

# La reserva llamada tradicional u ordinaria.— Su evolución

## INTRODUCCION

En mis trabajos preparatorios para oposiciones, primero directas y después entre Notarios, para poder retener mejor lo estudiado, dado que no basta en ellas saber de una materia, sino que se precisa, en las peores condiciones de calma y tranquilidad, sin tener ni un corto plazo previo para la necesaria ordenación mental, empezar a exponer los temas; ante la debilitación natural, con la edad, de la memoria retentiva, si no de conceptos, sí de datos concretos, que son precisamente los que, acompañando a una exposición, más la abrillantan, impresionan y dan el triunfo, me vi precisado a una labor pesada e ingrata y de poco valor en sí, cual es la de busca y acumulación de materiales en unos apuntes que fuí escribiendo, por serme más útil para recordar lo buscado y escrito por mí que lo repetido una y otra vez de un trabajo ajeno.

De estos apuntes, a los que la misma extensión de los programas hace ganar, en tal sentido, lo que pierden en profundidad, sin valorar mi trabajo, a pesar de su volumen, más que como de acarreo, pudiera decir, sin pretender, por lo tanto, en modo alguno haber hecho la propia y útil labor del jurista, la de creación o elaboración, al menos, que mi escasa preparación, unida a la premura en querer abarcar pronto tan diversas materias, me ha impedido no ya lograr, sino ni emprender siquiera; de estos apuntes, digo, he querido sacar unas notas y publicarlas algo ampliadas sobre la reserva ordinaria, que por haber sido, en parte, tema

del ejercicio escrito de las últimas oposiciones entre Notarios en que tomé parte, ha fijado más mi atención con el recuerdo de las horas de lucha y forcejeo con la memoria y con la pluma, ambas rebeldes a unos nervios desquiciados, y por ello lo he ampliado, más buscando los defectos que los pequeños aciertos de mi ejercicio escrito.

Con mayor motivo debo hacer resaltar la causa accidental de este trabajo y sus mínimas pretensiones, cuando en modo alguno su autor puede considerarse aludido ni llamado a la labor, tan necesaria en este campo, y que expone muy bien el Sr. Capó Bonnafons en un trabajo, sobre esta materia, publicado en el número 42 de esta Revista, cuando dice :

«Es la institución jurídica de que tratamos una de las más estudiadas y más trabajosamente configuradas por la doctrina patria. Mas siendo ciertamente esta reserva tema tan obsesionante por las dificultades que encierra su estudio, al que casi ningún autor patrio ha podido resistir, no parece sino que el descontento que generalmente produce su existencia en nuestro Derecho civil impele a no penetrar íntimamente la esencia de los fenómenos jurídicos a que la institución da lugar. Por ello, si bien es innegable que existen en la literatura jurídica española páginas verdaderamente magistrales sobre el asunto, no es menos cierto que éstas se refieren casi únicamente a aspectos parciales, y que la totalidad de la reserva aparece muchas veces desdibujada, borrosa, hasta el punto de que en algunas cuestiones (posición del reservatario, por ejemplo), parece que la doctrina patria no ha podido ocuparse del problema. Ciertamente que la empresa no es fácil; los defectos de algunas de las construcciones intentadas así lo prueban. Por esto me limito a dar a las líneas que siguen el solo título de llamamiento a los juristas españoles para un mejor estudio de la institución.»

Repitiendo, pues, que no me considero incluído en este llamamiento, ni ésta pasa de ser obra de un estudiante sin pretensión alguna, contento y más que pagado si algún dato es útil a futuros opositores, quiero, ya que no resolver, al menos ayudar algo al planteamiento del problema, cuestión que no deja de ser importante, no sólo por el tan conocido adagio de que «plantear bien un problema es medio resolverlo», sino porque entiendo que

el problema en sí puede serlo de diversos modos, según el peculiar carácter u orden de estudios del que se lo proponga: así, un especializado en filosofía del derecho, «¿Qué es la reserva? Su naturaleza», un jurista positivo sería más modesto: «La reserva. Su naturaleza, según las disposiciones del Código civil.» Así planteado el problema, aun siendo el mismo, vemos la amplitud de la primera pregunta frente a lo concreto de la segunda. Seguramente a dos distintas interrogaciones, a dos modos diferentes de considerar el problema, han de responder respuestas dispares, quizá hasta contradictorias. Por eso queremos delimitar claramente el alcance y la finalidad de este trabajo: no se trata de considerar la reserva en sí como institución abstracta, ni la reserva tan sólo en el mandato legislativo; se trata de estudiarla como una figura viva, y por ello ver no lo que sea en sí, ni lo que deba ser, aislándola en un determinado aspecto de su existencia, sino como algo vivo, y preguntarnos: ¿Cómo ha llegado a ser lo que hoy sea? O mejor aún: ¿En qué sentido tiende a realizar la idea de sí misma?

No creemos sea el problema del momento estudiarla de otro modo que siguiendo su desarrollo histórico, y mucho se habrá adelantado en la resolución del problema de su naturaleza cuando hayamos resuelto el, a nuestro juicio, problema previo de ¿por qué se ha roto con la tradición jurídica, que construía la reserva sobre la distinción y coexistencia de un usufructuario, el reservista, y unos nudopropietarios actuales, los reservatarios?

Sigamos, pues, la figura, en su vida y evolución, sin querer someterla de antemano a nuestros conceptos y construcciones apriorísticas. La reserva en nuestro Código civil es algo, a nuestro juicio, muy distinto de la reserva del derecho romano imperial, cuya construcción ha perdurado hasta fines del siglo XVIII y principios del siglo pasado en Francia, hasta la segunda mitad del siglo XIX en España. ¿Por qué y cómo se ha producido esta variación?

