

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Abril de 1928

Núm. 40

Aguas subterráneas

I

Escasa es, dice la luminosa exposición de motivos de la ley de 1866, la legislación antigua española referente a las aguas subterráneas. Su régimen se hallaba sujeto a meras costumbres locales inciertas y varias, origen de frecuentes pleitos, sobre todo en aquellos puntos en que, como en Cataluña, es preciso recurrir a minados y galerías para extraer a la superficie de la tierra, y aplicar al riego, las aguas que ésta encierra en sus entrañas.

Dos principios antitéticos aparecen para fijar su regulación: uno, el derecho de los dueños de los terrenos donde las aguas emergen; y otro, el del investigador de las aguas que las encuentra y las hace surgir con sus trabajos: éste halla manantiales escondidos, fuentes de riqueza y de prosperidad; aquél facilita el terreno cuya superficie hay que perforar para llegar a los manantiales. ¿Cuál prevalecerá? ¿Qué intervención tendrá el Estado sobre ellas?

La propiedad de las aguas terrestres, en general, ha dado lugar a agudas controversias entre los jurisconsultos, pues mientras unos niegan que pudieran ser objeto de apropiación, otros la admitían sin inconveniente; los primeros se fundan, principalmente, en la calidad de corrientes; pero esta cualidad, como dice también la citada exposición de motivos, no impide que puedan pasar al dominio privado, sino que sólo modifica éste, ya que la apropiación no puede ser indefinida y permanente ni su consumo absoluto y total, y por ello, la ley, fundada en motivos de conveniencia pública, puede limitar su uso y aprovechamiento.

Ya de antiguo, en los reinos de Valencia y Cataluña, los ríos eran, según sus constituciones, de aprovechamiento común, y los

reyes se reservaban el derecho de otorgar aprovechamientos, como regalías de la Corona. Y en los pueblos de señorío, las aguas eran propiedad de los señores, que, al ser expulsados los moriscos, las concedieron en enfiteusis a los labradores. Las Leyes de Partida declararon de uso común los ríos; y prevenían (ley XIX, título 32, Partida 3.^a) que todos podían hacer pozos en sus heredades, o no menguar las venas por do vienen las aguas de otro.

Según fué avanzando la legislación, se comprendió que la Administración tenía necesariamente que intervenir en los aprovechamientos de las aguas en general, pues siendo éstas un elemento vital, no podía dejarse su uso al capricho individual, que podría privar de ellas a los demás. El desarrollo de las industrias o la vida de los individuos requería que el Estado, aun reconociendo el derecho de propiedad sobre las aguas que naciesen en predios privados, se reservase el otorgar la de los públicos, o los ríos, aunque estableciendo al propio tiempo que en cuanto a aquéllos, si salen del sitio de donde emergen las aguas, serán públicos, y que en éstos, si se han poseído durante cierto tiempo (veinte años) por un particular, la Administración respetaría su derecho, y en armonía con esa doctrina se redactaron los artículos 4, 5, 9, 10 y 11 de la ley de Aguas y 407 a 412 del Código civil. Según los números 1.^o del 408 de éste, y párrafo 1.^o del 5.^o de la ley de Aguas, las aguas que nacen en predios o privado son del dueño de éste.

Pero este precepto tan absoluto al tratar de las aguas subterráneas era preciso conciliarlo con el interés social que requería se alumbrase el mayor número posible de éstas, sobre todo en aquellos terrenos secos y ardientes, de pocas lluvias, en los que el agua escasea y es más necesaria por lo mismo. De ahí que al dictar sus preceptos la ley para estas aguas subterráneas, distinguiese como origen de las mismas entre pozos ordinarios y pozos artesianos, y reconociese al dueño del terreno el derecho de abrir aquéllos y otorgase al descubridor la propiedad de la investigada por pozos artesianos, socavones o galerías, dejando siempre a salvo el derecho preferente del dueño del terreno.

El derecho al alumbramiento y propiedad de las aguas subterráneas estaba establecido por la ley de Aguas y el Código civil, dando preferencia al dueño si se trataba de tierras de dominio privado, en los que sólo el dueño u otra persona autorizada por

él puede investigar aguas subterráneas; pero en los terrenos de dominio público otorga licencia para ello la autoridad administrativa a cuyo cargo se hallen el régimen policía de los mismos. Una vez otorgada esa licencia, bien por el dueño privado, bien por la autoridad administrativa, el investigador hace de su propiedad exclusiva las aguas halladas.

Define la ley como pozos ordinarios aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender a las necesidades ordinarias de la vida y al uso doméstico no empleándose otro motor para extraer el agua que el hombre (artículo 20). Esta definición, no obstante su contexto literal, no limita, según ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Mayo de 1902, la propiedad de las aguas obtenidas por pozos ordinarios a las de necesidades domésticas, sino que la extiende a las de cualquier otra naturaleza, aunque sean medicinales, con tal de que el pozo se ajuste al modelo general que indica dicho artículo 20, en forma negativa, esto es, que no sea pozo artesiano ni tenga socavones o galerías para aumentar el caudal. En estas condiciones, es inconcuso, como dice dicha sentencia, el derecho del dueño del terreno para apropiarse las aguas subterráneas, pudiendo abrir libremente esos pozos ordinarios, debiendo guardarse la distancia de dos metros entre pozo y pozo en población y 15 en el campo entre el pozo y el de los vecinos.

Una cuestión sumamente importante se ha suscitado a propósito del aprovechamiento de las aguas subterráneas alumbradas por pozos ordinarios, a saber, si tales aguas pertenecen en propiedad exclusiva al dueño de la finca, el cual disfruta de plena libertad para alumbrarlas, o, por el contrario, está subordinado el derecho de aquél a otros preexistentes que había de respetar.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 8 de Junio de 1907 y 29 de Octubre del mismo año, declara que el uso y aprovechamiento de las aguas, lo mismo corrientes que subterráneas, están subordinadas al reconocimiento de otro derecho preexistente, sin que sea lícito intentar el ejercicio de otro alguno si con él se menoscaba otro preferente, pues el sentido de la ley revela que los derechos reconocidos a los propietarios de los terrenos no son absolutos, sino subordinados a los de tercero que ostenten mejor condición, ya que así lo exige la naturaleza de las aguas, tal como ha sido desarrollada esta propiedad en la ley. Contra este criterio, Al-

cubilla hace la objeción que la ley establece dos criterios: uno referente a los manantiales naturales y ordinarios (artículos 5, 6, 7, 8, 10 y 14), que subordinan el uso y aprovechamiento de las aguas corrientes al reconocimiento de un derecho anterior, y otro el de las aguas de pozos ordinarios, que es absoluto, según los artículos 18 y 19, si al abrir aquél se han observado las distancias que marcan éstos; en cuanto a los pozos artesianos, rige, según el artículo 23, el respeto a los derechos preestablecidos en favor de tercero, es decir, el mismo criterio que en cuanto a los manantiales naturales, criterio que mantiene el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Marzo de 1903 (*Gacetas* de 28 y 29 de Marzo de 1904). ¿Qué criterio es el más ajustado a la ley? Si a la letra nos atenemos, el artículo 19 dice que el dueño del terreno puede abrir pozo *libremente*, y sólo puede hacerlo el propietario, según el artículo 417 del Código civil; y, en cambio, el 5, 6, 7, 8, 10 y 14 de la ley se refieren a derechos preexistentes, como el 23. Siendo la doctrina del Tribunal Supremo fuente de derecho y origen de la transformación de éste, y y dado, por otra parte, el elevado fondo moral de la misma, parece que a ella debemos atender. Esa doctrina del Tribunal Supremo es constante y reiterada, como puede verse en las sentencias de 22 de Noviembre de 1917, 12 de Junio de 1915 y otras, y reproduce la de la ley 19, título 32, partida 3.^a.

La autorización para abrir pozos, sean ordinarios o artesianos, en terrenos de dominio público, siempre los da la autoridad administrativa, con la diferencia que en aquéllos es la que tiene a su cargo los terrenos, y en éstos, la Administración general, es decir, el Ministerio de Fomento, como lo evidencia el artículo 2.º de la Real orden de 5 de Junio de 1883. En uno y otro caso, quien alumbra las aguas es dueño de ellas a perpetuidad, aunque salgan de la finca donde vieron la luz, cualquiera que sea la dirección que quiera darlas el alumbrador (artículo 418 del Código, y 21 y 25 de la ley de Aguas).

En cuanto a las investigadas en terreno particular, por pozos artesianos, socavones y galerías, hace falta, como hemos dicho, permiso del dueño, pues éste tiene derecho preferente. ¿Si no lo ejercita, pasa ese derecho a tercero? La ley de Aguas no prevé esa dejación tácita de derecho, como ocurre en la legislación de Minas con las substancias de la segunda Sección, y, por otra par-

te, el precepto del artículo 417 del Código civil es absoluto—sólo el dueño, dice—; por lo tanto, según esos preceptos, si el dueño del terreno no da permiso, las aguas se perderían, porque nadie puede investigar mas que él. Ya veremos qué disposiciones posteriores han remediado este mal, dando lugar incluso a la expropiación forzosa y autorizando al Estado a investigar por sí.

Las limitaciones que el dueño del terreno tiene para apropiarse de las aguas subterráneas son de dos clases: 1.ª, que distraiga de su corriente natural aguas públicas o privadas; 2.ª, que las labores de investigación no se hagan a menor distancia de 40 metros de edificios ajenos, ferrocarril o carretera, o de 100 de otro alumbramiento, o fuente, o río o canal, si se trata de pozos artesianos, y de 20 metros en los urbanos y 15 en los rústicos, si es de un pozo ordinario; si se refiere a una explotación minera, debe preceder convenio entre el minero y el investigador, para fijar los perjuicios, siendo la propiedad de las aguas del minero que las encuentra en sus labores, mientras conserva la de las minas; si no hay avenencia, fijará la indemnización la autoridad.

Con estas limitaciones, el dueño del terreno, o un tercero a quien autorice, tienen el derecho de realizar la apertura de pozos artesianos, galerías o socavones, estando comprendido entre esos derechos el utilizar una máquina elevatoria distinta del hombre. Sin embargo, no se deja al arbitrio del propietario el causar daños, alterando corrientes, pues si hubiera peligro de ello, puede acudir al alcalde, quien podrá suspender las obras a instancia del Ayuntamiento o de los interesados, causando estado su acuerdo si no se recurre al Gobernador civil contra ella.

Esta misión del alcalde es muy delicada. Se trata sólo de un efecto puramente de momento, para impedir un daño inminente; en cuanto logra ese objeto, debe cesar. Por lo demás, la jurisdicción competente, siempre que se trate de alterar régimen de aguas privadas, es la civil a la que se ha de acudir, utilizando el interdicto de retener o el juicio declarativo de mayor cuantía. No hay sino leer los artículos 254, 255 y 256 de la ley para convencerse de ello, ya que a dicha jurisdicción compete conocer el dominio de las aguas privadas y de su posesión, de la indemnización de daños o perjuicios por apertura de pozos ordinarios o artesianos, o por preferencia de aprovechamiento fundada en títulos civiles.

Así lo previenen los Reales decretos. Competencia de 9 de Octubre de 1894, 24 de Marzo de 1911 y otros.

Contra la providencia del Gobernador no procede recurso de alzada ante el Ministerio de Fomento (sentencia de 31 de Mayo de 1894) ni tampoco recurso contencioso-administrativo (sentencia de 20 de Abril de 1912).

Según el artículo 4.º, párrafo último del Decreto-ley de Bases de 29 de Diciembre de 1868, las aguas subterráneas eran consideradas como sustancias de la tercera Sección, y otorgadas por la Administración, independientemente del dueño del suelo, conforme al artículo 9.º de dicho Decreto-ley. Con motivo de este precepto y de la publicación posterior de la ley de Aguas y del Código civil, se suscitó la cuestión acerca de qué legislación era la aplicable, si la de Minas, que daba preferencia absoluta, y en todo caso al Estado, para que las otorgase libremente, o la de Aguas, debiendo reconocerse los derechos esenciales de los dueños de los terrenos como preferentes. Antes de promulgarse la actual ley de Aguas de 1879, ya dispuso la Real orden de 5 de Diciembre de 1876 que era preferente la legislación de Aguas (de 1866), y ese criterio lo ratificaron expresamente la Real orden de 5 de Junio de 1883, en su exposición de motivos, y en su artículo 1.º, la Real orden de 1.º de Agosto de 1891, y numerosa jurisprudencia, como las sentencias de 12 de Noviembre de 1891, 4 y 11 de Octubre de 1892 y otras.

Los concesionarios de pertenencias mineras tienen, sin embargo, la propiedad de las aguas que alumbran en sus trabajos mineros, como se ha dicho (artículo 26 de la ley de Aguas), mientras conserven la propiedad de las minas. Pero esto no de un modo absoluto, puesto que si con sus trabajos cortan corrientes de agua destinada a abastecimiento de poblaciones o para riegos, han de reponerla a su primitivo estado e indemnizar daños y perjuicios, si no procediere otra responsabilidad más grave, o sea la criminal (artículo 59 de la ley de 6 de Julio de 1859); el Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868 anunciaba una disposición legislativa que no ha llegado a publicarse, y en su lugar, el Reglamento de Minería, artículo 81, previene, dando un carácter más general a los preceptos de la ley de Minería, que se ha de reponer la corriente a su antigua situación si se pudiere, y en todo caso, re-

parar los daños cuando se corten o separen de su curso, «cualesquiera agua que se estuviese aprovechando»; y para garantir los derechos de los dueños de aguas preexistentes, no se permiten ejecutar en las concesiones mineras labor alguna que pueda perjudicar a los aprovechamientos de aguas, mientras no se afiance el valor de estos últimos; los afianzamientos no pueden decretarse sino después de realizarse la demarcación. Resulta, pues, que el derecho de los mineros es, en realidad, una posibilidad de hacer suyas las aguas subterráneas cuyo curso no dé lugar a nacimiento de manantiales exterior aprovechados por alguien, pues en otro caso, aun teniendo buena fe el minero, habían de dejárselos al aprovechamiento anterior, y si hubiera mala fe, quedaría aquél sujeto a responsabilidad criminal. Además, como ya se ha indicado, cabe que la Autoridad administrativa fije una indemnización de daños, para permitir a un tercero hacer trabajos de exploración en una mina.

Consideración especial nos ha de merecer las aguas subálveas. Alveo o cauce natural lo define la ley (artículos 28, 32 y 37) diciendo es el terreno que cubren las aguas en sus máximas avenidas o en su mayor natural en las lagunas o lagos. Ocurre a veces que, por la naturaleza geológica del terreno, una parte muy importante del agua no sigue el curso superficial del río, sino que va por debajo de él. Este aprovechamiento lo prevé la ley de Aguas, disponiendo que cuando las aguas de un río vayan subterráneas en todo o en parte, y se construyan malecones o atajadizos para elevar su nivel, se considerará el resultado como un alumbramiento de aguas (artículo 194). Como este aprovechamiento no es uno de los aprovechamientos comunes a que se refieren los artículos 126 y 127, ni uno de los exceptuados en los artículos 6, 174, 176, 177 y 184 de la ley de Aguas (o sea aprovechamiento para lavar, beber, abreviar ganado, etc.; los aprovechamientos eventuales con atajadizos movibles que no excedan de 10 litros por segundo; aprovechamiento para ferrocarriles que atraviesan tierras de regadío; aguas pluviales para riego, utilizadas con o sin malecones, y bombas en los ríos navegables para extraer agua para riegos, si no se perjudica a la navegación), es necesario, según el 147, para ponerlo por obra, que se dé autorización administrativa, previo el oportuno expediente.

Si hubiese regantes o usuarios inferiores, con derechos otorgados por el Ministerio de Fomento o adquiridos por prescripción, pueden oponerse al alumbramiento de aguas subválveas.

II

Comprendiendo el Estado la importancia de las aguas subterráneas, en un país como el nuestro, de ríos de rápida corriente, encajonados entre altas riberas, de los que no siempre se pueden derivar aguas, a menos de realizar obras de mucho coste, se empezó a alterar el régimen expuesto, autorizando, por Real decreto de 15 de Julio de 1905, al Instituto Geológico para hacer trabajos de exploración y determinar los puntos más probables donde existieran aguas subterráneas, haciéndose estos trabajos con cargo al Ministerio de Fomento. Si los puntos que el Instituto señalase en las Memorias que había de presentar *estuviesen en fincas particulares, el Estado procedería a la expropiación forzosa de las parcelas necesarias para el alumbramiento, por causa de utilidad pública*, comprendiendo el caso entre los que autorizan las leyes de Minas: la propiedad de las aguas así obtenida es del Estado, que puede cederlas a los Municipios o a los particulares mediante canon, que se regulará en cada caso. Tenemos en esta disposición dos novedades importantes: 1.^a, que se altera el principio de que al dueño corresponde siempre el alumbramiento de aguas subterráneas, puesto que si él no lo hace, lo hará el Estado, apropiándose las aguas; 2.^a, el procedimiento, puesto que se reconoce intervención preferente de las autoridades y funcionarios de Minas, modificando así lo prevenido en los artículos 2.^o y 3.^o de la Real orden de 5 de Junio de 1883, que reservaba tales expedientes, lo mismo que todos los de aguas subterráneas y subválveas, a los ingenieros de Caminos y Jefaturas y Dirección de Obras Públicas.

Surgidas dudas, sin embargo, con motivo de la aplicación del artículo 13 del primer Real decreto de 28 de Junio de 1910, de que vamos a ocuparnos, según el cual, los expedientes de aguas subterráneas y sus incidencias se tramitan en el Negociado de Minas de la Dirección de Agricultura, se aclaró esta cuestión por Real de-

creto de 11 de Julio de 1910, según el que los dos Reales decretos de 28 de Junio de 1910 no son aplicables a las aguas subterráneas de los terrenos y cauces de dominio público, en las que seguirían rigiendo las disposiciones anteriores (esto es, la Real orden de 1883 y la ley de Aguas, en toda su pureza), y en consecuencia, por el Real decreto de 23 de Julio del mismo año 1910 se declaró que se entendían por aguas *subterráneas de cauces de dominio público* las *subálveas*, y por aguas *subterráneas de terrenos de dominio público* las *definidas* en el capítulo 4.º de la ley de Aguas e Instrucción de 1883; estas dos clases de aguas subterráneas se seguirán regulando por la Instrucción citada y no les será aplicable el Real decreto de 28 de Junio de 1910, el cual debe entenderse hace relación únicamente a los expedientes para el estudio y alumbramiento organizados por el citado Real decreto, que son los que se tramitan por la Dirección general de Agricultura.

Existen, pues, a partir de esa disposición, dos clases de concesiones de aguas subterráneas: unas acogidas a los beneficios del Real decreto de 28 de Junio de 1910, que se tramitan y se otorgan por Minas, y otras que se tramitan y otorgan por Obras Públicas, ajustándose completamente a los artículos 18 y siguientes de la ley de Aguas e Instrucción de 1883.

Hemos querido detallar bien esta diferencia, porque es origen de frecuentes confusiones y de pérdidas de tiempo y de instancias para los interesados.

El Real decreto de 28 de Junio de 1910 es un poco más decisivo en el auxilio del Estado para el alumbramiento de aguas subterráneas. Ya la ley de 7 de Julio de 1905, de riegos pequeños de menos de 200 hectáreas, determinó, en su artículo 9.º, que el Estado podría auxiliar, en la forma que prevenía el 3.º, la construcción de pozos artesianos, aunque fuesen de propiedad particular, con tal de que el dueño presentase el proyecto correspondiente, obtuviese autorización y se sometiese a iguales requisitos que si se tratase de aguas públicas; el auxilio consistía en abonar por una sola vez una cantidad que no excediera de 200 pesetas por cada volumen de agua empleada en el riego, si la concesión se hace a Empresa que no es propietaria de la zona regada, y hasta 350 pesetas, si la concesión se hace a Sindicatos o Municipios que

cedan gratuitamente el agua a los regantes. La tramitación de estos auxilios se determinó en los artículos 39 a 44 del Reglamento de 15 de Marzo de 1906, en los que es de notar que el Jefe de la División de Trabajos Hidráulicos había de proponer lo correspondiente oyendo al de Minas, siendo requisito indispensable que se acompañase a la petición la autorización del dueño del terreno para abrir los pozos artesianos. Esta ley fué modificada por la de 7 de Julio de 1911 en el sentido de que el auxilio fuese por hectáreas regadas, no por litros de agua consumidos, y que los gastos de la instrucción de los expedientes estaban a cargo del Estado.

La orientación de esta última responde ya a la marcada por el Real decreto de 29 de Junio de 1910, vigente en la materia que vamos a exponer.

