al contexto de una sustitución, de la que se dudara si es pupilar o fideicomisaria, implica sustitución pupilar, pero no cuando dicha cláusula figure estampada en la última parte del testamento o al final de todas las sustituciones.

Con alguna extensión se ocupa Mautica de la sustitución recíproca entre impúberes hecha conjuntamente con la compendiosa. Se supone un testador con tres hijos, dos impúberes y uno púber, a los que instituye herederos y sustituye así: «si alguno de ellos falleciere en edad pupilar o cuando quiera que sea, le sustituyo por los sobrevivientes», y se pregunta si para el caso de que muera uno de los dos impúberes debe entenderse hecha sustitución pupilar.

Varias razones abonan una solución afirmativa. Si fueran dos herederos, uno púber y otro impúber y el testador los hubiese sustituido con palabras comunes, tal como «los sustituyó recíprocamente», se entendería hecha solamente una sustitución vulgar. Aun siendo los herederos personas impares y haciéndose también en forma brevilocua y con la palabra común «sustituyo», se entienden sustituidos todos en forma igual. Pero en nuestra fórmula la sustitución brevilocua no se ha hecho con palabra común que pueda convenir a todos por igual, ya que se dice «si alguno de ellos... cuando quiera que falleciere, sustituyo a los otros sobrevivientes», lo que quiere decir que se ordena la sustitución para cada uno en forma distributiva y debe interpretarse según la condición de cada uno, por lo que debe entenderse hecha sustitución pupilar para los hijos impúberes.

Añade Paulo el Castrense a esta razón que si bien la cláusula supuesta, como de sustitución compendiosa, abarca lo mismo las directas que la fideicomisaria, el mayor interés del pupilo consiste en que la sustitución ordenada para él sea la pupilar, porque ésta es favorable y la fideicomisaria implica gravamen.

Otro argumento en pro de la solución afirmativa lo proporciona Cornejo. El verbo «sustituyo», dice, recibe en la sustitución compendiosa diversas acepciones: pues contiene la vulgar, si la herencia no ha sido aceptada; la fideicomisaria, si ha sido aceptada y no tiene lugar la pupilar. Luego, si la diversidad de casos obliga a interpretar diversidad de especies de sustitución, a nadie debe extrañar que la diversidad de especies se aplique también a la diversa condición de las personas, y así la palabra «sustituyo» debe hacer referencia en unas personas a la vulgar y pupilar y en otras por tratarse de persona púber a la vulgar y fideicomisaria.

Finalmente, diciendo el testador: «si alguno de los hijos falleciere en la edad pupilar o después cuando quiera que sea», ciertamente la primera parte «si falleciere en edad pupilar» sería superflua si no significara sustitución pupilar, no debiendo admitirse que las palabras sean superfluas cuando conducen a una racional significación o disposición.

Pero, pese a estas y otras razones aducidas en favor de la sustitución pupilar, son muchos los autores que sostienen lo contrario, y se fundan principalmente en que la sustitución pupilar rompería la igualdad que entre los sustitutos debe observarse, no pudiendo entenderse hecha sustitución pupilar si ésta no conviene a todos por igual. Concluyen estos autores que la sustitución ordenada para la época de la impubertad debe entenderse directa si todos los hijos eran impúberes al confeccionarse el testamento; de otro modo hay que considerarla fideicomisaria, por la disparidad de personas y necesidad de una sucesión uniforme. En la duda, debe preferirse una determinación de igualdad, y esta regla es más potente que la que propugna la inteligencia de una sustitución pupilar, por ser ésta más favorable al impúber.

La opinión de Mantica se apoya en la siguiente distinción: o en la sustitución recíproca simultánea con la compendiosa se hizo indicación de tiempo y especial mención de la edad pupilar o no.

En el primer caso debe entenderse sustitución pupilar por concurrir dos razones o conjeturas: una, que la mención de la pupilar edad no debe suponerse ociosa o superflua; otra, que en la duda, la sustitución debe interpretarse directa por más favorable, cuyas dos razones juntas prevalecen sobre el argumento de la igualdad. En el segundo caso se impone este último argumento y no debe entenderse hecha sustitución pupilar.

Prosiguiendo en el estudio de las conjeturas que versan sobre la sustitución pupilar, dice Mantica que si bien debe presumirse hecha hasta que el instituido llegue a la pubertad, no hay duda que el testador puede restringirla y entonces no ha lugar a las conjeturas. Y si algún padre sustituyere así: «si mi hijo falleciere antes de los diez años, sea heredero Ticio; si antes de los catorce, Mevio», debe cumplirse la disposición separando los tiempos y admitiendo sólo a Ticio, si el fallecimiento se produce dentro de los diez años de edad del instituido.

Se entiende también que la sustitución pupilar se extiende de caso a caso. Por lo que, si el que tiene dos hijos impúberes ha nombrado a Ticio sustituto del que muera el último, muriendo ambos al mismo tiempo, por verosímil voluntad del testador se considera a Ticio heredero sustituto de los dos.

Como quiera que la sustitución recibe su sentido de la precedente institución, los que fueron sustitutos del hijo impúber se entienden serlo en las mismas partes en que fueron instituidos herederos. De modo que diciendo el testador «quienquiera sea mi heredero, y Ticio, sean herederos de mi hijo impúber», si fueren dos los herederos instituidos, cualquiera de ellos se entiende llamado a una tercera parte. Pero si el testador tuviera cuatro hijos, dos de su primera mujer y dos de la segunda, y de estos últimos uno púber y otro impúber, habiendo instituido a todos ellos por igual y sustituido al impúber; muerto el testador y, aceptada la herencia, muerto uno de los hijos de la primera mujer y muerto después el impúber en la edad pupilar, se pregunta cómo debe dividirse la herencia del pupilo, a lo que se contesta que la misma participación que tuvieran en la herencia paterna han de tener en la del pupilo, pero en la paterna el hijo de la primera mujer tiene dos partes: una por el testamento y otra por su hermano fallecido al que ha

sucedido abintestato con exclusión de su hermano consanguíneo sobreviviente. Pues bien; este hijo sobreviviente de la primera mujer tendrá dos partes en la herencia del pupilo, y el otro sobreviviente, a pesar de ser hermano de doble vínculo del impúber premuerto, tiene sólo una tercera parte en la herencia de éste, porque sólo tenía un tercio en la paterna.

Para resolver por conjeturas las dudas que se ofrecen en la sustitución pupilar conviene esclarecer también el punto relativo a si en dicha sustitución preside el afecto del testador o el del pupilo hacia la persona del sustituto. A primera vista parece que hay que considerar el afecto del pupilo con preferencia al del testador, porque mediante la sustitución pupilar se sucede en los bienes del mismo pupilo, de tal modo que esta sustitución equivale al testamento del hijo y se admite como si éste lo hubiera otorgado. Por lo tanto, según este punto de vista, habiendo duda sobre la persona del sustituto, parece tendría que preferirse a su presunto heredero abintestato. De lo cual también podría deducirse que si el testador tiene dos hijos de un primer matrimonio y otros dos de un matrimonio posterior y a todos los hubiere instituído y sustituído recíprocamente, si uno muriese en edad pupilar deba preferirse por sustitución pupilar a su hermano de doble vínculo, porque no se trata de la sucesión del padre al cual todos estaban unidos del mismo modo, sino de la sucesión del hermano impúber al cual está más unido su hermano germano.

Sin embargo, la casi unanimidad de los autores no opinan así, y para conjeturar en materia de sustitución pupilar se mira el afecto del testador, no el del pupilo, porque la ordenación la hace el padre, aunque la sucesión sea dada al hijo. Pero no como el hijo quiere, porque el hijo carece de voluntad, sino como quiere el padre a quien la ley concede la suprema ordenación del testamento.

Y así sucede que si el hermano del pupilo, igualmente hijo del testador, es sustituto vulgar del mismo pupilo, por la tácita pupilar excluye a la madre, porque la presunción es que el testador quería preferir el hijo a la mujer y la sustitución pupilar se interpreta por el afecto del testador, no el del pupilo. Y así como para la exclusión de una persona por conjetura de la voluntad se mira

a la persona y al sentimiento del testador, a iguales elementos se atiende para admitir a alguno.

Digamos, finalmente, unas palabras sobre la sustitución pupilar tácita, ya que, si bien generalmente, como se dijo al principio de este epígrafe, la sustitución pupilar, como directa que es, no se infiere de conjeturas, sino que hay que ordenarla de una manera expresa, hay alguna excepción a la regla general.

Martica distingue dos clases de sustitución pupilar tácita: una que se deriva de las palabras y pensamiento del testador, y otra que se infiere sólo del pensamiento del testador por interpretación de la ley.

La primera se llama tácita, aunque se derive de las palabras del testador, porque no tiene la forma de sustitución pupilar especialmente expresa, como si el testador dijere: «a mi hijo, cuando quiera que falleciere, sustituyo Ticio», la cual propiamente se llama una sustitución compendiosa. Igualmente, si el testador dijese: «a mis dos hijos impúberes instituídos herederos, los sustituyo recíprocamente», la cual propiamente se llama sustitución recíproca o brevilocua. En estas fórmulas no se expresa de un modo especial la forma de sustitución pupilar, porque el testador no dijo: «si mi hijo falleciere en la edad pupilar, le sustituyo...», que es la forma específica de la sustitución pupilar, por lo cual con razón aquéllas son fórmulas de sustitución pupilar tácita, derivada no sólo de la mente, sino también de las palabras del testador; porque tales palabras no la contradicen, sino que la suponen en su general sentido.

La segunda especie de sustitución pupilar tácita deriva solamente del pensamiento del testador por interpretación de la ley, para la cual las palabras del testador en modo alguno la hacen presumir, sino que más bien la contradicen. Pues si el testador dijere «si mi hijo no fuere heredero, séalo Ticio», Ticio no sólo se entiende sustituto vulgar para el caso de que el hijo no sea heredero, como las palabras expresan estrictamente; sino que también, si el hijo ha sido heredero y muere en la edad pupilar, Ticio se entiende sustituto para que suceda al hijo impúber por medio de una pupilar sustitución tácita que en modo alguno expresan las palabras, antes bien la ley lo infiere así por conjetura de la voluntad, aunque las

palabras lo contradigan. La ley, por una interpretación extensiva, cree que el testador no previó el evento de que el hijo, siendo ya heredero, muera en la edad pupilar, entendiéndose que de haber previsto este albur, para este caso también Ticio habría sido designado sustituto.

V. POR QUÉ CONJETURAS LA SUSTITUCIÓN PUPILAR TÁCITA SE
ADMITE CONTRA LA MADRE

Por conjetura no se entiende hecha sustitución pupilar tácita cuando sobreviva la madre del impúber, porque se interpreta que si el testador prefiere al sustituto en cuanto a su sucesión, en cambio, no es así tratándose de la sucesión del hijo. Pero esto se entiende cuando, bien con palabras expresas o mediante lícitas conjeturas no se considere que ha querido excluirla. ¿Cuáles son estas conjeturas?

Dice el cardenal que hay cuatro poderosísimas fuentes de donde pueden emanar: primera, de lo que el testador haya dicho fuera del testamento; segunda, de lo que dijo en el testamento; tercera, de la condición de la persona de la madre, y cuarta, de la condición de la persona del sustituto. Hablemos brevemente de cada una de ellas.

1.^a Si el testador, fuera del testamento ha dicho no querer que, al morir el hijo, la madre perciba el más insignificante óbolo, o manifestase esto mismo con palabras parecidas, pueden éstas ser suficientes para probar la voluntad del testador de preferir el sustituto a la madre en la sucesión del pupilo. Podría alegarse que si estas palabras han sido pronunciadas antes de confeccionarse el testamento, no excluyéndose en éste a la madre, podrían tomarse como dichas en el calor de la ira, no debiendo dárseles mayor trascendencia. Pero se responde a esto que inquirir si las palabras fueron pronunciadas en un momento de arrebato es querer adivinar, cuando las palabras ya son de por sí lo bastante significativas. Ni es obstáculo que el testador al hacer después su testamento no haya hecho sustitución pupilar expresa, porque sabiendo que por autoridad de la ley se entiende sustitución pupilar tácita, no tuvo por qué expresarla.

En esta pugna de opiniones, el cardenal emite la suya con mucha parsimonia. Considero, dice, que cuando el testador dijo: «si mi hijo falleciere no quiero que su madre perciba ningún óbolo», esto puede cómodamente interpretarse, si el hijo muere viviendo el padre y se tratare de la sucesión del mismo testador; pero tratándose de la sucesión del hijo, la madre sucede al hijo juntamente con el padre. Por lo que de aquellas palabras no debe inferirse que el testador haya prohibido que la madre suceda al hijo impúber si después de muerto el padre falleciere el hijo en edad pupilar; y como en los bienes del hijo se debe a la madre la legítima, en la duda no es de creer que el testador la haya querido excluir de la sucesión del hijo. Pero, añade, hay que confesar que de las palabras pronunciadas antes del testamento puede derivarse legítima conjetura para probar que el testador quiso excluir a la madre por la sustitución pupilar tácita, si bien conviene considerar con todo cuidado cuáles fueron las palabras pronunciadas y si lo fueron reflexivamente o no, por qué motivos y para qué objeto. De este modo podría fácilmente deducirse si quiso o no excluir a la madre; y, en último caso, como cuestión de conjetura de voluntad, es asunto de la estimación del juez, que, como se sabe, está plenamente facultado para deducir por legítimas conjeturas.

2.º Mediante palabras escritas en el testamento puede conjeturarse la voluntad de excluir a la madre por la sustitución pupilar tácita, como si el testador dejare algo a la madre del pupilo y mandase que ésta había de conformarse con lo que se le dejaba, de forma que nada más pudiese pedir de sus bienes.

Se discute a este propósito si el testador se refiere a los bienes del hijo o a los suyos propios. Si es a los bienes del hijo, se alega que no puede prohibirse a la madre pedir el suplemento de legítima, a lo que se replica que mediante la sustitución pupilar puede el padre privar a la madre de la legítima en la herencia del hijo fallecido impúber, pero duplican los contrarios que esto puede ser por medio de la sustitución pupilar expresa y aquí se trata de la tácita. Y si la cláusula se refiere a los bienes del testador, se alega su vacuidad por cuanto la madre del pupilo ningún derecho tiene sobre la herencia de su marido, a lo que también se contesta que la pertenencia de los bienes no interesa en esta cuestión, porque en cierto

modo los bienes del pupilo pueden confundirse con los del testador, ya que mediante la sustitución pupilar, a éste corresponde disponer de todos ellos.

La posición de Mantica en estas disputas se fija así: sucediendo la madre abintestato al hijo impúber, nada pide ni de los bienes del testador ni de los del hijo, sino que los toma por su propia autoridad; pero si el testador dijere que nada más puede reclamar la madre de sus bienes, entonces surge la duda. Pero la sentencia probable y más benigna es que la madre no se considere excluida de la luctuosa sucesión del hijo; pues aunque el testador prefirió el sustituto a la madre en cuanto a su sucesión y en cuanto a ésta no quiso pudiera reclamar nada, no se sigue que en la sucesión del hijo se entienda haber querido anteponer el sustituto a la madre. Por lo que, teniendo la madre derecho a la legítima y no habiendo por qué desviarse de la propia significación de las palabras, la expresión «de sus bienes» debe entenderse de los bienes del mismo testador, no de los del pupilo.

3.^a Otro origen de conjeturas para entender excluida a la madre por la sustitución pupilar tácita se halla en la condición de la misma madre, pues si la madre no guardare al testador la fidelidad debida, puede colegirse que el testador haya querido excluirla por la tácita pupilar. Otro ejemplo: que la madre no tenga capacidad para ser heredera del pupilo porque no pidió que se le proveyera de tutor. Pero esto se refuta porque si al confeccionarse el testamento la madre era capaz, porque aun no había cometido el agravio de no solicitar el nombramiento de tutor para el hijo, no es verosímil que al establecer el testador sustitución vulgar quisiera excluir a la madre por la pupilar tácita. Pues si es cierto que, fallecido después el testador, su voluntad no debe haber variado; luego, aunque la madre sea después incapaz, no debe admitirse el sustituto por la tácita pupilar, sino que debe entenderse que el pupilo falleció intestato. Otro ejemplo que se aduce en esta fuente de conjeturas es que la madre, después de la muerte del pupilo, haya llevado vida deshonesta, sosteniéndose que en este caso se la considera indigna de suceder; pero no es tampoco adecuado este ejemplo, porque si la madre sucedió al hijo y después cometió estupro, ni por el hijo ni por el sustituto se la puede ya excluir.