A tal pregunta, que formulamos en nuestro ejercicio escrito, intenta responder este trabajo.

#### LA RESERVA ROMANA

Es indudable, a nuestro juicio, que la reserva de que tratamos no había podido surgir en los derechos orientales ni en el genuino

derecho romano del *ius civile*, pues tanto en los unos como en el otro su similar en tantas materias, y hasta continuador e imitador en algunas (1), la antigua constitución familiar impedía su planteamiento.

En unas relaciones familiares, por ejemplo, entre los antiguos hebreos, donde era frecuente, como en Egipto, el matrimonio entre hermanos, en que los hijos del esposo, con una sierva de la mujer, se consideraban hijos legítimos de ésta, como vemos en los casos de Agar y Sara, esposa de Abraham (2), y de Billa y Raquel, esposa de Jacob (3), y de tal modo que era precisa una formal desheredación para que no heredasen como tales (4); en familias en que perduran, como recuerdo de antiquísimos matrimonios colectivos, los derechos sobre la viuda de parientes del cónyuge difunto (5) no podía plantearse el problema.

No obstante, se ha hecho resaltar modernamente la importancia de la influencia egipcia en el derecho del bajo imperio (6) e indicado ésta como influyente en la construcción de la reserva (7)

(1) E. Revillout: *Les rapports historiques ou legaux des qurites et des égyptiens depuis le fondation de Rome jusqu'aux emprunts faits par la loi des XII Tables au code d'Amasis*. París, 1902.

Idem: *Précis du droit égyptien, comparé aux autres droits de l'antiquité*. París, 1903, 2 v.

(2) *Génésis*, 16-2.

(3) Idem, 30-5.

(4) Idem, 21-10.

(5) Libro de Ruth, 3-10 y 4-5, sobre los hebreos en general. Véase Levy: *La famille dans l'antiquité israélite*. París, 1905. V. Letelier: *Génésis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales*. Santiago de Chile, 1919, cap. I.

(6) E. Revillout: *Précis du droit égyptien*, tomo I, pág. 464: «3.º La période du Bas-empire commençant à Constantin et pendant laquelle l'idéal fut de nouveau l'ancienne Egypte, dont on pouvait encore étudier à l'aise les institutions traditionnelles.»

(7) R. von Mayr: *Historia del Derecho romano*, 2 t. Barcelona, 1926, pág. 324, tomo II.

«El derecho hereditario nacional de Egipto, sobre el que tenemos los materiales de información relativamente mejores, se mantuvo en vigor bajo la era de la dominación romana. Se hallaba caracterizado, al parecer, por la vinculación familiar del patrimonio, por la vinculación de los bienes en favor de los que tenían la *expectativa de heredarlos* (los hijos), de tal modo que los padres casi quedaban reducidos a simples *usufructuarios* del patrimonio...»

por la especie de pseudopropiedad familiar egipcia (8), creadora de retractos familiares y permisiva de renunciaciones de sucesiones en vida del causante (9).

Sin embargo, no creo influyese en la construcción romana de la reserva, desconocida en aquel derecho, y el influjo del mismo fué, a mi juicio, indirecto, al coadyuvar con el cristianismo en la elevación e independencia de la mujer, las tradiciones de las libertades de la mujer egipcia, la más libre de la antigüedad (10), como lo prueba el que la influencia de los conquistadores macedónicos señaló un retroceso en el estado y consideración jurídica de la mujer en Egipto desde la célebre *προσταγμὰ* de Filopator.

La reserva, a causa de las segundas nupcias, no podía surgir sino en un estado muy adelantado de propiedad individual y de constitución familiar monógama; en Roma, pues, no surge sino en el Imperio, y después del triunfo del Cristianismo se desarrolla.

No es creación justiniana; la ley 5, Codex V-9, tiene su antecedente en la 29 *eodem* del Codex Teodosiano. En el prefacio de la Nov. 22, IV-1 (año 536), de Justiniano, éste dice expresamente (10 bis) que las segundas nupcias habían sido ya preocupación de los Emperadores, desde Teodosio a León I, y que él solo ordena, corrigiendo aún más las disposiciones de éstos, *nec ab aliis expectare corrigi legum*.

Era, en efecto, preocupación de los Emperadores y asunto de

(8) Revillout: *Précis...*, pág. 594, tomo I: «en souvenir des vieilles traditions, celui-ci (le mari) ent toujours le droit de transférer ses biens a sa femme, soit seulement, eu un-propriété, soit en propriété pleine et entière.

Quand tous les enfants étaient communs, ils ne devaient pas se trouver lésés par des arrangements de ce genre entre parents dont ils héritaient également et au même titre. Mais la question devenait autre quand le mari avait des enfants d'un premier lit. Il fallait alors que ces enfants, intervenissent par une adhésion au bas de l'acte de mancipation au moyen duquel il cédait la propriété de ces biens a sa nouvelle femme», y pág. 257-419-453-791, tomo I. 1.097, tomo II.

(9) Idem *id.*, págs. 236-706, tomo I.

(10) Mucho más que la romana, de cuyo estado decía Papiniano (9, Digesto, II-IV): «In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum.»

(10 bis) Después de exaltar la importancia del matrimonio: «Si enim matrimonium sic et honestum ut humano generi videatur immortalitatem artificiose introducere.»

controversias de los teólogos, que condenaban la flaqueza de la carne, que así ofendía la santidad de un lazo indisoluble y al espíritu inmortal del cónyuge difunto. Algunos Concilios, entre ellos el Neocesarense, imponían penitencias al que las contraía; algunos teólogos, de tal modo consideraban que la muerte no podía romper la unión, más espiritual que corporal, creada por el matrimonio, que llegaron a inculpar de bigamia al que contraía un segundo matrimonio, y esta idea tiene tal fuerza que en épocas de herejía, de pretendida vuelta a la pureza y sencillez evangélica, se recae en ella; así sabemos que los herejes, llamados catharos o pobres de Lyon, consideraban adúltera a la viuda que contraía segundas nupcias (11), dando por existente el lazo sacramental con su primer marido, que, como espiritual, no podía ser roto por la muerte.