Señala éste dos clases de auxilios del Estado: uno informativo y otro pecuniario. El primero lo facilita el Estado por medio del personal técnico del Instituto Geológico, cuando se trata de un fin puramente particular, dando los antecedentes que tenga sobre el alumbramiento de aguas subterráneas en un punto determinado, y disponiendo, si la Dirección lo acuerda, que su personal examine sobre el terreno los puntos y circunstancias de la investigación y emita dictamen, del que se entrega copia al particular interesado; otra modalidad de este auxilio técnico se presta si la Dirección, previo informe del Instituto Geológico, lo acuerda en *asuntos de limitada aplicación local, a instancia de corporaciones o entidades*, y consiste en el estudio hecho por un ingeniero del proyecto y de la localidad.

El auxilio pecuniario sólo se da a corporaciones o entidades para asuntos de interés general manifiesto, y consiste en una subvención del 50 por 100 del presupuesto total de las obras, abonada por el Ministerio de Fomento en la forma y plazos que determine, siendo requisitos indispensables que el Instituto Geológico dé informe favorable respecto de las condiciones de la comarca, para esperar un resultado probable, señale el punto de la obra y estudie el proyecto y presupuesto de la misma y determine la cuantía y condiciones del auxilio del Estado.

Claro es que, aparte de esta misión de auxilio, el Estado se reserva primordialmente el hacer los sondeos, perforación de pozos

y demás trabajos de alumbramiento de aguas por su cuenta, siempre bajo la dirección y vigilancia del personal técnico del Instituto Geológico, al que privativamente corresponde el estudio de las condiciones de los terrenos de las cuencas hidrológicas, para trabajos de investigación y alumbramiento de aguas, conforme se detalla en otro Real decreto de 28 de Junio de 1910, artículos 27 a 30. Estos trabajos pueden hacerse por administración y por contrata, facilitando el Estado el personal y el material.

Y en este Real decreto, siguiendo la tendencia modificativa de la ley de Aguas, del Código civil y de la ley de Auxilio de Riegos de 1905, según las que, en terreno particular, sólo el dueño podía investigar, dispone que cuando el Estado haya de efectuar trabajos en terrenos privados, se elegirá el punto más adecuado al efecto, atendiendo además a las conveniencias del propietario, *y si fuera necesario, se llega a la expropiación forzosa, lo mismo que si se trata de obras públicas*, y, por lo tanto, si hay un punto útil, la voluntad del dueño no puede paralizar los trabajos, que se han de subordinar al interés general.

Vemos, pues, que la actuación del Estado es doble: una, la de realizar trabajos de investigación propios; otra, de auxilio a corporaciones o particulares en la forma indicada.

La propiedad de las aguas que el Estado alumbrá por su cuenta pertenece al mismo, mas puede cederlas mediante contrato, en las condiciones que se indique en éste; las iluminadas por corporaciones, entidades o particulares, son propiedad de quien las alumbrá, aunque hayan sido subvencionadas o auxiliadas por el Estado. Es este precepto desarrollo del artículo 22 de la ley de Aguas, pero modificándolo en el sentido de darse una preponderancia al derecho del investigador y ejecutor de las obras, bien sea el Estado o un particular sobre el dueño, el cual no tendrá derecho a las aguas subterráneas, sino en tanto que sea él mismo quien realice las obras, pues, en otro caso, lo perderá, a virtud de su permiso, para efectuar los trabajos de investigación o de expropiación de terreno, no ya de las aguas, a favor de tercero; y decimos de terreno y no de las aguas, porque, en caso de resistencia del dueño, ese expediente se inicia y concluye antes de que se sepa si hay o no agua; luego no se puede expropiar ésta sino primero el derecho de investigar, que es el que niega el dueño, y

después el terreno mismo ; pero una vez otorgado por el Estado el derecho de investigar o hecho por él, tal concesión o ejecución lleva consigo la propiedad de las aguas halladas.

Una cuestión de exégesis legal interesante se ofrece comparando el Real decreto de 28 de Junio de 1910, como el Reglamento de 15 de Marzo de 1906, antes citado. Dispone éste que es requisito indispensable la autorización del dueño para abrir pozos artesianos en terreno ajeno. Aquél previene que, para investigar las aguas subterráneas, se puede apelar a la expropiación si el dueño del terreno no se prestase voluntariamente a dar su asentimiento. ¿Cuál de estos principios radicalmente contrarios prevalecerá?

Es principio de derecho, y está consignado en el artículo 5.º del Código civil, que toda disposición posterior deroga la anterior. Sin embargo, es diferente la finalidad de uno y otro precepto : el primero se refiere a los requisitos para que el Estado otorgue auxilios al efecto de abrir pozos artesianos, y entonces es natural que se asegure convenientemente de que los medios o socorros no han de quedar en el vacío, y por lo tanto, que no ha de haber dificultad para que el peticionario consiga hacer sus trabajos en el terreno marcado. En el segundo se trata de que el Estado abra directamente los pozos artesianos, y si el dueño del terreno se resiste, ¿será posible que aquél le venza con su fuerza coactiva? Lo es, y completamente lógico. Si se resiste el dueño en el primer caso a dar la autorización, ¿podrá aplicarse también la expropiación? Examinémoslo. Se trata de obtener una subvención del Estado por un particular para construir pozos artesianos en terreno particular y dedicar el agua que se pueda hallar a riegos, y para ello, según el artículo 9 de la ley de 7 de Julio de 1905, el peticionario, además del proyecto y otros requisitos administrativos, ha de *obtener la autorización* : ¿de quién? El 41 del Reglamento lo indica : *deberá* (dice con forma preceptiva) acompañar a su proyecto la *autorización del dueño del terreno* ; luego si ha de acompañarla al proyecto para iniciar el expediente de subvención, ha de haberla obtenido antes, y no podrá legalmente lograrse ni será eficaz si se pretende después, porque se omite un requisito esencialmente requerido por la ley para conseguir la subvención. Quien pretende la subvención aun no tiene derecho alguno y le falta fundamento para expropiar forzosamente. Pero,

por otra parte, el artículo 114 de la ley de Obras Públicas autoriza la declaración de utilidad pública (y consiguientemente la expropiación forzosa, según el número 2.º del 115) para las obras destinadas al uso público y lo prohíbe para las dedicadas a un fin particular; el artículo 155 del Reglamento de 6 de Julio de 1877 previene que el peticionario deberá acompañar las tarifas de arbitrios, cálculos de utilidades de la empresa y probar la necesidad de la declaración de la utilidad pública; de lo que se infiere que, aun en caso de utilización particular de una obra por la empresa concesionaria, mediante retribución por los usuarios, cabe perfectamente la declaración de utilidad pública; ese es precisamente el caso de la empresa de riegos que solicita una subvención. La utilidad, aunque de un modo inmediato sea particular, es, en realidad, general y deben aplicarse las ventajas concedidas para ésta. Sin embargo, no se aclara aún la cuestión con esto. El artículo 75 de la ley de Aguas previene que puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para la conducción de las destinadas a algún servicio público *que no exijan la expropiación forzosa*; y el 77 agrega que puede imponerse dicha servidumbre para *objetos de interés privado* en los casos que especifica, el primero de los cuales es *establecimiento o aumento de riegos*. Luego, para la ley, a tenor de estos preceptos, el *establecimiento de riegos* es un objeto de interés privado, no público. El artículo 200 de la ley de Aguas declara, por último, que son de utilidad pública, para los efectos de la ley de Expropiación forzosa, las obras necesarias para el aprovechamiento de aguas públicas para riego, si el volumen de éstas excede de 200 litros por segundo. El artículo 2.º del Real decreto de 5 de Septiembre de 1918 no altera ese precepto; y como el artículo 9.º de la ley de 1905 dispone se aplique al auxilio de pozos artesianos los mismos requisitos de las aguas públicas, tenemos, en resumen y conclusión, que los alumbramientos menores de 200 litros por segundo son de interés puramente privado y no puede declararse la expropiación forzosa de los terrenos donde se hallen, si el dueño niega su permiso para investigar, pudiendo sólo establecer la servidumbre de acueductos para conducir las que se hallaren, hechas las obras.

Esto se entiende en los casos en que el Estado no sea quien haga directamente las obras; si las hace, siempre procede a la

expropiación. El Real decreto de 9 de Junio de 1924 varía la organización indicarla, reservando al Instituto Geológico los altos estudios y la suprema investigación, puesto que él es quien ha de hacer el estudio y propuesta de los terrenos en que hayan de investigarse las aguas subterráneas por cuenta del Estado, el plan de trabajos y el presupuesto, y su personal puede, con fines científicos, visitar las que se realicen; y los distritos mineros los que tienen la dirección, inspección y vigilancia, bien realice los trabajos sólo el Estado, o bien con la cooperación de particulares; la fijación del emplazamiento de los trabajos corresponde al Ministerio de Fomento. Los trabajos se han de efectuar por contrata, sin que el Real decreto, incurriendo en una confusión muy frecuente en la Administración, distinga si ha de ser celebrada la contrata por concurso o por subasta; pero como el mismo Real decreto dispone que se han de ajustar a las disposiciones vigentes, entendemos que ha de regir el sistema de subasta como regla general, y que sólo en los casos que señala el artículo 52 de la ley de Contabilidad podrá emplearse el de concurso, puesto que el de subasta siempre es preferente, según el artículo 47 de aquélla. El Estado puede arrendar a los particulares sus trenes de sondeo. Las escrituras del contrato respectivo las otorga el Director de Minas. Salvo la diferencia de competencia, este Real decreto mantiene lo resuelto por los anteriores. El Real decreto de 9 de Junio de 1925, que se ocupa de los requisitos para abastecimiento de agua de poblaciones, previene que el Estado subvencionará el alumbramiento de aguas subterráneas cuando se demuestre que es imposible atender a dicho abastecimiento por medio de las aguas corrientes o de manantiales. El Real decreto-ley de 7 de Enero de 1927 y su Reglamento de 1.º de Abril del mismo año, mantienen la competencia del Instituto respecto de aguas subterráneas, sin variar lo expuesto, salvo que, según el artículo 24, le corresponde la dirección técnica de los trabajos de investigación.

¿Son inscribibles en el Registro administrativo de Aprovechamiento de Aguas, creado por Real decreto de 12 de Abril de 1901? A nuestro juicio, no lo son. Dicho Registro se refiere pura y exclusivamente a las públicas, a fin de que la Administración pudiese juzgar de la posibilidad de hacer nuevos otorgamientos, en razón a los ya otorgados, de manera que aquélla conociese el cau-

dal de cada corriente y los concesionarios que en ellas hubiere; no puede, pues, tener aplicación cuando se trata de aguas privadas. Y este es el único carácter que corresponden a las subterráneas, pues si son alumbradas por pozos ordinarios, se lo asigna el artículo 18 de la ley; si por pozos artesianos hechos por un tercero, el 19; si por el dueño, el 23 (alumbrar y apropiarse, dice), y si por el Estado, el Real decreto de 28 de Junio de 1910. Luego en ningún caso pueden ser públicas.

Únicamente puede ser objeto de duda el caso de las aguas subálveas, puesto que determinándose en el artículo 192 el concepto de éstas, en sentido de que *son las aguas públicas de un río* que en todo o en parte van por debajo de la superficie del suelo y que se hacen surgir artificialmente por medio de malecones, parece que esa definición envuelve el criterio que estas aguas conservan el mismo carácter que las superficiales que les dan origen, ya que son las mismas que se han filtrado al subsuelo, y si esto fuera así, esa nota la conservarían en todos sus aspectos, y, por lo tanto, puedan ser inscritas como las públicas en el Registro de éstas. Sin embargo, nos parece anómalo que, tratándose de aguas subterráneas, pues lo son también las subálveas, haya de establecerse tal distinción. Y si bien la ley no contiene precepto terminante declarando la propiedad particular de las subálveas, como lo hace respecto de las dunas subterráneas, nos inclinamos a creer que han de ser propias de quien las encuentra, lo que nos parece más lógico, puesto que la misma ley expresa se consideran como un alumbramiento de agua, y, por tanto, no son inscribibles en el Registro de las públicas.

Tenemos, pues, las siguientes clases de aguas subterráneas: 1.ª La de los pozos ordinarios. 2.ª La de los pozos artesianos, alumbradas por trabajos del dueño o por los de un tercero. 3.ª Las encontradas en los trabajos mineros. 4.ª Las investigadas por el Estado, bien directamente, bien por medio de un contratista, bien por un particular o entidad subvencionado o auxiliado por el Estado. 5.ª Las subálveas.

Las primeras son del dueño del terreno, con tal de que guarde las distancias de dos metros entre pozo y pozo en las poblaciones, y 15 en el campo entre los pozos u otras corrientes, o que no se aminoren éstas, aunque medie más de aquella distancia. Las se-

gundas son del dueño del terreno, si él las alumbró, o del investigador en otro caso, con tal de que guarde las distancias de 40 ó 100 metros de los casos dichos o no aminore otras aguas. En las terceras son del minero, si han mediado las distancias expresadas y no se han amenguado otras corrientes. En la cuarta son del Estado, que las puede ceder o vender, o del particular o entidad concesionario, con las salvedades antes dichas, y en la quinta no dice la ley de quien es la propiedad; pero como indica que se estimará, a los efectos de la misma, como un alumbramiento de agua convertido en utilizable, estimamos que se ha de aplicar la misma doctrina expuesta respecto del investigador que encuentra aguas subterráneas, y, por tanto, que serán propias del que las encuentra y alumbró, con las mismas salvedades.

¿Qué juicio hemos de formar de esta tendencia? Creemos que no era justo ni conveniente al bien social que una riqueza tan importante como la de las aguas subterráneas quedase abandonada si un propietario, por falta de medios económicos o por carecer de conocimientos o instrucción suficiente, se obstinaba en no abrir paso en sus fincas para investigar aquéllas; y, por lo tanto, estimamos perfectamente plausible que se haya llegado a conceder el derecho de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, para que el Estado, por sí o mediante contrato con otra entidad, saque a la luz y aproveche esa riqueza oculta. Pero creemos debe llegarse a más, volviendo a la buena doctrina que contenía el Decreto-ley de Bases de Minería de 1868, y estimando, según éste hacía, las aguas como substancia comprendida en la tercera Sección y otorgables por el Estado, con entera independencia del suelo, a quien lo pida, previo el abono de un canon. No es ocasión ahora, ni el espacio nos lo permite, discutir la naturaleza de las minas, y a quien y cómo han de ser otorgadas. No se trata tampoco de una aplicación socialista al régimen de las aguas; al contrario, reconociendo la propiedad privada sobre las aguas subterráneas, una vez que el Estado las haya otorgado, no parece dudoso, en primer término, que el derecho del propietario de las aguas aludidas arranca y se funda en el del Estado, y por ello éste ha de poder fijar las condiciones para su disfrute, y no cumplidas aquéllas, han de revertir a él; ha de intervenir aquél en su ordenación, vigilando, a fin de que no quede muerta, por inex-

plorada, riqueza tan importante, removiendo todos los obstáculos que la inercia, o apatía, o falta de capital del propietario pueda ofrecer; ha de otorgar el reconocimiento de esa propiedad con entera independencia de la del suelo y no como accesión de éste; ha de vigilar su aprovechamiento, para evitar los conflictos que puedan sobrevenir, regulando su disfrute armónicamente en relación a las necesidades humanas, y ha de respetar, finalmente, la intervención de los Tribunales de Justicia en la esfera que les es propia y exclusiva, esto es, cuando se trate de definir derechos de propiedad o de fijar indemnizaciones de carácter civil.

¿Qué resultado ha dado en la práctica la reforma de 1910? Según los datos que aparecen en la Estadística Minera, la producción o investigación de aguas subterráneas en España es la siguiente:

A Ñ O S	Toneladas
1908.....	28.556.497
1909.....	29.314.738
1910.....	31.890.526
1911.....	32.563.226
1912.....	51.150.650
1913.....	43.734.850
1914.....	42.534.850
1915.....	28.837.850
1916.....	28.657.850
1917.....	29.267.850
1918.....	29.367.850
1919.....	31.268.350
1920.....	32.287.850
1921.....	32.367.850
1922.....	32.917.850
1923.....	32.040.000
1924.....	33.401.470
1925.....	32.314.320
1926.....	32.214.320

Es sumamente curioso el desarrollo que arroja esta Estadística. Vemos que después de permanecer estacionaria la producción en 1908 y 1909, empieza a elevarse en 1910, al dictarse y por consecuencia del Real decreto de dicha fecha estableciendo las investigaciones por el Estado, las subvenciones y el derecho de expropiación de terrenos particulares a estos efectos. Siguen aumentando en 1911; experimenta una gran elevación en 1912 a 1914; con los años de la guerra europea disminuye y empieza a elevarse

lentamente al acabar ésta, para alcanzar el máximo en 1924 y mantenerse al mismo nivel hasta 1926. Explicando este aumento en 1912, año del máximo, dice la Memoria de la Estadística Minera de ese año que el aumento se debe a las provincias de Alicante, Barcelona y Valencia, y los respectivos ingenieros de éstas informan: 1.º Que la persistente sequía de la primera de dichas regiones hace que cada año se acentúe más la necesidad de alumbrar aguas subterráneas con que suplir, por la falta de lluvias, los antiguos manantiales, que amenguan aun en los años de mayor abundancia; en dicho año se presentaron 73 registros, con 1.831 hectáreas, casi en su totalidad de lignito, aun con el fin de alumbrar aguas aumentando el caudal de las existentes, que se vienen utilizando con gran beneficio para la Agricultura; 29 minas, de las cuales se han concedido oficialmente para agua, y las 73 restantes lo fueron oficialmente para azufre y lignito, con 532 hectáreas produjeron 23.000.000 de metros cúbicos de agua, con valor a bocamina de 630.000 pesetas, contra 190.000 en 1911. ¡Qué aumento y qué riqueza! ¡Y cuánta se desperdiciará y se perderá! El valor medio del metro cúbico a bocamina resulta de unos tres céntimos; pero es mucho mayor después de las canalizaciones. Si se estima el valor creado por el agua alumbrada de las minas, la cifra crece. Cada metro cúbico de agua crea en los cultivos alicantinos un valor que no baja de 40 céntimos de peseta, de manera que los 23.000.000 de metros cúbicos alumbrados en 1912 crearon, seguramente, un valor de 9.000.000 de pesetas. Pero el aumento de valor de la riqueza agrícola alumbrada es mucho mayor, pues por la sequía extraordinaria, se hubieran perdido los viñedos y arbolados de Alicante, Elche, Crevillente, Albatera, Muchamiel, Novelda, Villena, etc. Esto, ya en 1912, indicaba se debía estudiar si era llegado el momento de cambiar el concepto de la propiedad de las aguas subterráneas, atribuyendo su propiedad bien al Estado o al primer descubridor de las minas. Multiplíquese el precio medio del metro cúbico, de 0,03 pesetas, por las toneladas conseguidas en 1926 en España, y se verá la importancia de esa riqueza. 2.º El de Barcelona, que había habido una producción de 26.150 toneladas, con valor de 1.569.000 pesetas, cuya producción, perteneciente en gran parte a la Compañía General de Barcelona, se intentaba municipalizar para abastecimiento de la población.

3.º El de Valencia repite, como el de Alicante, que se solicitan minas de lignito, como medio de alumbrar aguas subterráneas y defender las ya alumbradas para la huerta valenciana. Multiplicaríamos fácilmente estos ejemplos, con datos oficiales como los expuestos. Ellos revelan la necesidad de atender a esa gran riqueza del subsuelo que se pierde en mucha parte, con gran perjuicio de la economía nacional.

Según los datos oficiales de la Estadística de 1926, había 11 minas productoras de aguas subterráneas, con 49 hectáreas, 93 áreas, 77 centiáreas, y, en cambio, hay 84 improductivas, con 553 hectáreas y 81 áreas, 83 centiáreas. Las provincias de mayor producción son Barcelona y Tarragona. La producción aumenta lentamente, habiendo, sin embargo, sensibles declives. Es necesario proteger esa riqueza oculta.

Terminado el trabajo precedente, llega a nuestras manos el proyecto presentado a la Asamblea Nacional por el Sr. Ministro de Fomento, reformando el aprovechamiento de aguas subterráneas, proyecto publicado en la «Revista Minera». En la Sección correspondiente de la Asamblea se ha discutido y formulado un luminoso dictamen, sistematizando las disposiciones del proyecto ministerial e introduciendo en él ligeras reformas en cuanto a la participación que se reconoce a los diversos elementos que se dan en relación con estas aguas. Esta reforma trascendental es de creer que pronto llegará a ponerse en vigor, con una u otra orientación. A título informativo y para dar a las líneas precedentes un valor que sin esto no tendrían, ponemos a continuación una síntesis del proyecto, del dictamen y de los motivos en que se basan uno y otro, añadiendo un cuadro con un intento de clasificación.

