

La reserva llamada tradicional u ordinaria.—Su evolución ⁽¹⁾

No lo eran, en un cierto sentido, si se considera que se supone básico en la obra legislativa de las Asambleas y Convención un nuevo principio que podemos enunciar así: «No habrá derechos adquiridos en una sucesión hasta la muerte del causante de la misma», principio cierto hoy (101) y arma formidable contra las vinculaciones. Ahora bien, este principio básico del derecho sucesorio de la sociedad liberal-capitalista implica la ruina del derecho sucesorio de la sociedad feudal y domanial (102), y en él va implícito un nuevo concepto de la reserva, que se considera derecho sucesorio, y una nueva teoría sobre el momento de adquisición de los derechos en la misma.

Pero como toda revolución jurídica implica un cambio en el concepto y extensión de los derechos adquiridos, y fatalmente el legislador revolucionario ha de saltar algunos de los que como tales consideraba la ley antigua, so pena de verse encadenado, como si los antiguos privilegios hubiesen hipotecado el futuro, la nueva legislación trae consigo un nuevo concepto del derecho adquirido, y ello implica una alteración, no ya en la legislación por

(1) Véanse los dos números anteriores.

(101) Savigny: Obra citada, pág. 425, tomo VI: «Todo derecho de sucesión es puramente positivo, y cuando una nueva ley los somete a condiciones y restricciones, esto jamás puede constituir una violación de derechos adquiridos.»

(102) H. See: *Les classes rurales et le régime domanial en France au Moyen-Age*. París, 1901.

que había de regirse la reserva, sino en la naturaleza de la misma.

Esta alteración en su naturaleza hace que en Francia no se la admita en el Código Napoleón, y esta misma alteración se hace sensible en nuestra patria a partir de la publicación de nuestra primera ley hipotecaria, aunque no creo que sus sabios autores fuesen influídos por esta discusión promovida en Francia, sino impulsados en igual dirección por el simple influjo imperativo de los principios inmobiliarios, que con tanto acierto para su época establecieron en España, y que en igual sentido coadyuvaban.

La promulgación de la nueva ley planteó el problema de su retroacción, como hemos visto, y la nueva ley era retroactiva, aunque en modo alguno lo era para sus autores, ni podían éstos reconocerla como tal. Tratemos de explicarlo: una nueva ley puede ser retroactiva de dos maneras: A), de un modo directo, alterando, suprimiendo derechos adquiridos, falseando un acto humano, trastrocando la libertad, imponiendo a un acto libre consecuencias que no fueron ni pudieron ser previstas ni queridas; y B), de un modo indirecto, desconociéndolos, primero alterando el concepto de derecho adquirido y luego aplicando su nuevo criterio, para determinar la adquisición de derechos por hechos acaecidos bajo el imperio de una legislación anterior. La Orden de 18 Vendimiano, año II, no era retroactiva directamente, y por ello escapó a la reacción thermidoriana, pero sí lo era indirectamente.

En esta reserva especial, la adquisición del derecho por el reservatario se producía en el momento de morir el primer cónyuge. En la reserva tradicional romana, la adquisición se producía en el momento de celebrarse el nuevo matrimonio del cónyuge supérstite, y desde este momento el derecho del reservatario era un derecho adquirido. La nueva ley altera el concepto de la reserva, al alterar el de adquisición general de derechos sucesorios, y considera que el derecho del reservatario no es adquirido hasta la muerte del reservista, y aplicando su propio criterio de adquisición, argumenta que si el derecho del reservatario no es adquirido hasta la muerte del reservista, la nueva ley, al suprimirlo en vida de éste, no tiene efecto retroactivo. Esta es la razón de los legisladores y de la jurisprudencia francesa y renana, y a primera vista es convincente. Sin embargo, a poco que meditemos, se nos revelará que al juzgar de la adquisición del derecho por el concepto de de-

recho adquirido de la nueva ley se ha dado a ésta un efecto retroactivo.

Sin embargo, no basta tal afirmación para, en definitiva, resolver la cuestión debatida, sino que precisa distinguir, y a mi juicio lo hizo sabiamente, la ley de 17-21 Nivoso, año II (103), en la cual, según Esmein, se ve la mano poderosa de Merlín, entre derechos de los reservatarios, simplemente adquiridos por la atribución legal a los mismos de la reserva; derechos de los mismos, de que éstos, por actos propios, habían, en cierto modo, tomado posesión, y derechos de terceros adquirentes de los reservatarios, dada la facultad de éstos de disponer de lo adquirido. La ley que desconozca los derechos adquiridos en el segundo caso por los reservatarios, y en el tercero por los causahabientes de éstos, tendrá un injusto efecto retroactivo; por el contrario, la ley que altere, desconozca o suprima los derechos de los reservatarios en el primer caso, a pesar de su apariencia de retroacción indirecta, no tendrá efecto retroactivo, ni podrán ser lícitas inculpaciones de tal hechas a la misma, pues no alterando un acto voluntario libre, variando simplemente atribuciones de derechos por la misma ley concedidas, no lastima derecho alguno que sea lícitamente oponible a su imperio, aunque modernas teorías (104) quieran ampliar el concepto del derecho adquirido, no ya al que lo sea por un acto jurídico, sino al que se deduzca de lo que llaman una situación legal concreta, reconociendo en daño evidente del progreso legislativo, oponibles a la nueva ley como subjetivos, derechos provenientes no de actos, sino de hechos jurídicos extraños a toda voluntad real o presunta (105).

PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL

Enemigo García Goyena, presidente y alma de la Comisión codificadora, de las segundas nupcias, sintiendo, como manifiesta,

(103) Artículos 48 y 50 frente al 45.

(104) Véase Bonnecasse, obra citada.

(105) Como ejemplo de ley con efecto retroactivo indirecto en nuestra patria, podemos señalar la R. Resolución de 14 de Abril de 1804 sobre la aplicación de la R. Resolución de 16 de Junio de 1801, suprimiendo las costumbres cordobesas, que no estudiamos por no alargar más este trabajo.

que se hubiese dictado la ley 4, título 2, libro 10 de la Novísima Recopilación (106), y siendo profundo conocedor de los precedentes romanos y de la tradición jurídica española, había de plasmar sobre ellos el proyecto de 1851 manteniendo la reserva, puesto que la defiende en sus comentarios al mismo, como «decorosa, política y equitativa», y prudentemente recordaba a aquellos que escudados en el precedente de su supresión en el Código Napoleón pretendían excluirla, las sabias palabras de las Partidas (107) «el fazer es muy grave cosa y el desfazer muy ligera, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan, no se deve fazer sino con gran consejo» (página 364 de sus Comentarios), añadiendo que era lícito presumir la reserva como condición tácita al dejar o donar, siendo natural preferir la propia sangre a la ajena «máxime de tálamo ultrajado».

Tenía además un precedente legislativo en el Código sardo, que la admitió, aunque pobremente desarrollada en sólo tres artículos, sobre la construcción romana de reserva de la propiedad: artículo 146: «El que teniendo hijos de un primer matrimonio, contrae segundo, está obligado a reservar la propiedad...»; nulidad de renuncia anticipada de la misma: artículo 147: «La propiedad de los bienes antes designados pasa, no obstante toda renuncia general y sin distinción de sexo, a los hijos del primer matrimonio o sus descendientes, con tal que sobrevivan al padre o a la madre binubos...» He aquí el principio nuevo en la adquisición del derecho por el reservatario, el cual no hallaré acabida en nuestro proyecto de 1851, ni desarrollo adecuado en el Código vigente, que quiere encerrar el nuevo espíritu en los moldes del antiguo, casi copiando artículos enteros del proyecto y conservando algunos en pugna absoluta con el mismo, como el 970.

La reserva en el Código sardo no comprendía los bienes adquiridos de los hijos, ni de parientes del esposo, ni tenía lugar si éste había autorizado al sobreviviente para contraer nuevo matrimonio

(106) Ley 4, tít. 2, libro 10 Novísima Recop. «Mandamos que las mujeres viudas puedan libremente, dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare...»

(107) Ley 18, título 1, Partida 1.^a.

(108), ni se regulaban los efectos de las enajenaciones hechas por el reservista. Como ante la influencia francesa en Italia y la introducción del Código Napoleón en el Piamonte, el legislador italiano no recoge la institución, pasemos a examinar brevemente nuestro proyecto de Código civil de 1851.

Trata el proyecto de reserva en el libro III, capítulo 1.º, sección 1.ª, artículos 800 a 814.

El principio básico del artículo 800, como la referencia al usufructo del 812, no deja lugar a dudas de que mantiene la doctrina tradicional. Sin embargo, veremos artículos en que la moderna se abre paso. Dice el artículo 800: «El viudo o viuda que pasase a segundo matrimonio (109) estará obligado a reservar a sus hijos y descendientes legítimos del primero la *propiedad* de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, donación u otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima, pero no su mitad de bienes gananciales.» La reserva se extiende a lo adquirido de los hijos del primer matrimonio por iguales títulos, y de parientes del difunto en consideración a éste (110). La reserva tiene lugar a pesar de contraerse el nuevo matrimonio con autorización del cónyuge premuerto (es la doctrina de los comentaristas, pues las medidas protectoras son más por interés de los hijos que por respeto a su memoria. Pérez-Llamas y Molina) y aunque los hijos consientan en la unión (pues a aquel que consiente en lo que no puede impedir, no puede perjudicarle su consentimiento; Pérez-Sarmiento) (111).

«Cesa la obligación de la reserva cuando los hijos del primer matrimonio mayores de edad renunciaron expresamente a ella y en las cosas que dejaron a su padre o madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados» (112). Es el artículo 970 del Código vigente, borrón del mismo, según veremos, variando el texto del del proyecto. En el proyecto se trata, y claramente se deduce de su lectura, de la renuncia a sus derechos por la obligación de reservar de los padres. Creo no es lo mismo que la de la reserva y que puede dis-

(108) Artículo 148 Código sardo.

(109) O ulterior matrimonio, artículo 813.

(110) Artículo 801.

(111) Artículo 802.

(112) Artículo 803; artículo 979 en el proyecto de 1882.

tinguirse una de otra renuncia ; pero aun entendiendo que el proyecto se refería a la renuncia de la reserva, aunque no fuese en tal caso muy precisa su redacción, nada tendríamos que objetar, pues el hijo mayor de edad y capaz podía renunciar válidamente un derecho adquirido, y la reserva implicaba en la doctrina antigua una adquisición de nuda propiedad, inmediata consecuencia de la celebración del nuevo matrimonio. Si hubiera conservado siquiera tal redacción el Código vigente podría salvarse el precepto de su artículo 970, conciliándolo con la nueva doctrina y entendiendo que la renuncia en él aludida era sólo de los derechos concedidos legalmente al reservatario en garantía de su derecho futuro, pero expresamente altera el precepto para que la renuncia que autoriza sea del derecho del reservatario «a los bienes». Algo inconciliable con la nueva doctrina de no adquisición del derecho hasta la muerte del reservista, e inconciliable también con la doctrina general de la renuncia de derechos, admitiendo, en daño evidente de terceros, renuncia de derechos no adquiridos (113).»