En este lugar se pregunta oportunamente si por contraer segundas nupcias la mujer del testador haya de ser ésta excluída de la herencia del hijo por la tácita pupilar. Evidentemente ello es así cuando el testador la nombró usufructuaria con la condición de conservarse viuda o cuando de las palabras del testamento se infiera esto por haberle dejado alguna cosa ordenando se la prive de la misma si contrae nuevo matrimonio; pero no siendo así, falta la conjetura, porque ninguna ley excluye a la madre de la herencia de su hijo por contraer segundas nupcias. Ni es obstáculo a esto el que los hijos del primer matrimonio se consideren agraviados por el segundo matrimonio de su madre o que el alma del marido difunto se contriste, porque según la común opinión de los doctores, no hay tal injuria ni causa para que se presuma que el testador haya querido privarla de suceder al hijo mediante la pupilar tácita, a no ser que aquél haya dejado alguna manda a su mujer bajo la condición de no convocar a segundas nupcias, porque entonces ya esto se realiza contra la expresa voluntad del mismo marido y es admisible, por tanto, la conjetura.

4.^a Finalmente, la persona del sustituto puede ser también origen de conjeturas en cuanto a la exclusión de la madre mediante la pupilar tácita. Por la condición del sustituto debe entenderse por conjetura, que el hermano del pupilo e hijo igualmente del testador, cuando sea nombrado sustituto vulgar excluye a la madre por la pupilar tácita, porque se presume que el testador quiso preferir el hijo a su mujer. Y no hace al caso que lo prefiera respecto de sus bienes, porque quien es generoso con sus bienes propios, lo es mucho más con los ajenos, si está en su mano disponer de éstos. Fúndase también el ejemplo en que el hermano es llamado a la sucesión intestada del impúber junto con la madre, y si es sustituto, lo está también a los bienes de éste en virtud de la sustitución; luego, la preferencia a la madre se basa en un doble título.

Comparte el autor esta solución, porque nada hay superior al amor paterno y, por lo tanto, el singular afecto y caridad hacia los hijos hace que en la sustitución vulgar vaya implícita la pupilar, a no ser que otra persona sobreviviente, por verosímil voluntad del testador, excluya a la del sustituto, y no es la madre del testador esta persona.

Lo que se dice del hijo no debe extenderse al hermano del testador, porque no es tan vehemente la presunción hacia la persona de éste, que ni para conservar la asignación debe ser preferido a la madre del pupilo. Pero si el hermano del testador, para el caso de fallecer el hijo del impúber, ha sido nombrado sustituto de éste con palabras comunes, por legítima conjetura de la voluntad debe interpretarse dicha sustitución pupilar, mejor que fideicomisaria.

Pregúntase: si la madre del testador fuere sustituta, por conjetura de voluntad, ¿debe entenderse que por la pupilar tácita excluye a la madre del pupilo? La solución es igual a la que se ha dado respecto al hijo del testador, porque igualmente sucede aquélla al pupilo ab intestato como el hijo del testador hermano del pupilo, y el mismo favor se concede a los hijos que a los ascendientes, ya que en la tácita pupilar no se considera prelación en el derecho de suceder ab intestato, sino el afecto y voluntad del testador; de otro modo la madre nunca podría ser excluída, porque nadie la antecede en la sucesión intestada del hijo.

Por último, se pregunta si la madre puede ser excluída por una causa pía, y se contesta afirmativamente, porque lo dejado a una causa pía se entiende dejado al alma del testador y se presume que éste antepusiera el afecto de su alma al de su mujer, ya que el alma es superior a todas las personas y cosas.

VI. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

Lo primero que se inquiera es si la sustitución vulgar hecha expresamente al hijo furioso o demente contiene por conjetura de voluntad sustitución ejemplar tácita, como hemos visto que implica otra pupilar tácita la sustitución vulgar hecha al impúber.

Contesta Bartolo afirmativamente si el hijo era ya enfermo mental cuando se otorgó el testamento. Cree en cambio Ripa que esta solución se impone aún en el caso de que el hijo estuviese sano al tiempo de otorgarse el testamento, porque se presume que el testador proveería a cualquier triste evento, si pensara en él, y por lo tanto, si al otorgar testamento hubiese pensado que su hijo pudiera perder el juicio y morir en tal estado, habría ordenado sustitución

ejemplar. Pero se arguye: ¿cómo podría, si la sustitución ejemplar no puede hacerse para un hombre sano de mente? A lo que contesta que no se trata aquí de sustitución ejemplar expresa, sino de subentender una tácita ejemplar dentro de la vulgar expresa.

Separándose de las opiniones de Bartolo y de Ripa, el cardenal Mantica sostiene que no debe entenderse la tácita ejemplar si el hijo estaba loco al otorgarse el testamento y sí sólo en el caso de que haya enloquecido después, viviendo el testador. Porque, si estando loco al otorgarse el testamento, el testador no hizo sustitución ejemplar expresa es porque no quiso, toda vez que la situación del hijo tuvo que moverle a pensar en ello. En cambio, si estando sano el hijo y después, vivo aún el testador, se volvió loco, al ordenar sólo sustitución vulgar y no ejemplar expresa es porque no había razón para pensar en el evento de la locura y, en consecuencia, por conjetura de la voluntad se entiende implícita en la vulgar la ejemplar tácita, porque si el testador hubiera previsto el caso lo habría hecho.

Esto ha de entenderse, sin perjuicio de conjeturas contrarias. Si el testador deja un hijo demente y otro sano, y a los dos sustituye recíprocamente, por la disparidad de condiciones, se entiende ordenada la vulgar, ya que la sustitución recíproca hay que interpretarla en el sentido de que a todos los sustitutos sea aplicable del mismo modo, a no ser que evidentemente aparezca que el testador aun en este caso quiso establecer sustitución ejemplar para el furioso, porque por interpretación de la voluntad la sustitución se entiende en sentido extensivo.

Una segunda duda se ofrece, a saber: si en la sustitución pupilar expresa se contiene la ejemplar tácita. Parece imponerse la afirmativa, porque si la sustitución pupilar expresa contiene la tácita vulgar, con mayor razón debe comprender la tácita ejemplar, más semejante a la pupilar, siendo conocida también con la denominación de cuasi pupilar. Pero Bartolo distingue: o la pupilar fué hecha con limitación de tiempo, y entonces después de la pubertad, caducan todos los efectos de esta sustitución, o se hizo sin hablar de tiempo, y entonces, si se hizo al hijo impúbero constituido en potestad, vale la sustitución, como pupilar durante la impubertad, y como ejemplar después de la pubertad, pues si llegada ésta no pueda

valer como pupilar, valdrá como pueda valer, y por consiguiente como ejemplar. Pese a los reparos que se oponen a esta distinción, el cardenal parece en el fondo conforme con ella.

Tercera cuestión: si la sustitución ejemplar expresa contiene la vulgar tácita. Se contesta unánimemente en sentido afirmativo por la misma razón de figurar implícita la vulgar tácita en la pupilar expresa.

Cuarta: si la sustitución ejemplar hecha para un determinado caso puede por conjetura de la voluntad extenderse a otros casos análogos. Como si el testador hubiese sustituido por la ejemplar al hijo furioso que estaba demente al otorgarse el testamento para el caso de morir en tal estado, y después sana de la demencia, pero adviene pródigo o sordomudo, incapacitado para testar. En opinión de Bartolo, que comparte el autor, así como la vulgar hecha para un caso, por ejemplo, premoriencia, se extiende a otro, verbigratia, incapacidad de heredar, así también la ejemplar debe interpretarse en sentido extenso y abarcar casos no previstos.

Se inquiere, en quinto lugar, si la ejemplar tácita excluye a la madre. Se contesta en forma parecida a lo que ocurre con la sustitución pupilar: si el sustituto es otro hijo del testador, hermano del instituido, la excluye; si el sustituto vulgar es una persona extraña, sobreviviendo la madre, queda en sustituto vulgar y no hay sustitución ejemplar tácita.

Otra duda: si la sustitución ejemplar hecha en ciertos bienes se extiende por conjetura de la voluntad a todos los bienes del demente. En opinión de Baldo, cuando la sustitución ha sido hecha con palabras civiles directas, como «sea heredero» o «instituyo heredero», debe contestarse afirmativamente, o sea, la existencia de una sustitución directa y universal, pero si la cláusula está concebida en palabras no civiles, como «tened», «tomad», se interpreta como legado.

Finalmente, puesto que desaparecida la locura se extingue también la sustitución ejemplar, pregúntase si volviendo aquélla la sustitución ejemplar reaparece y se convalida por conjetura de la voluntad.

En opinión de Bartolo, impugnada por Decio y otros, la sustitución no se extingue aunque cese la locura, sino que se considera

en suspenso y reaparece con la enfermedad, si el instituido no vuelve a sanar. Hay una opinión intermedia, sostenida por nuestro autor, que considera extinguida la sustitución si la demencia reaparece después de largo tiempo, porque durante éste pudo el sustituido hacer testamento, y el no hacerlo debe interpretarse en el sentido de que es su voluntad que los bienes pasen a sus legítimos herederos. Si, por el contrario, el período de salud mental ha sido breve, se entiende, con la opinión común, que la sustitución permanece en todo su vigor.

JOSÉ SERVAT

Registrador de la Propiedad

(Concluirá.)

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

De lo institucional a lo comunitario en el Derecho

La Institución ha sido muy diversamente considerada. Desde Hauriou, para quien es una organización social integrada por la agrupación de personas que se hallan coordinadas por la autoridad del grupo y la adhesión voluntaria de aquéllas, hasta Hamilton, que atribuye esta denominación a una manera de pensar o de actuar, dotada de cierto predominio y permanencia, que preside los usos de un grupo o las costumbres de un pueblo (deporte, enseñanza, moral, democracia, en fin, toda la vida social), se pasa por Renard, quien la define como «organismo, teniendo fines de vida y medios de acción superiores en poder y duración a los individuos que la componen». De este modo, se ha llegado a aplicar este concepto sin el menor rigor técnico (ejemplos: el fondo de comercio, contrato de adhesión, la huelga).

También se concibe como algo más que una idea y unas normas; comprende tipos jurídicos, que no se reducen a una entidad personificada; es decir, abarca un conjunto de relaciones humanas entre personas o entre personas y cosas. Será así, pues institución la propiedad, en la que la relación social y la forma jurídica coinciden en una apropiación humana de las cosas del mundo circundante (la familia, con su hogar; la nación, con el territorio, etc.) (1).

La Institución es, ante todo, una compleja realidad que pretende resolver ontológicamente el problema sociológico actual mediante la integración de lo individual y lo social. Y es un concepto abierto, pues que se trata de una razón de ser. Es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social (Hauriou).

(1) DE BUEN: «Obligaciones especiales y obligaciones institucionales», *Rev. Cubana de Derecho*. La Habana, julio-septiembre 1943, pág. 270.

Partiendo de la concepción idealista, Hauriou formula en Francia la teoría de la Institución, que después había de asentar sobre bases tomistas Jorge Renard. Allí donde hay una comunidad —dice este autor— y un bien común, existe una Institución en acto o en potencia.

Mas en lo institucional caben dos grados: uno, pleno, que es la Institución-persona, donde al adherirse a la idea directriz, las voluntades humanas originan un nuevo ser con personalidad jurídica; y otro, menos pleno, la Institución-cosa, caracterizada por ser sólo un principio de orientación y limitación que no engendra comunidad propia (v. gr., una regla de derecho).

En la Institución-persona, Hauriou habla de tres movimientos: de interiorización, incorporación y personificación. La idea directriz pasa momentáneamente de su objetividad al estado subjetivo por la conmoción que opera en las conciencias individuales a su contacto. Esta subjetividad provoca en todos y cada uno de los miembros de la comunidad tendencia a la acción. La interiorización prodúcese cuando el elemento poder obra para el bien común en el cuadro de la idea directriz juntamente con las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo. El movimiento de incorporación es resultado de la acción de los miembros en el sentido de asegurar el elemento poder, para que la idea directriz perdure, se adapte y viva de una manera objetiva. Finalmente, el movimiento de personificación tiende a ajustar la continuidad subjetiva, con lo cual obtiene triple beneficio la Institución-persona: poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable.

Luego la Institución-persona significa lo objetivo, lo continuo y lo permanente. Existe en ella una vida interna, de relación de los miembros entre sí y con la Institución; y una vida externa, de relación de la Institución con otras Instituciones o simplemente con los hombres, y ambas vidas son regidas por la autoridad de la Institución.

Renard supera la posición pluralista y armónica de Hauriou al asentar los principios sociológicos que deben servir de ingrediente al Derecho sobre las bases permanentes de la doctrina del Derecho natural. «La teoría de la Institución no es más que la última valoración jurídica de la noción tomista del bien común.» (2).

(2) RENARD: «La théorie de l'Institution», 1930, I, pág. XIV.

Para este autor la distinción del derecho subjetivo y del estatuto —concepto en que se compendian los derechos y deberes que dimanaban de un *status*—, no es más que un nuevo aspecto del dualismo fundamental, sobre el cual se fundamenta la esencia del Derecho y que resuena en todos los ámbitos de la economía jurídica: la persona individual y la Institución.

Estos dos sujetos no son iguales, ni de la misma naturaleza, pues el hombre sobrepasa a la institución en toda la altura que se separa una «fuente de ideas», cual es la razón humana, de la simple idea independizada.

Por consiguiente, la virtud que ofrece la concepción institucional es el sentido ecuaníme que la inspira, al saber conjugar en su contenido el respeto a los derechos individuales y el reconocimiento de los derechos que competen al grupo como agrupación de personas individuales, que al enmarcarse en el mismo se nos presentan con una nueva situación jurídica diversa de la suya particular, dimanante de la personalidad que crean. Por eso, según los institucionalistas, el derecho no tiene solamente por objeto la distinción de lo «mío» y de lo «tuyo», sino el discernimiento de lo «nuestro».

La Institución, que es el «yo social», pluralidad de personas individuales agrupadas en torno a una Idea objetiva, es el fruto desprendido de la personalidad humana mediante un acto jurídico, que se llama fundación; este es, pues, el acto generador de la Institución (3), que tiene su origen en la persona, mas sobrepasándola en duración, continuidad y permanencia. Los hombres mueren, las generaciones se suceden; pero la familia, la nación permanecen con su patrimonio, sus tradiciones y su destino (4).

Es por lo que podemos decir que el contrato, testamento u otra manifestación de la voluntad, pueden hacer más que sentar reglas; esto es, pueden a la vez transformarse en «actos de creación», engendrando de este modo un nuevo sujeto de derecho, que no es más que una Idea separada, emancipada del que la dió —o la dieron— vida al concebirla, rodeándola de medios suficientes para procurar su desarrollo y realización. Y, precisamente, la Institución es la comunión de los hombres en una Idea (5).

(3) RENARD: Op. cit., pág. 158.

(4) RENARD: Op. cit., pág. 31.

(5) RENARD: pág. 95.

La Idea forma entre los miembros de una Institución, un ligamen interior, que es lo que verdaderamente hace un ser jurídico distinto de ellos, aunque sea sostenida por sus personalidades. Esta Idea es su Bien común. Así tenemos Idea del contrato, Idea de la ley, Idea de la fundación..., que es principio directivo y al mismo tiempo principio limitador.