Responde el proyecto, según el dictamen y según su exposición de motivos, a dos órdenes de consideraciones: a razones científicas sobre la formación y curso de las aguas surgentes o artesianas; a nuevas orientaciones del derecho que van sustrayendo las corrientes subterráneas al dominio exclusivo particular, no con el fin de aumentar el haber del Estado, sino con el de coordinar los aprovechamientos de aguas, evitando los egoísmos y aumentando el coeficiente de utilización de caudales. Entre las primeras razones, señala el proyecto: los perfeccionamientos técnicos, que

permiten aprovechar las aguas aun no surgentes en gran extensión y solucionar el problema de pequeños regadíos y el abastecimiento de pequeñas poblaciones; la necesidad de reformar el artículo 24 de la ley de Aguas, inspirado en normas poco científicas e inexactas, puesto que trabajos hechos a menor distancia de la marcada en aquél no afectan a otros aprovechamientos pre-existentes, y en cambio les destruyen o lesionan otros a mayor; el ser imposible distinguir las aguas del subsuelo de una finca de las que afluyen de otras derivaciones, pues perforado un taladro en una finca, afluyen las del predio y las de otros sitios; y de orden técnico legal, la necesidad de reformar los artículos 23, 26 de la ley de Aguas, 28 del Decreto-ley de Bases de Minería y el 417 del Código civil, que reconocen derechos antagónicos al dueño del terreno, al descubridor de las aguas y al minero; la reforma debe orientarse en el sentido de atender ante todo a los intereses generales de la nación, considerando a las aguas subterráneas como de dominio público, lo mismo que las sustancias minerales (doctrina que es la que hemos defendido íntegramente en el anterior esbozo de esta cuestión); pero en el desarrollo de este principio introduce el dictamen una importante reforma en el proyecto, puesto que éste se las reservaba al dueño del terreno, por cesión del Estado, y, en cambio, aquél aplica el principio *prior tempore potior jure*, otorgándosele al que primero las solicite en forma reglamentaria, alegando que la sustracción de estas aguas al dominio privado para coordinar su mejor aprovechamiento, no deben desatar imprudentemente los lazos que unen al propietario con las partes integrantes de su predio, sino que es compatible con que se le respete el privilegio de apropiarse las aguas freáticas o de nivel y se le reserve una cuota importante de las no freáticas alumbradas por tercero. Es decir, que, tanto en el proyecto como en el dictamen, se parte de la distinción de aguas freáticas o de nivel (pozos ordinarios), de las no freáticas, artesianas o no artesianas; en las primeras se reconoce la propiedad al dueño del terreno, con la única alteración en el dictamen de haber de dar cuenta del intento de alumbrarlas al Ayuntamiento y de someterse a la inspección facultativa, y en cuanto a las segundas, se alteran profundamente las reglas tradicionales, que las clasificaban en públicas o privadas, en atención exclusiva al dominio del suelo; y para ate-

nuar esta radical transformación, la Comisión, en su dictamen, suaviza un tanto el tránsito de un régimen a otro.

Basa, al efecto, su criterio en que las aguas subterráneas no freáticas forman parte de sistemas hidrológicos, o sea de cuencas especiales, lo cual exige que las investigue el Estado y que su alumbramiento se verifique con sujeción a reglas y criterio técnico; para evitar que las iniciativas privadas inorgánicas perturbasen el uso o condujesen a la anarquía, produciendo aprovechamientos socialmente menos eficaces, lo cual no ocurre con las aguas freáticas, que, como hemos dicho, deja el proyecto o el dictamen en propiedad al dueño del terreno, en la forma expresada. Las no freáticas deben ser objeto de concesión exclusiva del Ministerio de Fomento, pudiendo pedir las: a), el dueño del terreno, consorcios de regantes o asociación de propietarios; Ayuntamientos, respecto de las de sus términos, en terrenos comunales o de propios; las Confederaciones hidrográficas, otros alumbradores extraños y el Estado, no confiriéndose por este orden, sino por el de peticiones, porque no parece oportuno conservar, respecto de las no alumbradas y desconocidas, los privilegios otorgados a las superficiales; los fines deben vigitarse.

Respecto de la distribución, el proyecto tenía en cuenta los derechos del dueño, los del alumbrador y los del Estado, los de los Ayuntamientos y los de los mineros, partiendo de un criterio edléctico, pero con vistas a fomentar la investigación, daba mayor participación al alumbrador, después del Estado, y, por último, al dueño del terreno; aumentaba la participación del alumbrador cuando se trataba de aguas en que era necesario emplear medios mecánicos, no sólo por su mayor coste inicial, sino por la necesidad de gastar continuamente en su sostenimiento; y para evitar la excesiva liberalidad de las leyes de minas, que autorizaban otorgar concesiones de minerales inexistentes, cuyo verdadero objeto era captar aguas y venderlas con fines industriales, se restringe el derecho de los mineros a las aguas que encuentren en sus labores, necesarias para el laboreo y beneficio de minerales, mientras trabajen industrialmente las concesiones; el proyecto, teniendo en cuenta los derechos de unos y otros, mencionando los privados de la propiedad del suelo, los del alumbrador y el dominio eminente del Estado, procura armonizar los respectivos criterios,

obtener mayor efectividad en el rendimiento y suprime el sistema de proporciones o participación fija, en que hasta cierto punto se inspiraba el proyecto (y decimos hasta cierto punto, porque unas veces hablaba del mínimo y máximo que de participación fija), y amplía la elasticidad de las bases. El Estado, como no ha de explotar por sí, salvo casos excepcionales, cede las aguas, otorgándose al investigador el derecho de tanteo. Al Instituto Geológico, Dirección de Minas e Ingenieros se reserva la investigación, estudio, otorgamiento de concesiones, etc.

PROYECTO DEL DECRETO-LEY (SEGÚN EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN).

La declaración fundamental, literalmente conforme con el proyecto ministerial, dice así :

Artículo 1.º Quedan declaradas como de propiedad del Estado las aguas subterráneas que discurren por el subsuelo nacional y que exigen para su alumbramiento la ejecución de obras de investigación y captación, exceptuándose las aguas freáticas, sobre las cuales conservarán los dueños del terreno que las contiene el pleno dominio, con arreglo a las prescripciones de la ley de Aguas. El Estado podrá, según los casos, aprovechar directamente las aguas subterráneas alumbradas, ceder el todo o parte de las mismas o dar concesiones para su utilización (según las bases que señala, las cuales varían algo del proyecto).

De estas bases, después de lo indicado con carácter general, nos bastará un extracto que indique sus líneas generales.

Base 1.ª Aguas freáticas o de nivel (pozos ordinarios), son del dueño del terreno, conforme a la ley de Aguas ; sólo ha de avisar al Ayuntamiento (que lo hará, a su vez, a la Jefatura de Minas) del propósito de alumbrarlas, y se está obligado a permitir la inspección por los ingenieros del Estado.

Base 2.ª Las no freáticas sólo pueden alumbrarse por concesión del Ministerio de Fomento ; pueden pedir las los particulares o entidades que antes hemos dicho.

Base 3.ª Si hay varios peticionarios, el que primero lo haga en el Registro de la Jefatura de Minas tiene preferencia ; si es el dueño del terreno o varios dueños asociados, basta una instan-

cia en que se exprese clase de la obra, destino de las aguas y tarifas de venta; si es otro, deberá acompañar un estudio hidrogeológico, firmado por un ingeniero de Minas.

Base 4.ª No obstante lo antes dicho, en las concesiones de aguas se observará: a) Si el investigador de aguas freáticas hallase otras no freáticas, bastará que formule su petición para obtener preferencia por la fecha de alumbramiento. b) En toda solicitud se expresarán las zonas de influencia de los trabajos proyectados, pudiendo la Administración negar las concesiones si hubiese temor de que redunden en perjuicio de los investigadores de las no freáticas en la misma zona.

Base 5.ª En las peticiones se indicará el punto preciso de investigación y captación. Si el Estado lo hace por sí, fijará también ese punto. La concesión o el acuerdo llevará, en ambos casos, consigo la declaración de utilidad pública y el derecho de expropiar temporal o definitivamente, según la ley de Expropiación forzosa.

Base 6.ª Las concesiones caducan si no se empiezan o concluyen en el plazo que señalen.

Participaciones.—Bases 7 a 14 inclusive, y 16. Nos remitimos al cuadro adjunto, donde están clasificados y sintéticamente expuestos los derechos de cada partícipe, tanto según el proyecto, como según el dictamen de la Comisión.

Base 15. El Estado puede ceder su porción, fijando precios y condiciones, directamente o por concurso, teniendo el alumbrador (sea o no dueño del terreno) derecho de tanteo en esas adjudicaciones.

Base 17. Al artículo 24 de la ley de Aguas se agregará: «tal limitación (la de prohibir los alumbramientos de aguas dentro de las minas, sin indemnización) se limita al caso de tener éstas minerales descubiertos y estar explotados en escala industrial.»

Bases 18 a 20. El Estado estudiará las cuencas hidrológicas subterráneas, subvencionando el primer sondeo tipo que hagan los particulares; a su estudio cooperarán el Instituto Geológico y las Jefaturas e ingenieros de Minas, correspondiendo a la Dirección de Minas la resolución de los expedientes.

Base 21. Las concesiones de estas aguas subterráneas es a riesgo y ventura del concesionario, y si, por efecto de las obras de cualquiera de ellas, se mermasen otras artesianas superficia-

les preexistentes, el alumbrador debe suspender las obras o reducir las dimensiones de los órganos de aprovechamiento, para restablecer o dañar lo menos posible aquellos caudales, sin perjuicio de indemnizar daños y perjuicios.

Este es, en extracto, el proyecto y su dictamen. A título informativo lo damos, y por ello nos abstenemos de toda crítica acerca de él, y de emitir juicio concreto acerca del mismo. La reforma es trascendental en el Derecho español.

Nuestro concepto, que supone bien poco, queda indicado como comentario a la legislación vigente, antes de que conociéramos este proyecto y dictamen.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

Distribución de las aguas subterráneas según dictamen de la Comisión

Freáticas: o de ni- vel.....	Pertenece al dueño del terreno en pleno dominio, conforme a la ley de Aguas, su investigación y captación es de iniciativa particular; se notifica previamente al Alcalde el propósito de investigar; se consentirá la inspección de los Ingenieros del Estado.		
No freáticas o que necesitan obras de investigación y captación especiales.	Son de propiedad del Estado, y su alumbramiento requiere concesión del Ministerio de Fomento, que se da al primer peticionario; pueden pedir las el dueño del terreno, consorcios de regantes, Ayuntamientos, Confederaciones Hidrográficas, empresas o particulares y el Estado.	Artesianas o surgentes..	<p>Propiedad completa.....</p> <p>Descubiertas por el dueño del terreno y empleadas totalmente en riegos de sus fincas o usos domésticos.</p> <p>Descubiertas por Confederaciones Hidrográficas en terrenos de su demarcación de zona regable.</p> <p>Descubiertas por alumbrador en cantidad menor de dos litros por segundo; da al dueño del terreno canon proporcional al valor y caudal fijado por el Estado.</p> <p>Descubiertas por propietarios asociados y utilizadas por ellos en proporción a los predios indicados en la petición.</p> <p>Sobrantes de las descubiertas y utilizadas por los dueños en usos propios..... 50 por 100 libremente con tarifas del Estado.</p> <p>Sobrantes de las de varios propietarios asociados... 50 por 100 a disposición del Estado.</p> <p>Lo mismo que en el caso anterior.</p> <p>Descubiertas por otro alumbrador..... 25 por 100 como máximo al dueño del terreno.</p> <p>El resto al Estado.</p> <p>Propiedad dividida.</p> <p>Descubiertas por el Estado.. 25 por 100 como máximo al dueño del terreno.</p> <p>El resto al Estado.</p> <p>Descubiertas por los dueños del terreno para ceder... 50 por 100 al dueño con tarifas aprobadas por el Estado.</p> <p>50 por 100 a disposición del Estado.</p> <p>Al Ayuntamiento las precisas a los fines de la concesión.</p> <p>Descubiertas por los Ayuntamientos..... El resto al Estado en propiedad si lo hay.</p> <p>Los Ayuntamientos pequeños tienen derecho de subvención de 50 por 100 de las obras.</p>
		No surgentes o de elevación mecánica	<p>Propiedad dividida.</p> <p>Elevación hecha por el descubridor..... 60 por 100 al descubridor.</p> <p>15 por 100 como máximo al dueño.</p> <p>El resto al Estado.</p> <p>Si el descubridor es el Estado. 85 por 100 como mínimo al Estado.</p> <p>15 por 100 como máximo al dueño del terreno.</p>
			<p>Propiedad dividida.</p> <p>A los mineros las precisas para lavaderos y beneficios en tanto conserven las minas en explotación industrial.</p> <p>El resto, si lo hay, propiedad exclusiva del Estado.</p>
	Halladas por los mineros en sus trabajos.....		

Bienes gananciales

¿Rige en Aragón el artículo 1.413 del Código civil?

Hace pocos días, un ilustrado compañero nos ha hecho el honor de consultarnos un caso sometido a su calificación, que tiene enorme importancia en este país, como que afecta a la entraña de la vida familiar aragonesa.

Trátase, sencillamente, de una escritura de hipoteca constituida sobre bienes *gananciales*, otorgada por el marido solamente, y, por tanto, sin el consentimiento de su mujer y sin haberse hecho constar a favor de ésta la reserva del derecho expectante de viudedad. Todos sabemos que la viudedad es institución predilecta del pueblo aragonés, y que con este nombre se conoce el usufructo foral que el cónyuge sobreviviente tiene en los bienes sitios que pertenecían en propiedad al que murió (F. F. 1 de *jure Dot.* 1 de *Alimentis*. Obs. 39 y 59 de *jure Dot.*). Es más: en el caso apuntado, el Notario autorizante consignó en tal documento: «que no obstante no concurrir a este otorgamiento la mujer del deudor por tratarse de hipotecar bienes comunes, con arreglo al artículo 49 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, tienen, a mi juicio, los otorgantes capacidad legal para formalizar esta escritura de préstamo hipotecario».

Ello indica la honda división de opiniones que, acerca de este punto, existe entre los profesionales, Abogados, Notarios, Jueces y Registradores; mas como por ministerio de la ley, a nosotros toca resolver en definitiva, por lo que a la inscripción se refiere, siéndolo nuestro criterio el que ha de prevalecer sobre todos los pareceres en tanto no se diga la última palabra en el recurso o plei-

to correspondiente, estimo de sumo interés dedicar unos momentos a esta cuestión, que cada día suscita más controversias, dudas y vacilaciones, sobre todo desde la publicación del Apéndice foral.

Efectivamente, pueden señalarse dos épocas en lo que atañe a la libre disposición por el marido de los bienes comunes: antes y después del día 2 de Enero de 1926, en que comenzó a regir aquél. Con anterioridad al Apéndice, era corriente la facultad exclusiva del marido, pues aun cuando no fué apreciada de modo unánime por los tratadistas aragoneses el alcance de las Observancias que han atenuado la rigidez de los antiguos Fueros, es lo cierto que algunos, muy significados, opinaban que el marido podía disponer por sí solo de los bienes inmuebles comunes, pues reconociendo que no había Fuero ni Observancia que confieran al marido tal facultad, antes al contrario, los Fueros 1 y 2 *Ne vir sine uxore*, libro IV, establecen que ninguno de los dos cónyuges puede disponer separadamente de los bienes, estimaban los aludidos intérpretes que estos Fueros se refieren a los *bienes propios* de los cónyuges, sobre cuyos bienes tuvieran algún derecho, y, por ello, las Observancias 25 y 26 de *jure Dotium* y el citado 2 de *Ne vir sine uxore*, permiten al marido disponer de sus bienes inmuebles *propios*, salvo el derecho de viudedad de la mujer; y añaden que las Observancias, que son de 1428, habían derogado la prohibición de los Fs. *Ne vir sine uxore*, que son anteriores: del año 1247.

Posteriormente, la influencia del Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior y posterior al Código (Sents. de 11 de Febrero y 19 de Julio de 1870, la de 26 de Abril de 1880, la de 11 de Febrero de 1891 y la de 10 de Mayo de 1898), lo mismo que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de Mayo de 1890 y 10 de Agosto de 1902, no han hecho otra cosa que aplicar a Aragón el régimen castellano de los *Gananciales*. Y con ello llegamos a la importantísima Resolución de nuestro Centro Directivo de 26 de Marzo de 1918, que vino a proclamar con entereza muy plausible que el ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL ES APLICABLE EN ARAGÓN, por no oponerse a ninguna disposición foral vigente, correspondiendo, por tanto, al marido, amplias facultades, en orden a la transmisión de bienes gananciales, sin perjuicio de los derechos de la mujer o

de sus herederos para impugnar enajenaciones *ilegítimas* o *fraudulentas*. Ni consentimiento de la mujer, ni *reserva* expresa de su derecho expectante de viudedad: lo único que le reconoce, como a sus herederos, es el derecho a impugnar las enajenaciones que se realicen en su fraude, y nada más.

Más tarde, la misma Dirección, en recurso interpuesto por el ilustrado Notario de Zaragoza, Sr. Jiménez Gran, contra la negativa de nuestro digno antecesor, que motivó la Resolución de 25 de Septiembre de 1925, confirmó la Nota que exigía se hiciese constar en la escritura la *reserva* del derecho expectante de viudedad a favor de la mujer que no había concurrido al otorgamiento. Pero obsérvese que, según expresa la nota calificadora, allí se trataba de la enajenación de un *inmueble propio del marido*, y no de bienes comunes de la sociedad conyugal, y claro es que en aquéllos corresponde el usufructo viudal, y cabe, por tanto, hacer la oportuna reserva a su favor aun cuando opinemos que no hace falta consignar *expresamente* tal reserva, en primer término, por no exigirlo los Fueros y Observancias de Aragón, y, además, porque naciendo de la ley el derecho de la mujer y constando en el Registro la procedencia de los bienes, tiene el tercero cuantos elementos necesita para no ser inducido a error ni perjudicado en consecuencia. Pero por lo que hace a los bienes *comunes* o *gananciales*, la citada Resolución ha dejado la cuestión como estaba y ha continuado inscribiéndose su transmisión y gravamen sin intervención ni reserva a favor de la mujer.

Ahora bien; ¿puede seguirse la misma práctica una vez publicado el Apéndice foral? El Apéndice, que para no pocos Letrados aragoneses no brilla por la claridad precisamente, dice en su artículo 49: «el marido... está facultado para disponer no solamente de sus privativos bienes, sino también de los que tienen la consideración de *comunes*. Serán nulas, sin embargo, en cuanto a la *mitad* que en estos bienes afecta a la mujer, las liberalidades que en cualquier forma hubiere el marido realizado durante su última enfermedad; y también las que otorgare en estado de salud, si retuviere durante su vida la posesión de los bienes en que consistan». Parece, por las palabras transcritas, que el Apéndice nos da un concepto de los bienes gananciales al decir que la *mitad* corresponde en pleno dominio a la mujer y que el

marido está facultado para disponer de la *totalidad* de dichos bienes, si bien con las limitaciones expresadas. Pero al final del mismo párrafo se dice a la letra: «En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiere dado ella expreso consentimiento, quedará a salvo no obstante las enajenaciones que hiciese o gravámenes que impusiere el marido.» Y como, según el artículo 63 del propio Apéndice, en su párrafo primero, «la celebración del matrimonio atribuye a los cónyuges, respecto a los bienes que con posterioridad adquieran, así a título gratuito como a título *oneroso*, el derecho expectante y recíproco de viudedad legal», la primera duda que asalta el ánimo del funcionario que ha de resolver a diario estas delicadas cuestiones es si el Apéndice significa un paso atrás hacia la reconquista del antiguo Derecho foral aragonés, como creen algunos ilustrados compañeros, o si, por el contrario, según afirma el Ministro en la luminosa exposición que precede al Real decreto de 7 de Diciembre de 1925, por el que aquél fué promulgado, representa una aproximación de la legislación foral a la común, acortando las distancias, a fin de que por tal camino pueda llegarse suavemente a la UNIDAD de la legislación nacional.