«Cesa, además, la reserva (ahora no es la obligación de reservar, sino la reserva como decíamos antes, son términos perfectamente separables) si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero, aunque existan sus herederos» (114). En este artículo, antecedente (115) del también desdichado artículo 971 del vigente Código, repetidor sumiso de sus palabras, como si no pudiesen ser mejoradas, siendo así que introduce una confusión innecesaria, dejando dudoso el momento en que la reserva concluye. Además, tenemos que hacer notar que, salvo esa incomprensible referencia al momento de la muerte del reservista, en la antigua doctrina podía encontrarse justificación al precepto del artículo 804, entendiendo que nacida la reserva en el segundo matrimonio, adquirido un derecho por los hijos, podía hablarse de que cesaría la reserva y tal artículo se referiría a terceros adquirentes de los hijos premuertos a los que la muerte de éstos afectaba, porque cesaba el derecho de su causante ; pero en la nueva doctrina, hablar por copiar de que

(113) Cuando estudiemos el Código ampliaremos y trataremos de justificar nuestras afirmaciones.

(114) Artículo 804.

(115) A través del artículo 980 del proyecto de 1882.

cesa una cosa que no ha empezado y además referir el cese a un momento posterior al verdadero de cesar las obligaciones, es de difícil justificación.

Permitía el proyecto distribución desigual entre los hijos, artículo 805, que vuelve al derecho romano anterior a las Novelas; de dicho artículo copia igualmente, con humildad (116), el artículo 972 vigente hasta la palabra «mejorar», que no es la más adecuada.

«Si el padre o madre no hubiese usado en todo o en parte de la facultad del artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio *sucederán* en los bienes de la reserva, por las reglas prescritas en la sección 1.^a, capítulo II del título anterior, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia» (117). He aquí un artículo en que el nuevo principio se abre paso; los reservatarios *sucederán*, dice; es decir, para el nuevo derecho adquirirán *post mortem* y *sucederán* ¿a quién? Al cónyuge sobreviviente, puesto que tal sucesión especial, no como heredero obligado a respetar los actos de su causante, no es afectada por la renuncia de los mismos a la herencia del premuerto, y si les afecta la desheredación por el sobreviviente, no es porque el ser heredero sea el título para adquirir la reserva, sino porque la ley considera que los casos de justa desheredación lo son de pérdida del derecho, y precisamente ese es el principio de la nueva doctrina de la reserva, sucesión especial por muerte del reservista.

«El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre pierde todo su derecho a la reserva, pero si tiene hijos o descendientes legítimos, será representado por ellos» (118).

Este artículo ha pasado al 973 actual, corrigiendo sabiamente la referencia al derecho de representación, pero no puede darse en la reserva actual, sustituyéndole por su referencia final al artículo 857, de que ocuparán el lugar del hijo desheredado sin representarlo.

El viudo o viuda, al contraer matrimonio, debían hacer inven-

(116) Tras el artículo 981 del proyecto de 1882.

(117) Artículo 806, párrafo primero.

(118) Artículo 806, párrafo segundo; artículo 982 del proyecto de 1882.

tario general y avalúo de los bienes muebles (119) con intervención de los interesados (120).

En las enajenaciones, el proyecto no distingue ni en los muebles el tiempo en que se hubiesen hecho, como si retrocediese a la plena retroacción romana. En bienes muebles valdrían hechas antes o después del segundo matrimonio (121); en bienes inmuebles, «las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiese hecho el viudo o viuda *antes* o después de contraer segundo matrimonio, subsistirán únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero» (122). El progreso de nuestro Código civil vigente sobre el proyecto es inmenso, aunque el mérito haya de adjudicarse en justicia a los legisladores hipotecarios; gracias a ellos no puede hoy hablarse de enajenaciones de bienes reservables hechas antes de las segundas nupcias, cuando no ya la reserva no ha sido adquirida, sino que ni la obligación de reservar ha nacido.

La facultad de enajenar con posterioridad al segundo matrimonio implicaba en la doctrina antigua venta de cosa ajena en su esencia, aunque pudiese convalidarse. En esta venta, la acción del reservatario contra la misma y sus efectos contra terceros adquirentes del reservista eran lo bastante fuertes para no precisar garantía alguna especial. En el artículo 810 se regulaba la hipoteca legal en garantía: A), de restitución de los bienes muebles existentes; B), del precio de los mismos enajenados a título oneroso; C), del valor de los enajenados a título lucrativo; D), del precio (?) de los consumidos *antes* o después de repetir matrimonio; E), de la buena administración del total patrimonio reservable, y F), de la *devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiese enajenado* (el viudo o viuda) *antes de repetir matrimonio* (123).

Vemos la completa inversión del sistema de garantías, que nos revela el paso desde una hipoteca a favor del tercer adquirente de los bienes inmuebles, sin que se regulase su especial constitución (aparte de aquella que por los demás conceptos del antedicho artícu-

(119) Artículo 807; artículo 986 del proyecto de 1882.

(120) Artículo 811.

(121) Artículo 809; artículo 985 del proyecto de 1882.

(122) Artículo 808.