Pero aún se llegó a más, y algunos consideraron como herética la afirmación de que pudiese contraerse un segundo matrimonio válido, pues siendo el matrimonio sacramento representativo de la unión de Cristo con su Iglesia, no podía sostenerse válidamente la existencia del sacramento en unas segundas nupcias, duramente combatidas, como prueba de pobreza de espíritu y caída ante el apetito carnal, llamándolas San Juan Crisóstomo *honestam fornicationem*.

Unanse, pues, los escrúpulos y condenaciones teológicas a la preocupación por la suerte de los hijos del primer matrimonio, de los juristas, y así comprenderemos el espíritu de la legislación del Imperio sobre las mismas, obstáculos a su celebración, medidas de protección a los hijos y descendientes del primer matrimonio y penas para la contrayente, con alcance extraordinario de prohibiciones sobre disposición por ésta de ciertos bienes, como veremos.

Aun en tiempos de la República, la mujer que se mantenía viuda era honrada por ello y el título de «univira» aparecía en las

(11) Esto a pesar de la tradición permisiva de la Iglesia.

San Pablo: Epístola a los romanos, 7-3.

Epístola primera a los corintios, 7-8-9-39-40.

Epístola primera a Timoteo, 5-14.

inscripciones funerarias como timbre de honor (12); pero es innegable la existencia en la legislación imperial de una fuerte presión eclesiástica (13) para poder explicar que se diesen tales disposiciones en un estado que desde el principio del Imperio venía luchando con el pavoroso problema del descenso de la natalidad (14) y después contra el concubinato (15), y que, no obstante, dicta contra el *parens binubus* las llamadas *poenae secundarum nuptiarum*.

A) *Bienes adquiridos del cónyuge premuerto.*

En estas penas precisa distinguir el caso de casarse la viuda dentro o después del año (16) de la muerte de su esposo; si se casa dentro del año de luto, salvo en honor a la majestad y al poder imperial, si lo hace con licencia del príncipe (17), incurría en la pérdida de la nuda propiedad de los *lucra nuptialia*; en pena de infamia (18), prohibición de aportar dote a su marido, prohibición de poder testar a favor de éste de más de un tercio de sus bienes (un cuarto en Novelas. 2 y 22) y en incapacidad para ser heredera *ex testamento*, y abintestato sólo de parientes hasta el tercer grado (19).

Se hace, con la nueva unión, injuria al sentimiento religioso,

(12) E. Serafini: *Instituciones de Derecho romano*. 2 t. Barcelona, séptima edic., página 279, tomo II.

(13) Mayr: Obra citada, pág. 382, tomo II.

(14) Que obligó en el año 762 a las leyes Julia y P. Poppæa a instar el casamiento de las viudas a los dos años del fallecimiento del marido.

(15) Mayr: Obra citada, pág. 380, tomo II.

(16) El tiempo antiguo de luto era de diez meses; la influencia de la Iglesia al hacer pesar nuevas consideraciones, hizo ampliar el plazo, antes señalado sólo en atención al tiempo máximo de gestación. Ya se fijó en un año en 2, Codex V-9 de Teodosio y después en la Novela 22, cap. 22.

(17) Ley 1, Codex V-9.

(18) Aunque el edicto del Pretor no la declaró expresamente, siempre se ha creído que del mismo modo que para el nuevo esposo si era *pater*, para el padre de éste si era *filius familias*, como para el padre de la mujer en su potestad si la autorizó para hacerlo, el nuevo matrimonio de ésta antes de cumplirse el plazo de luto implicaba infamia, y para la mujer acarreaba igual pena. 3, Dig., III. 2 de his qui not. inf., y Vat. Fragm. 230.

Sobre la infamia y sus efectos para la mujer después de la lex Julia y las Constituciones imperiales, véase Savigny: *Sistema del Derecho romano actual*. Madrid, 2.ª edición. 6 t. Apéndice 1.º del tomo II.

(19) Leyes 1 y 2. Codex V-9. Novela 12, cap. 23.

por la precipitación en ceder a los apetitos carnales; se hiere la base de la familia, de la legitimidad de la misma, que exige *ne semen a sanguis commisceatur* y que se evite la *sanguinis turbatio* (20). La mujer que así ofende los sentimientos públicos queda contaminada por su unión posterior: *funestata* se la llama, debiendo ser mirada con horror (21).

La ley principal del Codex Justiniano es la célebre «Foemina quae...», del año 382, ley 3.<sup>a</sup>, Codex V-9, *De secundis nuptiis*, que establece la reserva de los *lucra nuptialia*, o de aquello recibido por la mujer que contrae segundas nupcias, de su primer marido, por cualquier título lucrativo, institución, legado, fideicomiso, donación esponsalicia o *mortis causa* a favor de los hijos del primer matrimonio, implicando prohibición de disponer de los mismos: *Possidendi tantum atque fruendi in diem vita, non etiam alienandi facultate concessa...*, cuya nuda propiedad pasaba a los reservatarios desde el momento mismo del segundo matrimonio, quedando ella como sólo usufructuaria (22), de tal modo que, de premorirle los reservatarios, se daba transmisión de los derechos de éstos a sus herederos. La madre binuba no podía tampoco ser dispensada de prestar caución para asegurar un fideicomiso universal a favor de sus hijos reservatarios.