La solución no está clara; antes bien, lo que parece más aproximado a la verdad es que, relacionando esos dos artículos conforme a su letra, no puede hoy el marido aragonés disponer libremente de los bienes comunes, de los que, adquiridos a costa del caudal de la sociedad, tienen por principal misión atender a satisfacer las necesidades de la misma; de los que por circunstancias y urgencias inherentes a negocios a que el marido se halle dedicado en provecho de los suyos, debe poder disponer en cualquier momento, sin traba de ninguna clase, ya que en ello estará muchas veces el salvar una situación angustiosa, con el cortejo obligado de perjuicios económicos y de crédito que podrían llevar a la familia a la ruina...

Cierto que el Derecho foral aragonés no habla de *gananciales*, sino de bienes muebles, *siempre comunes*, y de bienes sitios, propios unos de cada cónyuge y *comunes* otros de marido y mujer. Estos últimos son los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común y *entran en la sociedad conyugal aragonesa*. Pero

no es menos cierto que entre los pactos generales que se consignan en las *capitulaciones matrimoniales*, en las que se fija para siempre el régimen económico de la familia en Aragón, hay uno que dice, poco más o menos: «Los contrayentes se conceden viudedad recíproca y universal en todos los bienes muebles y sitios del premoriente, y se *admiten* a los *gananciales*, los cuales se dividirán, a la disolución del matrimonio, del modo y forma que legalmente proceda.» También hay casos de renuncia a los *gananciales*. Por otra parte, la sociedad conyugal, como todas las sociedades, requieren una dirección y una administración. Constituida—dice un ilustre comentarista—solamente por el marido y la mujer, era forzoso determinar si debe concederse a ambos, junta o separadamente, esa dirección o a uno solo de ellos, ya que dar las mismas facultades a ambos cónyuges para proceder de mutuo acuerdo era embarazar la marcha de la sociedad, según hemos indicado, originándose cuestiones y disgustos que llegarían hasta a perturbar la paz y armonía de la familia. Todas las legislaciones proclaman al marido jefe de la familia, y a él corresponde la dirección; y sabido es que dentro ya del sistema de gananciales, existe una gradación según resulten más o menos limitadas las facultades de aquél, habiendo admitido nuestro Código civil, siguiendo en esto el eclecticismo que impera en otros órdenes de nuestra legislación, una fórmula por la cual se le permite al marido sólo las enajenaciones y obligaciones a título oneroso, y se le niega en absoluto, o dentro de ciertos límites más o menos extensos, la facultad de donar, con intervención más o menos directa de la mujer para evitar todo fraude o perjuicio en sus intereses.

Después de haber esbozado, a grandes rasgos, la historia y vicisitudes por que ha pasado la capacidad del marido en Aragón para disponer de los bienes comunes, desde la prohibición contenida en los antiguos Fueros (año 1247), suavizada en las Ordenanzas (año 1428), la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior y posterior al Código civil, el estímulo recibido del nuevo Cuerpo legal y las sabias Resoluciones de la Dirección General de los Registros, singularmente la citada de 26 de Marzo de 1918, declarando aplicable en Aragón el artículo 1.413 del Código civil, parécenos indudable que hoy debe prevalecer la facultad

exclusiva del marido, con las limitaciones del Código, y que, por tanto, debemos resolver estas cuestiones con el criterio del sistema de gananciales, esperando que cada día se acerquen más las legislaciones forales al Código civil. Pero en el caso origen de la consulta, y en los que se nos presentan a despacho, no podemos dejar de aplicar el Apéndice, y en este sentido entendemos, y así se lo hemos comunicado al distinguido compañero, que procede denegar hasta tanto que la Dirección diga si mantiene el criterio que sostuvo en las repetidas Resoluciones, o si debemos atenernos estrictamente a la letra de los artículos 49 y 63 del Apéndice foral.

J. LÓPEZ ROMERO.

Registrador de la Propiedad.

Banco Español de Crédito

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 pesetas
Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes.....	3	por 100
Tres meses.....	3 1/2	por 100
Seis meses.....	4	por 100
Un año.....	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de **CAJAS DE ALQUILER** con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

EL TITULAR

a) La persona física

I.—DERECHO SUBJETIVO.

El derecho objetivo, ordenamiento social que favorece y tutela el desenvolvimiento de la humanidad en forma progresiva, se presenta como un conjunto de leyes o mandamientos generales que establecen normas de conducta.

En el estadio actual, de igual modo que en los anteriores, el premio apenas tiene la categoría de móvil o motivo, la autorización o el permiso, según la mayoría de los juristas, no integran nunca el contenido de una facultad, y del derecho objetivo, la realidad que primero aparece y se nos impone es el deber.

Repugnan a la ley ciertos actos humanos o desea la realización de otros, y exige al hombre una prestación, una cautela o una seguridad, sin manifestar en interés de quien las ordena, aunque en el fondo, el precepto va dirigido a una finalidad y orientado al bien común.

De aquí la dificultad que surge al tratar de enlazar el derecho objetivo (*norma agendi*) con el derecho subjetivo (*facultas agendi*) y las distintas soluciones propuestas por los juristas y filósofos que han enfocado en estos últimos tiempos el problema.

Efectivamente, la Ley, al ordenar a un ciudadano la entrega de una cantidad, la tutela de una situación o la garantía de su actividad, puede tener a la vista una esfera jurídica de complicadas necesidades, o puede dirigir su imperio a la solución de un conflicto de intereses limitados y deslindados, decidiendo a quién favorece en primer término.

En el primer caso, no concederá atribuciones especiales a los directamente interesados en las relaciones jurídicas; el mandato será de orden público, y como el interés de la misma sociedad estará en juego, la Ley no delegará en ninguno de los favorecidos un especial imperio, sino que exigirá inmediatamente el cumplimiento del deber por medio de los órganos del Poder público.

En el último supuesto, la Ley decidirá entre dos intereses contrapuestos, que afectarán inmediatamente tan sólo a dos patrimonios, y dejará la ulterior regulación de las relaciones jurídicas al representante del interés predominante o favorecido.

Las cuestiones jurídicas, en el primer caso, se resolverán por el órgano oficial, sin conceder las facultades decisivas a ninguno de los interesados. Supongamos que la Ley establezca que, en una industria determinada, el trabajo diario no pueda exceder de ocho horas diarias, ni el semanal de 48. Pues bien; ya lo decreta así en interés del trabajador, para tutelar su salud o su vida, ya en interés del patrono, para garantizar el rendimiento y efectividad del obrero, ya en interés de la misma producción, por motivos económicos, no delegará su potestad ejecutiva en ninguno de los interesados, ni les permitirá renunciar a los respectivos beneficios ni modificar la reglamentación del trabajo en este particular.

En cambio, al decidir un conflicto de interés entre el propietario de una finca rústica y un arrendatario, entrega al favorecido, bien sea el primero, por haber expirado el plazo del arriendo, bien el segundo, por existir una tácita reconducción, plenos poderes, que pueden ejercitar judicialmente, si lo estiman oportuno, o renunciar, si lo creen más conveniente.

Tan incumplido está el derecho cuando el jefe de un domicilio no comunica a las autoridades la existencia de un caso de viuela en el mismo, como cuando el deudor no satisface a su vencimiento el crédito; pero en este supuesto, la Ley convierte en árbitro de la relación jurídica al acreedor, le concede la facultad excluyente de instar, renunciar o traspasar el crédito, y considera impertinentes las oficiosas peticiones de sus conciudadanos en orden al cumplimiento de la obligación.

De igual modo, la Ley delega en el propietario de una cosa la facultad de disponer de ella y desenvolver su interés como lo

juzgue conveniente, y tal es el sentido racional de la frase romana: *unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter*.

Con esto aparece ya perfectamente perfilada la figura del derecho subjetivo, verdadera potestad que la norma jurídica atribuye al particular en un círculo jurídico determinado.

Aunque la literatura del derecho subjetivo es relativamente reciente, y los romanos nunca dedicaron especial atención a la materia, como a ninguna investigación teórica, la ciencia jurídica moderna no sabe dar un paso sin tal concepto.

Si el Estado concede esta facultad en atención al carácter espontáneo de la voluntad, que se desenvuelve en la libertad como en la propia atmósfera, o teniendo en cuenta la protección de un interés determinado y objetivo, es cuestión muy discutida y que puede resolverse armónicamente con la posición que Windscheid, partidario antiguo de la *Willenstheorie*, adoptó después de los ataques de Thon: «Derecho es una potestad o señorío de la voluntad atribuido por el orden jurídico. La subsistencia del deber correspondiente al derecho, y por consiguiente del mismo derecho, es independiente de la voluntad real del titular, de una manifestación de voluntad que emane de él. Quien atraviesa el predio ajeno, viola el derecho del propietario, aunque éste no se lo haya prohibido; quien no satisface en tiempo oportuno a su acreedor, viola su derecho, aunque no se haya exigido el pago. Un incapaz puede, sin representante, tener un derecho, y hasta se puede tener un derecho sin saberlo. En las precedentes ediciones he tratado de evitar esta dificultad, diciendo que el ordenamiento jurídico, al conceder un derecho, no declara decisiva la voluntad del titular, sino un cierto contenido de voluntad. Renuncio a esta tentativa como insuficiente. Debe arrancarse de que la voluntad imperante en el derecho subjetivo es solamente la voluntad de la Ley, no la voluntad del titular. Aun cuando el ordenamiento jurídico deriva de la voluntad de una persona, el contenido de su precepto, manda él sólo, y no dicha persona. Pero para este precepto, promulgado a favor del titular, el orden jurídico hace decisiva la voluntad del mismo titular» (1).

La noción del derecho subjetivo presenta capital interés para

(1) *Pandectas*. Lib. 2.º, par. 37 y nota 3.ª.

el desenvolvimiento de la técnica hipotecaria; porque en el Registro no se consignan normas jurídicas de carácter objetivo, sino que, partiendo de su vigencia, se inscriben los derechos o facultades que corresponden a un titular determinado.

Por otra parte, distinguiendo los dos elementos, disposición y disfrute, que Bekker tan de relieve puso en su primer trabajo (1), como factores del derecho subjetivo, y que responden en cierto modo a la voluntad y al interés, que en aquel concepto aparecen fundidos, fácilmente se observará que todo el mecanismo hipotecario gira alrededor de la titularidad de disposición, dejando en la sombra la utilidad o el aprovechamiento de las cosas, para atender a los actos de enajenación, traslativos o constitutivos.

El portador del derecho subjetivo es designado con la denominación clásica de *persona*.

Usada esta palabra, en un principio, para designar la máscara con que se cubrían los actores (2), los mismos cómicos (representantes) (3), los personajes representados (4) y el papel (5), en abstracto, trasciende al drama de la vida y sirve para poner de relieve la actuación característica de un hombre.

Como nosotros, los romanos decían: «hacer el papel de rey» (*personam regis gerere*) o «hacer de rey» (*regem gerere*), y en la persona del actor se fundían los rasgos distintivos del representado, aunque fuese un animal, como en las primitivas comedias, con las facultades del representante. Se personificaba a la abubilla como a Neptuno.

Donde las cualidades y caracteres de la humanidad se exterior-

(1) En su Pandectas, pár. 19, abandona la idea de elevar el goce (*Genuss*) a factor determinante de la subjetividad jurídica.

(2) La etimología *per-sone*, resonar, no es muy segura. Pero la máscara de tragedia, por ejemplo, se llama *persona trágica*, en la conocida fábula de Fedro.

(3) Según Diomedes (*Ars gramm.* III), en el drama griego solamente actuaban tres *personas*, siendo la cuarta muda, y los latinos introdujeron varias personas en la fábula.

(4) El tipo del parásito, el del militar fanfarrón (*miles gloriosus*) y el del eunuco que Terencio (en el prólogo de *Eunuchum*) llama *personas*.

(5) Por ejemplo, en la frase de Cicerón: *tantam personam sustinere*: desempeñar tan arduo papel.

rizan, donde aparece el hombre actuando, existe una persona (1).

El pueblo romano, sin embargo, no consumó la evolución. El derecho germano, que, en un principio, negaba la personalidad a los extranjeros, admitió, durante la Edad Media, una serie de términos medios entre el siervo y el hombre libre.

Por último, la influencia del Cristianismo y de la escuela del derecho natural, llevó a los Códigos del pasado siglo la afirmación de que todo hombre es persona.

II.—LA PERSONA EN EL REGISTRO.

La más esencial característica de la persona es la capacidad jurídica o aptitud para figurar como sujeto de derecho, así como la más importante de las propiedades jurídicas del hombre es la capacidad de realizar actos, a los que la ley atribuye plenos efectos, garantizando las determinaciones de la voluntad.

Esta distinción de capacidad jurídica y capacidad de obrar se sostiene a pesar de los ataques de Hölder, Binder y Thiessen, que consideran el derecho subjetivo como esencialmente voluntario y no admiten la posibilidad de que un incapaz sea sujeto de derecho.

Sin embargo, la línea que separa ambos conceptos no es tan profunda para los escritores alemanes como para los españoles, y estudian las circunstancias modificativas de la capacidad bajo el título de causas que influyen tanto en la jurídica como en la de actuar (2).

De todos modos, el Registro de la Propiedad no garantiza ni

(1) Tal es el resultado a que llega Thiessen en su Tesis doctoral «Person und Vermögen».—Berna-Noske, 1910, enmendando el estudio de Schlossman. «Person und Vermögen», 1906.

(2) Para apreciar este matiz, basta comparar nuestro Sánchez-Román (Op. cit. II, pág. 115), cuando dice: «No es la *capacidad jurídica*, ni la misma *personalidad in genere* lo restringido, influido o modificado por ciertos hechos, sino la *capacidad de obrar*, o mejor la *civil*, que es expresión del conjunto de ambas», con los párrafos (del título 3.º del 2.º libro) que Gierke dedica a la influencia del sexo, edad y salud, tanto sobre la capacidad jurídica como sobre la de realizar actos jurídicos, o con los párrafos que V. Thur dedica a las «diferencias jurídicas más notables entre los hombres». (Der. Allg. Teil del D. B. R., I, párr. 24 y sig.).

El Código civil alemán, como el nuestro, no conoce el término ni el concepto *capacidad de obrar*, y se contenta con regular la capacidad *in concreto*

la una ni la otra, y sólo en el momento de calificar adquirirá relieve la distinción para el Registrador.

La persona puede ser natural (física) o jurídica (ficticia, moral, mística, social, civil, de existencia ideal, colectiva).

La persona natural se determina, para los efectos hipotecarios, según el artículo 9.º de la Ley (circunstancias 5.ª y 6.ª), por el nombre y apellido; por el nombre y *apellidos* y estado civil, a los cuales se añaden la edad, cuando se tratase de un menor, la profesión y el domicilio o vecindad, según el artículo 65 del Reglamento (regla 6.ª).

Nada se indica respecto a la consignación de datos tan interesantes como el nombre familiar, el de religión, el seudónimo y el apodo (sobre todo el que no acuse infamia ni se preste al ridículo), ni del valor que pueda concederse a los nombres de los padres, a pesar de que dichos datos son, en algunas ocasiones, indispensables, y encuentran abiertas las puertas del Registro en Alemania y Suiza.

Las dificultades que puedan surgir para formar los apellidos, por la falta de reglamentación específica, se vencen con las mismas declaraciones de los títulos presentados, con la cédula de vecindad, con los certificados del Registro civil, y, en ocasiones, aunque esto pudiera discutirse, con informaciones *ad perpetuam*. Por otra parte, el Negociado de Registro civil de la Dirección general de los Registros, ha publicado ya en los Anuarios de la misma, copiosa jurisprudencia, que puede servir en los casos de duda.

El empleo de los títulos de honor, función o nobiliarios, cuando acompañan a los datos reglamentarios, está permitido, y aun

para hacer ciertas manifestaciones de voluntad, para contratar y para testar, así como fija los supuestos que han de concurrir para que nazcan las responsabilidades por delito o cuasi-delito.

Con gran claridad afirma V. Schwind (Grünz. des Deuts. Priv. par. 8): «La capacidad jurídica es solamente la capacidad de ser titular de derechos y deberes, pero no contiene como tal la capacidad para cualquier adquisición jurídica y para cualquier acto de disposición sobre derechos. La capacidad de adquirir y la de disponer están verdaderamente unidas en el Derecho germánico con la capacidad jurídica, pero se presentan como sus anejos no como sus emanaciones. Ambas son independientes de la capacidad de obrar, no la presuponen y no aparecen con ella.

existen inscripciones en que estos últimos no aparecen ; pero esta corruptela, si bien no provoca la nulidad de la adquisición, va directamente contra el principio de especialidad, porque Duques de Alba, por ejemplo, ha habido muchos.

Hay, sin embargo, resoluciones que reconocen la posibilidad de realizar asientos a nombre de cuantas personas se sucedan en un solo cargo (por ejemplo : a favor del Obispo de Avila o del Alcalde de Madrid), formando así una especie de persona jurídica con individuos colocados en serie histórica. Esta figura, admitida en la legislación inglesa (1), y que acaso represente una evolución imperfecta de la personalidad de las Corporaciones, no tiene cabida en nuestro Derecho civil. Su aparente sencillez oculta insolubles problemas de constitución, capacidad, destino del patrimonio, responsabilidad, etc.

III.—CASOS ESPECIALES.

A pesar de que todo el sistema hipotecario gira sobre la existencia de derechos subjetivos que se atribuyen a una persona determinada, son frecuentes los casos en que las inscripciones amparan a personas inciertas, fallecidas o que nunca existieron ni existirán.

Tales son, en primer lugar, los supuestos de reserva regulados en los artículos 811, 968 y 980 del Código civil y en las legislaciones forales, las instituciones fideicomisarias en que se designa y determina el sustituto por medio de fórmulas cuyo alcance se ignora (por ejemplo : los hijos que tenga el fiduciario, de cualquier matrimonio), y los provocados por la existencia de menciones

(1) Las leyes continentales desconocen la distinción inglesa entre corporaciones colectivas y corporaciones de una sola persona (*corporations sole*). Este último tipo llena el hueco que en aquel Derecho civil existe en materia de fundaciones. En vez de hacer donación a una iglesia, a un santo, a una *fábrica* personificada, se designaba al rector o al párroco como donatario. Naturalmente, el predio donado no engrosaba el patrimonio particular del eclesiástico favorecido, sino que se consideraba propiedad del cargo mismo o del titular fuera quien fuera. V. Pollock and Maitland, *History of English Law* (2.^a ed. I, pág. 499) y Schuster-*The principles of German Civil Law* (pág. 33).

que, no obstante su indeterminación, hayan de producir efectos contra tercero, según el artículo 29 de la ley Hipotecaria.

No existe ningún precepto que declare caducadas las inscripciones por el transcurso del tiempo, y como en muchos Registros del Noroeste de España se ha inscrito repetidas veces la misma finca, por medio de informaciones posesorias, así como en toda la nación se han practicado numerosos traslados de asientos antiguos, se cuentan por miles los titulares de derechos vigentes que han fallecido.

También es posible que aparezcan inscripciones extendidas a favor de personas *inexistentes*, sobre todo por virtud del llamado principio del consentimiento formal. Efectivamente, siendo decisivo, para los efectos de la inscripción, el consentimiento del titular que transfiere o reconoce un derecho real, y no necesitándose en ocasiones la aceptación ni la comparecencia del adquirente, puede, por malicia, negligencia, error u olvido, reservarse una servidumbre o constituirse una hipoteca a nombre de persona que nunca ha existido ni haya de existir.

En fin, también es posible inscribir una finca o derecho a favor de personas no nacidas. Pero aquí debemos distinguir dos clases de hijos nacereros (*nascituri*): los ya engendrados (*concepti*) y los que todavía no lo están (*nondum concepti*).

La protección en el derecho privado de los concebidos, entre los cuales se encuentran los póstumos (artículo 959 y siguientes del Código civil), ha sido objeto de las más variadas justificaciones. Autores hay que les conceden verdaderos derechos subjetivos, como a una persona jurídica; otros, que admiten derechos sin sujeto, y la mayoría habla de derechos futuros, condicionados o vacilantes, y hasta de meras expectativas. Por esta razón y por la brevedad del plazo en que la situación ha de definirse (aborto o parto), apenas trasciende materia a los Registros de la Propiedad.

No cabe decir lo mismo del *no concebido* (*nondum conceptus*), que puede figurar mucho tiempo en las inscripciones como mera potencialidad y ser un obstáculo que impida la libre disposición de fincas y derechos.

Las probabilidades de su existencia como persona física aumentan o disminuyen con las especiales circunstancias de la situación

y de los llamamientos. La institución de los hijos legítimos de A como segundos herederos, tenderá a perfeccionarse a medida que A llegue a la edad de contraer matrimonio, y sobre todo cuando lo contraiga.