(123) Artículo 810, número 4.º.

lo beneficiaba directamente a los reservatarios y que éstos podían exigir) a la hipoteca legal actual. El cambio es completo; hoy no se garantiza al tercer adquirente, sino que se garantiza al reservatario que percibirá el precio de los inmuebles enajenados por el reservista antes de su segundo matrimonio; la adquisición del tercero de buena fe (que ha de presumirse, salvo simulación o fraude, en ventas precipitadas antes de la celebración del matrimonio) es respetada; el reservatario no tiene acción contra el tercero en daño del crédito y la buena fe.

En ventas anteriores al matrimonio, causa del derecho del reservatario, caso en que no ya nuestra lamentable legislación hipotecaria anterior al 1861, sino la misma ley del 61 no podía garantizar una publicidad que impidiera al tercero pedir protección como tal, era imposible en un régimen inmobiliario normal (so pena de trastocar completamente el derecho de propiedad del cónyuge viudo con hijos) conservar la acción retroactiva plena de la reserva sobre enajenaciones anteriores al hecho causante de la misma. El sistema del derecho romano y de nuestra jurisprudencia anterior al Código era inconciliable con unos sanos principios de ordenación inmobiliaria; por ello, con la publicación de nuestra primera ley hipotecaria se restringieron los efectos de la reserva en el tiempo y se invirtió el sentido de las garantías.

La plena retroacción romana de nuestra antigua jurisprudencia y del proyecto de Código de 1851 (124) se convierte, tras la ley Hipotecaria, en una retroacción no jurídica plena, aun en daño de tercero de buena fe, como antes, sino en una retroacción económica, afectando sólo al reservista y respetando la adquisición del tercero; concediendo una garantía de restitución del precio del inmueble enajenado, no al adquirente, a quien justamente se respeta, sino al reservatario privado de acción contra aquél y que con esta retroacción económica de su derecho sobre el patrimonio del reservista obtiene una especie de colación legal a su favor, por las bajas del patrimonio especial afección a su vocación.

La hipoteca, pues, garantizará la entrega en su día al reservatario del valor de los inmuebles que el reservista hubiese enajenado con anterioridad al nacimiento de su obligación de reservar,

(124) Artículos 808 y 814, número 4.º.

y por ello, ante la sabia legislación hipotecaria, se abandona el antiguo sistema del proyecto de 1851, y en el proyecto de Código de 1882, después de declarar la validez de las enajenaciones hechas por el reservista (125), se asegura con hipoteca «el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados» (126), y así perdura en el Código y ley Hipotecaria vigentes.

Si el viudo o viuda no pudiese dar la garantía hipotecaria exigida por el artículo 810, los reservatarios tendrán el derecho de retener los bienes, entregando el producto íntegro de los mismos al USUFRUCTUARIO, previa deducción de los gastos fijados por la administración, por convenio o resolución judicial (127).

«El viudo o viuda que en tal estado tuviese un hijo natural y lo reconociese o se declarase judicialmente ser suyo, en los casos a que esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva» (128). Este artículo reduce a un caso concreto y de prueba fácil el amplísimo de vida lujuriosa de la viuda como causa de la reserva, que aunque no admitido por A. Gómez, por creer eran bastante las sanciones tradicionales (129) (que llegaron posteriormente hasta implicar para la viuda deshonesto la pérdida de sus gananciales) (130), fué admitida por Acevedo y otros.

Tiene, pues, ventajas prácticas sobre la doctrina anterior en su determinación y fácil prueba, y mayor justicia también, al comprender al viudo. El precepto pasó al proyecto de 1882 (131) con una adición peligrosa, relativa a la retroacción de los efectos de esta reserva al día del nacimiento del hijo natural, y con todo ello, a pesar de la inoportuna innovación, ha pasado con ésta al Código vigente.

(125) Artículo 983 proyecto de 1882.

(126) Artículo 987, número 3.º ídem íd.

(127) Artículos 812 y 450 del proyecto de 1851.

(128) Artículo 814 ídem.

(129) Leyes 5, título 2, libro 5 Fuero Juzgo; 9, título 12, libro 3 F. Real; 3, título 12, Partida 4.ª.

(130) Ley 5, título 4, libro 10 Novísima Recopilación: «...Y otro si mando y ordenó que si la mujer fincare viuda y siendo viuda viviere lujuriosamente, que pierda los bienes que hubo por razon de su mitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella, durante el matrimonio entre ellos.»

(131) Artículo 989.

Como he hecho algunas referencias a artículos del proyecto de Código de 1882, que trata la reserva en su libro 3.º, título 3.º, capítulo II, sección 2.ª, artículos 979 al 989, no voy a insistir sobre él, pues en general se limita a repetir al de 1851, salvo en aquello en que le es impuesta su alteración por la publicación entre ambos de la ley Hipotecaria, y sin que se diesen cuenta los redactores del proyecto, como no se la dieron los del Código vigente, de la evolución que ante su vista se operaba, repitiendo y trasladando preceptos dados para una construcción jurídica que había sido esencialmente modificada. Dejemos, pues, por ahora los modestos repetidores y examinemos la obra de los maestros hipotecarios.