También el derecho natural es esencialmente una Idea o, más bien, un «Sistema de Ideas», cuyo fundamento último es el Orden, la disposición racional del mundo, la Razón suprema de donde procede este Orden; y su fundamento próximo la razón humana, en tanto que ella refleja el Orden del Universo y la Razón de su Autor.

Santo Tomás distingue un derecho natural fundamental, que sería común a los hombres y a los animales; después un derecho natural constituido por las conclusiones deducidas del primero por la razón humana, y, finalmente, un derecho de gentes acreditado por el consentimiento de los hombres; el derecho positivo, que son las normas del legislador dictadas para regular una situación histórica determinada, es yuxtapuesto al derecho natural (6).

Frente a Stammler, que configuró el derecho natural como una envoltura de contenido indefinidamente variable, por cuanto lo único inmutable en él es su concepto formal, esto es, como una mera «etiqueta», Renard dice que dicho derecho es uno y variable, al igual que la naturaleza humana y la sociedad: uno, como la humanidad, diverso como la civilización; pues que si las civilizaciones siguen la ley inexorable del movimiento, es menester también que sus sistemas jurídicos evolucionen con los tiempos. El derecho natural, pues, no se presenta en la posición estática que se le ha reprochado; se mueve, aunque permaneciendo siempre el mismo; se mueve, pero desarrollándose en los diversos medios históricos. Es un derecho en perpetuo devenir, un derecho de contenido progresivo, por asimilación de nociones históricas variables, a una sustancia racional inmutable.

Por eso, no es de ningún modo este derecho un sistema acabado, perfeccionándose a medida que se incorpora en los sistemas de derecho positivo, siendo a éste lo que el sistema nervioso al organismo, condicionándole de este modo su existencia. Y es que el derecho

(6) RENARD: «La Philosophie de l'Institution», 1939, pág. 30.

natural busca siempre el Bien común de la sociedad humana, y, por ende, de las comunidades que la integran, por lo que implica una concepción esencialmente finalista (7).

Para alcanzar esta finalidad dicho derecho impone como principios fundamentales :

1.º El de poder vivir «materialmente» y, por consecuencia, el derecho al mínimo de bienes indispensables para vivir.

2.º El de vivir «intelectualmente», disponiendo de libertad de expresión, amplio desarrollo de la enseñanza y una organización del trabajo, propias a satisfacer las legítimas aspiraciones de la inteligencia.

3.º El de vivir «moralmente», con libertad de actuación y responsabilidad por el acto cumplido y, como secuela, con libertad profesional y obligación de reparar el daño causado.

4.º El de vivir «religiosamente», con libertad de conciencia y de cultos, a fin de responder a las aspiraciones religiosas del hombre.

5.º El de vivir «socialmente» y, por ello, la consagración del principio de autoridad y la limitación de los derechos individuales, cuando sea necesario para el bienestar de la comunidad.

6.º Y el de vivir «sexualmente», respetando las normas morales dictadas por la razón ; de donde el matrimonio y la familia, la protección legal de la infancia y la herencia (8).

Este es el basamento sobre el que Renard levanta su teoría de la Institución.

La Escuela italiana de la Institución, sin olvidar su contenido sociológico, se aparta tanto de la influencia de Hauriou como de Renard ; ni se ve seducida por la concepción idealista ni por la tomista ; más bien pudiéramos decir que responde a un normativismo jurídico inspirado en la teoría orgánica de Gierke, según el cual «es capaz de producir el derecho toda comunidad orgánica» (9).

Figura representativa de esta dirección, entre los juristas italianos, ha sido Santi Romano, que la recogió en sus estudios publicados en los *Annali delle Università toscane*, en los años 1917 y 1918,

(7) RENARD : «La valeur de la loi», 1928, págs. 21 y 22.

(8) RENARD : «Le Droit, l'Ordre et la Raison», 1927, págs. 226 y 227.

(9) *Deutsches Privatrecht*. Leipzig, 1895, I, págs. 119 y 120.

y que han sido reeditados de nuevo en 1945, siendo motivo de una calurosa acogida y comentarios, sobresaliendo como parte fundamental de este estudio la dedicada a la *pluralità degli ordinamenti giuridici*.

En contraposición a Hauriou, no cree este autor que la Institución sea fuente de derechos, sino que propugna la perfecta identidad entre dicho ente y el ordenamiento jurídico, si bien considera necesario para alcanzar dicha concepción superar la doctrina tradicional que concibe el derecho sólo como norma o complejo de normas. Luego Derecho no es únicamente la norma que se impone, sino la entidad misma que impone tal norma; y ésta se reduce a uno de los modos con que aquél opera y alcanza su fin. La objetividad de la norma es un mero reflejo de la del ordenamiento jurídico, que es el máximo grado en que la norma afirma su existencia y estructura.

Son elementos esenciales al Derecho:

1.º El concepto sociedad, pues lo que no supera la vida del particular, como tal, no es derecho (*ubi ius ibi societas*), y, además, no hay sociedad, en su sentido estricto, sin que en la misma se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi ius*), por cuanto supone una entidad que constituye, formal e intrínsecamente, una unidad concreta distinta de los individuos que en la misma se comprenden.

2.º Implica la idea de orden social, por lo que se ha de excluir todo elemento que conduzca al puro arbitrio o a la fuerza material. De este modo toda manifestación social, por el sólo hecho de ser social, es ordenada, por lo menos respecto a los coasociados; y

3.º Por existir el Derecho antes de ser norma o conjunto de relaciones sociales, es de notar requiere la existencia del elemento organización, estructura, que es la posición de la misma sociedad en la que se desarrolla y que él mismo constituye como unidad, como ente por sí. De donde, que el término exacto de aquel Derecho, como ordenamiento jurídico considerado complejo y unitariamente, es el concepto de Institución, hallándonos en presencia de una ecuación necesaria y absoluta.

En su consecuencia, el Derecho, en sentido objetivo, puede comprender un doble significado:

a) Un ordenamiento en su conjunto y unidad, esto es, una Institución.

b) Un precepto o conjunto de preceptos (sean normas o disposiciones particulares), que llamaremos institucionales por la conexión que tienen con el ordenamiento, por ser el que les atribuye su carácter jurídico.

Resulta de lo expuesto que es vano proponerse una diferenciación tajante del fenómeno jurídico respecto de la religión, moral, economía, etc., que como manifestaciones del espíritu humano pueden integrar el mundo jurídico y formar su contenido, toda vez que dichas materias entran en la órbita de una situación. El Derecho representa, pues, no sólo una aportación de moral, sino también de economía, costumbre, técnica, etc.

He aquí por qué la concepción institucional supera la Kelseniana, para la cual todo lo que no es técnica jurídica cae fuera del Derecho, viniéndose a enriquecer el contenido de éste con el denominado ingrediente sociológico. De otra parte, al equipararse los conceptos de ordenamiento jurídico e institución, se tiene que habrá pluralidad de ordenamientos lo mismo que la hay de instituciones, aun cuando algunas aparezcan conexas de modo que sus ordenamientos, distintos bajo algunos aspectos, constituyan desde otros puntos de vista partes de un más amplio ordenamiento, esto es, de una institución de la que son elementos integrantes, que gozan, sin embargo, de independencia y autonomía.

Por consiguiente, afirmando la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, rebatimos la tesis que pretende reducir toda la vida jurídica a la del derecho del Estado, en cuyo caso las normas no estatales serían antijurídicas, cuando el derecho se determina perfectamente sin necesidad del estatal, mientras, por el contrario, no es posible definir el Estado sin recurrir al concepto de derecho: el mismo no es una unión material de hombres, un agregado de hecho, sino una comunidad organizada, es decir, un ente jurídico, uno de los varios ordenamientos que la realidad presenta (10).

Insistiendo en esta misma línea del pensamiento, Cesarini Sforza ha sostenido que el derecho de los particulares no coincide con la expresión derecho privado, porque este último supone un conjunto de normas estatales dirigidas a regular las relaciones entre personas

(10) SANTI ROMANO: «L'Ordinamento giuridico». Roma, 1945

privadas, mientras aquél, por el contrario, aunque ordena relaciones también entre individuos; dichos preceptos, no obstante, no emanan, ni inmediata ni mediatamente, del Estado (11).

Concebir el Derecho independientemente del Estado, no significa destruir la construcción jurídica que sobre el hecho y el concepto estatal se erigen, sino ampliar su ámbito a una más vasta realidad del Derecho. El reconocer, según la concepción subjetiva, que el Derecho vive también en relaciones que no traen su existencia jurídica de la voluntad del Estado, equivale a admitir que hay una misma sustancia espiritual, tanto en el ordenamiento jurídico, cuyo supremo principio se identifica con la voluntad normativa estatal, cuanto en aquellos otros ordenamientos que se conectan a voluntades normativas no estatales.

Así, pues, vemos que el movimiento institucionalista al presentar un contenido netamente social, constituye una reacción contra los Códigos civiles vigentes, que están inspirados en la idea individualista. Por eso, tanto Hauriou, con su «idea objetiva», como Renard con su «bien común», y Santi Romano en su equiparación a «ordenamiento jurídico», a lo que aspiran no es a la sola destrucción del orden jurídico vigente, sino a reemplazarlo por una nueva concepción del Derecho, más acorde con las necesidades de la época actual, por responder en mayor grado a su satisfacción y a las exigencias de justicia de que el mundo está necesitado. A este fin se encamina el defender el derecho de libertad jurídica que corresponde al individuo conforme a derecho natural, y la que atañe a la persona social como sujeto de derecho, viniendo a limitar, de este modo, el poder omnímodo de que se ha investido el Estado, con detrimento de los derechos esenciales de la persona.

Las tres direcciones que hemos señalado dentro de la teoría de la Institución están animadas de este mismo propósito de enaltecer los derechos individuales y sociales frente al derecho del Estado. De aquí que Hauriou, al concebir la Institución como la idea directriz que agrupa en su torno la voluntad libre de los individuos, que al agruparse crean una personalidad distinta de la suya particular, pone de manifiesto que el derecho positivo de un pueblo no debe des-

(11) «Il diritto dei privati», *Rev. it. per le Scienze giuridiche*. Roma, 1929, pág. 45 y sgs.

conocer esta situación de hecho que implica una verdadera realidad jurídica, siempre que no vaya contra los supremos principios de la moral. Es por lo que Renard centra la cuestión en el «bien común», que al venir a satisfacer los fines temporales y trascendentes del hombre, basa la teoría de la Institución sobre los sólidos y perennes principios del derecho natural, que han de irradiar todo derecho positivo que sirva a la Justicia. Y, finalmente, la posición de Santi Romano, aun cuando no haga referencia para nada al derecho natural, significa romper con el estatismo del derecho de Estado, reemplazándolo por un orden jurídico dinámico que está atento a las exigencias sociales de la comunidad.

Y es que el derecho del Estado puede a veces no coincidir con el bien común de la sociedad que él personaliza, o no acertar a satisfacer todas las necesidades de la misma. Luego, considerando que todo Derecho u ordenamiento jurídico debe hallarse inspirado en el principio del bien común, tenemos que resulta lógica la subsistencia de entes jurídicos que vengán a contrarrestar las extralimitaciones del Poder estatal y la de otros órdenes que faciliten la creación jurídica a que el derecho positivo no puede atender, por producirse relaciones sociales al margen de su esfera.

Es obvio, por tanto, que si la persona individual constituye la unidad social, y el bien común es el fin del todo social, el Derecho ha de estar ordenado hacia la consecución de éste. Y el bien común social está por cima de la voluntad del Estado, en cuanto no se concibe la existencia de una autoridad social que no esté al servicio del bien común, lo mismo que no hay libertad individual más que al servicio de la razón. Es por lo que el bien común es la «razón social», cuya finalidad es el bienestar de los individuos en el seno de la sociedad. De donde que el bien particular no puede ser satisfecho íntegramente sin que al mismo tiempo sea alcanzado el bien común de la familia, de la ciudad, de la patria, etc., de cuyas comunidades el individuo es miembro. Esto es, *L'ideal personnel n'est pas réalisable que dans la mesure où l'ideal commun est lui-même réalisé* (12).

Asimismo, el bien común depende materialmente de los bienes individuales, como el todo depende de sus partes, por lo que implica

(12) LACHANCE: «La concept de Droit selon Aristote et S. Thomas», 1933, págs. 193 y 197.

siempre una comunidad de la cual es alma, de igual modo que la comunidad es alma de la institución. El bien común crea la institución cuando arraiga en un cierto medio humano, que la informa, organiza y especifica frente a los demás entes jurídicos, haciendo surgir el poder. Podemos afirmar, pues, que la institución es la organización jurídica del bien común (13).

Habida cuenta de lo expuesto, deducimos que la institución es necesaria al individuo para el cumplimiento de su fines jurídicos en un ambiente comunitario, si bien no todas las instituciones protegerán las actividades individuales con idéntica intensidad (v. gr., la familia, la Universidad); pero a lo que sí responderán todos estos cuerpos sociales es a exigencias del bien común.

Podemos ya decir que si Hauriou tuvo el acierto de vislumbrar un mundo jurídico objetivo en conexión con el subjetivo, levantando poderes sociales frente al del Estado, y Santi Romano proclamar el pluralismo jurídico, demostrando la existencia de ordenamientos jurídicos fuera de la órbita del derecho positivo, es de notar, sin embargo, que ha sido Renard, especulando con principios filosóficos, quien ha proporcionado base firme a la teoría institucional. Estaremos tan sólo ante el concepto institución, cuando la idea directriz de Hauriou o el ordenamiento jurídico de Santi Romano sirvan vitalmente al principio del bien común, teniendo en cuenta que éste integra ese sistema de ideas que llamamos Derecho natural.

Luego ya podemos ofrecer un concepto de la Institución, recogiendo las notas esenciales que en ella destacan, diciendo que es «aquel cuerpo social, con responsabilidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias del bien de la comunidad, y del que derivan para sus miembros situaciones objetivas jurídicopersonales —o *status*—, que les invisten de derechos y deberes estatutarios».

DR. LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE

Profesor A. de la Universidad Central

(13) JACHANCE: Op. cit., pág. 201, Renard, «La théorie de l'Institution», pág. 293, y «La Philosophie...», págs. 67 y 68.

La devolución de ingresos indebidos por el Impuesto de Derechos reales

I. FUENTES

La cuestión de la devolución de ingresos indebidos se halla regulada en nuestra legislación por dos tipos de fuentes : a) Las generales y comunes a todos los impuestos ; más concretamente, los artículos 6.º y 118 del Reglamento de procedimiento económicoadministrativo de 29 de julio de 1924. b) Las fuentes especiales o peculiares de cada impuesto ; en el caso del de Derechos reales se hallan constituidas por los artículos 207 a 211 del Reglamento vigente, que lleva fecha 7 de noviembre de 1947.

Precisamente el primero de tales artículos, el 207, establece en su párrafo 1 : «La tramitación de todos los expedientes y reclamaciones que se produzcan referentes al Impuesto de Derechos reales se ajustará a lo prevenido en la Ley de 19 de octubre de 1889 y en el Reglamento del procedimiento de las reclamaciones económicoadministrativas de 29 de julio de 1924, modificado por Decreto de 2 de agosto de 1934, salvo aquellos para los cuales se determine en el presente una tramitación especial.»

No se hallan, pues, privadas de interés las fuentes generales más arriba enumeradas, aun tratándose concretamente del Impuesto de Derechos reales, pues para casos de inexistencia de tramitación especial en éste regirá el *ius commune* del procedimiento económicoadministrativo, o sea, el Reglamento de 29 de julio de 1924.

II. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA ESTUDIADA

En el Reglamento de procedimiento económicoadministrativo, dos son los supuestos previstos de devolución de ingresos : a) El del artículo 6.º, en que la devolución viene motivada por la duplicación de

pago o el error de hecho ; y b) El del artículo 118, en que se debe la devolución a una resolución firme de recurso, reclamación o expediente.