Durante el pasado siglo se dividieron las opiniones de los romanistas sobre la capacidad para heredar del no nacido ni concebido en el momento de abrirse la sucesión, inclinándose los más a concederle tan sólo la facultad de aceptar legados.

Con enérgicos rasgos, nuestro Sánchez-Román, después de citar, entre otros textos, los artículos 758 y 657 del Código civil, escribe :

«El primero de estos dos textos pide la nota de *actual* o *simultánea* de esa capacidad del heredero o legatario, para ser así calificada, esto es : reconocido apto para suceder, en relación con el tiempo precisamente de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y mal puede hacerse esa calificación de quien a ese tiempo no existe, porque ni ha nacido, ni ha sido concebido en dicha fecha, aunque lo sea o nazca después, y el segundo remite la realización del fenómeno jurídico de la sucesión *mortis causa* y la transmisión de los derechos que mediante ella se verifica, de la persona del causante a la del sucesor, al momento preciso de la muerte, y no pueden transmitirse dichos derechos, ni causarse la sucesión, cuando falta toda noción de realidad en la existencia de la persona del sucesor, a quien tales derechos han de transmitirse.»

«De éstos resulta evidente la conclusión de que las personas que no existen, por no haber nacido, ni pueden existir por una retroacción de fechas, admitida sólo por excepción para los que han sido concebidos antes de la muerte del causante y nazcan después en las condiciones del artículo 30, según lo permite la definición que de criaturas abortivas da el número 1.º del 745, que explicamos, no tienen capacidad para suceder por testamento o sin él, aunque hubiese sido tenida en cuenta por el testador la hipótesis de que sobreviniera su concepción y nacimiento en fecha posterior a la muerte del sucedido ; por ejemplo, ordenando institución de herencia o legado en favor de la descendencia que pudiera tener en lo sucesivo persona designada por el testador, como signo para lo futuro, bastante a determinar o individualizar, hasta donde

fuese dable, la existencia ulterior, posible, pero incierta al tiempo de hacerse, de persona que naciera después» (1).

Los anteriores razonamientos, que señalan una orientación general en la materia, no pueden ser discutidos en este lugar: pero hemos de intentar una justificación de los innumerables asientos que en los Registros se encuentran extendidos a favor de personas no nacidas ni concebidas (*nondum concepti*).

Con referencia a la dogmática del derecho subjetivo, manifiesta Geny, en su *Método de interpretación* (2): «Tiene por objetivamente necesario el principio *a priori* de que todo derecho exige, como inexcusable condición de su existencia, una persona actualmente existente. Y de ahí, con lógica rigurosa, obtiene, entre otras deducciones, las siguientes: 1.ª, que no puede reconocerse un derecho en pro de una persona física, que a lo menos no esté concebida al nacer este derecho... Indudablemente que, por regla general, la jurisprudencia no reconoce un derecho en favor de una persona sino cuando ésta existe, o a lo menos está concebida en el momento en que aparece el beneficio de derecho que se reclama. Y es que normalmente, en efecto, el interés particular del beneficiado no requiere, ni la utilidad corriente, ir más allá... Pero que la situación de una persona futura exija seriamente el ejercicio expedito de un derecho constituido en su favor antes de su concepción, sin que ninguna razón de orden general se oponga aquí a la utilidad particular, y no impedirá ciertamente que sea satisfecha la lógica de una pretendida construcción jurídica.»

Desde un punto de vista filosófico, sienta Demogue (3) «el postulado moral de que la humanidad actual debe trabajar por la humanidad futura: lo que conduce a decir que, técnicamente, los sujetos de derecho deben comprender tantas o más personas nacederas vivas. Si Taine ha podido decir que la sociedad comprende más muertos que vivos, se puede decir, con tanta verdad, que contiene a lo porvenir como al presente. Nada impide, y buen número de razones recomienda, que las generaciones futuras sean,

(1) Estudios de Derecho civil, tomo 6.º, Vol. 1.º, pág. 254, 2.ª ed., Madrid. Sucesores de Rivadeneyra, 1910.

(2) Trad. española. Madrid. Reus, 1902, pág. 124.

(3) Les notions fondamentales du Droit privé. París. Rousseau, pág. 369.

con relación a los hombres actuales o a los de mañana, titulares de ciertos derechos.»

El párrafo 2.º del artículo 764 del Código civil italiano declara que pueden suceder por testamento los hijos inmediatos de una persona determinada que vive al tiempo de fallecer el testador, aunque no estuvieran concebidos.

La Jurisprudencia reconoce que la capacidad para suceder a los *nascituri* era desconocida en el antiguo Derecho romano, aparece en el Justiniano con el llamamiento de póstumo, se amplía en el *ius receptum* y cristaliza en los artículos 623 y 705 de los Códigos de Parma y Albertino, respectivamente. La institución, que no es fideicomisaria, sino condicional, pendiente del hecho de nacer los llamados (*an nascatur*), asegura la permanencia del patrimonio en la familia y autoriza al testador para extender la órbita de sus herederos. Ni aun la objeción de quedar la propiedad en suspenso merecía ser tenida en cuenta para la casación. En un legado de usufructo, la atribución de la propiedad a un nacedero no equivale a falta absoluta de llamamiento, y tal que, en atención a que la propiedad no puede *manere in pendulo*, acumule al usufructuario el derecho de propiedad, sino que tan sólo equivale a incertidumbre en el mismo llamamiento, en cuanto está subordinado a sobreviniencia o sobrevivencia de los hijos.

La técnica inglesa de los segundos beneficiarios (*remainders*), reversiones (*reversions*) y expectativas (*estate in expectancy*), es demasiado compleja y se halla demasiado distante de la continental para que podamos exponerla en breves líneas. Nos contentaremos con indicar que el beneficiario, por el remanente, puede ser actual (*vested*) o eventual (*contingent*), según tenga un derecho presente de goce futuro, o dependa la adquisición del derecho de un acontecimiento o condición. La contingencia puede referirse a la incertidumbre en las personas o en los acontecimientos. Si A otorga un predio a B por toda su vida, concediendo el derecho complementario al heredero de C, hasta la muerte de este último no se sabe con seguridad quién es el nudo-propietario (*remainder in fee*). Si C muere durante la vida de B, el derecho se concreta sobre los herederos de aquél. Para evitar que, por la sobrevivencia de C a B, caducase la institución, se acudió al nombramiento de *trustees*.

No tienen capacidad jurídica en el Derecho austriaco los no concebidos (*unerzeugte*), pero pueden atribuírseles derechos futuros, para el caso de que lleguen a existir. La institución en testamento de un *no concebido* vale como sujeta a la condición del nacimiento, de tal manera, que sólo en este momento se perfecciona. La materia se ha regulado, desde mediados del pasado siglo (1), en forma análoga a las instituciones fideicomisarias en línea descendente.

El paralelismo entre la institución examinada y la institución fideicomisaria se evidencia en el Código civil alemán, cuyo artículo 2.101, colocado bajo el título *institución de un segundo heredero*, dice: «Si se instituye como heredera a una persona que todavía no ha sido engendrada al abrirse la sucesión, se presume, en caso de duda, que ha sido llamada en segundo término.»

El proyecto de Código civil español de 1851, que tan radical ha parecido a todos los jurisconsultos en materia de fideicomisos, contenía, en el último párrafo del artículo 638, el siguiente precepto: «Puede, asimismo, dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviese en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados.»

En la base 16.^a, a que, según la ley de 11 de Mayo de 1888, debían ajustarse tanto el Gobierno como la Comisión para la redacción del Código civil, se consigna lo siguiente: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las instituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.»

En fin, el artículo 781 del mismo Código distingue igualmente los dos supuestos, si bien cambiando *generación* por *grado* y suprimiendo la palabra *todas*.

Puede, por lo tanto, afirmarse, dada la forma disyuntiva de la cláusula gramatical, que la circunstancia de vivir o no los sustitutos, es fundamental para los efectos de precisar el número de los tolerados, y lleva directamente a la conclusión de que los no concebidos pueden ser instituídos segundos herederos. Para el

(1) Véase el artículo 612 del Código civil austriaco y las disposiciones del Decreto de 29 de Mayo de 1845.

objeto perseguido en esta investigación, no es necesario discutir la validez de la institución condicional hecha en primer término a favor de los mismos (*nascituri*), aunque la redacción de los artículos 790 y siguientes acaso favorezca igualmente la solución afirmativa. El admitir, sin embargo, en este supuesto una sustitución fideicomisaria tácita, como en la legislación alemana, chocaría contra la prohibición de los artículos 783 y 785 de nuestro Código.

Una vez demostrada la licitud de las menciones de derechos extendidas en los Registros de la Propiedad a favor de los *no concebidos*, surge el problema de su representación, que apenas si ha sido discutido por los civilistas. La Dirección general del Ramo ha tenido ocasión de rechazar la aplicación a estas situaciones jurídicas de las normas reguladoras de la patria potestad, especialmente del artículo 164 del Código civil; pero nada ha indicado sobre la organización posible de una tutela o protección del *nacendo* como persona futura.

Mucho más oscura que la precedente cuestión se presenta la relativa a los efectos hipotecarios de las cláusulas que atribuyen a personas determinadas la facultad de realizar actos de disposición sobre bienes o derechos correspondientes a otros, escindiendo, de esta forma, la personalidad jurídica.

Por regla general, las facultades de disposición y goce se encuentran unidas en el mismo titular, y si éste es incapaz, la Ley le provee de representantes que actúen por él; pero existen múltiples supuestos en que aparece facultada para otorgar actos inscribibles de transferencia, constitución, modificación o extinción una persona que se halla privada del goce o disfrute económico del derecho inscrito.

Tales son el comisario autorizado para hacer la partición (artículo 1.057 del Código civil), el viudo facultado para mejorar (artículo 831), los herederos de confianza y fiduciarios de las legislaciones forales, el mandatario del artículo 201 del Reglamento hipotecario, los adjudicatarios en pago y las llamadas *pagadurías*, etcétera, etc.

En el Derecho moderno se han unido a estos tipos clásicos otros muchos, que Fischback estudia en una interesante monogra-

fía (1) y que todavía son objeto de una viva discusión en Alemania.

IV.—EL FIDUCIARIO.

La palabra y el concepto parecen acusar un retroceso jurídico y llevarnos a la cuna del Derecho romano, pero en realidad estamos en presencia de un nuevo acoplamiento de los elementos jurídicos primordiales, de una nueva combinación de las letras de nuestro alfabeto técnico para responder a las necesidades del comercio moderno.

La posibilidad de que el acto jurídico solemnizado vaya más lejos que la finalidad económica perseguida por los contratantes y se apoye en la *confianza* que uno de ellos inspira al otro, provoca estas situaciones fiduciarias en que la exteriorización jurídica (cesión, por ejemplo, de un derecho) excede al efecto útil calculado (seguridad o garantía de un crédito).

El que transfería solemnemente la propiedad de una cosa por medio de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*, sin necesidad de hacer constar en tal acto el motivo de la transferencia, podía hacer constar en un negocio accesorio la intención (*lex*) con que realizaba el traspaso, y el adquirente que aceptaba en ambos actos jurídicos, quedaba, de un lado, dueño de la cosa, y de otro, ligado por el *pactum fidutiæ* a usar de su omnímodo poder dentro de la pauta que le había sido trazada.

Los romanistas han recogido y agrupado los textos dispersos de la *fidutia cum amico*, *fidutia cum creditore*, *coemptio fidutiaria*, *emancipatio fidutiaria*, y *fidutia testamentaria* para hacernos ver el funcionamiento de esta figura en el primitivo depósito, comodato, secuestro, mandato con facultad de ceder, sociedad, etc.

Y en la sucesión *mortis causa*, la venta del patrimonio al *familiæ emptor*, con la adición de las instrucciones a que debía ajustarse en su gestión y adjudicación, se eleva a la categoría de forma testamentaria general.

(1) *Trenhänder und Trenhandergeschäfte*. Benschheimer. Leipzig.

¿Qué efectos produce la transmisión de la cosa con cláusula fiduciaria?

La transferencia de la propiedad, según unos, con independencia de la causa; la creación de un dominio revocable, según otros; una propiedad sujeta a condición resolutoria, según Fuchs; una especie de *dominio impropio* (*dominium improprie dictum*), según Godofredo.

Sea porque los modernos proyecten sobre las antiguas instituciones sus propias ideas, sea porque los romanos no supieron sujetar a normas claras esta amalgama de derechos reales y obligaciones de confianza, vemos dibujarse en la discusión las opiniones que en la actualidad se divide el campo y distribuir las facultades de disposición entre fiduciante y fiduciario.

La misma figura se encuentra en el Derecho griego, con diversas modalidades: cesión en seguridad de una obligación, venta a pacto de retro, transferencia sujeta a condición suspensiva, donaciones *mortis causa* con nombramiento de una persona que ha de entregar las cosas o la herencia a otras personas. Y en los documentos demóticos que ha dado a luz la papirología inglesa y alemana, se encuentran contratos que declaran transmitida una finca si llegado cierto tiempo no se ha pagado una deuda determinada.

En el Derecho germánico, con mayor energía que en otros ordenamientos, se destaca la figura del fiduciario (*Treuhänder*) como medio de transmisión *mortis causa*. Aparece la *affatonia* primeramente en la *lex Salica* y en la *lex Alamannorum*: quien careciendo de sucesión directa, deseaba evitar que sus bienes pasaran a la comunidad, entregaba su patrimonio a una persona intermedia (*Salmann*), que contraía el compromiso de transferir, ni más ni menos (*nec minus nec majus quantum ei creditum est*), al verdadero destinatario, dentro del plazo de doce meses contados desde la muerte del fiduciante.

El procedimiento de investidura constaba de dos partes: 1.ª La tradición de bienes al fiduciario en forma simbólica (entrega de ramos o pajas), y 2.ª La realización por éste de actos posesorios durante tres días (*sessio triduana*).

Se extendió este recurso a las disposiciones por el alma (*traditio prosalute animæ*), designando a un eclesiástico como persona de confianza para que entregase los bienes a la Iglesia.

El *treuhänder* (*dispensator, distributor, erogator*) desempeñaba funciones análogas a las de nuestros albaceas, y tenía una propiedad sujeta a condición resolutoria. En el momento en que enajenaba las cosas para fines extraños a su cometido, se cumplía la condición, se revocaba su propiedad y volvían aquéllas a la familia o herederos del fiduciante. Frente a tercero, sin embargo, subsistían los efectos de la enajenación por virtud del principio de publicidad.

Los ordenamientos germánicos medievales emplean al fiduciario (*Salmann*) para conseguir fines variados: en el derecho de familias se entregaban los bienes de la mujer casada a una persona de confianza para que los defendiese de la codicia del marido; en el Derecho procesal, intervenía como responsable por evicción; se le transfería el inmueble discutido y él tomaba sobre sí la defensa, en el pleito, del demandado; en el Derecho feudal, para conceder o transmitir un feudo a persona incapaz, se hacía uso de una persona intermedia que recogía los bienes y asumía los deberes del feudatario; en el Derecho municipal, cuando la adquisición de inmuebles en un pueblo sólo podía ser realizada por un vecino, los forasteros se valían de un fiduciario.

En todos estos supuestos, la situación jurídica del *Treuhänder* era análoga a la del propietario y podía disponer de las fincas con plenos efectos respecto de terceros. Sin embargo, su dominio se hallaba limitado por los derechos de intervención e impugnación correspondientes al fiduciante o titular de goce y por las obligaciones que éste pudiera contraer. Frente a la propiedad del fiduciario se elevaban una serie de limitaciones de naturaleza real, que protegían a quien en él había depositado su fe.

Las mismas dificultades que encontrábamos en el Derecho romano para determinar la naturaleza y efectos jurídicos de estas combinaciones, nos impiden aquí dar una solución definitiva al problema. Para unos, la transferencia al fiduciario (*Treuhänder*) se realiza bajo condición resolutoria; para otros, comitente y comisarios se hallan unidos por relaciones jurídicas tan íntimas, que las facultades dispositivas del uno se entrelazan con las del otro, y, en fin, no falta quien sostenga que el fiduciario o *treuhänder* es tan sólo titular de un derecho real limitado en cosa perteneciente a su comitente o al heredero de éste.

Como resultado de una evolución secular, florece en Inglaterra la institución de confianza (*trust*), por la que una persona transfiriere a otra (*trustee*) la propiedad para cierta obra o finalidad (*ad opus, to his use*).

Utilizado el procedimiento en un principio para traspasar un feudo a los menores de edad, por medio de persona interpuesta, y más tarde para crear un tipo de instituciones piadosas (*Charitable Trust*) perpetuas e impersonales, pasó más tarde al derecho de familia para suavizar las asperezas del régimen matrimonial (*Marriage settlement*) con la intervención de un honorable fiduciario que entregaba en *mano propia* las rentas de los bienes que, con destino a las necesidades de la esposa, se le habían confiado.

En otros casos, el patrimonio mueble (papel, acciones, etc.) se transmitía a una persona residente en país extranjero para evitar el pago al Fisco de los impuestos de sucesión *mortis causa*.

Aunque frente a los Tribunales comunes el fiduciario (*cestui que use*) asumía las facultades de propietario, se veía constreñido por la jurisdicción del canciller (*Court of Chancery*) a cumplir los fines de la fundación o a satisfacer las necesidades del beneficiario (*cestui que trust*).

Como el Derecho inglés no conoce la enorme barrera que nosotros tratamos de elevar entre los derechos reales y los personales (de crédito), es imposible precisar, en la técnica continental, el carácter de los derechos correspondientes al destinatario.

No se trata de una verdadera propiedad, porque ésta corresponde, libre y plena, al fiduciario (*trustee*), pero se acerca a los derechos o elementos activos del patrimonio y se denomina *estate* (*status*).

Así, la finca puede ser rescatada por el beneficiario del tercero que la adquiera de mala fe y del donatario, aunque sea de buena fe. Los acreedores del fiduciario (*trustee*) no se hallan autorizados para trabar embargos sobre los bienes confiados al mismo, mientras que se otorga esta defensa a los acreedores del destinatario, y con igual criterio se forma la masa de la quiebra. Es más, el principio de la *subrogación real* se aplica con tal rigor a los *trusts*, que si el fiduciario (*trustee*) vende una finca, el precio sucede en lugar de la cosa y queda incluido en el patrimonio de confianza.

La principal división para nuestro estudio de los *trusts*, es la que los distingue en *simples* y *especiales*. En el *trust* simple, el depositario o *trustee* tiene un papel pasivo, mientras el destinatario (*cestui que trust*) percibe directamente las utilidades. En los *trusts* especiales, el *trustee* recoge los frutos y los entrega al destinatario. En uno y en otro caso, el *trustee* no puede enriquecerse con su cometido.

Los poderes para vender, colocar el precio y celebrar contratos de arrendamiento son frecuentes y, normalmente, el *trustee* parece un albacea dotado de amplias facultades.

Al beneficiario corresponde el derecho de exigir cuentas, obtener una administración regular y percibir los frutos y productos. No responde por las deudas del fondo, ni le representa ante los Tribunales.

En el Derecho mercantil, la sustitución se utiliza para constituir grandes agrupaciones industriales. Los accionistas de cada azucarera, por ejemplo, pueden entregar sus títulos a un *trustee*, que, frente a tercero, obra como titular de las acciones y contrae compromisos de enorme trascendencia para la respectiva sociedad.

Se aproxima a la figura que venimos estudiando, el *prête-nom* del Derecho francés, que es una persona interpuesta (fiduciario o fideicomisario), que, bajo las apariencias de propietaria, obra por mandato oculto y celebra con los terceros contratos de venta o cesión, en propio nombre.

Aunque el negocio sea en realidad simulado, el nombramiento de un *prête-nom* (testaferro), que actúe con un título aparente y en interés del mandante, es válido si no tiene por objeto perjudicar a un tercero.

En las relaciones con su principal, el *prête-nom* asume el papel de mandatario, obligado por una *contraletra* (*contre-lettre*), y frente a tercero aparece como verdadero comprador o cesionario de acciones, obligaciones, etc.

La *contraletra* es un acto o documento secreto que anula o modifica, total o parcialmente, los efectos de una escritura pública y obliga regularmente a las partes (no a los terceros).

Cuando el mandante ha transferido auténticamente la cosa a su *prête-nom*, importa poco que las personas con quienes éste haya

contratado en propio nombre sepan o no la intimidad de sus relaciones; esta particularidad no ejerce ninguna influencia sobre los derechos y obligaciones *bona fide* nacidos sin necesidad del concurso del mandante, que permanece extraño al nuevo negocio y no puede prevalecerse de él, ni ser demandado por su contenido.