LA LEY HIPOTECARIA Y LAS GARANTÍAS Y EFECTOS DE LA RESERVA

Los legisladores hipotecarios no eran los llamados, evidentemente, al esclarecimiento de la naturaleza del derecho del reservatario ni a la construcción jurídica total de la institución que nos ocupa. Su cometido era muy otro, y bien sabiamente, por cierto, supieron llevarlo a término. De acuerdo con el mismo habían de considerar la reserva tan sólo en cuanto implicaba en el antiguo derecho una hipoteca tácita general y solamente habían de referirse a los derechos que la originaban, en tanto que éstos ofreciesen algún obstáculo a sus pretensiones, de lograr la fijeza y determinación de los gravámenes, requisito indispensable para el porvenir del crédito territorial.

La ley Hipotecaria presentaba, con relación a nuestro estudio, dos cuestiones principales. Primera: Especializar la hipoteca y hacerla expresa. Segunda: Proteger al tercer adquirente fiado en la fe registral, dando para ello medios adecuados, a fin de que las causas de posible alteración de su adquisición constasen en el Registro. La primera cuestión no implicaba alteración sino en la clase de la hipoteca, pero no en el derecho civil, pues para la doctrina antigua, la hipoteca general tácita no nacía sino del segundo matrimonio. La segunda cuestión era la que ponía de relieve la imposibilidad de conciliar la retroacción del derecho romano y nuestra jurisprudencia y proyecto de Código con la protección debida al tercero, y los legisladores hipotecarios no podían olvidar lo que ellos mismos de-

claraban en la sabia Exposición de motivos de la Ley, de que «la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad...». Si nada indicaba la inscripción hecha a favor del que había adquirido de un cónyuge viudo con hijos, cuando éste tenía el pleno dominio en lo que disponía, su derecho aparecía libre en el Registro, y nadie podía prever el que, con posterioridad, había, primero, de contraer nuevas nupcias; segundo, que le sobrevivieran sus hijos o descendientes legítimos de su primer matrimonio, y tercero, que éstos accionarían contra el adquirente por una enajenación que fué perfecta y que no adolecía de vicio alguno. Si esta enajenación podía ser atacada a virtud de consecuencias surgidas de hechos posteriores a la misma, era evidente que no había, en modo alguno, firmeza ni seguridad en la propiedad, so pena de negarse civilmente como tal dominio pleno el de todo viudo con hijos, por la posibilidad de que pudiese contraer nuevo matrimonio y premorir a los hijos o descendientes del primero. Esta situación de inseguridad de todos los derechos sobre bienes que pudiesen llegar a ser reservables (132) era inconciliable, en absoluto, con los principios de la reforma, y por ello, lo que en Francia hizo la reforma de la legislación civil sucesoria, en España lo hizo la reforma hipotecaria, o sea limitar los efectos de la reserva en el tiempo, liberar el período anterior a las segundas nupcias de todo efecto para tercero de la reserva surgida con posterioridad, hacer retroceder al segundo período de la reserva los efectos típicos de la antigua reserva en el primero y concentrar en el tercer período (premuerte del reservista) el efecto típico del segundo, en la antigua legislación: el de la adquisición del derecho por el reservatario.

A) *Primera cuestión: Hipoteca por bienes reservables.*

Decía la Exposición de motivos: «Aunque es generalmente conocida por todos la poca expresión de nuestras leyes en lo que concierne a los bienes reservables, no se nota, sin embargo, en ellas la omisión de consignar que los hijos del primer matrimonio tienen

(132) Dice la Exposición: «El dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla en incierto.»

una hipoteca tácita para su restitución en los bienes del consorte que sobrevivió y pasó a segundas nupcias. Pero como la hipoteca es general sobre todos los bienes del cónyuge obligado a restituir, puede conocerse su frecuente ineficacia y la necesidad de armonizarla con los principios que dominan en todo el proyecto. Hay en este caso una razón más; no definido terminantemente en la ley (133) el derecho que después del segundo matrimonio tiene el cónyuge superviviente en los bienes reservables, pareciendo, por una parte, dueño de ellos, y por otra parte un mero usufructuario, *se ha suscitado la duda* de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse en su caso nulas desde luego, o si ha de esperarse a su fallecimiento (134) para que la declaración de nulidad pueda tener efecto. Esta última opinión es generalmente la seguida, porque no obliga a anular la enajenación cuando aún no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitución, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir a su padre o madre. Mas cualquiera que sea la opinión que se adopte, nadie desconocerá que en ninguna de ellas se hallan bien definidos los derechos del padre o madre; que el dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla incierto, porque pende, más que de la Ley, de las opiniones de los jueces (135), *porque la propiedad pierde en tal estado de vacilación e incertidumbre*, y que los hijos pueden encontrarse despojados de sus derechos legítimos a la reserva por falta de hipoteca eficaz o de inscripción que los asegure. Para salir de semejante estado, la Comisión ha establecido reglas... Estas son: hacer constar la cualidad de bienes reservables en las inscripciones respectivas de dominio, para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles (135 a),

(133) Mejor hubiera sido decir: «en crisis el concepto que tiene la Ley . », pues no es que la Ley no fuera clara, sino que sobre sus preceptos, como sobre los de las ventas, dice la misma exposición «se había suscitado la duda».

(134) Se entiende antes que los reservatarios.

(135) Alusión a las contradicciones de la Jurisprudencia.