Dicha ley 3.<sup>a</sup> era una *lex unius quam perfectae*. Por influjo posterior del derecho canónico desaparecieron del derecho común las penas, pasando a ser una *lex imperfecta*, aunque según Cuyacio, comentando la ley 1.<sup>a</sup>, Codex V-9, el derecho canónico suprimió de las penas sólo la de la infamia (23), pero no las demás penas civiles. Mas precisamente en no considerar éstas como penas estaba el sentido del derecho nuevo; así González, comentando las Decretales, cap. V: *De secundis nuptiis*, las separa del caso de privación de un beneficio por igual causa, sosteniendo que no son propiamente penas, sino dictados de equidad para proteger a los

(20) Ulpiano, 11, § 1, Dig., III. 2 de his qui not. inf., «Pretor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur qui solet elugeri, propterurbationem sanguinis.»

(21) Novela 22, cap. 22

(22) Ley 3, § último, Codex V-9.

(23) C. 4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> X. De sec. nupt., IV 21

hijos del primer matrimonio y que su fundamento está en el respeto a una presunta voluntad del cónyuge premuerto.

De no casarse, aunque se ha discutido posteriormente la validez de las enajenaciones anteriores al segundo matrimonio, tenía la cuasi plena propiedad (24); pero, al casarse, en el mismo momento pasaba a ser mera usufructuaria y la nuda propiedad se adquiría *ipso jure* por los hijos o descendientes legítimos de su primer matrimonio.

Conservaba, pues, el usufructo, aunque la ley única, Codex V-10, disponía que la mujer que pasase a segundas nupcias perdería el usufructo de los bienes que le hubiese dejado su primer marido (el cual pasaría a los hijos de la primera unión en el momento de celebrarse la segunda); pero esta ley fué aclarada por la Novela 22: *De nuptiis*, que limitó el alcance de la disposición a aquellos bienes que hubiese habido de su difunto cónyuge, con la condición de su permanencia en estado de viudez *sin uxor non nubserit*.

Los reservatarios tenían una hipoteca tácita a su favor (25).

En el año 422 fué ampliada la reserva al viudo por la ley «Generaliter...» (26), y en los bienes muebles, que no podían quedar sujetos a la prohibición de enajenar (que implicaba en los inmuebles la pérdida de la nuda propiedad), se permitió su enajenación, pero previa tasación obligatoria de los mismos y responsabilidad por su precio o por su valor en enajenaciones a título lucrativo, dando caución de ello, y se limitó lo que de ella podía recibir su nuevo cónyuge en la célebre ley «Hac edictali...», del año 469, Constitución del emperador León (27).

Pero, a pesar de que antes de las segundas nupcias el viudo o viuda conservaba el dominio en los bienes reservables y que sólo por el segundo matrimonio perdía la nuda propiedad, se daba a tal pérdida efecto retroactivo, afectando a las enajenaciones hechas por ellos antes de su segundo matrimonio, o sea cuando era dueño el que enajenó, y nada podía presumir del futuro aquel que había adquirido, y, en consecuencia, toda enajenación hecha por viudo o viuda con hijos de su primer matrimonio, de bienes

(24) Ley 5, § 2, Codex V-9.

(25) Ley 8, § 4, Codex V-9, Novela 98, cap. 1.º.

(26) Ley 5, Codex V-9.

(27) Ley 6, Codex V-9.

reservables, antes de su segundo matrimonio, al nacer la reserva por la celebración de éste era afectada y los adquirentes anteriores pospuestos a los reservatarios (28).

Las leyes 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del Codex permitieron la distribución por el padre o madre o madre reservista entre los reservatarios, aunque fuese desigualmente; pero pronto fué suprimida tal facultad, sustituyéndola una atribución legal de partes iguales (29), siendo así que por la segunda unión todos habían sido desheredados igualmente (30) y tenían un derecho igual. *Lucrum hoc aequaliter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur* (31).

De igual modo la disposición de la ley Julia, permitiendo a la viuda la segunda unión, aun habiéndola prohibido el premuerto, con juramento previo de que no era impulsada por otro móvil que el de tener sucesión, fué abrogada (32).

Las Novelas refuerzan, pues, las medidas protectoras y mantienen la misma construcción doctrinal de la figura: el viudo que teniendo hijos de su primer matrimonio contrae otro pasado el año de viudez, tendrá en los *lucra nuptialia* sólo el usufructo, siendo los hijos o descendientes de su primera unión dueños de la nuda propiedad de dichos bienes inmediatamente al momento de unirse su padre o madre a otro (33), no pudiendo el binubo o binuba disponer de los mismos (34).

De no casarse el cónyuge viudo, tenía el cuasi pleno dominio por no poder disponer de tales bienes por testamento a favor de terceros (35).

El derecho de los reservatarios se perdía por ser alguno ingrato, acreciendo a los demás, puesto que, apesar de la segunda unión, seguían obligados a honrar a sus padres (36), y si el infortunio del padre o madre era tal que todos los hijos eran ingratos, los bienes pasaban a los herederos del cónyuge premuerto.

(28) Ley 6, § 2, Codex V-9, y Novela 22, cap. 26.

(29) Novela 2, cap. 1.

(30) Novela 22, cap. 20.

(31) Novela 22, cap. 25.

(32) Novela 22, cap. 43.

(33) Novela 22, cap. 23.

(34) Novela 22, cap. 31.

(35) Novela 22, cap. 20, § 1.

(36) Novela 22, cap. 21.

La Novela 98 (37) alteró tanto la ley 5, Codex V-9, como la Novela 22, al disponer que, tanto casándose segunda o ulterior vez, como permaneciendo en estado de viudez, tenía que reservar el marido la propiedad de los bienes dotales, y la mujer, la de las donaciones *propter nupcias*, en cuyos bienes sólo tendrían el usufructo, sin poder disponer de los mismos.