Interesantes en extremo son las discusiones que en este siglo se han suscitado en Francia con motivo de la disolución de las Congregaciones religiosas, y en especial de los derechos correspondientes al P. Rey, fiduciario de los monjes que fabricaban *chartreuse*.

La institución recibió, en el moderno Derecho alemán, nuevos refuerzos legislativos y grandes alientos doctrinales. El artículo 1.189 del Código civil le abrió de par en par las puertas del Registro, permitiendo, en los casos de hipotecas en garantía los títulos endosables o al portador, el establecimiento de un representante de los acreedores que pudiera realizar actos de disposición y ejercitar los derechos nacidos de la hipoteca. Por otra parte, el poderoso comercio del Imperio había desenvuelto las transferencias en seguridad, los endosos fiduciarios, los depósitos de letras en garantía, la consignación de acciones en una casa de Banca para que ésta pudiese obtener mayoría en una junta general de otra Sociedad, etc., y los civilistas discutían la existencia de una *propiedad fiduciaria*.

Son corrientes, en el Derecho suizo, las cesiones en garantía (traspaso de un crédito para asegurar una deuda), las ventas con reserva de dominio y las pignoraciones de ganados sin cambio de posesión, figuras que se aproximan a la examinada, y, sobre todo, el artículo 860 del Código civil parece inspirado en los precedentes alemanes: «Al crear una cédula hipotecaria o una carta de renta, puede nombrarse un mandatario encargado de pagar y cobrar, recibir comunicaciones, consentir reducciones de garantía, y, en general, de salvaguardar, con toda diligencia e imparcialidad los derechos, tanto del acreedor y deudor como del propietario.»

En fin, para terminar estas indicaciones históricas, en nuestro país ha arraigado la institución, no sólo en el Derecho de sucesión *mortis causa*, sino en la contratación y en toda clase de actos *inter-vivos*.

Dejamos a un lado, por estudiado, todo lo referente a susti-

tuciones fideicomisarias, herederos fiduciarios y de confianza, comisarios, albaceas, contadores-partidores y ejecutores testamentarios, así como, por salir de nuestro campo, lo tocante a las cesiones en seguridad, ventas con *pactum reservati dominii*, prendas sin desplazamiento, mandatos secretos, testaferros, *hommes de paille*, etcétera, para aludir a las figuras más importantes de carácter *fiduciario* que pueden provocar asientos en el Registro.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(*Se continuará.*)

La sucesión abintestato y el artículo 1.653 del Código civil

La *Gaceta* del 14 del pasado Enero publica la modificación que han sufrido los artículos 954 a 957 del Código civil en materia de sucesión abintestato. No es mi intento entrar en el estudio de tal modificación, cuya más importante innovación consiste en limitar al cuarto grado el llamamiento en la sucesión intestada.

El objeto de este comentario es poner de relieve una dificultad que puede surgir al poner en relación la modificación del Decreto que examino, y un precepto del Código civil: el artículo 1.653.

Dice este artículo: «A falta de herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.»

Si el límite puesto por el legislador en este artículo, del sexto grado, para que *la finca* vaya al dueño directo, se inspira, a no dudar, en el límite de la sucesión intestada, salta en seguida a la vista que al cambiar este límite, por la reforma de los artículos correspondientes, el 1.653 cae de lleno en la reforma.

No obstante, ésta no le alude. No se cuida de aclarar que queda subsistente en todas sus partes el citado artículo 1.653, ni lo declara derogado en la parte necesaria, para ponerlo a tono con la innovación. Guarda un impenetrable silencio el legislador en este punto, y como puede darse el caso de que exista un enfiteuta con herederos hasta el sexto grado, que pueda fallecer sin testar, y un censualista que haya leído la reforma y trate de recupe-

rar la finca, si acaso hay parientes de quinto y sexto, pero faltan de los más inmediatos, hasta el cuarto grado inclusive, de ahí el interés que, a mi juicio, tiene la cuestión. Esta puede plantearse en los siguientes términos:

El Decreto-ley de 13 de Enero último, ¿ha introducido alguna modificación en el artículo 1.653 del Código civil? O, por el contrario, ¿puede estimarse que el silencio del legislador fué deliberado, y consciente, y que no quiso hacer ninguna innovación en el referido artículo?

Las obscuridades y los silencios en las leyes, tratándose de juristas, son temibles. En seguida surge una legión que dice que sí, y otro numeroso grupo que dice que no. Los ejemplos de esto en nuestro Derecho son innumerables. Pero es el caso que la cuestión aquí planteada no la he visto tratada en ninguna parte, y como entiendo que reviste un cierto interés, sin perjuicio de que quien tenga la suficiente autoridad, desde sitio más elevado, diga lo necesario, yo, desde el modesto lugar de Notario rural, voy a exponer mi opinión.

Según Manresa (1), el artículo 1.653, sin precedentes en nuestro Derecho, introduce un nuevo medio de extinción del censo por consolidación, no alterando las reglas de la sucesión intestada, pero excluyendo de la herencia la finca enfiteútica. La ley, agrega Manresa, no tiende a interpretar la voluntad del causante, la cual probablemente sería opuesta a que la finca fuera al censualista, sino que tiende a reunir ambos dominios.

Prescindo del lenguaje, un tanto impropio hoy, de *los dominios* y de señor directo y útil. Está consagrado por el uso, y no es esta ocasión de ocuparse de ello, pero bueno es advertirlo.

La ley, según Manresa, prefiere el dueño directo, antes que a los establecimientos de beneficencia e instrucción, en lo relativo a dicha finca, pues en lo demás, la sucesión sigue su marcha normal.

Defiende este autor la innovación, en vista de las dificultades que sin duda supondrían para los establecimientos de instrucción y beneficencia, la serie de inconvenientes que el censo lleva consigo, como pensiones, tanteo, etc.; Mucius rechaza estas ra-

(1) Manresa: *Comentarios al Código civil*. Tomo XI, pág. 210, tercera edición.

zones (1), y combate la introducción en nuestro Derecho de un precepto semejante. Los demás autores patrios que hemos consultado, o no se ocupan de esta cuestión, como Valverde, o apenas le dan importancia. En realidad, no merecía más comentarios, puesto que es de los preceptos más claros del Código, y a lo único que podían limitarse los comentaristas era a encontrar buena o mala la innovación.

Manresa es quien con más extensión trata del asunto. No considera heredero al dueño directo. Entiende que se trata de un caso de resolución por ministerio de la ley, agregando que se estima que la constitución del censo queda afecta a la condición resolutoria legal de *volver* la finca al dueño directo.

Como el análisis de estos discutibles conceptos nos llevaría muy lejos, voy a concretar, partiendo de los siguientes supuestos :

1.º Fallece un enfiteuta sin haber dispuesto de su derecho. Tiene ascendientes, descendientes o parientes dentro del cuarto grado. En este caso, no hay cuestión. Abierto el abintestato, se adjudica la finca a quien resulte ser su heredero.

2.º Al fallecimiento del enfiteuta, sin testar, queda sólo un pariente de quinto grado. Si el fallecimiento ocurre con posterioridad a 1.º de Julio de este año de 1928 (fecha en que entra en vigor la reforma), como quiera que el pariente de quinto grado ya no hereda, porque el Decreto lo prohíbe, surge el conflicto entre el Estado y el censualista, y el Estado, o quien le defienda, invocará en apoyo de su derecho el silencio de la ley. El Código civil, en el artículo 1.653, llama al censualista, después de los parientes de sexto grado, es así que existen en la hipótesis que ahora comento una de quinto, luego el censualista nada adquiere.

Claro que este razonamiento es absurdo, y no creo que haya Abogado del Estado capaz de mantenerlo. De aquí que al no encontrar justificación alguna al derecho de preferencia del Estado para hacerse con la finca, nos inclinemos resueltamente hacia la solución que implica la modificación tácita del artículo 1.653 del Código civil por el Decreto-ley de 13 de Enero del corriente año. Además, si nos fiamos de Manresa y creemos que la reforma o

(1) Mucius Scaevola: *Código civil*. Tomo XXIV, págs. 526 y 1.915.

la innovación que en nuestro Derecho supuso la admisión de la condición resolutoria tácita del artículo 1.653, obedeció al afán de evitar a los establecimientos de beneficencia e instrucción los inconvenientes del pago de pensiones, tanteo, retracto, etc., etc., con mayor motivo subsiste hoy la razón de mantener ese régimen, pues ya no son sólo estos establecimientos. También la Caja de Amortización disfruta del reparto, con arreglo al artículo 956 del Decreto-ley tantas veces citado.

En definitiva, entiendo que el Decreto-ley de 13 de Enero ha corregido o modificado el artículo 1.653 del Código civil, en el sentido de llamar, por las razones que llevamos dichas, en defecto de descendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro de *cuarto* grado, al dueño directo. En su virtud y a mi juicio, el mencionado artículo debe entenderse redactado en la forma siguiente:

Artículo 1.653. A falta de herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del *cuarto* grado del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.

ENRIQUE TAULET.

Notario

Nulidad de testamento

Nuestros lectores no dejarán de encontrar interesante el fallo de la Cámara civil primera de Buenos Aires, extractado a continuación, cuyo contenido, al mismo tiempo que pone de relieve la peculiar estructura de las sentencias argentinas, resuelve cuestiones vivamente discutidas en la actualidad por los letrados españoles.

Don A y otros, herederos legítimos de B, entablan demanda por nulidad del testamento del causante, y como consecuencia, deducen acción de petición de herencia contra C, manifestando expresamente que dejan a salvo el reconocimiento que formulan de los derechos de los demandados a concurrir con sus hermanos y sobrinos, representantes de los hermanos muertos, a la herencia legítima del causante B.

La acción de nulidad del testamento la fundan en la incapacidad de B, en el momento en que otorgó su testamento, alegando que no se hallaba en el goce de sus facultades mentales.

Agregan, además, que los testigos que suscriben el testamento no han podido hacerlo en razón de hallarse comprendidos en la incapacidad a que se refiere el artículo 3.707 del Código civil, desde que son dependientes de la oficina del escribano otorgante.

Los demandados niegan categóricamente la verdad de todos los hechos en que se funda la demanda, cuya improcedencia piden se declare con especial imposición de costas.

El juez rechaza en todas sus partes la demanda e impone las costas del juicio a los actores y éstos recurren en apelación.

Para el estudio de esta «litis» deben separarse las dos cuestiones que se formulan en la demanda y sirven de fundamento a la acción, y que están expresadas sintéticamente en los dos párrafos del escrito en que se deduce la demanda :

Primero. El causante no se encontraba en el goce de sus facultades mentales cuando a las cinco de la tarde del mismo día en que falleció se presentaron el escribano autorizante y los testigos del testamento en la casa del moribundo B; la obnubilación de sus facultades era tal y carecía del discernimiento, voluntad y libertad necesarias para otorgar su testamento.

Segundo. Los testigos que suscriben el testamento no han podido hacerlo en virtud de la incapacidad expresada por el artículo 3.707 del Código civil, segundo supuesto, porque son dependientes de la oficina del escribano otorgante.

En cuanto a la primer cuestión, corresponde a los actores la prueba de su afirmación, destruyendo el supuesto de que parte la ley: la capacidad del sujeto que es la regla para llegar a la declaración de la pretendida incapacidad que para la ley es la excepción.

El testamento cuya validez se discute ha sido otorgado por acto público, y no existe en el mismo antecedente alguno que lleve por sí sólo a la comprobación de la incapacidad del testador, porque el hecho constatado en el mismo de no haber podido firmar el causante y los dos trazados que aparecen dibujados por él, esforzándose por poner su firma, han sido invocados por ambas partes y por los mismos peritos para apoyar tanto una tesis como la otra, y carece de los elementos inequívocos de convicción necesarios para llegar a una u otra conclusión.

En tal situación, para juzgar del estado mental del testador se hace necesario investigar y analizar las palabras pronunciadas por el mismo en los momentos próximos a la confección del testamento, que es en el que ha debido gozar de la integridad de sus facultades mentales, sus actos, su estado de salud, etc., para apoyar la decisión en hechos ciertos y no en conjeturas más o menos antojadizas.

La parte actora ha debido, pues, demostrar que el causante no era capaz de tener voluntad o de manifestarla; que carecía en todo o en parte de inteligencia y de voluntad; que no era capaz de comprender y querer.

El fiscal admite que, en principio, para testar, se requiere una prudencia menos equívoca, una razón más clara y una voluntad más firme en el otorgante que para obligarse con un contrato

(D'Aguesscau), pero que para destruir el principio jurídico de la suposición de la capacidad, para dejar sin valor las disposiciones de última voluntad, en cuya respetabilidad está en principio interesado el orden público cuando el acto llena las formalidades y exigencias de la ley establecidas para asegurar su autenticidad, la facultad de los jueces, que es soberana para apreciar la pertinencia, la gravedad y veracidad de los hechos articulados, para establecer que el autor de sus disposiciones a título gratuito no estaba en su sano juicio, debe ser ejercitada con una gran circunspección al admitir en su investigación la prueba testimonial de semejantes hechos, cuando ello no resulta ni del acto mismo atacado, ni de las propias circunstancias ciertas o de indicios que lo hagan verosímil (Aubry y Rau).

El causante B falleció el día 5 de abril de 1923, a las veintitrés, de mediastinitis séptica, y el mismo día, a las diez y siete, otorgó testamento en su casa por acto público, ante el escribano D. Patricio Harrington, en el cual consta que intentó dos veces poner su firma sin conseguirlo, dejando de ello el resultado de su esfuerzo, y que según constancias del mismo, no pudiendo firmar pidió y autorizó a uno de los testigos para que lo hiciera en su nombre, y así se hizo.

Los actores alegan la invalidez del testamento, afirmando que el testador no estaba en la integridad de sus facultades mentales.

Aparte la afirmación hecha por el escribano autorizante en el encabezamiento del testamento de que «el enfermo está en el pleno uso y goce de sus facultades mentales», porque no está autorizado en sus funciones para decidir al respecto, y aunque resulta del propio testamento por actos pasados en presencia del escribano y testigos que el causante dictó a aquél de viva voz las instrucciones precisas para su testamento, que estarían demostrando la capacidad intelectual del mismo, puesta ahora en duda, no la tomó tampoco en consideración, ya que en principio, habiéndose dicho de falsedad del instrumento público, no debe admitirse en términos absolutos que su contenido haga plena fe.

Para probar la incapacidad del testador se ha producido prueba testimonial y pericial.

El fiscal manifiesta que no ha encontrado en los autos ninguna prueba suficiente por sí sola para llevarle a la convicción de la

incapacidad mental de B, al tiempo de testar, y que estudiado el conjunto de la prueba y apreciada sea con simple criterio profano estrictamente jurídico, llega igualmente a la conclusión tranquila, segura y sincera de que B dictó su última voluntad en perfecto estado de conciencia y en la plenitud de goce de sus facultades mentales, y agrega que si en algún momento ha tenido dudas al respecto, ha sido menos por los elementos de convicción contradictorios que por efecto de la erudicción del letrado de la parte actora y de la influencia y autoridad de su palabra.

Si se observan y analizan las declaraciones de los testigos, se encontrará que, con excepción de la del doctor Castex y la de la enfermera llevada por el mismo, todas las demás están contestes en afirmar, dando antecedentes que han de servir para apoyar una convicción, que el uso de las facultades mentales no faltó en ningún momento al causante el día que testó, que fué el de su fallecimiento.

El doctor Castex declara que el día que B testó vió al enfermo a las cuatro y media o cinco menos cuarto de la tarde, encontrándolo en un estado de extrema gravedad, por lo que llamó afuera de la habitación a D. Bernardo Duggan y a D. Lorenzo Torres, y les manifestó que el estado del enfermo era gravísimo, que tenía su inteligencia completamente nublada por su enfermedad y por una inyección de eukodal de un centímetro cúbico que se le había hecho, y que en esas condiciones podía vivir horas como podía morir en cualquier momento, y agrega que cuando volvió a ver de veinte a veintiuna horas estaba ya en estado preagónico.

En análogo sentido, pero con diferencias de detalles, se expresa también la enfermera María Walmer.

El fiscal, como el juez, estiman que este testigo no es convincente, por limitar su declaración a simples afirmaciones sin expresar los razonamientos en que se apoya y no tener otra confirmación que el testimonio de la enfermera, contra la mayoría de los testigos que la contradicen.

Todos los testigos han hecho referencia y repetido las palabras con que contestaba B a las preguntas que se le formulaban; ninguna de estas contestaciones revelan perturbaciones mentales, y el mismo doctor Castex admite que el enfermo respondía a las

preguntas, aunque agrega que lo hacía como todo enfermo que tiene su inteligencia nublada.

El fiscal descarta como un hecho probado, y sobre el cual no cabe discusión posible, que el señor B, el día que otorgó su testamento, y hasta algunas horas después de hacerlo, contestaba con acierto todas las preguntas que se le formulaban, no demostrando en sus respuestas ninguna confusión, ni alteración de su inteligencia, sino que, a juzgar por la forma en que se expresó en todas las oportunidades que mencionan los testigos en sus declaraciones, repitiendo las frases pronunciadas por aquél, en el momento de otorgar su testamento, antes y después de hacerlo, revelan manifestamente que B no tenía ninguna incapacidad, de la naturaleza de que se pretende, que pudiera impedirle expresar válidamente su voluntad en la forma que lo hizo.

Es verdad que existen dos «garabatos» en el texto del testamento, que fueron hechos por B al pretender firmar, y que a «prima facie» y aisladamente impresionan desfavorablemente.

Pero el estudio correlacionado de los elementos de prueba acumulados en autos, confirmados por el estudio «médicolegal» del doctor Escalier, pone de manifiesto la existencia en el testador de una incapacidad de orden muy distinto al invocado y que tiene en la ley el recurso para salvarla, que ha sido utilizado en este caso por el causante ante oficial público y testigos que concurrieron al acto, como resulta del texto del mismo.

Es necesario distinguir la capacidad interior (la del espíritu) de la capacidad exterior (la del cuerpo); estas últimas son simples impedimentos materiales que no constituyen ninguna incapacidad propiamente dicha, ni de derecho, ni de hecho (Demolombe, número 352, tomo 18), y esa ha sido en realidad la incapacidad, o mejor dicho, el impedimento material que no pudo vencer el testador cuando quiso, por su propia voluntad, suscribir sus disposiciones testamentarias.

La pericia, que deberá ser apreciada con el criterio que autoriza el artículo 26 de la ley número 4.128, carece en primer lugar de la eficacia que habría que reconocerle si ella fuese el resultado de una observación directa de la cosa o persona sometida a su estudio y análisis, pero en situaciones como la presente, el trabajo y el estudio tienen que ser necesariamente retrospectivos, y no

tienen más elemento de juicio que los antecedentes que hayan podido recoger de las mismas partes o de los que obran en los autos. Su eficacia como prueba pericial queda en esas condiciones evidentemente disminuída.

Los puntos de vista en que se ha colocado el fiscal para el estudio de esta causa coinciden con los que desarrolla el perito doctor José María Escalier, quien, para analizar la capacidad intelectual del testador en el acto de firmar el documento que expresa su última voluntad, considera necesario hacer un estudio cuidadoso de los antecedentes personales del sujeto, de la evolución de su última enfermedad, de los hechos efectuados por él y de las palabras que pronunció en el momento de testar, y después de hacerlo, llega a la conclusión de que no habiendo existido en ese momento ninguna complicación que afectara el cerebro sano del paciente, ni delirio, ni estado agónico, su capacidad intelectual tenía que ser suficiente para comprender y ratificar lo que había pensado y dispuesto anteriormente.

Afirma el doctor Escalier que en la bronquitis capilar y edema pulmonar, que fueron las complicaciones que determinaron la muerte de B, las facultades mentales no se alteran hasta el momento mismo de la muerte, porque el final, muy rápido, se produce por asfixia o por síncope. Niega los pretendidos efectos de la inyección de eukodal, y sostiene que en la proporción de un centímetro cúbico que le fué recetada, es incapaz de producir un estado de obnubilación, ni inconsciencia, sino, por el contrario, una disminución de la fatiga y del malestar beneficiando el estado mental del enfermo.

Hace una referencia a la declaración del doctor Castex, que aceptó de la posibilidad de que el enfermo hubiera podido constatar en forma precisa una pregunta que le formulara la señora Hope en su presencia a las cuatro y media de la tarde del día de su fallecimiento, y que el doctor Castex atribuía a una reacción del enfermo, ante la autoridad y confianza que él le inspiraba, y de ello deduce el doctor Escalier que debía también admitirse en todo caso que el enfermo debió tener también poco tiempo después la misma capacidad de reacción frente al escribano que le traía su testamento, tan deseado por él, y cuyo contenido había dado por la mañana.