(135 a) Parece no significar alteración alguna, y, sin embargo, aquí está todo el nervio de la reforma; si el tercero ha de ser afectado por la cualidad de reservables de los bienes que adquiere, ha de constar tal cualidad en el Registro antes de su adquisición; esta es la esencia de toda la reforma hipotecaria. Ahora bien: no puede hacerse constar dicho carácter de los bienes hasta que éstos lo tengan; por lo tanto, como adquieren tal cualidad por la celebración

o constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre o madre que se ofrezcan en garantía (o lo contrario, mencionar o anotar la cualidad de reservables en los inmuebles e hipotecar otros bienes del padre o madre en garantía de las demás responsabilidades), o hacer constar la reserva, su cuantía y la obligación de constituir la hipoteca en los primeros inmuebles que el padre adquiera. Mas si los bienes reservables fuesen raíces, la garantía será hacerlo constar en el Registro de la Propiedad. Lo que se dice del padre comprende también a la madre; pero entonces la obligación de hipoteca será extensiva respecto a los bienes presentes o futuros de aquel con quien se enlace en segundas nupcias.»

Eran, pues, dos las hipotecas por bienes reservables que con carácter legal establecieron las leyes de 1861 y 1869, sobre los bienes del padre o madre supérstite (artículo 168, número 2.º) y sobre los del nuevo cónyuge de ésta (número 3.º), y las desarrollaron en los artículos 194 a 201, dándose a la obligación del padrastro un carácter subsidiario.

La publicación de la ley de Matrimonio civil influyó en la Hipotecaria, porque derogó los artículos 207 al 213, y al dar potestad a la madre (136) y liberar a los padres de su obligación de afianzar como usufructuarios de bienes de sus hijos, hubo de salvar el caso de contraer segundas nupcias (137), alteró los preceptos civiles e hizo preciso reformar las disposiciones de la ley Hipotecaria, como consecuencia de aquéllas.

Publicándose primeramente el Reglamento reformado por la Dirección general, de 27 de Octubre de 1870, reguló la materia en sus artículos 134 a 141, y en el 134, párrafo primero, decía, «alterando la disposición legal»: «Los maridos de la misma en segundo del segundo o ulterior matrimonio, es ineludible la consecuencia de que: los terceros adquirentes de bienes antes de que éstos, por el segundo matrimonio de su causante, adquieran el carácter de reservables, no pueden ser afectados por la reserva posterior a su adquisición, y de aquí la validez y firmeza de las enajenaciones de inmuebles hechas por el viudo antes de su segundo matrimonio, sin peligro de efecto retroactivo para el tercero, lo que significaba la reforma del estado civil anterior.

(136) *Le matrimonio civil*, artículo 64, § 1.

(137) Artículo 69, *idem id.*

das o ulteriores nupcias no estarán obligados a constituir las hipotecas en los casos respectivos a que se refieren los artículos 200, 201 y número 3.º del 168 de la ley Hipotecaria, en virtud de las alteraciones hechas en lo de Matrimonio», aunque en su artículo 137 se refería al caso de constituir hipoteca la madre, con su segundo esposo.

La Ley sostenía en su artículo 194, párrafo segundo: «Si el Juez o Tribunal estimaren exactas las relaciones y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia, mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren los inmuebles reservables, a fin de hacer constar esta cualidad en sus inscripciones de dominio respectivas, y se constituya la hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre que se ofrezcan en garantía», precepto que se repite en el artículo 191 de la ley vigente y que no concuerda con el criterio de la Exposición de motivos. Por dos veces decía claramente ésta que en los bienes inmuebles reservables, la garantía sería hacer constar su carácter en la inscripción de los mismos o constituir hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos y sobre otros del padre o madre reservista que éstos ofreciesen en garantía. Era, pues, una alternativa: o hacer constar la cualidad de reservables, y era garantía suficiente al advertir de ello a terceros adquirentes, o no hacerlo constar, y entonces constituir hipoteca por su valor sobre los mismos bienes. Claro que esto último implicaba económicamente privar al reservista de disponer de los mismos, y por ello en la práctica la garantía sería sólo hacer constar su carácter garantizándose a sí mismos, sin poder por ello servir como garantía de otros. La realidad era y es anotar o hacer constar el carácter de reservables en los inmuebles e hipotecar otros bienes del reservista por el valor de los muebles y restituciones debidas; de aquí que el sustituir la disyuntiva o de la Exposición de motivos, por la copulativa y de los artículos 194-191, no tiene fácil explicación, pues el Juez no manda anotar el carácter de reservable de un inmueble y luego que quede hipotecado por su valor total en garantía de la restitución de sí mismo, y no se comprende que se mantenga en la ley vigente la redacción del artículo 191, después de publicado el Código civil, cuyo artículo 978, como es natural, no impone al

reservista la obligación de constituir hipoteca por el valor total de los bienes inmuebles existentes, sino tan sólo en éstos la obligación de hacer constar su carácter de reservables (artículo 977); el cual, a pesar de su referencia a la ley Hipotecaria, ha de prevalecer sobre ésta, y ha tenido el Reglamento que saltar sobre el precepto legal (138) y subsanarlo en su artículo 224, que dice: «Aprobada por el Juez el acta en que se declare el carácter reservable de los inmuebles o se constituya la hipoteca que proceda...», aunque quizá estaría mejor diciendo: «Aprobada por el Juez el acta en que se constituye la hipoteca que proceda y se haga constar en su caso el carácter reservable de los inmuebles...»

No siendo nuestro objeto estudiar la hipoteca de los artículos 191 a 198 de la Ley, y 221 al 228 del Reglamento vigentes, pasamos a la

B) Segunda cuestión: Protección a terceros adquirentes de bienes reservables.