Disposición alterada, a su vez, por la Novela 127 (38), que dispuso que el sobreviviente que se conservase viudo percibiría en la dote o en la donación *propter nupcias*, según su sexo, una parte viril, concurriendo con sus hijos, conservando al par el usufructo de las partes restantes.

Hubo, pues, variaciones en el efecto económico-patrimonial de la reserva, pero en la construcción jurídica de la misma, que era de pérdida *ipso jure* de la nuda propiedad de los bienes por el reservista y adquisición inmediata por disposición legal, *lege distribuitur*, por los reservatorios desde que aquél se unió a otro (39), de tal suerte, que muerto el hijo reservatario sin descendientes, pasaban los bienes a sus herederos, aun siendo extraños (40). No olvidemos esta disposición, que tanto habrá de aclararnos la construcción de la reserva en el moderno Derecho español. Para la doctrina tradicional basada en el Derecho romano, los reservatarios adquirirían inmediatamente y transmitirían su derecho aun a extraños; hoy, ni adquieren en vida del reservista, ni, como es natural, transmiten lo no adquirido, aunque la jurisprudencia patria no pueda ser alabada sobre este punto, como veremos, cuando, sin una previa construcción teórica adecuada, parece desconocer la realidad del profundo cambio jurídico acaecido.

B) *Bienes adquiridos de los hijos del primer matrimonio.*

La ley «Foemina quae...» (41) obligaba a la madre binuba a reservar lo adquirido por ella de algún hermano o descendiente de los hijos o de algún hijo de su primer matrimonio, tanto abintestato como si hubiera sido instituída heredera testamentaria, y si concurría a heredar a un hijo del primer matrimonio con herma-

(37) Novela 98, cap. 1.

(38) Novela 127, cap. 3.

(39) Novela 22, cap. 23.

(40) Novela 22, cap. 26.

(41) Ley 3, Codex V-9.

nos del mismo, sólo adquiriría el usufructo, debiendo reservar la nuda propiedad a los hermanos.

Posteriormente, se exceptuó de la reserva lo adquirido del hijo *ex testamento* (42); según esta última disposición (42), instituída heredera por su hijo, adquiriría el pleno dominio, aun siendo los bienes heredados profecticios *ibi sive ex rebus quae extrinsecus advenerunt, sive ex paternis*. Si era herencia abintestato del hijo, se distinguía: A), que el hijo había dejado descendientes, heredaban éstos (43); B), que el hijo no había dejado descendientes, pero sí hermanos o hermanas, entonces se distinguía: a), herencia intestada en bienes nupciales, tenían preferencia los hermanos (44), y la madre tenía sólo, en todo caso, el usufructo de la donación *propter nuptias*; b), herencia intestada en bienes no nupciales, podían ocurrir tres casos: primero, la madre continuaba viuda, concurría con los hermanos por partes iguales; segundo, la madre contraía segundas nupcias antes de morir el hijo de cuya sucesión abintestato se trataba, la madre sucedía en el usufructo de una parte viril, sean bienes adventicios o profecticios (45), y tercero, la madre contraía segundas nupcias después de morir el hijo, entonces, en los adventicios sucedía en una cuota viril en propiedad plena, y en los profecticios, una en usufructo, debiendo reservar a los hermanos de aquél.

La Novela 2, capítulo III, prescindió de la distinción entre bienes adventicios y profecticios o de substancia paterna, *quae ex paterna substantia ad filium pervenerunt*, y también de la distinción de que el nuevo matrimonio se hubiese contraído antes o después de la muerte del hijo causante.

La Novela 22 (46) no estableció tampoco diferencias según la época de celebración del segundo matrimonio, pero sí entre herencia testada o intestada, y en ésta, entre bienes adventicios y profecticios; así que instituída heredera testamentaria la madre, fuese antes o después de casada segunda vez, adquiriría en pleno dominio, y abintestato en bienes adventicios; adquiriría igualmente

(42) Novela 22, cap. 46, § 1.º.

(43) Ley 7, Codex V-9. Novela 2, cap. 3.

(44) Novela 2, cap. 3. Novela 22, cap. 26.

(45) Ley 3, § últ. Codex V-9.

(46) Novela 22, cap. 46, § 2.

el pleno dominio, estuviese o no segunda vez casada, y en los bienes profecticios, si permanecía viuda, heredaba en pleno dominio, y si contraía nuevas nupcias o había contraído éstas antes, sólo tenía el usufructo, y surgía la reserva.

Vemos, pues, que la reserva, amplísima en Roma, tratándose de bienes procedentes del marido, tenía, cuando los bienes procediesen de un hijo del primero o anterior matrimonio, alcance muy limitado. Por ello no es cierto que nuestro Código civil mantenga la reserva romana del derecho común en bienes heredados de los hijos, reserva que habían silenciado nuestras compilaciones, sino que le ha dado una amplitud y extensión mayor que la del derecho justinianeo, que, como veremos en los comentaristas de las leyes de Toro, era el admitido y aplicado en nuestra patria.

#### COMPILACIONES ANTERIORES A LAS LEYES DE TORO

Estas repiten la disposición del Fuero Juzgo sobre la pérdida de la patria potestad, así como de la guarda de los hijos por la madre binuba (47), pero la reserva propiamente dicha no tiene en el Fuero Juzgo el desarrollo y extensión que en el Derecho romano, seguramente porque la crecida legítima de los hijos, peculiar al Derecho germano, dejaba poco margen para que la influencia del nuevo cónyuge sobre la madre pudiese manifestarse en grave daño para los hijos de la primera unión de aquélla.

Sólo encontramos para el padre binubo deberes especiales, en su carácter de administrador de bienes de sus hijos (48), superior-

(47) Ley 3, tít. 3, libro 4. F. J.