En lo que respecta a los garabatos hechos por B al querer firmar, lejos de considerarlos como una prueba negativa, lo estima como un esfuerzo de la voluntad del testador al querer firmar sin conseguirlo, no por falta de idea, sino de capacidad física para hacerlo. Las perturbaciones de la escritura, cuando son de orden mental, dependen generalmente de un estado de afasia o de agraphia motivada por alteraciones corticales o subcorticales, que frecuentemente afectan todos los medios de expresión del lenguaje, y en el caso de B está probado que podía hablar correctamente.

Segundo. La segunda causal alegada por los actores para sostener la invalidez del testamento es la de ser los testigos del acto dependientes de la oficina del escribano otorgante.

Efectivamente, el artículo 3.707 del Código civil declara la incapacidad de los dependientes de la oficina del escribano para ser testigos de los testamentos. Analizada con detenimiento la abundante prueba producida por los actores, si bien se observa de ella la vinculación y amistad continua y de muchos años existente entre los testigos y el escribano, que se ha traducido en servicios recíprocos, que se encarga la parte actora de mencionar en detalle en sus escritos de alegatos y expresión de agravios, no se encuentra verdaderamente que resulte de ninguno de ellos ni de su conjunto la relación de dependencia de los testigos con respecto al escribano bajo ningún punto de vista, y menos aun en el concepto que lo contempla la citada disposición de la ley.

Por estas consideraciones, por las que hace el juez en su sentencia y las que invocan los demandados en su alegato de bien probado y contestando la expresión de agravios, el fiscal es de opinión que debe rechazarse la nulidad del testamento de B, confirmando la sentencia apelada.

Sentencia.—¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El vocal, doctor Sayanca, expuso que este litigio son sólo cuestiones de hecho. La ley es tan clara al respecto, tan precisas las disposiciones que rigen el caso, que nada ha habido que discutir, y no se ha discutido, sobre su alcance; para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón, lo que la ley presume mientras no se pruebe lo contrario, y al que pidiese la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones (artículos 3.615

y 3.616 del Código civil); en los testamentos por acto público no pueden ser testigos, entre otros, los dependientes de la oficina del escribano, y la incapacidad tampoco se presume y debe probarla el que funde su acción en ella (artículos 3.696 y 3.707).

Y después de analizar la prueba aportada, se pronuncia por la confirmación del fallo apelado, excepto en la condena de costas.

En el mismo sentido vota el vocal doctor Pera.

El vocal doctor Colmo, dijo:

«Convencido, como siempre, de que un pleito no es un silogismo jurídico ni un artificio dialéctico de principios legales, o, en su caso, de doctrinas médicas, sino una objetiva realidad de intereses a desechar o amparar, empiezo por trazarme la realidad subyacente.

El causante fallece soltero y sin descendencia natural. Tiene seis hermanos, algunos de ellos premuertos, pero con legítima descendencia directa. Por ley natural, dentro de nuestros sentimientos y costumbres, que en el caso está interpretada por la ley civil, deben heredarle esos hermanos, o lo que es igual, los hermanos sobrevivientes y los sucesores de los premuertos. Para que así no ocurra es indispensable: o un testamento que excluya a ciertos hermanos, o un juicio de indignidad. Lo último debe ser descartado: nadie lo articula. Sólo queda así lo primero: el testamento. Pero éste requiere una condición indispensable: que sea legalmente categórico e indubitable. Cuando tal no ocurra, cuando surjan dudas acerca de esa validez meridiana, el principio de que las nulidades son odiosas y deben ser interpretadas restrictivamente, cede ante otro superior: la igualdad de los derechos hereditarios, la unidad de la familia, el recuerdo del causante, que no hay por qué librar al agravio y acaso a la maldición, el respeto de leyes civiles y naturales que son expresión y prenda de sentimientos, afectos e intereses familiares; todo ha de concurrir para que el testamento dudoso y sin explicación cabal no deba constar y sea puesto de lado.

En el supuesto de autos, la validez del testamento implicaría la sucesión hereditaria en favor de tres de los seis hermanos, sobre todo de uno de ellos. Es el principio del resquemor y de lo disolvente. Su invalidez dejaría a los seis hermanos en el mismo pie, a menos que entonces surgiera el testamento que en copia simple

se tiene a fs. 382. Aun así, la disensión no existiría, o se reduciría a un mínimo despreciable. Por él uno de los hermanos resultaría mejorado en las haciendas de dos estancias. Fuera de ello, todos concurrirían sobre el resto, que es lo más importante, con derechos parejos.

Con ese punto de vista básico entro a estudiar este complejo asunto: si el testamento no me ofrece la prueba de una paladina voluntad psicológica y legal, habré de votar no precisamente en favor de quienes van a perder, económicamente hablando, en vez de hacerlo en pro de quienes a lo sumo si dejarían de ganar sin perder nada, sino en beneficio de la unión familiar, del buen recuerdo del testador, y, lo que es más decisivo, en homenaje a la presunta voluntad de este último.

Me encuentro, desde luego, con lo singular de un testamento familiarmente anormal efectuado pocas horas antes de morir. Si el testador tenía agravios contra algunos hermanos o sobrinos, habría contado con tiempo sobrado para testar en oportunidad adecuada. De tiempo atrás minaba su existencia la enfermedad que terminó con su vida. Por mucho que se le pudiera ocultar la verdad, los síntomas de aquélla no dejan duda a nadie, y mucho menos a un hombre culto como el causante, acerca de su carácter. Lo acreditaría la circunstancia de que el mismo causante otorgara el documento de fs. 19 en previsión de su muerte, más de cuatro años antes del testamento impugnado. Y lo pondría a la evidencia el testamento de fs. 382, en caso de resultar auténtico, como todo parece indicarlo, otorgado apenas dos años y medio antes que aquel otro.

El causante era, pues, un hombre previsor. No hallo así ninguna explicación adecuada de tal circunstancia. Y la encuentro tanto menos cuanto que las únicas diferencias alegadas en juicio entre él y los actores, contenidas en preguntas hechas a los testigos de fs. 384 y 401 v., se remontan a 1920 y a 1922, vale decir, a época anterior en largos meses al fallecimiento. Una exclusión tan absoluta y violenta debiera contar con justificación. No se deshereda a hermanos y sobrinos sino por motivos intensos, que vayan a lo directo y hondo del vínculo familiar. Y aquí no habría otro factor que éste: el causante se habría resentido con los actores porque algunos de éstos guardaron poco luto por la muerte de

su abuela y madre de aquél, y aun por la muerte de la madre de ellos mismos. Sin contar que nada consta al respecto acerca de otros actores excluidos. Lo segundo debe ser puesto de lado: el causante no podía fundar agravio en relaciones que no le concernían. Y lo primero es una insignificancia: aun cuando estuviera probado con las posiciones de fs. 421, y no lo está, no habría allí nada de personal y fuerte como para autorizar la exclusión. Ello tanto más cuanto que las relaciones entre los actores y el causante fueron siempre «buenas» (fs. 384 v.), y cuanto que los dos testigos citados reconocen que los actores visitaron al causante más de una vez durante la última enfermedad.

Repito que tal circunstancia me llama mucho la atención. Esperarse a última hora para testar en esa forma disolvente de vínculos familiares, sin antecedente ni motivo que justifique lo violento de la situación que así se crea, no es mostrar una voluntad normal ni categórica. Un testamento, lo propio que un contrato y cualquier manifestación de voluntad, no es nada de por sí. Como todo en derecho, responde a factores y tiende a fines u objetivos. Cuando sus disposiciones escritas resultan en pugna contra los elementos de hecho que le dan pie, cuando no interpretan la realidad a que deben corresponder, hay fundamento para dudar acerca de su eficiencia y para reconocerle validez.

La convicción se afirma y robustece tan pronto como se analiza el testamento a la luz de los estrictos principios legales que deben regirlo.

Ante todo, un testamento debe ser otorgado por persona «en su perfecta razón» (artículos 3.615 y 3.616 del Código civil). En parte alguna ha empleado el código una expresión tan enérgica acerca de la capacidad psicológica en punto a manifestaciones de voluntad. Los contratos, y las mismas donaciones, quedan sujetos a los principios comunes: basta lo ordinario de la usual intención, discernimiento y voluntad. Es que el testamento es acto que va a surtir efectos después de la muerte. No hay como preverlo. No hay como analizar lo psicológico sino dentro del mismo. El testador ha desaparecido, y mal podría establecerse comparaciones entre lo pasado y lo actual. Además, es acto gratuito, cuya interpretación restrictiva es de principio. De ahí las expresiones del codi-

ficador en la nota al artículo 3.615: «el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso».

La razón ha de ser «perfecta». La intención, el discernimiento y la voluntad deben ser pristinas, mostrarse en su plenitud, no dejar la más leve duda acerca de su limpidez espiritual. Por lo mismo, la duda que pueda surgir tiene que inclinar la interpretación en el sentido de la invalidez, vale decir, en el sentido de la normalidad. El testamento rompe la normalidad, entraña una derogación de lo común. Destruye, total o parcialmente, los principios legales que regimentan esa materia tan importante de la institución familiar, que es de orden público, según puede verse en obras modernas sobre la familia, como la de Cicu o el tomo V del tratado de Stolfi, y constituye una grave excepción de derechos privados con relación a derechos colectivos y superiores. Por eso la ley autoriza la prueba de que el testador no se hallaba en «perfecta» o «completa» razón. Acreditado eso, y aun cuando se justificara que aquél discernía en alguna medida, el testamento debe caducar. Podrá el testador haber querido y dicho algo. Si no lo quiere y dice con cabal lucidez reveladora de una razón «completa» o «perfecta», no hay voluntad testamentaria, y el retorno al derecho común tiene que imponerse.

Pues bien; la voluntad del testador falla aquí a cartas vistas. Nadie más autorizado para juzgar el efecto que el médico que le asistía. Este depone a fs. 160 v. Y lo hace en forma concluyente. Desde la víspera del fallecimiento, el causante se hallaba en un estado de «suma gravedad», cosa que repite el cirujano consultado (fs. 131 v.), y en la tarde del día del mismo, una hora antes de testar, la complicación de la enfermedad era tan intensa por el efecto de la inyección de eukodal suministrada minutos antes, y sobre todo, por razón de la bronquitis séptica e intoxicante al perforarse el esófago, que la inteligencia del mismo estaba «nublada» y en condiciones de no traducir la conciencia ni, mucho menos, una voluntad testamentaria. Y todo esto lo corrobora la enfermera que le asistía (folio 148 v.). Podrá no ser ésta una persona con título universitario, pero por su experiencia, por su permanente contacto con el enfermo desde días antes, estaba en cabales condiciones para apreciar el grado de lucidez mental de aquél. Por lo

mismo, su testimonio debe ser aceptado como corroborante del más autorizado de dicho facultativo.

Bien me consta, a propósito, que así podría quedar librada la validez de cualquier testamento a la declaración del médico de cabecera. Pero no se observaría varias cosas : primero, se trata de una autoridad profesional y social de la más elevada consideración ; segundo, el médico es pariente de una de las herederas instituidas (folio 163 v.) ; tercero, la declaración del mismo está reforzada por varias otras como las citadas y las que indicaré a continuación, y se armoniza con diversas probanzas de que haré mérito más adelante.

Ante ello, dicen bien poco las manifestaciones de diversos testigos acerca de la capacidad psicológica del testador que hasta merecen desestimación inmediata. Los profanos como ellos, y son los de folios 384, 395 v. y 401 v., no están ni pueden estar en condiciones de apreciarla. Cinco, diez testigos, no pueden valer, en principio, un médico. Ello sin contar varias circunstancias : primero, de esos testigos, el primero y el tercero no pueden ser considerados, pues están afectados por tachas plenamente legales formuladas en el acto de sus declaraciones y acreditadas por éstas mismas, ya como dependientes del principal favorecido como heredero, ya como parte en el testamento que beneficia a la segunda ; segundo, aun cuando se las admitiera, sus afirmaciones según las cuales el causante contestó a preguntas que le hiciera el médico en la visita efectuada por éste en la tarde del último día y aun en la que le hizo al anochecer, así como la que dió en presencia del sacerdote que le suministró la extremaunción, no acreditan la capacidad testamentaria de la «perfecta» razón legal y dan apoyo a la afirmación del médico de cabecera, según el cual, la inteligencia no estaba perdida, sino «nublada», lo que permite reacciones momentáneas y esporádicas, y nunca la tensión mental de los tres cuartos de hora que ha supuesto la confección del testamento, según las declaraciones de folios 120 v., 123 v., 147 v., 148 v., 180 v., 384 v. y 401 v.

El asunto se aclara del todo si se atiende a dos órdenes principales de circunstancias.

Desde luego, la concerniente a la firma del testamento (folios 155 a 157). El testador no pudo firmar. Invitado a efectuarlo, in-

tentó dos veces. En ambas se tuvo el resultado que revelan las fotografías: una serie de líneas entrecortadas y sin sentido, en las cuales apenas si es posible adivinar alguna letra, como la g. Tan fuerte era la deficiencia, que fué menester la firma a ruego de uno de los testigos, para lo cual se hizo constar el hecho a continuación de ese amago de firma.

Cierto que se insiste en que ello es prueba de voluntad. Pero, a mi juicio, no se lo interpreta bien. Es prueba de voluntad, pero nadie en el mundo podría afirmar que es prueba de voluntad testamentaria. El testador quiso firmar, sin duda alguna. Qué quiso firmar, nadie lo sabe. También es voluntad, en comparación apenas aproximada, pero gráfica, la de quien roba o mata, pero no es voluntad legal. También es voluntad la del demente, la del sonámbulo, la del ebrio, la del sugestionado. Pero todas esas voluntades distan leguas de la voluntad legal. El testador permanecía bajo la sugestión de su idea de la mañana, cuando dió sus instrucciones al escribano. Y toda sugestión sigue obrando aún por la vía subconsciente. Agréguese a tal sugestión: la entrevista con el escribano frente a los testigos, la colocación de la lapicera en su mano, el pedido de que firmase, el acto de hacerle sentar en la cama al efecto, la colocación del correspondiente cuaderno en su falda o sobre sus rodillas, etc., y se comprenderá que el dominio sugestivo se vuelve tanto más intenso cuanto mayor es la depresión consciente. Quiso firmar, es indudable, pero ninguno puede asegurar que quiso firmar un testamento, «su» testamento. Quiso firmar ahí como hubiera firmado cualquier otro documento, aun en blanco, porque todo indicaba a su espíritu decaído que debía firmar.

Aunque se arguya, como se hace, que la firma trasunta una mera incapacidad física o fisiológica, que no invalida ningún testamento, pues se tiene a continuación la firma válida hecha a ruego, nada se logra. Eso es un simple decir. Según las personas presentes, escribano y testigos, no pudo firmar por lo incómodo de la posición. Quedó el causante sentado o reclinado sobre almohadones púestos al efecto, y escribía sobre sus faldas o rodillas y sin punto de apoyo, al extremo de que según el testigo más importante, el que firma a ruego, parecía como apoyarse sobre las puntas de la misma pluma. Bien fácil es replicar: 1.º, la posición del sentado o reclinado en cama no es la posición del sentado a una mesa o escritorio, pero no

es posición que imposibilite ninguna firma, como en el caso, sino a lo sumo que la haga menos firme y recta ; 2.º, llama extraordinariamente la atención que no hubiera en la casa una carpeta o una simple tabla que sobre las piernas del causante hiciera las veces de mesa y soporte ; 3.º, los rasgos de la amagada firma acusan cualquier cosa menos la presión de la mano sobre las puntas de la pluma, pues de tal suerte habría borrones, rasgaduras, etc., siendo así que todos los rasgos son delicados y de presión normal, pues los aparentes borrones no son otra cosa que efecto del cruce repetido de varios de ellos por un mismo punto.

De ahí la conclusión inmediata : el amago de firma no acusa un defecto fisiológico de temblor del pulso, sino una falla central, cerebral, medular si se quiere, que impedía, por deficiencias del centro nervioso, la necesaria coordinación de movimientos, la representación mental que acomodara la voluntad con la intención.

Esto, que es razonamiento de profano, tiene corroboración plena en las pericias de fs. 261, 267 y 272.

Digo corroboración plena, con toda intención. Por mucho que la segunda de tales pericias sea adversa a la tesis que sostengo, basta leerla para ver que parte de bases de hecho y de derecho sin ninguna virtualidad y que le sustraen fundamento y autoridad. Hace decir al médico de cabecera lo que éste no dijo (fs. 164 v. y 165). Se apoya el testimonio, que no consta en autos, de una de las favorecidas por el testamento, acerca de las contestaciones que diera el causante a preguntas héchales una hora antes de testar. Y sostiene que si es indispensable la plena capacidad para dar instrucciones sobre un testamento, esa plena capacidad ya no es necesaria cuando se trata de ratificar lo hecho en virtud de tales instrucciones. Será ello posible en tesis general. No me atrevo a discutir con un médico sobre un punto que no es de mi competencia. Pero en cambio ese médico no podría discutir conmigo lo jurídico del asunto, en que me permito tener mayor competencia que él. Precisamente en el momento de testar es cuando por nuestro código, y por todos los códigos, se requiere la plena capacidad, la «perfecta» o «completa» razón de que ya tengo hecho mérito. Es entonces cuando surge el testamento, no en el momento de dar instrucciones al escribano. Esto sería dar validez al testamento verbal o nuncupativo explícitamente fulminado por nuestra ley. Hay testamento en el testamento formal, nunca en

las instrucciones previas. Y en ese momento del verdadero testamento, del único testamento que puede contar, el mismo perito reconoce que la capacidad del causante estaba aminorada. No se requiere más para que no exista la perfecta razón del código, y para que así no haya testamento válido.

Y las otras dos pericias resultan categóricas y concluyentes. Según el primero de los dos peritos (fs. 262), en un caso de inhibición funcional, como la del causante a firmar, las órdenes de los centros cerebrales llegan debilitadas, irregulares, incoordinadas, a los centros psicomotores, que así no pueden ajustarse a órdenes contradictorias, débiles y cambiantes, o, lo que es igual, la autointoxicación producida por la complicación bronquial o pulmonar sobrevenida, afecta a los centros superiores y produce la «desorganización física y mental» consiguiente; de ahí que para él no estuviera el causante «en el pleno uso de sus facultades mentales» al testar y al firmar. Y según el segundo (fs. 275), el amago de firma prueba «imposibilidad de escribir, no por impedimento motor, sino por desaparición de las imágenes verbográficas», y los rasgos trazados resultan «demostración evidente de la alteración funcional de los centros de la ideación lo que equivale a decir que el testador no estaba en el uso de sus facultades mentales».

Nada habría de más meridiano. Ello tanto más cuanto que las dos pericias emanan de cabales autoridades especialistas y clínicas en nuestro medio, que han cimentado su ganada reputación en tareas exclusivamente médicas y científicas. No tienen aquéllas una sola expresión de duda o de criterio no firme. Son, repito, categóricas, y por eso concluyentes.

Aquí podría dar por terminada mi exposición y análisis. Para mí el testamento no ha sido otorgado por persona legalmente capaz, y así me resulta esencial y radicalmente nulo. Pero como es también posible no se acepte ese punto de vista, me creo obligado a descender al estudio de los puntos restantes, por mucho que en algún caso sean ellos de importancia hasta nimia.

Ya he dicho que no entrañan valor legal las contestaciones aisladas y hasta monosilábicas que el causante pueda haber dado en la tarde del día del fallecimiento, según resultaría de lo declarado por los testigos testamentarios de fs. 174 v. y 180 v., durante el acto del testamento y por el sacerdote que suministró al causante la extre-

maunción unas cuatro horas antes de morir. Los dos testigos de folios 384 y 401 v., no pueden ser admitidos, pues son legalmente tachables y han sido oportunamente tachados. Aquéllos se refieren a manifestaciones fatigosas y entrecortadas que el causante hizo al escribirlo. El sacerdote manifiesta que el principal beneficiario del testamento preguntó al causante en el acto de la extramaunción cómo seguía, a lo que éste contestó «ahí vamos no más», y expresa que ante su pregunta de si se arrepentía de sus pecados el causante le contestó con una «mirada afirmativa».