Ya hemos indicado cómo la reforma hipotecaria protegió, en primer lugar, a los adquirentes del reservista antes del segundo matrimonio de éste, alterando la doctrina civil al negar (contra la retroacción de esta última) la posibilidad de que tales bienes llegasen, frente a tercero, a ser reservables.

Veamos la cuestión de protección a tercero que adquiere bienes *reservables*, o sea que adquiere del reservista después del segundo matrimonio de éste.

No alteramos con ello el orden cronológico con que vamos refiriendo las fases de la figura, pues aunque las referencias del vigente Código civil a las disposiciones de la ley Hipotecaria (139) parecen imponer el estudio de ésta después del de aquél, la realidad es que el requisito de la Ley de que conste el carácter de los bienes

(138) Ya el Reglamento de 1870 decía, artículo 141: «Cuando todos los bienes reservables fuesen inmuebles, el Registrador se limitará a cumplir lo ordenado en el artículo 139 de este Reglamento.» Que se refiere a la forma de hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles por nota marginal.

(139) Artículos 975 y 977.

para poder afectar la reserva a tercer adquirente, es básico en la misma (140), y por tanto la cuestión de la protección al tercer adquirente es anterior al Código civil, que sólo hace, en su artículo 975, respetar las disposiciones de aquélla, ya que, desgraciadamente, por obstáculos más que nada políticos y de oportunismo, no fué incorporada al Código, como su naturaleza civil exigía en parte (141).

No olvidemos, ante la completa inversión habida en la reserva, que el derecho antiguo debió plantearse antes que la cuestión que nos ocupa, la de los derechos de un tercer adquirente del reservatario y la de su protección, y si no se planteó después de la promulgación de la ley Hipotecaria el modo de hacer constar en el Registro la calidad especial de revocabilidad de la nuda propiedad del mismo, caso de que premuriese al reservista, se debió sólo a una causa accidental independiente, cual fué la de que en nuestra patria coincidió la inversión y alteración doctrinal de la reserva con el progreso de nuestra legislación inmobiliaria, y por ello el problema planteado a ésta fué el inverso: no en primer lugar el de la protección debida al que había adquirido del reservatario, sino la debida al que ha adquirido del reservista, de buena fe o simplemente basado en la fe registral, según el criterio que sobre el tercer civil se sostenga.

Y como, a pesar de los efectos que se reconocían de pérdida inmediata de la nuda propiedad para el reservista por su segundo matrimonio, las limitaciones de disponer de éste, atenuada la casi imposibilidad romana, no llegaban a impedir sus actos dispositivos, aunque los efectos de los mismos desaparecieran retroactivamente al consolidarse el pleno dominio en el reservatario por premorir aquél, resulta que en el derecho antiguo coexistían dos titulares con poder dispositivo, de efectos contrarios entre sí, y por tanto, a una legislación hipotecaria que en vez de alterar, como ha ocurri-

(140) Exposición de motivos: «El principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero es una de las bases de la Ley.» «Otras innovaciones no menos trascendentales introduce el proyecto en el antiguo derecho, respecto a las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero, ni en su perjuicio, cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro.»

(141) En declaración ministerial de 3 de Julio de 1860 se decía que la Ley había de formar en su día un título del futuro Código civil.

do en España, hubiera aceptado en sus plenos efectos el estado jurídico existente, se le hubiese presentado un doble problema, puesto que al coexistir facultades dispositivas en el reservista, e innegablemente también de un derecho real adquirido en el reservatario, podían coexistir terceros que hubiesen adquirido de uno u otro, y aunque, caso de sobrevivir el reservatario causante, era fácil explicar la transmisión de derechos, por consolidación del usufructo con la nuda propiedad transmitida por aquél (142), no era tan fácil explicar en la antigua doctrina, las transmisiones, caso de premorir el reservatario, a favor de terceros adquirentes del reservista, en cuyo caso había que considerar a los terceros como adquirentes del usufructo vitalicio por vida del reservista, mientras viviesen éste y los reservatarios, y respecto al dominio, no siendo admisible consolidación en el usufructuario, estimarlos como adquirentes de un *non dominus*, cuya adquisición se convalidaría por la posterior adquisición del dominio por su transferente, implicando tal adquisición una revocación del derecho de la nuda propiedad de terceros adquirentes de los reservatarios, imposible si no constaba tal carácter en el Registro. Desde luego, podemos afirmar que el haber tenido que considerar el problema en este doble aspecto hubiera contribuido en mucho al más detenido estudio, y con él, a una mejor construcción doctrinal de la reserva.

La evolución en la doctrina, que implica la no facultad dispositiva en el reservatario (143), consecuencia de considerar dueño al reservista y no adquirir aquél hasta la muerte previa de éste, redujo el problema planteado en la ley Hipotecaria al simple de garantizar los derechos de terceros adquirentes del reservista, y por la contracción en los efectos temporales de la reserva, al caso de terceros adquirentes de aquél con posterioridad al segundo matrimonio del mismo.

La doctrina hipotecaria se respeta en el Código civil (artículo 975), el cual marca claro el momento divisorio en el tiempo, no atendiendo más que al de la celebración del matrimonio, aunque sea erróneo el momento que señala de convalidación de la venta ;

(142) Aún sigue sosteniéndose erróneamente, después de la publicación del Código civil. Ver, por ejemplo, Scævola : Comentarios al Código civil, página 160, tomo XVII, y 231 ídem.

(143) A pesar de nuestra moderna Jurisprudencia.

dice: «Las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiese hecho el viudo o la viuda, después de contraer segundo matrimonio, subsistirán únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria»; más claro hubiera sido decir lo contrario; en vez del caso de subsistir como válida la enajenación (supuesto que no afecta a la ley Hipotecaria en el sentido del artículo), más valdría referirse al caso contrario de no subsistir, que es cuando la ley Hipotecaria puede prestar asilo al tercero afectado por la no subsistencia, creemos estaría mejor decir: «Las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio, no producirán efecto si al enajenante sobreviviere alguno de los reservatarios, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria a favor de terceros.»

En el derecho antiguo, la venta era nula, pues el reservista no tenía no ya facultad dispositiva, sino propiedad; no era, pues, una prohibición de enajenar, era una imposibilidad de transmitir lo que no se tenía, aunque se pudiera llegar a tener (como igualmente, aunque pueda llegar a ser propietario, es hoy nula la enajenación por el reservatario, en vida del reservista). En el derecho moderno, la venta por el reservista es válida en principio, no ya del derecho de usufructo, sino del dominio pleno (144), no siendo posible sostener que la enajenación es nula en sí (145). Tal sucedía en el antiguo derecho, no hoy en que el reservista es dueño, aunque pueda dejar de serlo, a los efectos de que sus causahabientes puedan prevalecerse del dominio de su transferente.

Hay, pues, para el tercero adquirente del reservista, un efecto legal, en que la transmisión por la Ley del dominio al reservatario sobreviviente le afecta, convirtiendo su dominio en temporal, especie de dominio vitalicio dependiente de la vida del reservista. Esto implica para el tercero de buena fe, jurídicamente, una desnaturalización de su voluntad que no quiso ninguno de estos efectos, no previstos cuando creía adquirir con seguridad un dominio ple-

(144) Sentencia 20 de Diciembre de 1904.

(145) Scaevola: Comentarios, tomo XVII, página 249: «El acto o contrato de enajenación es nulo en sí; este es el principio y la regla. Puede, sin embargo, convalidarse por falta de hijos; esta es la excepción.»

no, y económicamente un grave quebranto patrimonial; de aquí que este tercero deba ser protegido en consideración a la buena fe y a la seguridad en las transacciones.

Si conoce la causa que posiblemente puede afectarle en su día, podrá haber perjuicio, pues su compra viene a ser, en cierto sentido, aleatoria, pero no hay desnaturalización de su acto volitivo, puesto que el conocimiento del riesgo entró a formar parte de su declaración de voluntad.

Si no conoce la causa, ni ésta aparece en el Registro, en cuya fe descansa la confianza en la certeza y permanencia del estado jurídico que manifiesta, éste, si inscribe, le protege contra las acciones civiles que se originan de la posterior adquisición de la reserva por los reservatarios y, como a tercero, le protege el artículo 36 de la Ley (146). La ley Hipotecaria protege al tercero que adquiere del reservista, de los dos peligros a que puede estar expuesto: 1.º De que el reservista (en adquisición de éste por sucesión, que es lo más general) sea sólo heredero aparente; y 2.º De que lleguen a adquirir la reserva los llamados por la ley civil, por premorirles el reservista. El primer caso se relaciona con la doctrina del heredero aparente y efectos de certificados del Registro general de actos de última voluntad; el segundo caso es el que nos ocupa.

La protección para el tercero se funda en el silencio registral (147) sobre las posibles causas que puedan afectar a su adquisición. La garantía del reservatario contra las enajenaciones de bienes a los que tiene una vocación legal (pues siendo en la nueva doctrina dueño el reservista, más que proteger al tercero adquirente de éste, es al reservatario al que hay que proteger contra la protección de aquél), consiste en afectar los inmuebles, a su vocación, en que el llamamiento legal *post mortem* del reservista conste en el Registro (148), se haga público y se presuma conocido.

Esta publicidad registral puede ser expresa y puede ser, en ca-

(146) Artículo 36: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en la Ley.»

(147) Artículo 37: «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten *explícitamente* en el Registro...»

(148) Exposición de motivos: «...si los bienes reservables fueren raíces, la garantía será hacerlo constar en el Registro de la Propiedad.» R. 28 agosto 1911.

esos especiales de beneficio, con quebranto de las bases de la institución registral, presunta. La expresa, a su vez, puede ser: expresa en asiento separado, independiente o dependiente de otro principal y expresa por inclusión en otro asiento, pudiéramos decir con dependencia material e independencia jurídica, en parte, del asiento principal o mención.

Es, pues, la primera cuestión a resolver la de si la publicidad en la reserva de la causa posible de ella, para advertencia de terceros y garantía de sus efectos contra ellos a favor del reservatario, debe ser legal, o de presunta publicidad, o registral, o de presunto conocimiento.

Hay casos, como hemos dicho, en que por beneficios que en la mayoría de los mismos no tienen razón alguna, para que quebranten los principios básicos de nuestro sistema inmobiliario, se concede una publicidad presunta legal, resultante paradójica de la falta precisamente de la debida publicidad registral; así sucede, por ejemplo, en las hipotecas legales a favor del Estado y Corporaciones públicas y aseguradores, y con más analogía con el caso de la reserva, el retracto legal (149) y el injusto privilegio del artículo 34, párrafo último (150), sabiamente atenuado por la Jurisprudencia (151).

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

(Continuará.)

(149) Artículo 37: «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: . 2.º Las de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen.»

(150) Artículo 30 de la reforma de 1909.

(151) Rs. 8 Julio 1911 y 20 Septiembre 1911. Sent. 3 Enero 1920.