En el Reglamento del Impuesto de Derechos reales es preciso separar los supuestos siguientes :

a) El del artículo 207, párrafos 3.º y 4.º, relativos al caso de errores materiales, marífiestamente comprobados antes que se realice el ingreso. Según dichos párrafos :

«3.º Esto no obstante, cuando en dichos actos se padezcan errores materiales comprobados, antes de verificarse el ingreso de las cantidades liquidadas podrán las Oficinas liquidadoras instruir de oficio, o a instancia de parte, el oportuno expediente para su rectificación, la cual podrá acordar el Delegado de Hacienda, con informe del Abogado del Estado y del Interventor, dejando en todo caso unidos, como justificantes de la liquidación que nuevamente se practique, la que fué objeto de rectificación, o certificación de la misma, y el expediente en que se acordare, haciéndolo también constar en la casilla correspondiente del libro registro de liquidaciones.

4.º Si el Interventor o el Abogado del Estado se opusieren a la rectificación, ésta no podrá acordarse sino a virtud de reclamación de los interesados, que se tramitará en la forma prevenida en el citado Reglamento del procedimiento.»

El caso indicado se halla también previsto en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento de procedimiento económicoadministrativo, que prevé el caso de que la Administración advierta los errores de hecho antes de que se realice el ingreso correspondiente en las arcas del Tesoro, ordenando se rectifiquen de oficio las liquidaciones mediante expediente sumario, a propuesta de la Oficina gestora o de la Intervención, oyendo siempre a ésta y acordando en definitiva lo procedente el Centro ministerial o la Delegación de Hacienda.

No se trata, propiamente hablando, de un caso de *devolución* de ingreso indebido, sino de *evitación* de tal ingreso ; la corrección del error de oficio hace que el caso tenga poco interés para el contribuyente. Además, repetimos, no es un supuesto de devolución de ingreso, ya que el pago no se ha verificado, lo que nos veda un estudio de dicha cuestión en el presente trabajo.

b) El del artículo 210, en que al no darse los requisitos pre-

vistos por el artículo 208 para la devolución propiamente dicha (duplicación de pago o notorio error de hecho), la tramitación es la corriente en el procedimiento económicoadministrativo, sin más particularidad que la expresada por el artículo 210, párrafo 2.º, según el cual «será trámite necesario el informe del Liquidador que hubiese realizado el acto administrativo reclamado».

Este caso podrá dar lugar, de prosperar la reclamación, a la devolución prevista en el artículo 118 del Reglamento de procedimiento, de cuya transcripción prescindimos en gracia a la brevedad.

c) Semejante al caso del artículo 118 del Reglamento de procedimiento económicoadministrativo es el previsto en el artículo 211 del Reglamento de Derechos reales, relativo al caso en que por fallo firme de los Tribunales competentes o acuerdo administrativo de la misma naturaleza hubiere lugar a la devolución a los contribuyentes de la multa, partes de multas u honorarios percibidos por los Liquidadores del Impuesto en los partidos judiciales; la tramitación es también en estos casos de oficio, lo que nos releva de un estudio más amplio de dicho precepto.

d) El caso que verdaderamente nos interesa, y que da lugar al presente trabajo, es el de los artículos 208 y 209, referente ya concretamente a devolución de ingresos motivada por duplicación de pago o notorio error de hecho. El primero de los citados artículos regula los supuestos de aplicación de la cuestión; y el 209 el procedimiento o tramitación del expediente.

III. CONDICIONES DE FONDO DE LA DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS

Según el artículo 208:

«Cuando los contribuyentes se consideren con derecho a la devolución de cantidades satisfechas por el Impuesto, bien por error de hecho o duplicación de pago, o ya por haberse cumplido alguna de las condiciones o requisitos que conforme a este Reglamento dan lugar a aquélla, podrán solicitarlo de la Delegación de Hacienda, dentro del plazo de cinco años, que se contará, según los casos, con sujeción a las siguientes reglas:

1.º En los de adjudicación para pago de deudas, desde el día

siguiente a la fecha de la estructura de venta, cesión o adjudicación de los bienes inmuebles o Derechos reales adjudicados con dicho objeto, siempre que aquélla se hubiere otorgado dentro del plazo que señala el artículo 9.º de este Reglamento.

2.ª En las devoluciones por cumplimiento de condiciones resolutorias o en virtud de sentencias o resoluciones administrativas declaratorias de la rescisión o nulidad de actos o contratos, desde el día siguiente al en que se cumpla la condición o sea firme la sentencia o resolución.

3.ª En las devoluciones motivadas por error puramente material o de hecho, como equivocación aritmética al verificar la liquidación o señalamiento de tipo que no corresponda al concepto liquidado, y en las que se funden en duplicación de pago de la misma cantidad en una o en distintas Oficinas liquidadoras, a partir del día siguiente a la fecha en que se verificó el ingreso que se considere indebido.»

Distingue el párrafo primero los dos supuestos de devolución, también recogidos por el artículo 6.º del Reglamento de procedimiento, a saber: duplicación de pago y notorio error de hecho.

A) Duplicación de pago.

El concepto de duplicación de pago no se halla definido en nuestro Derecho, mas es evidente que si desde un punto de vista civil el pago de la obligación es la forma más corriente de extinción de la misma, el verificar doble pago supondrá la entrega de una prestación al acreedor cuando éste ya ha sido debidamente satisfecho y, en consecuencia, la obligación se ha extinguido.

Llevada la doctrina al campo administrativo, es evidente que si la obligación tributaria ha sido debidamente extinguida por pago no procede un nuevo pago, pues en este caso se originará un evidente enriquecimiento de quien antes fué acreedor (el Estado).

La cuestión de duplicación de pago no es fácil se produzca por girarse por el mismo Organismo administrativo (Oficina liquidadora, en nuestro caso), dos liquidaciones por el mismo acto sujeto a tributación y por el mismo concepto tributario. Ello supondría una evidente irregularidad administrativa. Pero ya la regla tercera del artículo 208 prevé la duplicación de pago «en una o en distintas Oficinas liquidadoras», lo cual ya es más explicable.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este concepto se ha referido en la totalidad de los casos a supuestos en que un acto había dado lugar a varias liquidaciones e ingresos de cuotas tributarias; una a favor del Estado y otra, por liquidación distinta, a favor de Diputación foral con régimen autónomo u Organismo semejante. La duplicación es en estos casos más explicable, pero aun en ellos ha declarado con reiteración el Tribunal Supremo que sigue existiendo, sobre todo a efectos de dar lugar a la devolución de la última de las cuotas satisfechas. La doctrina del Tribunal Supremo se ha formado poco a poco:

Así, en Sentencia de 16 de enero de 1914, el Tribunal Supremo, amparándose en que en vía administrativa se había limitado el Estado a rechazar por extemporánea la reclamación por no haberse producido en el plazo de quince días (ver artículo 210 del Reglamento del Impuesto), declara: «Que la cuestión planteada ante la Administración activa por la sociedad... está comprendida a los efectos del plazo para solicitar la devolución de cantidades en el artículo 137 (hoy 208) del Reglamento sobre el Impuesto de Derechos reales y que, en su consecuencia, aquélla está en el deber de dictar la Resolución que estime justa sobre la procedencia o nulidad de las liquidaciones de que se trata, conceptos que entrañan y coexistencia legal de ambas para determinar en definitiva si debe o no apreciarse duplicación de pago, y si ha lugar a la devolución de alguna cantidad, previos los esclarecimientos que estime del caso si los consideran necesarios o convenientes.»

Con limitaciones idénticas se dictó la Sentencia de 10 de enero de 1916, que declara que la cuestión «está comprendida a efectos del plazo para solicitar la devolución de cantidades en el artículo 137 (hoy 208) del Reglamento del Impuesto de Derechos reales; y que, en su consecuencia, está la Administración en el deber de dictar la Resolución que estime justa sobre la procedencia o nulidad de las liquidaciones de que se trata, conceptos que entrañan, y coexistencia de unas y otras para determinar en definitiva si debe o no apreciarse duplicación de pago, y si ha lugar a la devolución de alguna cantidad, previos los esclarecimientos que estime del caso, si los considera necesarios y convenientes.»

Y añade la misma Sentencia, entrando en parte en el fondo de

la cuestión: «Que el hecho de regir en Vizcaya para la cobranza del Impuesto un Reglamento especial, aprobado por su Diputación en 5 de enero de 1907, no significa más que el debido ejercicio de un derecho de elección de medios por parte de quien viene llamado autorizadamente al cumplimiento de una obligación, sin que por tal accidente pueda quedar olvidado el origen de esto y desnaturalizadas sus legítimas consecuencias, ni llegar tampoco a la conclusión acogida sin valedero apoyo en el acuerdo recurrido, de que en Vizcaya no existe un verdadero Impuesto de Derechos reales, sino un arbitrio especial creado con el mismo nombre.»

La Sentencia que más abiertamente plantea y resuelve esta cuestión es la de 1 de julio de 1916, que declara que «aunque no se trate de una duplicación de pago con relación a la misma persona o entidad, sino de un sólo acto que originó dos exacciones» ello es «cosa inadmisibile, por cuanto un mismo acto no puede ser gravado dos veces por igual concepto, y es procedente dar lugar a la devolución de ingreso indebido solicitada por la persona que no podía calificarse de contribuyente...»

Finalmente, la Sentencia de 5 de julio de 1920 parte del supuesto de que es indebido uno de los ingresos cuando se han verificado dos por el mismo concepto tributario y en razón del mismo acto sujeto, si bien no concede la devolución por no reclamarse sobre el ingreso que supuso duplicación de pago, sino sobre el primeramente verificado; dice: «Que las razones expuestas demuestran que no puede calificarse como indebido el ingreso impugnado, ni aun en el supuesto que se alega de habérselo cometido duplicación de pago... porque de haberse cobrado en esa Oficina el Impuesto especial por la transformación de otros bienes que los sujetos al régimen foral, el ingreso indebido sería éste evidentemente, que por no haber sido impugnado en vía gubernativa ni en la contenciosa, no puede ser objeto de examen por este Tribunal.»

B) Notorio error de hecho.

1. Son los casos más frecuentes. Para que dé lugar a devolución de ingreso indebido, es preciso que el error de hecho sea imputable a la Administración o al contribuyente. Un detenido estudio de este punto impone plantear en toda su extensión el tema de la distinción entre error de hecho y de derecho como previo para la

determinación en cada caso de si existirá el error necesario para que la devolución proceda. El hecho de que prácticamente la Administración tenga tendencia a refugiarse en la presunta existencia de un error de derecho obliga a verificar este estudio con mayor detenimiento, dado que, además, como veremos, los tipos de error mencionados por la regla tercera del art. 208 del Reglamento del Impuesto —lo mismo que los del párrafo primero del artículo 6.º del Reglamento de procedimiento— no constituye una enumeración exhaustiva, un *numeros clausus*, sino una mención *ad exemplum*, y por ello conviene determinar con toda precisión los límites del error de hecho para su aplicación a esta cuestión.

El concepto de error de hecho y su distinción del de Derecho ha apasionado ya desde la antigüedad a los juristas. En su trabajo «Apuntes para el estudio de los errores de hecho y de derecho en casación; el documento público y el documento auténtico», recogido en los «Anales de la Academia Matritense del Notariado» (tomo I, páginas 561 y siguientes), estudia D. MANUEL DE LA PLAZA este tema en sus aspectos históricos, citando (página 571) dos textos: uno del Digesto y otro contenido en la Constitución del Emperador Alejandro «quando provocare non est necesse». En el primer texto citado, el juzgador había de precisar si, en efecto, existe el precepto legal aludido (*quaestio iuris*) y si realmente se dan en el solicitante las condiciones preestablecidas en la norma (*quaestio facti*). En el segundo, referente a la validez de un testamento, el juzgador había de resolver: si existe la norma y dice lo que se le atribuye (*quaestio iuris*) o si, aun existiendo, es o no verdad el supuesto de hecho (*quaestio facti*).

Según ello, puede separarse: 1) La cuestión de si existe la norma y dice lo que se le atribuye: existencia e interpretación de la norma (*quaestio iuris*); 2) La cuestión de si se dan en el solicitante las condiciones establecidas en la norma, si el supuesto de hecho coincide o no con el contemplado por la norma (*quaestio facti*).

En el mismo sentido, la doctrina moderna refiere el error de Derecho a «la existencia o contenido de una norma jurídica» o interpretación de su significado con aplicación a una situación que no regula y, por tanto, también atribución a un hecho o una relación de una calificación jurídica distinta de la que le es propia; y, finalmente,

suposición de la vigencia de una norma inexistente. Es, en cambio, error de hecho el referente a la existencia o modo de ser en concreto de un hecho o relación de la vida real, aunque constituya, a su vez, la hipótesis material prevista por una norma que la enlaza con una situación jurídica» (BETTI, «Teoría general del negocio jurídico», trad. esp.; 1950, pág. 334).

Como dice LEGAZ Y LACAMBRA («Introducción a la Ciencia del Derecho», Barcelona, 1943, pág. 449), «el error es, como ya había visto ALFONSO DE CASTRO (*La fuerza de la Ley Penal*, ed. SÁNCHEZ GALLEGO, lib. II, vol. II, pág. 237), aquella forma de ignorancia que ARISTÓTELES llamaba de disposición, y que consiste en juzgar de un objeto en un modo distinto a como es en la realidad», y, por tanto, puede referirse tanto a los hechos que forman el supuesto de la norma jurídica como a la existencia y contenido de la misma.

Sabido es que tradicionalmente se ha considerado la norma jurídica como una proposición condicional, que se formula en los siguientes términos: si es A (supuesto de hecho), es B (disposición legal). En la aplicación al caso concreto, el juez o intérprete ha de suprimir el caso en la norma y razonar de la forma siguiente: es A (se da el supuesto de hecho previsto por la norma), luego es B (ha de aplicarse el precepto contenido en la norma y dictado para ese caso).

En este silogismo, el error de hecho puede darse sobre la segunda premisa, esto es, sobre la existencia de un supuesto de hecho idéntico al previsto por la norma. Es, en cambio, cuestión jurídica la de existencia e interpretación de la disposición legal y la de aplicación de sus preceptos al caso idéntico al contemplado por la norma.

Y, por tanto, el error de hecho es el error referente a la cuestión de si se dan en el caso a resolver las condiciones establecidas por la norma; y el error de Derecho el referente a la existencia e interpretación de dicha norma.

2. El Tribunal Económico Administrativo Central ha tratado de fijar el concepto del error de hecho en Resolución de 1 de mayo de 1945, precisando que se trata del que «versa sobre un hecho que tenga una realidad objetiva»; en la de 17 de julio de 1945 da el concepto de error de hecho diciendo que se trata de aquellos errores «relativos a los hechos sobre los cuales se aplican los preceptos legá-

les correspondientes»; y frente a ello fija, en Resolución de 9 de octubre de 1945, el concepto de error de Derecho como el derivado de «una interpretación de leyes». Finalmente, la Resolución de 26 de noviembre de 1946 distingue el «error material o de hecho» y el «error esencialmente de Derecho o de concepto», toda vez que se trata de la interpretación de los preceptos legales.

La Resolución reciente de 2 de febrero de 1951 identifica el error de Derecho con la cuestión «de aplicación o inaplicación de una norma legal». Y la de 9 de febrero del mismo año declara en sus considerandos tercero y cuarto «que en reiteradas Resoluciones de este Tribunal Central, entre ellas en la de 15 de enero de 1935, se ha mantenido la doctrina de que los errores de hecho sólo pueden referirse a los que tienen una realidad independiente de toda opinión; mientras que los errores de Derecho se derivan de la interpretación de las leyes, doctrina que marca con perfecta claridad el ámbito de aplicación del artículo 6.º del Reglamento de procedimiento, que sólo corresponde a los primeros, ya que los errores de Derecho en cuanto al plazo de reclamación tienen señalado el taxativo de quince días hábiles que establece el artículo 62 del propio Reglamento».

3. El Tribunal Supremo ha delimitado con claridad y reiteración el error de hecho frente al de Derecho partiendo de idénticos principios. Por vía de ejemplo examinaremos las siguientes Sentencias:

La de 19 de mayo de 1916 dice que no puede confundirse el error de mero hecho «con el error de Derecho en que haya incurrido la Administración, aplicando equivocadamente los textos legales que condicionen el tributo u omitiendo la aplicación de alguno de ellos».