Todo es bien poco ante lo que surge de las pericias. Y lo es menos ante un dato de elemental psicología. La disolución de la personalidad y la conciencia en estados progresivos como el de la preagonía, no es inmediata. Se efectúan progresivamente: de lo más espiritual a lo menos espiritual, de lo más reciente a lo más antiguo, de los más adventicio a lo más habitual. Cabe responder a preguntas usuales, que van a lo que más perdura en el cerebro y la conciencia. Pero otra cosa ocurre cuando juega una situación tan nueva como un testamento, que sobre ser un acto de toda solemnidad y de larga e intensa fuerza mental, envuelve asuntos espirituales en alto grado, ya de orden jurídico, económico y familiar, como de orden cuantitativo y numérico o proporcional, todo en adecuada subordinación y organismo, que es la definición de la plenitud de la conciencia. Cabe contestar sobre la salud como es dable reconocer a un hermano: todo entra en lo más íntimo, casi en lo orgánico o constitutivo de la conciencia, o en lo que se pierde con los últimos destellos del espíritu. Pero organizar un pensamiento jurídico, establecer una proporcionalidad de herencias y legados y mantener la mentalidad durante casi una hora en asuntos así, no es nada propio de un causante intoxicado y a pocas horas de su muerte.

También cumple agregar que las citadas pericias ofrecen esta otra ventaja: la del tercero, que es la más autorizada, por ser de emanación exclusivamente judicial, y en el caso por corresponder a uno de los más elevados exponentes de nuestra ciencia médica, está decididamente en contra de la capacidad del testador.

En cuanto a los requisitos formales del testamento habría no poco que decir.

Desde luego, no tomaré en cuenta las declaraciones testimoniales de los que lo han afirmado. Aunque ellas no concuerden en mu-

chos sentidos (hora de la llegada, duración del acto, personas presentes, si fué dictado o si mediaron apuntes escritos, si el testador pidió que alguien firmara a su ruego o si esto le fué indicado por el escribano, si el testador fué o no ayudado a incorporarse en la cama a los efectos de la firma, etc.), no pueden legalmente deponer en contra de lo que surge del testamento (art. 992, Código civil).

Pero es dable apreciar la realidad según las constancias del testamento mismo. Aun admitiendo el máximo de tiempo de duración tres cuartos de hora, un testamento de cinco carillas, con nueve disposiciones tan esencialmente distintas y con referencias tan precisas a bienes, ubicación, dimensiones y demás, no puede ser dictado ni redactado en tan breve término. Precisa acudir al recuerdo, consultar apuntes, corregir expresiones, etc., que insumen mucho tiempo no aprovechable. En cambio, basta ver la fotografía de referencia para observar que está copiado por mano firme e igual, sin una sola entrelínea, sin soberraspados y sin más testado que el de una D. Por lo mismo, el testamento del caso entraña la muy fuerte presunción de que, pese a lo que en el mismo se dice y a lo que repite el escribano otorgante al final de su declaración de fs. 120 v., el testamento no fué dictado y escrito en los tres cuartos de hora del acto de su firma.

De otra parte, los testigos correspondientes ofrecen reparos legales. No son «dependientes» del escribano en el sentido estrecho y subalterno que se asigna al concepto. No son sus empleados, copistas, adscritos, etc. Pero tienen relaciones de dependencia que obstan lo mismo. Los tres testigos trabajan juntos y tienen escritorios juntos, y el principal de ellos en comunidad con el mismo escribano. Además, resulta éste inquilino del escribano, al lado del cual tienen sus escritorios desde años atrás. Han firmado como testigos de éste una infinidad de escrituras. Se han hallado vinculados con éste en diversos actos notariales y expedientes judiciales. Más: el escribano es el sucesor del padre del principal de tales testigos. No resulta cuáles sean sus recíprocas relaciones económicas. Pero de las constancias e informes de fs. 70 v., 107, 108, 188, 191, 194 y siguientes hasta 255, 279 a 290, 335 v. y 337 y siguientes, resulta que se encuentran al escribano y los testigos estrecha y permanente ligados en asuntos profesionales, que, siquiera indirectamente, generan concomitantes lazos económicos.

No entiendo con esto formular cargo alguno de orden moral ni contra el escribano ni los testigos. Todo en autos está indicando que uno y otros son personas honestas y de toda corrección. Lo que hago resaltar en una objetividad. Con las mejores intenciones del mundo cabe cometer un error jurídico. Personas así ligadas con un escribano deben no servirle de testigos. Si no son sus dependientes «*hoc sensu*», son personas que profesionalmente dependen de él en más de un sentido. Y personas así están incapacitadas para ser testigos. Si está prohibido a los dependientes ser testigos no es porque sean dependientes en relación de mando, sino porque son dependientes en relación psicológica, en cuanto no tienen libertad de espíritu para obrar con plena autonomía espiritual, para no ser una simple fórmula, para resultar no un número ni una apariencia, sino lo cabal de un testigo, esto es, fiscales que contralorean y corroboran las atestaciones del escribano, que sólo con ellos es depositario de fe pública.

Pues bien, por mucho que sea usual entre nosotros, que los testigos de escrituras, aun solennes como un testamento público, se presten al efecto con toda facilidad hasta ser como los testigos obligados de la mayoría de las escrituras del correspondiente escribano, ello no obsta a que tal uso resulte legalmente malo, cuando, como en el caso, los testigos se encuentran tan intensa y constantemente vinculados con el escribano. Esos testigos son psicológica y socialmente «dependientes» del escribano, como en su caso lo sería de ellos el mismo escribano, y no pueden ejercer aquella función de contralor y fiscalización que la ley quiere en testigos cabales.

Tal interpretación es tanto más admisible cuanto que nuestro Código civil amplió intencionadamente al Código modelo, el francés, en esto de la incapacidad testimonial. Según el último, se la limitaba a los «amanuenses» del escribano. El codificador dió la razón de la ampliación en la nota al artículo 3.709. Los «dependientes de la oficina», sin distinción alguna (copistas, adscriptos, mandaderos, etcétera), todos quedan comprendidos. Y en nuestras costumbres, en cuya virtud hay escribanos que tienen a sueldo o en participación a procuradores, peritos diversos, abogados, etc., sin que en esto entienda yo aludir a la situación de autos, todos esos profesionales, por superiores que sean sus actividades, son dependientes legales del escribano y no pueden ser testigos (pueden compararse con lo,

que dicen Aubry y Rau, 5.^a ed., t. X, párr. 670, nota 19, y Vitali, t. IV, núm. 429 y siguientes).

Por último, conviene no olvidar la conducta procesal de los demandados. A cada paso se oponían a la producción de probanzas de los actores, como si las temieran. Y en la mayoría de las ocasiones se oponían sin razón.

Concluyo, pues, votando en el sentido que se admita la demanda, revocándose en su virtud la sentencia recurrida, pues el testamento impugnado es nulo por faltarle requisitos esenciales, fundamentalísimos para la validez legal que todo testamento así debe postular. En cuanto a las costas, dado lo revocatorio de la tesis de este voto, y sólo por tal motivo, pues la tesis de la demanda es para mí de asideros meridianos, habrán de correr por su orden en ambas instancias.

El señor Vocal, doctor Campos, dijo :

Después de un detenido estudio de los autos, sin que puedan ser óbice para ello los informes de los médicos nombrados en el expediente, para dictaminar sobre el estado mental del testador, poniendo así en duda la existencia real y verdadera de los hechos realizados, a los que tratan de desvirtuar en esas pericias, de acuerdo a reglas de orden científico, según las cuales, esos actos no han podido llevarse a cabo, me adhiero a los votos de los señores Vocales, doctores Sayanca y Pera, en el sentido de confirmar la sentencia.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que precede y por los fundamentos concordantes del fallo apelado y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal de Cámara, se confirma en lo principal la sentencia de fs. 606, y se declara que las costas de ambas instancias deben pagarse en el orden causado.

Gaceta del Foro.

BIBLIOGRAFIA

- BRAVO y LECEA.—*Anuario Jurídico*, indispensable al abogado y útil para los demás. 1927. Año XIV (XXII del Anuario-Guía).
- CABALLERO (Carlos).—*Repertorio alfabético y modificaciones de la nueva ley del Timbre*.
- CARLON (J.) y SCHIFFAUER (G.).—*Gramática alemana*, especial para juristas.
- CARRERAS y ARAÑO (Juan).—*Filosofía de la ley, según Santo Tomás de Aquino*.
- CASTÁN (José).—*Derecho civil para las oposiciones a Registros de la Propiedad*. Madrid, 1926. Imprenta y Editorial Reus, (S. A.). 905 páginas (22,5 por 15), 8.º.
- CASTÁN TOBEÑAS (José).—*Derecho civil español, común y foral*. Obra ajustada al Programa de Oposiciones a Notarías determinadas. Tomo I.—Vols. I y II.—Segunda edición. Madrid, 1926. Imp. y Editorial Reus (S. A.).—454 y 456 páginas (22,5 por 15), 8.º.
- CATHREIN (VÍCTOR).—*Filosofía del Derecho*. El Derecho natural y el positivo.
- Comentarios Científico-prácticos al Código penal de 1870*.—Volumen II. Tratado de la responsabilidad (artículo 8.º).
- Contribución Industrial, de Comercio y Profesiones*.
- DÍAZ-OTERO y RODRÍGUEZ (José).—*Guía práctica del ciudadano*.
- DUGUIT (León).—*Manual de Derecho constitucional*.—*Teoría general del Estado*.—*El Derecho y el Estado*.—*Las libertades públicas*.—*Organización política*. Traducción, con prólogo y apéndice sobre la representación proporcional, por José G. Acuña.—Segunda edición.—Madrid, 1926.—Imprenta de los Sucesores de Rivadeneyra, S. A.—Editor, Francisco Beltrán. XVI + 571 páginas (22 por 14), 8.º.
- ESTÉVEZ FERNÁNDEZ (José) y JARAMILLO GARCÍA (Antonio).—*Guía-estadística judicial hipotecaria y notarial de España*.

- GAY DE MONTELLÁ (R.).—*La ley de Utilidades de la riqueza mobiliaria*, explicada y comentada.
- GÓMEZ MARTÍN (Tomás).—*España administrativa*. Últimas reorganizaciones ministeriales. Organismos recientemente creados. Disposiciones administrativas. Indices legislativos. Formularios de distintas clases, de utilidad general.
- JARDI.—*Derecho de las religiosas*.
- MARTÍNEZ REUS (Julián).—*Observaciones sobre las Asociaciones profesionales en la Historia*.
- MINGUIJÓN (Salvador).—*Historia del Derecho español*. Cuaderno décimo: Derecho penal. Derecho germano medioeval. Reino hispanogodo. Reconquista castellana.
- PUGA Y SANCHE (E. Nicanor).—*Bases para una Carta municipal de grandes municipios*.
- Repertorio doctrinal y legal*, por orden alfabético, de la Jurisprudencia civil española establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias dictadas en recursos de casación y decisiones de competencia desde 1.º de Enero de 1898 al 31 de Diciembre de 1901, y de las Resoluciones que en materia civil y en el mismo plazo ha dictado la Dirección de los Registros y la de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar.—Tomo IV.
- RIETTI (Dardo A.).—*El Sindicalismo. Sus perspectivas jurisdiccionales*.
- *El Sindicalismo y el Poder Jurisdiccional*.
- RÍOS (Fernando de los).—*El sentido humanista del Socialismo*.
- RIVAS MORENO.—*Los progresos del campo y la cooperación*.
- IEBRAY (Alcide).—*La paz turbia (Versalles)*.—*Para la reconciliación por la verdad*.
- GIDE (Carlos) y RIST (Carlos).—*Historia de las doctrinas económicas desde los fisiócratas hasta nuestros días*.
- MARTÍ (José).—*Libertad*.
- *Patria*.
- PRADA Y GUTIÉRREZ (Luis de).—*Derecho de Propiedad Literaria y Artística en el orden internacional*.—Memoria.
- RUIZ-FUNES (Mariano).—*La protección penal de la electricidad*.
- SERRANO PÉREZ (José).—*Normas jurídicas*.—Compendio.
- TARRAGATO (Eugenio).—*Los sistemas económicos matrimoniales*.—Estudio histórico y de Derecho comparado.

- ARAYA (Perfecto).—*El impuesto a la renta cedular y global.*
- BENAVIDES MORO (Nicolás).—*La colonización y el acta Torrens en el Norte de África.*
- BUNGE (Carlos Octavio).—*Estudios jurídicos.*—Serie primera.
- CLEMENTE DE DIEGO (Felipe).—*Curso elemental de Derecho civil español, común y foral.*—Tomo I.—Introducción.—Parte general.
- DÍAZ DE GUIJARRO (Enrique).—*Las indemnizaciones por accidentes del trabajo.*—*La Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones, como única depositaria.*
- FERNÁNDEZ MOURILLO (Manuel).—*Lo Contencioso administrativo.*—*Su eficacia en el régimen de la «Administración activa».*—Reformas procedentes.
- KELY SUÁREZ (Fernando F.).—*Todos propietarios.*—Normas y soluciones para el problema de la vivienda.—Demostraciones prácticas para los Ayuntamientos y ciudadanos que quieran poseer «Casa barata».
- KERSCHENSTEINER (Jorge).—*Concepto de la escuela del trabajo.*
- ROYO VILLANOVA (Antonio).—*Elementos de Derecho administrativo.*
- SALDAÑA (Quintiliano).—*El atentado social.*—Doctrina y legislación.
- SALEILLES (R.).—*La posesión de bienes muebles.*—Estudio de Derecho alemán y de Derecho francés.
- SEGURA CABRERA (Andrés).—*El juicio de desahucio.*
- SIMMEL (Jorge).—*Sociología.*—Estudios sobre las formas de socialización.—I. El problema de la Sociología.—II. La cantidad en los grupos sociales.
- Anuario de Legislación Social.*—Trabajo. Acción social. Disposiciones varias.—1926.—Tomo I.—Enero a Junio.
- BAYO (José Manuel de).—*Informe sobre las Reales órdenes del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria de 1.º de Junio de 1926 acerca del régimen de propiedad de la tierra laborable y de los contratos de arriendo, subarriendo y aparcería.*
- Boletín Jurídico-Administrativo.*—Anuario de Legislación y Jurisprudencia.—Apéndice al Diccionario de la Administración Española del año 1925.
- CARLOMAGNO (Adelqui).—*La reforma de la locación urbana y el*

- problema de la vivienda*.—Ensayo de Derecho civil y de legislación social.
- ESPINOSA (Francisco de).—*Sobre las leyes y los Fueros de España*.—Extracto de la más antigua historia del Derecho español.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO (Recaredo).—*Los contratos administrativos*.—Doctrina general.—Legislación española con inclusión de los Estatutos municipal y provincial y disposiciones complementarias.—Jurisprudencia de los Tribunales y Resoluciones de los Centros directivos.
- Legislación (Novísima) Hipotecaria*, según el texto del Real decreto de 16 de Diciembre de 1909 y Reglamento de 6 de Agosto de 1915, anotada con jurisprudencia del Supremo y Resoluciones de la Dirección general de los Registros hasta 1926, precedida de un prólogo del ilustrísimo Sr. D. Manuel Lezón.
- MAYER (Ernesto).—*El antiguo Derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*.
- POSADA (Adolfo).—*El régimen municipal de la ciudad moderna*.
- RODA Y JIMÉNEZ (Rafael de).—*La emigración de los campos a las ciudades*.
- SÁNCHEZ JULIÁ (F. Martín).—*La reforma agraria italiana y la futura reforma española*.
- AUNÓS PÉREZ (Antonio).—*El Derecho catalán en el siglo XIII*.
- BARRIOBERO Y ARMAS (Juan), barón de Río Tovia.—*Los Consejos de Estado*.—Contribución al estudio del desenvolvimiento político del gobierno de los pueblos.
- FICKER (Julio).—*Sobre los Usatges de Barcelona y sus afinidades con las Exceptiones Legum Romanorum*.
- LÓPEZ DE LARA (Francisco).—*Repertorio alfabético de jurisprudencia hipotecaria*.
- MAYOR GIMENO (Vicente).—*Comentarios canónicociviles al tratado «de matrimonio»*.
- MONTERO Y GUTIÉRREZ (Eloy).—*El Matrimonio y las causas matrimoniales*.—Disciplina de la Iglesia y de los principales Estados, especialmente de España, y Jurisprudencia de los Tribunales Eclesiásticos.
- MUÑOZ CASILLAS (Juan).—*Los poderes del Estado*.
- POU RIBAS (Nicasio).—*Legislación Notarial*.

- Recognoverunt Próceres.*—Versión medieval del Privilegio así llamado.—Barcelona, 1927.—Imp. de A. Ortega.—Universidad de Barcelona.—Facultad de Derecho.—Librería Bosch. 37 páginas 17 por 12, 8.º.
- TRIAS DE BES (José María).—*Derecho Internacional Público y Privado.*
- ALCALÁ-ZAMORA (Niceto).—*La potestad jurídica sobre el más allá de la vida.*
- CIFUENTES (Ramón).—*El interés del capital desde el punto de vista económico.*
- DONCEL (Salvador A.).—*La Sociedad de responsabilidad limitada.*
- EZA (Vizconde de).—*Crítica del proyecto de impuesto sobre la renta.*
- GASCÓN Y MIRAMÓN (Antonio).—*Dinamarca agrícola y cooperativa.*—El ejemplo de un país salvado y enriquecido por la instrucción, el acceso del pueblo a la tierra y la cooperación agrícola.
- GONZÁLEZ RUIZ (Marcelino).—*Cuestiones jurídicas.*
- MARTÍNEZ RUIZ (Antonio).—*El Código civil, interpretado por el Tribunal Supremo.*—Contiene todas las sentencias dictadas en casación, referentes al Código civil, y un completo Índice doctrinal.
- MARTÍNEZ SANTONJA (José).—*El problema social.* (Guía para su estudio.)
- RÉBORA (Juan Carlos).—*El divorcio y la separación de cuerpos como solución de conflictos conyugales.* (De «La Familia» y «El Estatuto de la Mujer».)
- *El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio.* (Origen, comentario y exposición doctrinaria de la ley llamada de los Derechos civiles de la mujer.)
- CALVO SOTELO (Leopoldo).—*Derecho político y administrativo.*
- HINOJOSA (Eduardo de).—*Costumbres de Gerona.*—I. Usatges de Gerona.
- MARTÍNEZ RUIZ (Antonio).—*El Código civil, interpretado por el Tribunal Supremo.*—Contiene todas las sentencias dictadas en casación referentes al Código civil, y un completo Índice doctrinal.—Tomo X.
- *El Código civil, interpretado por el Tribunal Supremo.*—Con-

- tiene todas las sentencias dictadas en casación, referentes al Código civil, y un completo Índice doctrinal.—Apéndice de 1924.
- PERAIRE (Fernando).—*Propiedad industrial. La marca de fábrica*.—Comentarios a la legislación vigente.—Jurisprudencia civil y penal.
- RODRÍGUEZ MARTÍN (Antonio) y LUNA GARCÍA (Antonio).—*Accidentes del trabajo*.—Jurisprudencia y comentarios del Libro III del Código del Trabajo.
- BUNGE (Carlos Octavo).—*Historia del Derecho argentino*.—Serie primera.—Tomo I.
- CLEMENTE DE DIEGO (Felipe).—*Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*.—Tomo II. Parte general.
- FIOKE (Pascuale).—*De la irretroactividad e interpretación de las leyes*.—Estudio crítico y de legislación comparada.
- FRANCESCHINI (Cayetano).—*El beneficio de pobreza*.—La defensa por pobre en el Derecho procesal civil.
- VIADA Y VILASECA (Salvador).—*Código penal, reformado de 1870, concordado y comentado, seguido de un extenso y minucioso repertorio alfabético*.—Tomo V.
- GARCÍA RODRIGO (Carlos María).—*Legislación eléctrica*.—Recopilación de todas las disposiciones legales dictadas sobre la materia, anotadas y seguidas de un minucioso índice alfabético.
- GINÉNEZ (Inocencio).—*Las inversiones de los fondos de previsión*.
- GONZÁLEZ (Anselmo).—*Guía de técnica psico-judicial*.—El problema de la responsabilidad.
- GONZÁLEZ ECHENIQUE (Leopoldo).—*Impuestos de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes*.—Texto refundido de 28 de Febrero de 1927, y Reglamento de 27 de Marzo de 1927, notas y concordancias ordenadas.—Madrid, 1927.—Imp. y Editorial J. Góngora.—468 páginas (15 por 10), 8.º—Bibliografía de bolsillo.—Códigos y leyes anotados.
- ORTIZ ARCE (David) y MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES (Faustino).—*Organización de Tribunales*.
- AZPIAZU (Joaquín).—*Direcciones Pontificias*.
- BERMEJO Y CEBALLOS-ESCALERA (Rafael).—*La buena y la mala fe en los negocios judiciales*.—Discurso.