(48) Ley 14, tít. 2, libro 4. F. J. « El marido que se casar, después de la muerte de la mujer, si oviere fijos della, sean en poder del padre con todas sus cosas, después de la muerte de la madre, con las cosas que les pertenecen de parte de la madre, assi como es dicho en la ley de suso. E mandamos que faga escrito por su mano de las cosas de los fijos antel iuez o ante los parientes de la madre, e de recabdo en mano de los herederos que avien a aver el fijo en guarda, si el padre fuese muerto, que nenguna cosa non pare mal... E si alguno de los fijos se casare, denle su parte de la buena de su madre, assi que el padre retenga para sí la tercia parte por uso del fructo. E si el fijo o la fía, oviese XX annos cumplidos, maguer que se non case; aya la meetad de quantol pertenesce de la buena de su madre y el otra meetad tenga el padre en su vida é despues de su muerte *deve fincar a los fijos entregamente...* »

res a los que tendría en igual caso, de haber permanecido viudo (49).

Para la madre viuda establece penas por contraer nuevo matrimonio dentro del año de viudez (50), y caso de casarse pasado el año de luto, establece a favor de los hijos o nietos del primer matrimonio la reserva de las arras y donaciones. Se restringe, pues, a éstas la reserva romana, más amplia, pero repitiéndose la doctrina de la ley «Cum aliis», C. V-9, de Honorio y Teodosio, en la ley 2, título 5, libro 4 (51), añadiéndose que la viuda perdería, por su segundo matrimonio, el usufructo de una parte viril en que, concurriendo con hijos, había heredado a aquél (52), así como que por su vida deshonesto o si «se casa cuemo non deve», perdería todas las donaciones que le hubiese hecho su marido (53).

Lo heredado de un hijo por el padre o madre viudo que hereda su parte en la herencia del premuerto ha de reservarlo el viudo o viuda, para que a su muerte pasen dichos bienes a los hijos o nietos del padre o madre premuerto de quien procedían los bienes, no pudiendo disponer más que de una quinta parte de los mismos (53).

El Fuero Real establece igualmente la reserva de lo recibido por arras del primer marido, y como la ley 2.<sup>a</sup>, título V, libro IV del Fuero Juzgo establece también que, caso de concurrencia de hijos de varios matrimonios anteriores, las arras pasarían, las de cada marido, a los hijos del mismo (54). También repite las penas

(49) Ley 13, tít. 2, libro 4. F. J.

(50) Ley 1, tít. 2, libro 3. F. J.

(51) Ley 2, tít. 5, libro 4. F. J. «E la mujer que ovo dos maridos ó mas é ovo fillos dellos, las arras que ovo del un marido, non puede dejar á los fillos del otro; mas cada un fillo ó fiia ó nieto ó nieta, deve auer las arras quel dio su padre ó su avuelo á su madre...»

(52) Ley 15, tít. 2, libro 4. F. J. «E si la madre se casar despues de la muerte de su marido *desde aquel dia* adelante deven auer sus fillos la parte que ella devia auer de la buena de su marido si se non casare...»

(53) Ley 5, tít. 2, libro 5. F. J.

(54) Ley 1, tít. 2, libro 3. F. R. «E si la mujer ouiere fijos de dos maridos ó de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dio su padre; de guisa que los fijos de un padre, non partan en las arras que dio el padre de los otros; y si el padre ó la madre quisiere dar arras por su hijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar dellos.»

para la viuda que se casa antes de finalizar el año de luto (55), así como que el segundo matrimonio la hace perder la guarda de sus hijos (56) y la vida deshonesta perder todo lo recibido del mismo: «Si por aventura, despues de muerte de su marido, no fiziere buena vida, pierdalo todo quanto le dexo el marido.»

En el Fuero Viejo se contiene sólo una disposición sobre imprescriptibilidad de los derechos de los hijos en caso de segundas nupcias de su padre o madre viudos, sin antes haber liquidado el consorcio anterior (57).

Las Partidas establecen penalidades para la mujer que se casa dentro del año de viudez (58), y teniendo hijos, en la dote y donaciones, sólo conservará el usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a los hijos (59), aun conservándose viuda. También de igual modo que en el caso del padre administrador (60) establecen en garantía de la reserva, hipoteca tácita general a favor de los hijos del primer matrimonio.

La innovación principal está en que la reserva se extiende, además de a las arras, a las donaciones, y en que la hipoteca pesa no sólo sobre los bienes de la madre, sino, como luego repetirán nuestras primeras leyes hipotecarias, también sobre los bienes de su nuevo marido (61), ley 26, título XIII, Partida 5.<sup>a</sup>.

Gregorio López, comentando esta ley, dice en su segunda glosa que ha de entenderse que, no casando la mujer segunda vez,

(55) Ley 13, tít. 1, libro 3. F. R.

(56) Ley 3, tít. 7, libro 3. F. R.

(57) Ley 9, tít. 3, libro V. F. V.

(58) Leyes 4 y 5, tít. 3, Partida 6.<sup>a</sup>. y ley 13, tít. 13, Partida 4.<sup>a</sup>.

(59) Ley 23, tít. 11, Partida 4.<sup>a</sup>. «... E lo que se dize en esta ley, de ganar el marido ó la mujer la dote ó la donación que es fecha por el casamiento por alguna de las tres razones sobredichas (eran éstas pleito o pacto, adulterio y costumbre) entiendese, si non ouiessem fijos de consuno. Ca si los ouiessem, estonce deuen auer los fijos la propiedad de la donación ó de la dote; é el padre ó la madre, el que fincare biuo, ó el que no entrare en orden, ó que non fiziere adulterio deue auer en su vida el fructo della .»