Las Sentencias de 15 de enero y 22 de febrero de 1916 separan el «error... material o de hecho» del «error esencialmente de Derecho, de doctrina, de interpretación de leyes».

La Sentencia de 3 de abril de 1916 dice que «el error en que pueda haberse incurrido al incluir el contrato en un texto legal distinto del adecuado, no dependerá de ninguna equivocación motivada por haber partido de hechos inexactos, sino de la indebida aplicación, torcida interpretación o directa violación del precepto en que los del adecuado, habrían de comprenderse».

La Sentencia de 28 de mayo de 1918 declara: «Siendo, por lo

tanto, la cuestión planteada la de si el contrato está o no sujeto a tributación, no cabe dudar que en el supuesto de haberse cometido error no lo será de hecho o puramente material, sino que afectará a la calificación jurídica, más o menos acertada, del acto consignado en el documento y, por consiguiente, un error de concepto y de doctrina.

En idéntico sentido pueden citarse las Sentencias de 21 de diciembre de 1923, 7 y 15 de octubre de 1927, 31 de octubre de 1929, 24 de enero de 1930, 3 de enero de 1942 y 23 de diciembre de 1948.

Las Sentencias citadas constituyen sólo una parte del caudal jurisprudencial que se ha producido en torno a la diferencia del error material o de hecho y del error de Derecho, de concepto, doctrina o interpretación de leyes. Mas la doctrina es uniforme.

4. El Reglamento del Impuesto de Derechos reales, siguiendo la orientación del artículo 6.º del Reglamento de procedimiento, no se limita a hablar en general del error de hecho como supuesto de devolución, sino que, paralelamente también al tan citado artículo 6.º, habla la regla 3.ª del artículo 208 del Reglamento de Derechos reales de devoluciones motivadas por error material o de hecho «como equivocación aritmética al verificar la liquidación o señalamiento de tipo que no corresponda al concepto liquidado».

Plantéase el tema, con ello, de si los casos de error de hecho enunciados en dicha regla 3.ª son los únicos que pueden ser alegados como causa de devolución de ingresos, o sea, si tal enumeración es limitativa o simplemente «ad exemplum». Es evidente la utilidad práctica de esta investigación; pues, en caso de que la enumeración no fuera limitativa, habría otros tipos de error de hecho además de los enunciados, que podrían dar lugar a devolución de cantidades indebidamente ingresadas.

Como decía DUARENO, «laxiores habenas in quaestionibus facti quam in quaestionibus iuris» (son más flexibles las riendas del juez en las cuestiones de hecho que en las de Derecho) (PLAZA, l. c., páginas 571-2). Los hechos son siempre difíciles de captar por la norma, por ser vida, realidad, y en ellos ha de manifestarse siempre un prudente arbitrio del juzgador; de ahí que las enumeraciones de supuestos de hecho rara vez son limitativas, persiguiendo sólo la norma una enunciación que suministre al juzgador un criterio para la re-

solución de los casos análogos. El arbitrio del juzgador ha de existir con relación a los hechos, no en lo referente al Derecho; como dijo PAPINIANO, «facti quidem quaestio sit in potestate iudicantium, iuris tamen auctoritas non sit».

Una interpretación literal del precepto de la regla 3.^a del artículo 208 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales lleva ya a creer que tal enumeración no es limitativa, sino enunciativa. Dice, en efecto, el precepto que procede la devolución por error puramente material o de hecho *como* equivocación aritmética al verificar la liquidación... Tal expresión *como* viene a querer decir, y es el sentido concorde con la letra del precepto, como por ejemplo o verbigracia. Caso de querer limitar los tipos de error o de hecho, se habría hecho la enumeración pertinente, dándole carácter limitativo.

En este mismo sentido ha interpretado dicho precepto el Tribunal Económico Administrativo Central, y en su Resolución de 17 de julio de 1945 dice: «Los errores materiales o de hecho a que se refieren los artículos 6.º y 208 de los Reglamentos anteriormente citados (el de procedimiento y el del Impuesto de Derechos reales, respectivamente), son aquéllos que, como los que *en forma enumerativa* se citan en los mismos, consisten en una equivocación aritmética o en la aplicación de un tipo distinto del que corresponde al concepto liquidado, o *en otros de naturaleza análoga*, relativos todos a los hechos sobre los cuales se aplican los preceptos legales correspondientes...»

El Tribunal Supremo en repetidas Sentencias ha establecido la misma interpretación de dicho precepto. Así, dijo ya en la Sentencia de 9 de julio de 1906: «Tal error es puramente material o de hecho, razón por la que se halla comprendido de lleno en el artículo 137 (hoy 208) porque la regla 3.^a del mismo, al expresar que esos errores pueden ser debidos a equivocación aritmética o a señalamiento de tipo que no corresponda al concepto liquidado, lo hace por vía de ejemplo, según lo indica el adverbio de modo «como» que emplea para definir dichos errores y no excluye... el de autos, en que evidentemente el error no puede ser calificado de otra manera, toda vez que sería absurdo calificarlo como de concepto; y siendo esto así, la reclamación de los interesados está deducida en tiempo, puesto que,

conforme al tan repetido artículo, tienen cinco años, contados desde la fecha del ingreso indebido.»

También se expresa con claridad la Sentencia de 20 de marzo de 1915 al decir «que el mencionado artículo 137 (hoy 208) declara o define los errores de hecho de un modo enunciativo, y no limitativo, pues estima como tales los puramente materiales, como la equivocación aritmética al verificar la liquidación o señalamiento de tipo que no corresponda al concepto liquidado».

La Sentencia de 3 de enero de 1942 admite el criterio de semejanza al decir en su considerando segundo: «Lo indiscutible es que el acto no corresponde a ninguno de los casos nominalmente previstos en el artículo 6.º del mencionado Reglamento, ni es *semejante a ninguno de ellos*, sino que implica un error de concepto, una cuestión puramente de Derecho.»

Finalmente, la Sentencia de 23 de diciembre de 1948 dice en su considerando tercero: «Que sea cual fuere el criterio propio o la procedencia del Derecho alegado, es lo cierto que no puede sustanciarse a base de un proceso de rectificación de errores de hecho regulado en el artículo 6.º del Reglamento de procedimiento económico-administrativo citado en la demanda, porque el mismo precepto lo explica con mención de dos casos de error: equivocación aritmética al liquidar o señalamiento de tipo que no corresponda al concepto liquidado; y ninguno de estos errores *ni otro análogo* invoca la Compañía recurrente...»

No es, pues, limitativa, sino meramente enunciativa la enumeración del artículo 6.º del Reglamento de procedimiento y de la regla 3.ª del artículo 208 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, no siendo, consiguientemente, preciso en cada caso concreto que se demuestre el encuadramiento en alguno de los tipos mencionados por dicho artículo, bastando con que se demuestre la existencia de un error de hecho. En tal sentido, el mismo Tribunal Supremo, aparte de los casos citados en la regla 3.ª del artículo 208, ha venido a establecer a través de diversas Sentencias que los errores en la fijación de la base imponible constituyen errores de hecho.

Así, la Sentencia de 9 de julio de 1906 declaró «que procede acordar la devolución consiguiente a un pago verificado por error de la Administración y consistente en haber tomado *como base* de la li-

quidación la totalidad de la finca cuya transmisión motivó el impuesto, cuando consta que sólo una parte de ella fué adjudicada al reclamante».

La Sentencia de 20 de marzo de 1915 dice que «es evidente que el no haber computado las cargas para determinar si eran o no deducibles, a fin de fijar, en su consecuencia, el valor de los bienes sujetos al Impuesto, constituye un error de hecho».

Y la Sentencia de 11 de febrero de 1931, en relación con un caso de Patente de Automóviles, admite también un error en la fijación de la base como error que puede dar lugar a devolución; doctrina igualmente aplicable al caso del Impuesto de Derechos reales aquí considerado.

IV. DEVOLUCIÓN DE INGRESO INDEBIDO Y FIGURAS JURÍDICAS AFINES

Procede, a veces, también la devolución del ingreso indebido tomando por base la regulación civil del pago de lo indebido y del enriquecimiento sin causa. Tales doctrinas civiles han sido invocadas por el Tribunal Supremo en varias ocasiones a estos efectos, pudiéndose mencionar las Sentencias de 11 de febrero de 1931, 18 de octubre de 1933 y 24 de noviembre de 1948. Todas ellas se expresan en el sentido de que en la devolución de ingreso indebido por error de hecho se dan los requisitos necesarios para la existencia del cuasi contrato de pago de lo indebido, cuyo efecto esencial, de acuerdo con el artículo 1.895 del Código Civil, es que el accipiens, el Estado, devuelva al solvens, el contribuyente, la cantidad indebidamente pagada.

Suelen darse también en estos casos los supuestos del enriquecimiento sin causa, dado que el cobro de lo indebido ha sido considerado siempre como supuesto de tal enriquecimiento, por lo que ya en Derecho romano se creó a estos efectos la *condictio indebiti*, acción personal contra el que recibió un pago indebido y que permitía al solvens reintegrarse de su pago y obtener así reparación pecuniaria de tal perjuicio. La *condictio indebiti*, reflejada en los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil, requiere para su exis-

tercia: a) Enriquecimiento del accipiens; b) Empobrecimiento del solvens; c) Falta de causa. Todos estos requisitos se dan en la institución que nos ocupa.

En último término, son frecuentes los casos en que procede la devolución del ingreso indebido por razones de equidad, que han encontrado protección de nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. En tal sentido pueden citarse las Sentencias de 28 de febrero, 9 y 25 de abril y 9 de diciembre de 1907; 31 de diciembre de 1908 y 18 de octubre de 1933, que creen proceder con arreglo a la equidad al ordenar la devolución de lo cobrado por error a que fué inícuído el contribuyente por la actuación de mala fe de la Administración.

V. TRAMITACIÓN DE LA DEVOLUCION DE INGRESOS

Supuesto previo para tal tramitación es el planteamiento de la cuestión correspondiente en el plazo de cinco años previsto en el artículo 208 del Reglamento del Impuesto. En cuanto a la aplicación de dicha regla general a diversos casos particulares, pueden consultarse las reglas 1.^a a 3.^a del mismo artículo, ya más arriba transcritas.

En cuanto al procedimiento a seguir en estas devoluciones, dicta normas el artículo 209 del mismo Reglamento, de cuya transcripción prescindimos por brevedad.

PABLO SALVADOR BULLÓN

Catedrático de Contabilidad.
Ex Profesor Mercantil al servicio
de la Hacienda pública.

HILARIO SALVADOR BULLÓN

Catedrático de Derecho mercantil.
Doctor en Derecho. Profesor Mercantil.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EN LOS RECURSOS QUE SE ENTABLEN CONTRA LAS CALIFICACIONES DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD SÓLO CABE TENER EN CUENTA LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS «EN TIEMPO», ES DECIR, LOS QUE POR HABER INGRESADO PREVIAMENTE EN EL REGISTRO PUDIERON SER ESTUDIADOS POR DICHOS FUNCIONARIOS ANTES DE CALIFICAR LOS TÍTULOS.

EN CONSECUENCIA, COMO DETERMINADA CERTIFICACIÓN CATASTRAL Y OTROS DOCUMENTOS QUE SE RELACIONAN EN LOS RESULTANDOS LLEVAN FECHA POSTERIOR A LA NOTA IMPUGNADA Y FUERON UNIDOS AL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO Y AL INFORME DEL NOTARIO AUTORIZANTE —QUE ES INNECESARIO CUANDO SEA A LA VEZ RECURRENTE—, NO PUDIERON SER EXAMINADOS POR EL REGISTRADOR ANTES DE EXTENDER LA NOTA, Y, POR ELLO, NO HABIÉNDOSE CUMPLIDO EL REQUISITO PROCESAL QUE SEÑALA EL TIEMPO HÁBIL EN QUE HAN DE ENTRAR LOS DOCUMENTOS EN EL REGISTRO, ES IMPROCEDENTE RESOLVER EL FONDO DEL ASUNTO.

FINALMENTE, DEBE SER REVOCADA LA DECISIÓN PRESIDENCIAL, NO SÓLO POR LO EXPUESTO, SINO PORQUE EN ELLA SE DECLARA QUE NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA QUE YA ESTÁ INSCRITA MEDIANTE ASIENTO QUE SE HALLA BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA; Y SIN HABER TENIDO PRESENTE QUE COMO LA PETICIÓN DEL RECURSO SE LIMITÓ A LA INSCRIPCIÓN DE UN EXCESO DE CABIDA, A TAL EXTREMO ERA OBLIGADO CONTRAER LA RESOLUCIÓN APELADA, TODA VEZ QUE EL ART. 118 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO ORDENA QUE LA MISMA DEBE «SER CLARA, PRECISA Y CONGRUENTE CON LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS»,

NORMA QUE COINCIDE CON LA RELATIVA A LAS SENTENCIAS CONTENIDAS EN EL ART. 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Resolución de 22 de junio de 1951. (B. O. de 23 de septiembre.)

Presentada en el Registro de Jerez de los Caballeros una escritura de venta y agrupación de fincas, es decir, de una formada por otras tres, con una cabida según el Registro de 3 hectáreas, 21 áreas, 98 centiáreas, pero según la realidad y el avance catastral, conforme se expresó en la escritura, de 9 hectáreas, 39 áreas, 23 centiáreas, y solicitada en el documento notarial, a más de la venta y agrupación, la registración del exceso de 6 hectáreas, 17 áreas, 27 centiáreas, a virtud del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y letra B) del número 5 del artículo 298 de su Reglamento, el Registrador inscribió la agrupación y venta, pero no el exceso de cabida, por tener duda acerca de la identidad de la nueva finca, fundada en la falta de coincidencia entre sus linderos y los de las fincas matrices.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante del referido Título y declarado por el Presidente de la Audiencia de Cáceres no inscribible el mismo por no estar extendido conforme a las leyes, la Dirección, con revocación del auto apelado, acuerda que debe ser desestimado el recurso, sin perjuicio de que se pueda presentar de nuevo la escritura, acompañada de los documentos complementarios (apertados, conviene repetir y resaltar, con posterioridad a la nota impugnada, pues fueron unidos al escrito de interposición del recurso y al informe del Notario autorizante: innecesario, según se dijo, por ser a la vez recurrente), para que el Registrador formule la correspondiente calificación, por los ponderados y átinados razonamientos que figuran como cabeza de este extracto.

ES INADMISIBLE EL PACTO CONSIGNADO EN UN CONTRATO DE RENTA VITALICIA, DE QUE EN EL SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO Y COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA, REVIERTA A LOS TITULARES DE LA RENTA LA NUDA PROPIEDAD TRANSMITIDA DE UN SOLAR, SIN OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS PENSIONES PERCIBIDAS.

Resolución de 31 de mayo de 1951. (B. O. de 19 de septiembre.)

Por escritura autorizada ante el Notario de Barcelona don Luis Verdú y Verdú, el 23 de junio de 1948, doña Francisca Riera Costa y don Víctor Gatell Canals, transfirieron a favor de doña Juana Gatell Gutiérrez y don Vicente Sierra Núñez la mitad indivisa, cada uno, de la nuda propiedad de un solar del término municipal de Parets del Vallés, por tener convenida la constitución de renta vitalicia que formalizaron con arreglo, entre otras, a las siguientes estipulaciones: que el fallecimiento de cualquiera de los transmitentes sería titular del usufructo de la totalidad de la finca el que de ellos sobreviviere; que operada la transmisión de la propiedad a título de constitución de renta vitalicia, los adquirentes se obligaron a satisfacer la pensión mensual de trescientas pesetas a los cónyuges Riera Costa y Gatell Canals conjuntamente o íntegra al que de ellos sobreviviere; que la falta de pago de cualquier pensión por incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas del contrato resolvería la transmisión de la finca, que revertirá a los transferentes en la proporción en que eran dueños, sin obligación de devolver las pensiones percibidas; que al fallecimiento de uno de los pensionistas podría el supérstite exigir de quien sea dueño de la finca transmitida la constitución de hipoteca que garantice el pago de las pensiones sucesivas y, en su caso, de las atrasadas, sustituyendo con tal hipoteca la garantía que ofrece el ejercicio de la acción resolutoria.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Granollers, se calificó con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en el tomo 252 del archivo, libro 10 de Parets, folio 196, finca número 1.070, inscripción 2.ª. Denegada la inscripción de la norma o condición señalada con la letra b del número segundo del apartado segundo, por estar en oposición con lo dispuesto en el artículo 1.805 del Código civil, estableciéndose, además, una obligación futura y facultativa de constitución de hipoteca, que en cuanto se le atribuye trascendencia real, por su indeterminación y demás condiciones atinentes a su naturaleza, no puede tener tal trascendencia, conforme a los preceptos fundamentales de la Ley Hipotecaria; siendo insubsanables los defectos, no es procedente la anotación preventiva aunque se hubiese solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura respecto al primer extremo de la nota, por hallarse conforme con ésta

en cuanto niega trascendencia real y acceso al Registro a la obligación que asumen los adquirentes de constituir hipoteca, caso de que el transferente que sobreviva se lo exija, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la calificación registral, mediante la doctrina siguiente :

Que el contrato de renta vitalicia, combinado en ocasiones con los de seguro y arrendamiento de servicios, ha servido en ciertas épocas para eludir la prohibición del préstamo con interés, constituye en la actualidad un medio que atiende por diversas causas a la subsistencia de una persona y confiere al pensionista en nuestra legislación un derecho a percibir las rentas, de naturaleza personal, susceptible de ser garantizado con un derecho real, sin que por ello se modifiquen su carácter y efectos, que no resultan tampoco desvirtuados por la declaración del último inciso del artículo 1.802 del Código civil, según el cual el «dominio de los bienes se transfiere con la carga de la pensión», porque la palabra carga se emplea en varios pasajes del mismo Código sin valor técnico y depurado ; porque las facultades del titular de la renta no armonizan con los requisitos peculiares de los derechos reales, sino que se limitan al derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras, y, además, porque tal criterio está corroborado por el lugar que la renta vitalicia ocupa dentro de la sistemática de dicho Cuerpo legal y se halla de acuerdo con lo declarado por este Centro directivo en Resoluciones de 1.º de marzo de 1939 y 21 de diciembre de 1943.

Que el artículo 1.255 del mismo Código proclama el principio de autonomía de la voluntad, con importantes limitaciones, y el pacto consignado en la escritura objeto del recurso, que se pretende amparar en dicha libertad, es contradictorio por su contenido y alcance, con la naturaleza aleatoria y el régimen legal de contrato de renta vitalicia, que en el artículo 1.805 del repetido Código no consiente al perceptor de la renta volver a entrar en posesión del predio, cuyo dominio transfirió, y, además, silencia el censo vitalicio de carácter real, conocido en las leyes recopiladas con las denominaciones de fondo vitalicio y fondo muerto o perdido.

Que el Notario autorizante de la escritura, al apreciar las posiciones jurídicas de las partes contratantes, acaso preocupado porque

el carácter unilateral y real del contrato de renta vitalicia dificultaría el juego del artículo 1.124 del Código civil y con el fin de garantizar el derecho de los titulares de la renta o pensión en el supuesto de incumplimiento, redactó, como condición resolutoria expresa, la reversión a aquellos de la nuda propiedad transmitida, «sin obligación de devolver las pensiones percibidas», incorporación que dió lugar a una figura innominada de derecho real de contornos borrosos, desprovista en absoluto de carácter compensatorio por lo infructífero de la nuda propiedad transmitida, cuyos efectos excederían de los de la obligación que se pretendía asegurar, la cual, aun con el sistema de «*numerus apertus*» que inspira nuestra legislación, no se reputa admisible por ser contraria a la equidad y rozar con la prohibición legal establecida en el artículo 1.116 para las condiciones en general, toda vez que su naturaleza comisorio no se aviene con los contratos unilaterales; y si se le atribuyera carácter de cláusula penal impediría que fuese moderada su enérgica eficacia por los Tribunales cuando hubiera podido utilizarse como garantía adecuada la hipoteca de rentas o pensiones a que se refiere el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, que sólo fué pactada con carácter precontractual a favor del pensionista supérstite para asegurar el pago de las pensiones sucesivas y en sustitución del posible ejercicio de la resolución estipulada.

* * *

¿*Quid* si en vez de tratarse de una nuda propiedad infructífera lo transmitido hubiese sido la plena propiedad de cualquier inmueble —rústico o urbano— y el juego compensatorio se hubiese especificado o, como dice Azurza y Oscoz (p. 1.058 —1949— *Revista de Derecho Privado*, «Renta vitalicia resoluble») «para evitar dudas e indecisiones se hubiese estipulado expresamente la resolubilidad por incumplimiento, especificando plazos y posibles o imposibles moratorias, así como la liquidación de los plazos ya abonados, sin contentarse con la sola derogación del precepto contrario?»

Porque no vemos muy segura y centrada en su decisión a la Dirección en la doctrina genérica. En el primer considerando nos dice que el contrato de renta vitalicia no confiere al pensionista más que un derecho, de naturaleza personal, a percibir las rentas, mientras que en los dos restantes y al abordar por fuerza la posible deroga-

bilidad convencional del artículo 1.805, mediante el pacto resolutorio expreso, parece admitir que es factible llegar a la constitución de un derecho real, que al ostentar caracteres nítidos pudiera acogerse al Registro por nuestro actual sistema de «*numerus apertus*».

¿Pero es posible esa derogación convencional del artículo 1.805? Bien examinado el Considerando segundo, no es fácil llegar a una conclusión. Porque su doctrina —y ello es lógico— se refiere al Pacto expresamente consignado en la escritura debatida, no al que debiera haberse redactado al efecto, según el discreto consejo de Azurza antes citado, la lectura de cuyo documentado estudio recomendamos.

Hay más. Según el último Considerando, la falta de pago de las pensiones fué conceptuado en la escritura no ya como un simple pacto de resolución convencional, sino como una *condición resolutoria expresa*. Ello agrava notablemente la cuestión. Un admirado compañero, Francisco Ruiz Martínez, en uno de los más finos y mejor pensados trabajos publicados en esta Revista («Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento», octubre, 1948), ha trazado con singular acierto la diferenciación y trascendencia del simple pacto resolutorio convencional y la condición resolutoria expresa, llegando, con absoluta razón, en nuestra modesta opinión, a considerar inoperante el artículo 59 del Reglamento Hipotecario (p. 617 de *Revista Crítica*, 1948), cuya aplicación pondría —escribe— al comprador fuera de combate y al Registrador en trance de practicar una reinscripción nula y, en todo caso, contraria a la ética más elemental.

Claro es que si la Dirección hubiese expresado de manera paladina que la renta vitalicia concede al pensionista un derecho personal, susceptible de ser garantizado con hipoteca o como un censo o carga real (que se conoció en las leyes recopiladas con los nombres de fondo vitalicio o fondo muerto o perdido, similar al violario catalán), se hubiese despejado mucho el camino, siquiera dejase viva la interrogante antes expuesta de la posible derogación del artículo 1.805, mediante pacto —no condición— resolutoria, no obstante las palabras que en el Considerando segundo se escriben sobre tal artículo, que pudieran interpretarse como la inderogabilidad del mismo.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1951.—*El derecho de retención posesoria no corresponde ni al arrendatario ni al precarista.*

El derecho de retención que opone el demandado a la acción de desahucio fundado en el artículo 453 del Código civil, no corresponde al arrendatario ni al precarista, pues sus intereses no están regulados por esa norma general del citado artículo, sino por la especial de los artículos 1.604 y 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según Sentencia de 1.º de junio de 1892, que los reconoce para el caso en que reclamen por labores, mejoras u otra cualquier cosa que haya quedado en la finca, el derecho a pedir en ejecución de la Sentencia de desahucio su avalúo y la indemnización correspondiente, sin las otras garantías de carácter real que invoca el demandado y recurrente, y no son aquí aplicables, como pretende el mismo, las Sentencias de 2 de enero de 1928 y 18 de marzo de 1948, porque se refieren al derecho de opción que tiene el propietario en determinados casos en que debe pagarse previamente una indemnización para que pueda quedarse con lo edificado o sembrado en su predio.

SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1951.—*Pérdida de la cosa arrendada.*

La Ley no distingue entre el origen que puede tener la pérdida de la cosa arrendada, basta que ésta se produzca, sin perjuicio, claro está, del derecho del inquilino a reclamar los daños y perjuicios que puedan habersele irrogado por haber incumplido el arrendador sus obligaciones contractuales, sin que exija, por lo tanto, que el siniestro sea precisamente debido a fuerza mayor.

Esta misma doctrina se reproduce en la Sentencia de 7 de junio de 1951.

SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1951.—*Retracto en la sociedad de gananciales disuelta.*

Al fallecimiento de los cónyuges se disuelve y queda en estado de liquidación según los artículos 1.447 y siguientes del Código civil, la sociedad de gananciales que se haya constituido con su matrimonio, y se

abre, independientemente de ello, aunque sea por la misma causa, la sucesión hereditaria en los bienes patrimoniales del fallecido, por lo que se extingue totalmente la primera de esas instituciones y no le queda vida alguna, pues ésta la constituye su propia actividad para el cumplimiento de sus fines, que terminan con la cesión del matrimonio, y no puede estimarse que esos fines y vida continúan sólo porque queda una masa inerte en la que sólo tienen intervención, y exclusivamente para su liquidación, los consocios, y en caso de ser originada la disolución por la muerte de uno de ellos, sus herederos, pero no a título de coheredero con el supérstite, pues éste no ostenta derecho hereditario, sino de condómino o consocio, y no es a causa de herencia, sino de extinción de comunidad o copropiedad, por lo que se llega al estado de liquidación, y debido a esto es por lo que quienes tengan algún derecho en la misma liquidación no pueden ejercitarlo a título de coherederos, sino en calidad de consocios, aunque hayan venido a ocupar un puesto en esa comunidad por un título hereditario distinto del consocio que ostentaba la persona a quien constituyen, y así falta la condición primera que exige el artículo 1.067 del Código civil para que se dé el retracto que el mismo establece de que sea heredero el enajenante, pues la viuda en esos casos, y concretamente en el actual, no es heredera de los bienes de la sociedad de gananciales, sino consocia o condueña, como antes se ha dicho, y no altera este carácter el que los bienes en que han de concretarse sus derechos más adelante, cuando se haga la liquidación, estén accidentalmente, en algunos casos especiales, confundidos con otros de la herencia del cónyuge fallecido; ni tampoco de la aplicación de normas similares a la liquidación de la herencia y a la de la sociedad de gananciales puede deducirse que sean las mismas instituciones ni se confundan sus liquidaciones.

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1951.—Retracto.

El derecho de retracto nace en el momento de celebrarse el contrato de compraventa, y si bien desaparece ese contrato se rescinde por causas legales, no así cuando la rescisión obedece tan sólo a la voluntad o conveniencia de los contratantes, circunstancia que no puede influir en la efectividad del derecho del retrayente.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1951.—Desahucio por obras.

La causa de resolución del arrendamiento 5.º del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sólo exige que las obras llevadas a cabo, sin el consentimiento del arrendador, debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción, sin exigir que comprometan su sustentación, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión de que el arrendatario, por su única voluntad, podría reducir los elementos de sustentación al mínimo indispensable para sostenerse, contra la voluntad del propietario que, buscando mayor seguridad, duración o posibilidad de

anmentar la construcción o el peso por distinto destino, quiso, a su costa, dar más resistencia que la meramente necesaria para la estabilidad de la construcción.

SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1951.—*Notificación de traspaso.*

La Ley de Arrendamientos Urbanos, después de definir por su artículo 44 el traspaso de los locales de negocio, establece por el 47 los requisitos necesarios para la existencia legal del traspaso; uno de los cuales es el comprendido en la letra d) de dicho texto legal, a saber: que el arrendatario notifique fehacientemente al arrendador, o en su defecto a las personas allí indicadas, su decisión de traspasar y el precio convenido, previéndose en el artículo 53 de dicha Ley que para que el traspaso del local de negocio obligue al arrendador, cuando el arrendatario al realizarlo venda existencias, mercaderías, enseres o instalaciones de su propiedad que en él hubiere, o el negocio mismo, será necesario también que en la preceptiva oferta al arrendador se consigne el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos y como consecuencia de la notificación hecha por el arrendatario al arrendador en la forma expresada surge en favor de este último el derecho de tanteo que el art. 47 de la citada Ley le reconoce y que podrá utilizar dentro de los treinta días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y el precio que le ha sido ofrecido, sin que hasta que transcurra este plazo pueda el arrendatario concertar con un tercero el traspaso, de todo lo cual se desprende que la notificación del traspaso en cuanto realizada por el arrendatario con la finalidad de reconocer al arrendador el derecho de tanteo que la Ley establece a su favor, tiene la categoría de un acto propio del arrendatario, que una vez realizado no puede ser dejado sin efecto sin el consentimiento del arrendador, en cuyo favor nació, por virtud de dicho acto, el expresado derecho de tanteo. La notificación fehaciente de su decisión de traspasar, que conforme al artículo 45, apartado d) de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe de hacer el arrendatario al arrendador, es una garantía establecida en beneficio de este último, y, por lo tanto, a él solamente incumbe su impugnación cuando tal notificación no se le haga en la forma fehaciente prevenida por la Ley; pero desde el momento en que el arrendatario adopta una forma determinada de notificación, en este caso la carta certificada y el arrendador la acepta, y dándose por bien notificado reclama el derecho de tanteo que por consecuencia de tal notificación ha surgido en su favor, no puede el arrendatario que la utilizó, ni quien de él pretenda traer causa, impugnarla, y hay que estimar cumplido con todas sus consecuencias el requisito relativo a la forma de la notificación prevenido por el citado precepto legal.

SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1951.—*Traspaso de local de negocio.*

Aunque el artículo 45 exige para que el derecho al traspaso se produzca que el arrendatario esté legalmente establecido con un año de antela-

ción, ello no puede identificarse con la circunstancia de que se pague la correspondiente contribución, requisito de orden fiscal, que a menos de disposición expresa en contrario, no puede afectar al nacimiento o extinción de los derechos civiles, debiendo interpretarse más bien en el sentido de que el establecimiento se halle funcionando y abierto al público, máxime tratándose de casos en que el propietario elevó la renta del local en el 40 por 100 a base de tratarse de un local de negocios y en ello estuvo conforme el arrendatario, por lo que nunca le sería lícito ir contra sus propios actos desconociendo el carácter de tal establecimiento en cuestión.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1951.—*Precario.*

La Sala sentenciadora sienta la doctrina de que la gratitud constitutiva del precario ha de apreciarse exclusivamente en la relación directa entre el tenedor de la cosa y el titular de la misma, entendiendo que, cuando un subarrendatario pague al dueño el alquiler de la cosa arrendada en nombre del arrendatario, ese pago no le hace perder el carácter de precarista, porque no lo hace por cuenta propia ya que si por cuenta propia lo hiciera no sería precarista, pero entonces dejaría de ser subarrendatario y se convertiría en arrendatario. La doctrina expuesta no puede admitirse, dice el Supremo, puesto que el subarrendatario no puede pagar al propietario en nombre propio, porque no está obligado con él sino con el arrendatario, salvo lo que disponen los artículos 1.550 a 1.552 del Código civil y 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni puede por su sola voluntad convertirse en arrendatario, y es precisamente el hecho de pagar por cuenta de éste el que plantea la cuestión debatida que exige examinar si tal pago realizado por el subarrendatario al dueño, con aceptación de éste y consentimiento y provecho del arrendatario como pago del alquiler, en razón de la tenencia de la cosa, sin ánimo de reintegrarse de lo pagado, excluye el carácter de precarista a dicho subarrendatario, cuestión que hay que decidir, en atención a las circunstancias expresadas, en el sentido de que tal hecho continuado por el demandado con regularidad, excluye el supuesto de que ocupara la finca sin otra razón ni motivo que la mera liberalidad del actor, y al no entenderlo así la Sentencia recurrida apartándose de la doctrina reiteradamente declarada por esta Sala y no dando ninguna eficacia a efectos de resolución a hecho tan fundamental en este pleito como en el repetido pago que en dicha Sentencia no se niega sino que se admite, hace procedente su casación.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1951.—*Requisitos para el traspaso.*

Procede estimar la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, y anular el traspaso, cuando éste se efectúa sin dar cumplimiento a los requisitos que para su eficacia legal exige el Capítulo IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre otros, la fijación de un precio cierto, y que cuando, al realizarla, se vendan mercancías enseres o el negocio mis-

mo, se consigne, tanto en la preceptiva oferta al arrendador como en la escritura que solemnice, la cesión, el precio del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos, conforme a lo preceptuado en los artículos 45, 53 y 149 de la citada Ley.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1951.—*Revisión de Rentas.*

Los artículos 120 y 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se refieren a supuestos distintos; el primero, para dar lugar a la revisión de la renta pactada, si es mayor que la anterior y ha habido simulación en ésta y el citado 133, para autorizar la novación en cuanto a la renta, para igualarla a la que figura como base de la contribución territorial, y así, fundada la Sentencia recurrida en el 133, por estimar que los hechos probados coinciden con los supuestos en el mismo, no ha infringido dicha Sentencia el 120.

El derecho a la novación del contrato en cuanto a la renta, se concede al arrendatario sin necesidad de acudir a juicio, en el artículo 133, por falta de declaración a la Hacienda, en los plazos establecidos en las Leyes fiscales, de las que efectivamente perciba el arrendador, por lo que ni la declaración ni la asignación en virtud de inspección fiscal, de otras superiores, posteriormente a la manifestación de voluntad del arrendatario de limitar el pago de sus alquileres a las cantidades que sirvan de base al tributo, invalida tal derecho ya adquirido.

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1951.—*Arrendamiento de local de negocio.*

Como por regla general, los arrendamientos, cesiones y subarrendos de locales de negocios, con o sin muebles se hallen sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, es indispensable para que queden excluidos de ella y regulados por el Código civil y las Leyes procesales comunes, que se refieren a fincas situadas en lugares en que el arrendatario no tenga en residencia habitual, y, al propio tiempo, que se hayan limitado a la temporada de verano o de cualquier otra.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de marzo de 1950.

LA NOTIFICACIÓN TÁCITA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 129 DEL REGLAMENTO, APARTADO 6), EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 106, EN CUANTO A LAS LIQUIDACIONES PRACTICADAS DENTRO DE LOS OCHO DÍAS DE LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO, NO TIENE APLICACIÓN A LA NOTIFICACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE COMPROBACIÓN, LOS CUALES EXIGEN NOTIFICACIÓN EXPRESA A TENOR DEL APARTADO 6) DEL ARTÍCULO 85 DEL MISMO REGLAMENTO.

Antecedentes: Presentada una herencia a liquidación con fecha 14 de diciembre, se terminó el expediente de comprobación el 18 del propio mes. El mismo día 18 se formuló el proyecto de liquidación, y el 17 de enero siguiente aparece extendida diligencia haciendo constar que había transcurrido el plazo reglamentario para reclamar; y otra diligencia del día 19, expresiva de haber sido notificadas las liquidaciones.

En el expediente de comprobación se utilizaron elementos comprobatorios, tales como el valor del metro cuadrado edificado, tablas de plus valía, etc.

El interesado recurrió en 5 de febrero contra la comprobación al serle notificadas las liquidaciones, y el Tribunal provincial rechazó la reclamación por extemporánea, fundado en que la comprobación de valores había sido practicada dentro de los ocho días de la presentación de los documentos, y, por lo tanto, el contribuyente debía entenderse tácitamente notificado de aquélla al octavo día, contado desde el 14 de diciembre en que tuvo lugar la presentación

de los documentos; con cuyo cómputo resultaba que el plazo de quince días para recurrir había terminado el 14 de enero.

El Tribunal Central revoca el acuerdo del provincial y dice que el problema consiste en dilucidar si los expedientes de comprobación de valores han de entenderse tácitamente notificados al no comparecer los interesados al octavo día de la presentación de los documentos —testamentaria en este caso— cuando dicha comprobación aparece practicada dentro de los ocho días hábiles siguientes al de la presentación.

Eso supuesto, el precepto reglamentario contenido en el apartado 6) del artículo 85 del Reglamento da el primer argumento claro en contra del acuerdo recurrido: la aprobación de las comprobaciones de valores es un acto administrativo reclamable; a cuyo efecto, una vez aprobada la comprobación de valores, se notificará su resultado a los interesados, de acuerdo con el párrafo 5) del artículo 106 para que manifiesten su conformidad o formulen la reclamación económico-administrativa.

Y a mayor abundamiento, y por lo que a las notificaciones tácitas se refiere, reguladas en el artículo 129, apartado 5), en relación con el 3) del artículo 106, está claro que no pueden desvirtuar el contenido del antedicho precepto del artículo 85. El fallo cuestionado se apoya, efectivamente, en que el recibo de presentación contiene la determinación de la fecha en que los interesados han de presentarse para ser notificados del resultado de la comprobación y la advertencia de que si no se presentasen se les tendrá por notificados —art. 106—, lo cual se refuerza con lo prevenido en el artículo 129 al disponer que se tendrá por hecha la notificación cuando, practicada la liquidación dentro del plazo del artículo 123, los interesados no se presenten en la Oficina en la fecha que consigne el recibo de presentación; pero tales prevenciones tienen solamente aplicación cuando se trata de transmisiones a título oneroso, siempre que, además, la comprobación se efectúe por los medios señalados en el último apartado del artículo 85, en relación con el 3.º del 86, o sea, cuando los medios comprobatorios no admiten recurso. Así se deduce claramente del último apartado del artículo 129 al decir que fuera de esos casos de comprobación, siempre que se haya practicado comprobación de valores, la liquidación que se gire se notificará al presentador en su domicilio,

precepto —sigue diciendo el Tribunal Central— que también ha de entenderse aplicable a la comprobación de valores.

En definitiva, la Resolución que comentamos sienta terminantemente que todos los expedientes de comprobación en que no se apliquen los medios de comprobación del apartado 3) del artículo 86, esto es, aquellos contra los que no cabe recurso, han de notificarse personalmente al presentador, y no les es aplicable la notificación tácita.

Terminamos la reseña diciendo que la doctrina sentada nos parece clarísima y fuera de razonable discusión, y que había sido aplicada por el mismo Tribunal en Resoluciones de 26 de octubre de 1948 y 8 de febrero de 1949.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de marzo de 1950.

LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA EN LA QUE SE ESTABLECE A FAVOR DE «UN AMIGO Y ENCARGADO, EN PAGO DE SERVICIOS» PRESTADOS AL CAUSANTE UN LEGADO DE CANTIDAD, ENCIERRA UN ACTO DE LEGADO SUJETO AL IMPUESTO SUCESORIO.

Antecedentes: La cláusula testamentaria decía literalmente: «Lego a mi amigo y encargado, D. ..., en pago de servicios que me ha prestado, la cantidad de 50.000 pesetas.»

Liquidado el caso por el concepto herencias, recurrió el legatario por entender que habiendo prestado servicios a la causante sin percibir remuneración, en razón a tener convenido que ella determinaría la cuantía y la fecha del pago, no se trataba de un legado, sino del pago de una deuda, exenta según el número 6.º del artículo 3.º de la Ley, como así lo habían entendido los contadores partidores al formar el cuaderno particional.

Tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron el recurso, diciendo el segundo que si bien la reseñada cláusula podía en cierto modo interpretarse como reconocimiento de una deuda procedente de servicios personales, naciendo así el legado a un acreedor del artículo 873 del Código civil, es más lógica la interpretación de que se trata de una liberalidad aun cuando se expresen los motivos de ella.

Por otra parte, la tesis de la exención sostenida por el reclamante, con apoyo en el artículo 6.º, número 3.º de la Ley y del Reglamento, como pago en metálico por servicios personales, exige inexcusablemente la prueba de la existencia indudable de los servicios de los que nazcan un crédito cierto y de cuantía determinada, lo cual no se justifica con la inconcreta manifestación de la testadora ni con el reconocimiento de la obligación por los albaceas.

Esta tesis la refuerza la Resolución recordando la doctrina reglamentaria imperante en materia de reconocimiento de propiedad de bienes hereditarios en el párrafo 16 del artículo 31, y sobre reconocimiento de deudas por el testador o por los herederos en el 10 del artículo 101, cuya doctrina, claramente aplicable al caso, demuestra la necesidad de una prueba concluyente para que los bienes puedan ser excluidos y las deudas rebajadas.

Por todo comentario decimos que los razonamientos del Tribunal son plenamente convincentes.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de marzo de 1950.

EL ACUERDO DE UNA OFICINA LIQUIDADORA DISPONIENDO QUE CIERTA COMPROBACIÓN SE REALICE POR EL MEDIO DE TASACIÓN PERICIAL, NO ES ACTO ADMINISTRATIVO PROPIAMENTE DICHO Y POR TANTO NO ES RECURRIBLE.

Antecedentes: La Abogacía del Estado acordó comprobar el valor de cierta casa por medio de tasación pericial y propuso al Delegado de Hacienda el nombramiento del correspondiente perito, notificando tal acuerdo y propuesta al contribuyente con las advertencias reglamentarias.

El acuerdo fué recurrido primeramente en reposición y después ante el Tribunal provincial, alegando que desde la fecha de presentación del documento hasta la del acuerdo habían transcurrido con exceso los dos años que el artículo 82 del Reglamento señala para la prescripción de la acción comprobadora; siendo desestimado el recurso por la razón sustancial de que el acuerdo de proceder a la tasación pericial no es acto administrativo reclamable, siéndolo las comprobaciones de valores, mas no los trámites para realizarlas

El Tribunal Central confirmó el acuerdo impugnado con apoyo en los artículos 90 y concordantes del Reglamento diciendo que no tiene el carácter de acto administrativo, sino que esos acuerdos son providencias o diligencias de mera tramitación, a diferencia de lo que ocurre con los actos de aprobación de los expedientes de comprobación de valores, acuerdos de revisión, fijación de base liquidable, etc.

A lo cual, añadimos nosotros por nuestra cuenta, que el acto administrativo propiamente dicho y apto para ser recurrible, por consiguiente, supone siempre definición de alguna manera de un derecho o de una obligación que la Administración concede, o deniega, o limita, circunstancias que, como fácilmente se echa de ver, no concurren en el acuerdo impugnado, en el cual, a mayor abundamiento, la Administración no hace otra cosa que actuar dentro de la gran amplitud de movimientos que el Reglamento le concede para inquirir el verdadero valor de los bienes; como se lee en el artículo 81, cuando dice que se acudirá a la tasación pericial cuando «a juicio de la Administración» no produzcan los medios ordinarios el resultado de conocer el verdadero valor de los bienes.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de marzo de 1950.

Esta Resolución y otras dos de la misma fecha se refieren a sendas reclamaciones entabladas por la Empresa Nacional de Autocamiones, S. A., sobre el derecho invocado por ella para disfrutar en los actos y contratos en que intervenga como adquirente, de la bonificación del 50 por 100 del Impuesto de Derechos reales como creada por el I. N. I. y tener la consideración de industria de interés nacional, cuya bonificación le está atribuida por la Ley de 24 de octubre de 1939 de una manera automática y sin necesidad de seguir la tramitación del Decreto de 10 de febrero de 1940.

Dichas tres Resoluciones coinciden en que la aludida Empresa, creada por el Instituto Nacional de Industria, tiene la condición de Empresa de interés nacional, de conformidad con la Ley de 25 de septiembre de 1941 y Decreto de 22 de enero de 1942, y disfruta de la bonificación aludida, durante el plazo de quince años señalado en el artículo 2.º de la Ley de 24 de octubre de 1939.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de abril de 1950.

PARA DETERMINAR LA BASE LIQUIDABLE EN UN SUMINISTRO DE PAPEL CONTRATADO CON EL ESTADO, NO HAN DE COMPUTARSE LAS CANTIDADES SATISFECHAS POR EL IMPUESTO DE USOS Y CONSUMOS, POR IMPUESTO DE PAGOS AL ESTADO Y POR RECARGO DE 0,10 PESETAS EN KILOGRAMO DESTINADO A CIERTO FONDO DE COMPENSACIÓN.

Antecedentes: La Central de Fabricantes de Papel suministró al Ministerio de Trabajo papel para cierta Revista por un importe íntegro de 33.755,75 pesetas, de las que correspondían al papel en sí 29.520,33 pesetas, y el resto se descomponía en diversas partidas destinadas al pago de toldo, acarreos, portes, recargo de 0,10 pesetas en kilogramo para la compensación de precio de papel editorial y 12 por 100 del Impuesto de Usos y Consumos.

La Abogacía del Estado liquidó el suministro por el importe íntegro y la liquidación fué impugnada con apoyo en que el Impuesto recae sobre el verdadero valor de lo transmitido, previa comprobación, pero ésta en el caso no puede consistir en sumar al valor declarado de los bienes transmitidos el importe de dos figuras contributivas, como son el recargo como compensación por precio de papel editorial y la cuota del 12 por 100 del Impuesto de Usos y Consumos, el cual, por tratarse de una venta al Estado, corresponde a éste abonarlo, siendo recaudado por la misma Central de Fabricantes con obligación de ingresarlo en el Tesoro, operando como recaudadores del verdadero contribuyente; y en cuanto al recargo de 0,10 pesetas en kilo para la compensación del papel editorial, arguyeron que no era precio sino una figura impositiva con adscripción especial a un destino determinado, conforme a la Ley especial de 18 de diciembre de 1946 y a la Orden de 19 de junio de 1947, que recaudan las fábricas de papel para ingresarlo en una Caja de Compensación, no siendo, por lo tanto, precio de la mercancía.

Por lo que al fondo del problema respecta, sostuvieron que por tratarse de un contrato verbal estaba exento, alegando los conocidos argumentos sobre el particular.

El Tribunal Central reiteró una vez más la doctrina sentada

sobre esa cuestión de la no exención de los contratos verbales cuando su cuantía sobrepasa la cifra de 1.500 pesetas.

En cuanto al aludido 12 por 100 por Usos y Consumos, estimó que aunque el vendedor lo carga en factura y lo cobra por repercusión al Estado comprador, está obligado a ingresarlo en el Tesoro y por lo tanto no puede tener el concepto de precio de la mercancía ; y en cuanto al otro recargo de 0,10 pesetas, dijo otro tanto en atención a que según las disposiciones citadas lo recaudado se destina a nutrir una Caja de Compensación para ser distribuido por una Comisión interministerial en aplicación de las medidas protectoras del libro español.

Finalmente la partida correspondiente al Impuesto de pagos del Estado también dijo que debía rebajarse del precio, aunque sin consignar ningún razonamiento sobre ello.

Comentarios: Por nuestra cuenta añadimos a lo reseñado que vemos con claridad que las cifras de los primeros conceptos nada tienen que ver con el precio del contrato y deben ser rebajadas de él, porque al cabo el vendedor no hace sino recaudar un tributo en cuanto al primer concepto, y retener una cantidad en el segundo para destinarla a un fin determinado independiente de su propio peculio, y decimos que no se nos alcanza el porqué se ha de rebajar del precio del importe del Impuesto de pagos al Estado.

Sabido es que este Impuesto sobre los pagos del Estado, creado en 1892, grava el pago de todas las cantidades que, con cargo a los respectivos presupuestos, satisfacen el Estado, las Diputaciones y Ayuntamientos, con algunas excepciones, como es, principalmente, la percepción de haberes por los funcionarios.