(60) Ley 24, tít. 13, Partida 5.<sup>a</sup>.

(61) Ley 26, tít. 13, Partida 5.<sup>a</sup>. «Marido de alguna mujer finando, si cassasse ella despues con otro, las arras e las donaciones que el marido finado le ouiesse dado, en saluo fincan á sus fijos del primer marido, é deuenlas cobrar é auer despues de la muerte de su madre: é para ser seguros desto los fijos, fincanles por ende obligados é empeñados calladamente todos los bie-

no surgía la reserva, con cuya opinión coincide Llamas y Molina, que igualmente sostiene que, dado por la ley 23, título XI, Partida 4.<sup>a</sup>, no distinguía, debe entenderse generalizada la ley 26 antes dicha, y que sólo en el caso de casarse segunda vez la viuda surgió la reserva.

Expuesto lo más sumariamente posible el estado legal anterior a la obra de los legisladores de Toro, tenemos que observar que éste no nos da el estado jurídico. Hemos visto que la reserva tiene un alcance muy limitado en las compilaciones anteriores a las Partidas, y aun en éstas, que si bien amplían algo más que los Fueros, rompiendo, sin embargo, con su carácter de restauradoras de principios del Derecho romano, en la reserva no repiten las disposiciones del mismo. Por eso no alcanza en ellas la reserva al viudo, ni se comprenden entre los bienes reservables los recibidos del marido difunto *ex testamento*, ni lo heredado abintestato de un hijo del primer matrimonio.

A causa de tal limitación y de la influencia general entre los doctos del Derecho romano, de técnica superior a las compilaciones nacionales, se fueron en la práctica introduciendo sus disposiciones, ante el silencio de nuestras leyes; por ejemplo, en caso de bienes heredados por la madre viuda de hijos de su primer matrimonio, resuelve J. L. de Palacios Ruvios que tendría en ellos la madre el pleno dominio en los adventicios, y el usufructo tan sólo en los profecticios, y A. Gómez, sobre igual caso de bienes heredados del hijo, que instituida heredera por éste, no tiene la madre que reservar, pero sí lo heredado del mismo abintestato, y que entonces tendría en los adventicios el pleno dominio, y en los profecticios sólo el usufructo, surgiendo la reserva.

Casi unánimemente reconocen los comentaristas de Toro que antes de publicarse dichas leyes, en la regulación de la reserva se aplicaba el Derecho romano, para completar con sus disposiciones lo silenciado en las leyes patrias.

nes de la madre. Esso mismo dezimos que sería, si muriese el marido de alguna mujer, de quien ouiesse fijos, é teniendo ella en guarda á ellos é á sus bienes, se casasse otra vez; que fincan estonce todos los bienes de la madre obligados á sus fijos, é aun los de aquel con quien casan . »

## LEYES DE TORO Y COMENTARISTAS

Desconocidos los gananciales en el Derecho romano, formaban éstos una agrupación patrimonial, a la que no podía encuadrarse en ninguno de los casos resueltos por dicho Derecho. Había que disponer sobre ellos, porque aunque la mayoría de los tratadistas, remontándose a la causa determinante de los bienes reservables, como aumento patrimonial debido a la voluntad del marido o una disposición legal que benefició a la mujer, sostenían, con razón, que nada recibía la mujer similar al atribuirle sus gananciales (pues se le adjudicaba al partirlos tras su liquidación, lo que ya era suyo anteriormente, y, por lo tanto, no tenía la mujer que reservarlos); no faltaron, sin embargo, algunos que quisieron someterlos a la reserva. Cifuentes, entre otros, a los que respetuosamente alude Palacios Ruvios, *non levis auctoritatis doctores*.

Como dice García Goyena en sus *Comentarios al proyecto de 1851*, la duda sobre si, en defecto de disposición especial, debían ser o no reservables los bienes gananciales, puso de manifiesto la necesidad de una disposición legal que resolviese la cuestión, y ésta fué la ley 14 de Toro (62), que resolvió que no eran reservables: «Mandamos que el marido y la mujer,uelto el matrimonio, aunque casen segunda o tercera vez, o mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero o segundo, o tercero matrimonio, aunque haya habido fijos de los tales matrimonios, o de algunos de ellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, *sin ser obligados a reservar* a los tales fijos propiedad ni usufructo de los tales bienes.»

Triunfó, pues, la opinión que encarnaba la tradición patria (63) contra la doctrina romanocanonista de presunciones a favor de

(62) Ley 6, tít. 9, libro 5 de la Nueva Recopilación. Ley 6, tít. 4, libro 10 de la Novísima.

(63) Leyes 1 y 3, tít. 3, libro 3 del F. Real. Ley 203 de Estilo. Ley 14 de Toro.

la propiedad del marido, y se consideró adquisición onerosa la de los gananciales por la mujer (Covarrubias, L. de Palacios Ruvios, Avendaño, Acevedo, Llamas y Molina), excluyéndoseles de la reserva, sosteniendo Llamas y Molina, contra Vázquez Menchaca, que la ley de Toro no implicaba alteración alguna de las 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, Codex V-9, que en modo alguno comprendían ni se referían a los gananciales.

Los comentaristas partidarios de la exclusión la fundamentaban de diverso modo: para J. López Palacios Ruvios y A. Gómez, la exclusión de los bienes gananciales de la reserva se fundaba en que los gananciales eran adquiridos por ministerio de la ley; Avendaño, por el contrario, la fundamenta en que son provenientes del trabajo de la mujer, puesto que en el supuesto de su cooperación se funda toda la reglamentación de los mismos; Llamas y Molina (64) combate a los primeros: no es razón el que unos bienes sean *lege delata* para que no sean reservables, poniendo como ejemplo aquellos que adquiriese el cónyuge pobre del premuerto rico, a virtud de la Auténtica *Præteræ... Codex. unde vir et uxor* (65), siendo, a su juicio, bastante para justificar la disposición de la ley de Toro el que los gananciales, como adquisición onerosa, no están comprendidos en la reserva romana, aunque tales bienes fuesen desconocidos en su ordenamiento patrimonial-familiar.