Su concepto, pues, está claro que es un gravamen al pago que llevan a cabo esas entidades o a la percepción de cantidades, con completa independencia del motivo, contrato o acto del que el pago y la percepción nazcan ; es una verdadera «quita» o minoración, cuya justificación no es fácil encontrar, máxime si no se olvida que normalmente el gravamen pesa sobre el fruto de una actividad ya gravada por otras contribuciones.

Como se ve, el tal concepto es radicalmente distinto del de aquellas otras dos aludidas rebajas, de las cuales —repetimos— la una representa la cuota del Impuesto que ha de satisfacer el adquirente

de los bienes y que el contratista adiciona al precio y la retiene para su pago al fisco, y la otra significa también otra adición y retención para fines especiales y predeterminados por la Administración.

La razón de la rebaja del Impuesto de pagos no la expresa la Resolución que nos ocupa, y no se nos ocurre a nosotros otra que la de constituir la cuota de ese Impuesto una real reducción del precio del contrato. Pero, en tal hipótesis, fácilmente se viene al pensamiento aquello de que cuando el argumento prueba demasiado, no prueba nada.

Efectivamente, apurando el argumento, la misma razón habría para rebajar el importe del Impuesto de Derechos reales, del precio que la entidad suministrante recibe del Estado comprador, puesto que si el Impuesto de pagos se rebaja porque el Estado al pagar el precio lo minora en el tanto por ciento del Impuesto de pagos, a la misma rebaja se llega en definitiva al exigir al contratista el Impuesto de Derechos reales, puesto que aunque de primera intención reciba el precio íntegro, a renglón seguido tendrá que reembolsar con parte de él lo que importe la liquidación que el Impuesto arroje.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de abril de 1950.

ESTIPULADO UN ARRENDAMIENTO DE APROVECHAMIENTOS FORESTALES POR DIEZ AÑOS Y PAGO DEL CANON ANUAL, SEGÚN EL APROVECHAMIENTO REALIZADO, Y CEDIDO EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN AL POCO TIEMPO Y POR CANTIDAD DETERMINADA, EL DOCUMENTO DE CESIÓN FUÉ DESCUBIERTO POR LA INSPECCIÓN CUANDO HABÍAN TRANSCURRIDO DOS AÑOS.

ESTE SEGUNDO DOCUMENTO DEBE LIQUIDARSE POR TODO SU VALOR Y LA MULTA APLICABLE HA DE GIRAR EN FUNCIÓN DEL TOTAL LIQUIDADO Y NO SOBRE LO QUE CORRESPONDERÍA LIQUIDAR POR EL CANON DE LOS DOS AÑOS.

Antecedentes: Convenido el aprovechamiento forestal de un monte por un decenio y canon anual según el aprovechamiento fijado por la Ordenación oficial, el aprovechamiento fué valorado por el Ayun-

tamiento en más de 25.000.000 de pesetas, y el adjudicatario cedió a un tercero el 30 por 100 del aprovechamiento, comprometiéndose el cesionario a abonar al cedente anualmente los productos cedidos, de acuerdo con el importe de los precios de la subasta.

La Oficina liquidadora giró liquidación por el valor total del 30 por 100 con la multa del 50 por 100, y el interesado pretendió que ésta no se refiriese más que a la liquidación correspondiente a las dos anualidades transcurridas al descubrirse la transmisión, y argumentó a base del artículo 51 del Reglamento, diciendo que éste prevé que, si después de la presentación inicial del documento no se hace la presentación en tiempo hábil a los efectos de las liquidaciones sucesivas, se produce la caducidad del beneficio de ese artículo 51, o sea, la liquidación de la totalidad del contrato, con deducción de lo ya pagado, pero sin multa ni demora, y por lo mismo estimó que dicha liquidación era procedente y no lo era la multa y demora por la totalidad, si no solamente en cuanto a dos anualidades.

El Tribunal, insistiendo en el criterio sentado en la Resolución de 21 de febrero de 1950 sobre un caso análogo, dice que lo dispuesto en el artículo 51 para los contratos de suministro sobre sucesivas liquidaciones anuales, cuando el precio no es conocido de antemano, es aplicable, según el artículo 16, a los arrendamientos, pero es condición de que se desconozca la cuantía total del contrato con la consiguiente indeterminación del precio; esto es lo que motiva la liquidación provisional y las sucesivas anuales. Todo lo cual no concurre en el caso, puesto que en él, aunque el pago del precio del aprovechamiento se hace fraccionadamente, lo cierto es que el valor del aprovechamiento está exactamente determinado.

Tal doctrina, según ya dijimos al comentar la aludida Resolución de 21 de febrero de 1951, nos parece perfectamente reglamentaria.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

La administración de herencia en el derecho español, por el profesor don Manuel Gitrama.—Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1950.

La editorial de la *Revista de Derecho Privado* ha dado a la publicidad un tratado sobre «La Administración de herencia en el Derecho español», del que es autor el Catedrático de Derecho civil de la Universidad de La Laguna, don Manuel Gitrama.

En el preámbulo advierte el autor que tratándose de una institución tan viviente, de tal importancia práctica, sorprende que se encuentre huérfana en nuestro derecho de una regulación sistemática, pues apenas hace referencia a ella el articulado del Código civil, salvo en la faceta particular de los beneficios de inventario y deliberar o en algún otro lugar con cita constante a la Ley procesal que tiene una apreciación sumamente unilateral de la institución.

Tampoco la doctrina ha prestado la atención necesaria a la Administración de la herencia, por lo que la obra del profesor Gitrama rompe con fortuna y autoridad el inexplicable silencio y llena un vacío con incontables sugerencias jurídicas, con manejo prodigioso de la analogía y copiosa bibliografía y jurisprudencia patria y extranjera.

El plan de la obra, dentro de una perfecta sistemática, es dogmático, pues así lo hace inevitable el fragmentario y pobre articulado legal.

Comienza la obra con un somero estudio de los conceptos de «administración» y de «herencia» y si en cuanto a éste último existe una amplia literatura jurídica no así sucede con el de administración, de tanto interés para todo jurista y muy especialmente para Registradores y Notarios en cuanto confluye con el capital problema de la capacidad de obrar.

El profesor Gitrama nos anuncia un estudio completo del acto de administración, objeto de un trabajo de investigación aún inédito; pero el bosquejo que adelanta de tal estudio nos hace percibir con claridad, justeza y con soluciones legales la sutil diferencia entre el acto de administración y el meramente conservativo o dispositivo.

Se examinan los casos de Administración hereditaria, más numerosos de los que pudieran deducirse del artículo 1.020 del Código civil, pues debe surgir en toda anormal situación de la herencia, sin que la administración deba circunscribirse a salvaguardar a legatarios y acreedores, sino a cuantos puedan afectarles los derechos e intereses hereditarios en administración, como son los herederos sustitutos, herederos de herederos muertos, cesionarios, etc.

Con ocasión del estudio de las personas llamadas en cada caso a la administración y las medidas cautelares que deben tomarse, afronta el autor una serie de problemas de Derecho civil, como son los que presentan el heredero con condición suspensiva, potestativa negativa, la discutida interpretación de los artículos 759 y 799 del Código civil, el heredero a término o a plazo, el heredero concebido y no nacido, el del *curator ventris* de nuestro derecho histórico, el de la institución a favor del *nondum concepti*, con completísima nota bibliográfica nacional y extranjera, el de sustitución a favor de persona jurídica de hecho, pero no de derecho, el de la institución a favor del alma y de los pobres, el caso del seudo usufructo testamentario, el de la comunidad hereditaria prolongada, etc., etc., que convierte en un tratado completo de derecho sucesorio lo que tuvo tema de más reducidas dimensiones.

Dedica el autor el cuarto capítulo al examen de la naturaleza del cargo de administrador y la deduce en docta comparación con otros cargos análogos (albaceas, contador-partidor, tutor, representante del ausente, etc., etc.), estudiando en síntesis brillante las teorías más modernas sobre tales instituciones de tan constante manejo entre los juristas. Sin negar la analogía del administrador con los citados cargos, llega el autor a la conclusión de que la administración en sí misma pueda imaginarse como un *status* sobre un patrimonio destinado a un fin del cual se encarga un funcionado privado que recuerda al «trustee» anglosajón.

La entrada en funciones del administrador impone el examen de

las garantías previas como inventario y fianza y conduce al estudio de la posesión sobre los bienes administrativos que el autor califica de natural (artículo 430 del Código civil) *alieno domini* con facultades conservativas y de defensa como las acciones interdictales y sin aprovechamiento de la prescripción para sí mismo, ni siquiera la extraordinaria. La posesión del difunto no pasa al administrador ni a la utópica personalidad de la herencia, sino a los herederos habidos y a los que vayan apareciendo.

La posesión del administrador, dice el profesor Gitrama, no será inscribible en el Registro por efecto del artículo 5.º de la nueva Ley Hipotecaria que suprimió las inscripciones de posesión. Ni aun antes de la reforma era inscribible tal posesión, pues solamente se traducía en los libros hipotecarios la que se tenía en concepto de dueño y en nombre propio (artículo 392 y 393 de la Ley Hipotecaria anterior). No será posible, pues, encontrar inscrita posesión alguna a favor del administrador que subsista en virtud de la disposición transitoria 4.º del texto refundido de la Ley de 1946.

Respecto a las facultades y obligaciones del administrador echa de menos el profesor Gitrama un precepto general como el que existe en el Código civil portugués y como el que recogía el artículo 852 del proyecto español de 1851, que exija la autorización judicial para aquellos actos que no sean de administración, actos que no son meramente conservativos, sino los que tienden a poner en administración los bienes hereditarios.

Aparte de una teoría completa sobre retribución y abono de gastos, examina el autor la capacidad del administrador respecto a la contratación arrendaticia de tanta importancia económica y jurídica y centra la atención en la típica función de la liquidación de la herencia, pago de acreedores y legatarios, pago de alimentos e impuestos, compraventa de los bienes hereditarios, aceptación de la herencia eventual, etc., etc., siendo especialmente interesantes la referencia a los Códigos francés, belga y chileno sobre el derecho de abandono de los bienes hereditarios a los acreedores en ciertos casos, facultad extraña al administrador en el derecho español, salvo cuando el heredero aceptante a beneficio de inventario mantiene la administración hereditaria, por su calidad conjunta de propietario y administrador, cesión en pago que representa el problema, si implica

una renuncia de la herencia, de la administración o un verdadero acto de enajenación.

En la rendición de cuentas, obligación inexcusable del administrador, son constantes las citas al clásico «Tratado de cuentas», del licenciado Diego del Castillo, cuya traducción al castellano fué dedicada al emperador Carlos V y editada en Burgos el año 1522.

Se explica ampliamente en la obra a quién deben rendirse tales cuentas, en qué tiempo, forma, relevación de éste en relación con la existencia o no de legítimas, etc., etc., y tan interesante como este capítulo es el que dedica al valor de los actos del administrador, repercutible sobre el heredero con un amplio estudio de las acciones de anulabilidad y rescisión y de la responsabilidad del administrador.

También se estudia la figura del administrador en el derecho internacional e interregional, con referencia a las teorías realistas de los estatutarios Voet y Rocco y a la personalista de Fiore.

Un capítulo especial, el X, se titula el administrador de la herencia y el Registro de la Propiedad y en él se aborda el problema del tracto sucesivo, recordando la jurisprudencia de la Dirección General del último tercio del siglo pasado, exigente hasta requerir la inscripción previa a favor del administrador, teoría censurada por la doctrina y rectificada por el artículo 20 de la Ley de 1909, de modo más terminante por el mismo artículo 20 de la reforma de 1946.

En realidad, no es un capítulo sólo, sino la obra entera la que ofrece al Registrador provechosa enseñanza en múltiples cuestiones hipotecarias y civiles en íntima conexión con nuestra típica función calificadora.

Nuestro Código civil pasa por alto la comunidad incidental entre coherederos y mucho menos se cuida de la administración de la herencia que corresponde a los copartícipes en tal situación, por lo que son especialmente interesantes las páginas de la obra dedicadas a relaciones jurídicas tan frecuentes, inclinándose en ellas el autor por el sistema de mayoría y no por el de la unanimidad para solventar las divergencias que surjan entre los administradores, conforme a la tendencia jurisprudencial y lo que demanda la analogía en relación con la copropiedad ordinaria.

Se dedica un capítulo a especiales organizaciones de comunidad

hereditaria como en los casos de existencia de menores, patrimonios familiares, continuidad de la empresa mercantil, indivisiones propias de las legislaciones forestales y entre tantos problemas destaca la llamada partición provisional, de tanta aceptación en el derecho francés y desconocida entre nosotros, aun cuando dé pie a ella la doctrina sentada en Sentencias de 27 de diciembre de 1915, 17 de abril de 1914 y 16 de abril de 1942. No se trata de la partición parcial a la que alude el artículo 1.054 en caso de concurrencia de herederos puros con otros condicionales, sino cuando la división sólo afecta al derecho de disfrute quedando proindivisa la nuda propiedad, fórmula silenciada hasta ahora por la doctrina española y que tantos elogios mereció de Aubri y Rau, Colin y Capitant y Planiol, pues solventa las dificultades de una indivisión prolongada y de la concurrencia en la administración conjunta de herederos.

Termina la obra con un estudio interesantísimo de la administración de la herencia en el derecho comparado, en el que se exponen los matices de la cuestión en las legislaciones inglesa (tan sugestiva al considerar la muerte como hecho lamentable para el orden social, lo que justifica la intervención de órganos estatales por medio del «personal representativo» confundido con el tradicional «trustee» singular administrador hereditario), la alemana (con su ejecutor testamentario del B. G. B. de carácter permanente, semejante al «trustee» inglés y el administrador instituido por el testador), el suizo (con su envidiable equilibrio armónico de las tendencias germana y latina), el francés y el italiano.

Se trata, pues, de una obra completísima sobre administración de la herencia, escrita con suma claridad de concepto, en un lenguaje purísimo de castellano viejo y de estilo elegante.

Esperamos que el profesor Gitrama, figura ya ilustre de la juventud universitaria, enriquezca la literatura jurídica patria con nuevos trabajos en los que no puede ni debe olvidar los específicamente hipotecarios.

JOSÉ ALONSO

Registrador de la Propiedad.

FEDERICO D. QUINTEROS, *Petición de herencia* (Buenos Aires, Depalma, 1950, pág. 166)

Esta monografía del Profesor adjunto del Derecho civil en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales y de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, prologada por Alberto G. Spota, será apreciada en su contenido yuxprivatista por personas más autorizadas. A nosotros sólo nos incumbe poner de realce el hecho de que QUINTEROS se afilia a la Escuela Ecológica y que le sigue tanto en la estructuración formal del trabajo como en su enfoque de fondo. En cuanto a lo último, el profesor bonaerense liba en la realidad jurídica de la jurisprudencia. Respecto al primer punto, QUINTEROS se inspira en el juicio disyuntivo de Cossío, cuyas diez partes se formulan del siguiente modo: 1) Dada la muerte o presunción de muerte de alguien y una relación familiar o testamentaria válida, 2) debe ser, 3) la correspondiente restitución a título hereditario de los bienes del difunto y de las cosas que detentaba con sus accesorios y mejoras, 4) por parte de quien los poseía y detentaba como sucesor universal exclusivo, sin vocación o con vocación, sólo concurrente potencial o que no debe subsistir, 5) en favor de quien es el titular de aquella relación familiar o testamentaria válida, 6) ó, 7) dada la no restitución a título hereditario, 2) debe ser, 8) la correspondiente restitución compulsiva a ese título, 9) por orden del Juez competente, 10) frente a la acción deducida por el sujeto titular, a cuyo señorío la comunidad entrega los bienes en cuestión.

El libro que tenemos a la vista constituye un gran éxito de la Escuela Ecológica por ser una nueva aplicación de los fecundos puntos de vista de Carlos Cossío, aplicación, por cierto, plenamente lograda por haber sido llevada a cabo por una mentalidad diáfana de civilista y, a la par, profunda de yuxfilósofo.

WERNER GOLDSCHMIDT