Ya indicamos el silencio de los Fueros y las leyes de Partidas sobre la reserva de bienes heredados de hijos del primer matrimonio y la reserva por el viudo, y cómo la doctrina sostenía la aplicación de las disposiciones romanas sobre el caso. Resolviendo, pues, este punto con el sentido práctico de los legisladores de Toro, se dictó la ley 15 (66): «En todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas a reservar a los hijos del primer matrimonio *la propiedad* de lo que obiere del primer marido o *heredase de los hijos del primer matrimonio*; en los mismos casos el varón que casare segunda o tercera vez, sea obligado a reservar *la propiedad* dello a los hijos del primero matrimonio;

(64) Comentario 14

(65) Codex VI-18.

(66) Ley 4, tít. 1, libro 5 de la Nueva Recopilación. Ley 7, tít. 4, libro 10 de la Novísima.

de manera que lo establecido cerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez, aya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercero matrimonio.»

La ley, claramente, más que estatuir, reconoce, como dice García Goyena, la aplicación de las disposiciones romanas a los bienes heredados por la viuda, de los hijos de su unión anterior, y aplicación igual al viudo, pues vemos se refiere a los casos en que las mujeres «son obligadas» a reservar y a «lo establecido cerca de este caso», es decir, a un estado jurídico anterior a dicha ley, cuyo principal objeto, a juzgar por sus términos, era resolver la controversia sobre si se debía aplicar en ambos casos el derecho romano, como preconizaban los doctos, y se hacía en la práctica, más que regular la reserva en ambos casos, para cuya reglamentación expresamente se remite a «lo establecido».

No es, pues, rigurosamente cierto, como se ha dicho por nuestra jurisprudencia (67), que la reserva se rigiese por la ley 15 de Toro, la cual se limita a dar estado legal, con su referencia, a la práctica de la reserva en nuestro país, aplicando ante el silencio de nuestras fuentes las disposiciones pertinentes del Derecho romano, al cual, aun después de publicada dicha ley, hay que seguir recurriendo.

Así, en el caso de la reserva de bienes adquiridos por la viuda de un hijo de su primer matrimonio, A. Gómez resuelve que se aplicará el Derecho romano y su distinción de herencia, testada e intestada, y dentro de ésta, de bienes adventicios y profecticios, aunque tanto él como Llamas sostienen que las disposiciones del Derecho romano habían de modificarse en parte después de publicadas las leyes de Toro, en el caso de herencia por el padre o madre *ex testamento* de bienes profecticios del hijo, porque habiéndose establecido en dichas leyes (68) la legítima de dos tercios (69) a favor de los padres legítimos hasta tal cuantía, la adquisición por éstos era impuesta legalmente, no libremente atri-

(67) Res. de 6 de Diciembre de 1926. La reserva del cónyuge binubo regida antes por la ley 15 de Toro y hoy por los artículos 968 y siguientes del Código civil.

(68) Ley 6 de Toro (ley 1, tít. 8, libro 5 de la Nueva Recopilación, y 1.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima).

(69) Ya de un tercio en ley 8, tít. 13, Partida 6.ª.

buída por el hijo, y, por lo tanto, alterando el Derecho romano, aun adquiridos *ex testamento* en bienes profecticios del hijo, el padre o madre heredero y segunda vez casado, debía reservar las dos terceras partes de los mismos.

Enumerar las cuestiones y distingos que se planteaban los comentaristas sobre la reserva, es empresa que excede nuestras fuerzas y cansaría por su extensión, a pesar de la galanura de estilo y sutileza de ingenio que sus respuestas revelan, poniendo de relieve, dentro de la tendencia al casuismo, un vivo y alerta sentido jurídico y la existencia de ingenios más dignos de nuestro recuerdo que del olvido en que hoy injustamente se les tiene.

Indicaremos algunas cuestiones. ¿Estará libre de la obligación de reservar la mujer que fué expresamente autorizada por su anterior marido para contraer nuevo matrimonio? ¿Y si se casa con acuerdo y aprobación de los hijos? ¿Será reservable aquello que le fué dado por un hijo, y que éste heredó a su vez de un pariente paterno? ¿Y de su abuelo? ¿Estará obligado a reservar la viuda que se casa con licencia Real? ¿Y si la viuda es al casarse segunda vez menor de edad? ¿Y si el segundo matrimonio no es consumado? ¿Debe reservar la viuda que, aunque no se case, lleve vida lujuriosa? ¿Serán reservables los bienes heredados por la mujer instituída heredera de un tercero, mediante su marido, nombrado comisario por aquél? ¿Serán reservables los bienes que un abuelo binubo hubiese adquirido de su nieto? ¿Serán reservables los bienes que, como fideicomisaria, hubiese recibido la mujer de su marido, heredero fiduciario? ¿Será reservable lo heredado por la madre binuba como sustituta pupilar de un hijo, nombrada por su primer marido? ¿Serán reservables los bienes donados por el marido en atención a la nobleza de la mujer? ¿Y en premio a su virginidad? ¿Podrá el reservista distribuir desigualmente entre los reservatarios? ¿Serán reservables los bienes recibidos de parientes del marido en consideración a éste? Etcétera.

Así, muchas más, que servían de piedra de toque de la sutileza y erudición de los doctos y que han servido de aclaraciones e indicaciones para nuestra codificación, que ha resuelto algunas.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario