

# La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil

## I

### El artículo 811 del Código civil como norma a interpretar

(Conclusión)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

§ 6.º *Límites intrínsecos de la aplicación del artículo 811 por su propia ratio: B) Por ausencia de azar imprevisto.*

35. En el primer epígrafe de este trabajo hemos comprobado que el artículo 811 se concretó a prevenir el cambio de línea familiar de los bienes, producido por el *azar o contingencia* de los enlaces y muertes prematuras. Las explicaciones de Alonso Martínez y en sendos considerandos las Ss. de 30 diciembre 1897, 19 noviembre 1910, 25 marzo 1933, 26 noviembre 1943 y 1 febrero 1957 repetidamente lo han venido advirtiendo. Se trata de corregir el resultado imprevisto de un azar o contingencia de la vida. Por esto el artículo 811 concreta la reserva a los bienes adquiridos por *ministerio de la ley*, como subraya la S. de 29 octubre 1907.

La S. de 19 noviembre 1910 declara que el fundamento racional del artículo 811 es la *voluntad presunta del descendiente*. Aunque, realmente —como antes expusimos—, nos parece más exacto decir que su fundamento, más que en el intento de reconstruir esa hipotética voluntad, se halla en la conveniencia legalmente estimada de corregir la falta de previsión formalmente válida del descendiente y de la persona (ascendiente o hermano) de quien aquél recibió gratuitamente los bienes.

Por eso, parece que racionalmente queda fuera de la disposición del artículo 811 C. c. todo supuesto en que el descendiente, o previamente el otro ascendiente o el hermano de quien procedían los bienes, hubieran excluido la reserva. Así como en los casos de que uno de ellos previniera el destino de dichos bienes y su reparto entre los posibles reservatarios, veremos que su disposición deberá entenderse complementaria de la del artículo 811, conforme a su dicha *ratio*, y aplicarse con preferencia a cualquier otro criterio, en cuanto no afecte a derecho legitimario alguno.

Pero estas deducciones racionales requieren su comprobación

más concreta. Ante todo, es necesario obtener la certeza de lo que significa el artículo 811 al referir la reserva a «los (bienes) que hubiere adquirido por ministerio de la ley».

Sin dar por decidida—por ahora—la aplicación analógica de las reglas de la reserva viudal a la lineal, en cuanto no sean incompatibles, nos parece una interesante introducción a nuestro tema el previo examen de dos cuestiones históricamente discutidas al tratar de la reserva clásica. Son: la relativa a la posibilidad de su dispensa por el ascendiente premuerto, y la referente a si era o no reservable la porción estimada como legítima del ascendiente en la sucesión del descendiente que le instituyó heredero.

La primera puede ofrecernos alguna orientación al trasladarla a la hipótesis de que el ascendiente o el hermano de quienes gratuitamente procedían los bienes, preveyendo este supuesto del artículo 811, hubieran dispensado de esta obligación al ascendiente presunto reservista que del descendiente los hubiera adquirido por ministerio de la ley.

La segunda carece hoy día de interés para la reserva viudal, porque la redacción del artículo 969, en relación con el 868 C. c., incluye en esta reserva aquellos bienes que el binubo hubiera adquirido de los hijos de su primer matrimonio, sea por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo. La ley XV de Toro rezaba genéricamente «e heredare de los fijos del *primero matrimonio*». Pero estas palabras fueron interpretadas restrictivamente por los autores castellanos, a tono con el Derecho común, limitando la reserva viudal de los bienes procedentes de los hijos de un matrimonio anterior, a los *bienes adventicios heredados por ministerio de la ley*. Por eso, la cuestión ofrece un marcado paralelismo con la que nos plantea el artículo 811. En una y otra interpretación, el tema culminante se refiere a la posibilidad de que la reserva alcance a la cuota legitimaria del ascendiente instituido heredero por su descendiente.

### 36. *La dispensa por el ascendiente premuerto de la reserva del binubo en el Derecho anterior al Código Civil.*

Entre las excepciones a la reserva viudal señaladas por los juristas castellanos, siguiendo el criterio de los autores de Derecho común, se hallaba la dispensa del ascendiente premuerto.

Esta dispensa fué examinada en las dos modalidades de su expresión. La del legado dispuesto en contemplación de tales nuevas bodas y la expresa dispensa para contraérlas.

a) Se había puesto en duda si el *quinto* que un cónyuge legase a otro era o no reservable en caso de que el legatario contrajera segundas nupcias (294). La tesis afirmativa fué la acepta-

(294) MIGUEL DE CIBUENTES: (*Glossa sobre las leyes de Toro*. Medina del

da (295). Pero, al sumarse a ella, Acevedo (296) recogió la salvedad de que no habría reserva si el legado se hubiese dispuesto en previsión de estas nuevas nupcias: «vt quotiescunque maritus centum reliquit uxori si vidualiter vixerit, et quinquaginta si nupserit, nam tunc cum cesset dicta praesumptio, et constet de voluntate contraria testatoris volentis quinquaginta habere si nupserit: illa 50 haberit, si nuptias secundas contraxerit».

b) Pero el tema fué principalmente tratado al enfocar la autorización concedida en testamento o en otra forma al cónyuge superstite para contraer nuevas nupcias.

La eficacia de dicha licencia para excluir la reserva fué aceptada por Diego Castillo (297), Cifuentes (298), Antonio Gómez (299), Matienzo (300), Acevedo (301), el padre Tomás Sánchez (302), Juan Castillo Sotomayor (303).

Contra esta común opinión se mostraron Francisco Sarmiento (304) y Antonio Pérez (305)

Campo, 1555, Ley XV, núm. 2, vers. *In secundo casu principali*, fol. 18) expuso los argumentos en favor y en contra. Entre los primeros: que si del quinto el padre podía excluir a los hijos en favor de un extraño, no había razón para considerar al cónyuge viudo de peor condición que al extraño. Pero se decidió por la común opinión, a causa de su *ratio*, de que se trata de un caso especial en el cual el cónyuge es de peor condición que cualquier extraño.

(295) DIEGO CASTILLO: (*Utilis et aurca glosa... super legis Tauri*. Metimnae Campi, 1553, núm. 8, fol. 82); ANTONIO GÓMEZ: Op. y luc. cit., núm. 2, fol. 60 vto.); JUAN GUTIÉRREZ: (*Practicarum Quaestionum Leges Regias*. Salamanticae, 1589, lib. II, *Quaest.* XCV, núm. 4.º, fol. 221 vto.); ALFONSO DE ACEVEDO: (*Comentaria juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, t. III, ed. Lugduni, 1737, lib. IV, tit. I, lex IV, Tauri, 15, núms. 21 y 22, pág. 15) y el PADRE TOMÁS SÁNCHEZ, S. J.: (*De Sancto Matrimonio Sacramento Disputatio*. Cordubae, 1604, l. VII, disp. LXXXIX, núm. 14, pág. 308), así lo entendieron.

(296) Op. y loc. cit., núm. 26, pág. 15. FONTENELLA (*Tractatus de Pactis Nuptialibus*, t. II, Lugduni, 1667. Cl. V, flos. VIII, Pars. XI, núm. 37, pág. 175) recoge esta misma solución de FRANCISCI STEPHANI, para llevarla del Derecho común a Cataluña.

(297) Op. y loc. cit., núm. 5, vol. 81 vto.

(298) Op. y loc. cit., núm. 2, vers. *Secundo limita*, fol. 17 vto.

(299) Op. y loc. cit., núm. 6, fol. 61 vto.

(300) JUAN MATIENZO: *Comentaria... in librum quintum recollectionem legum Hispaniae* (Mantuae Carpetaniae, 1957), lib. V, tit. I, l. 3, glos. 2, número 43, fol. 33.

(301) Op. y lex. cit., núm. 36, vers. *et haec prima limitatio ampliatur*, página 17.

(302) Loc. cit., núm. 49, pág. 314.

(303) Op. y loc. cit., núms. 83 y 85 y ss., pág. 18 y ss.

(304) FRANCISCO SARMIENTO: *Interpretationum Selectarum*. (Antuerpiae, 1616.) lib. I, cap. IV, núm. 3, pág. 19.

(305) ANTONII PEREZII... *Praelectionones in duodecim libros Codicis Justinian* (ed. Nevisina Venetiis, 1773), lib. V, tit. IX, núms. 19 y 20 (t. I, pág. 198). «Sed verius, poenas illas adhuc vim suam retinuisse, cum non tam advindictam punitionem que terdant, quam ad utilitatem liberorum, ex prioribus nuptiis suceptorum, quibus leges maxime prospicere voluerant, ne propter secundas nuptias defrauderetur» (núm. 19). «Quid ergo si superstes coniux ex voluntate defuncti contraxerit secundas nuptias. Sane praedicas poenas non effugiet, quandoquidem per posteriorem nuptias non tam defuncto, quem ejus liberis iterans injuriam faciat».

El *quid* de la cuestión se buscó naturalmente en la *ratio* de la reserva. Sarmiento y Antonio Pérez señalaron que no siendo el fin perseguido por la reserva el castigo de la injuria inferida al marido por las segundas bodas (306), sino la defensa de los hijos del primer matrimonio (307), no puede estimarse excusada ésta por la licencia del cónyuge premuerto.

Sin tratar de la eficacia de esta licencia, Diego Pérez de Salamanca (308) afirmó como *ratio* de la reserva «quod videatur fratribus superstibus ex primo matrimonio injuria facta» (309). Pero parece que el criterio respaldado por la común opinión no se apoyó en esa contraposición excesivamente elemental. Los hijos están protegidos por la institución de las legítimas y los del primer matrimonio en Derecho común lo estaban, además, por la ley *Hac edictali*. La verdadera *ratio* de las reservas—como observaron Acevedo (310) y Castillo Sotomayor (311)—reside en la presunta voluntad del cónyuge premuerto, de cuya falta de previsión expresa se preocupa la ley, que la suple estimando lo que normalmente hubiera ordenado el difunto si hubiera previsto las segundas nupcias de su cónyuge supérstite.

(306) Esta *ratio* fué la aceptada, v. gr.: por DIEGO CASTILLO (loc. cit., número 5, fol. 81 vto.); CIFUENTES (loc. cit., núm. 2, vers. *Un secundo casu principali*, fol. 18); PALACIOS RUVIOS (*Glossmata...*, lex XV, núm. 6, fol. 16 vuelto); MELCHOR PELÁEZ DE MIERES (*Tractatus maiotatum et meliorationum Hispaniae*. Granatae, 1557. Quaest LIV, fol. 200 vto.).

(307) Ver, v. gr.: COVARRUBIAS: *In Librum Quartum Decretalium Epitome*, Pars. I, cap. III, § 9.º, núm. 5 (ver, Opera Omnia c. Lugduni, 1584, página 1149); LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia* (Corchae, 1597), t. II, trac. II, disp. 431, col. 1.162 B, y HIERONYMO DE CAEVALLOS: *Speculum aureum opiorum comunium contra communes* (Venettis, 1604), Quaest 742, núms. 4 a 7, fol. 115.

(308) DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA: *Comentario in quator posteriores libros Ordinationem Regni Castellae*, lib. V, tit. III, ley 1.ª b, vers. *Tertia: Mater plurens habens filios*, pág. 100.

(309) El PADRE TOMÁS SÁNCHEZ: (Op. y disp. cita., núm. 2, pág. 304) señala que *duplex est ratio* de la reserva viudal: «Prior, de injuriam priori viro et filiis illatam, per transitum ad secunda vota... posterior ratio est... Quod aequitati naturali et rationi consonat, ut bona prioris viri laboribus quaesita, non cedant in vitrici aut ejus filiorum utilitatem, sed reserventur filiis conjugis, quid illa adquisivit.» Pero añade que esta segunda *ratio*, por sí sola, no sería suficiente. Los bienes procedentes de su segundo cónyuge no tiene que reservarlos la viuda, si no contrae nupcias, a favor de los hijos del segundo matrimonio, sino que puede disponer de ellos favoreciendo a los hijos del primero. Y, sin embargo, esa segunda razón debería jugar tanto en este caso como en el contrario. No es, pues, según el razonamiento del Padre Sánchez, sólo la razón de equidad, invocada por Sarmiento, la razón fundamental de la reserva, sino la injuria de las ulteriores bodas.

(310) Loc. cit., núm. 22, pág. 15: «Quorum respectu maritus legatum aliud uxori fuit, putans cum ipsis primis liberis ipsam vivituram, et secundas non appetituram nuptias, et ut in memoriam legati ei relictis affectionem primi mariti, et recordationem habere quae si sciret in vita maritus uxorem suam non habituram, non ei relinqueret legatum.»

(311) Loc. cit. núm. 92, pág. 19: «Aut quae iniquitas considerari poterit in hoc, quod bene prioris viri laboribus quaesita, plena iure uxori reserventur, vel ab illa in alios voluntatem acquirantis, sed ex voluntate potius illius contingit.»

Esta verdadera razón de la reserva clásica no la precisan en su justo punto todos los autores de finales del siglo XVIII y del siglo XIX anteriores al Código civil.

De una parte, excluyen la reserva por estimar perdonada la injuria de las segundas nupcias en caso de autorización para contraerlas: Febrero (312)—criterio que respetan en sus versiones Marcos Gutiérrez (313) y Tapia (314)—Alvarez Posadilla (315), Llamas y Molina (316) y Escriche (317). Entre los autores que excluyen la reserva en ese caso, únicamente Sala (318) deja de considerarla a través de la idea de exclusión de la injuria.

Febrero estimó equivalente a este supuesto el caso de que el marido al tiempo de hacer la donación a la mujer «expresa que en ningún caso quiere que quede obligada a reservarla, ni su importe, sino que la haga suya como si fuera patrimonial».

La opinión contraria la observamos en Vicente y Caravantes (319), Aguirre y Montalbán (320), García Goyena (321), el mismo con Gómez de la Serna y Montalbán (322), Benito Gutiérrez (323), Cárdenas (324), Domingo de Morató (325) y Navarro Amandi (326).

(312) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Theorico Practica de Principiantes*. Madrid, 1781, parte segunda, lib. II, cap. V, § II, núm. 20, vol. II, 2.º, pág. 348).

(313) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ: *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*. Madrid, 1805, p. II, l. II, cap. V, § II, núm. 19, t. IV, página 148.

(314) EUGENIO DE TAPIA: *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas* (Nueva ed. Valencia, 1837), t. I, lib. II, lit. II, cap. XXVI, núm. 17, pág. 580.

(315) JUAN ALVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las Leyes de Toro*. Madrid, 1796, ley XV, pág. 125.

(316) SANCHO LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, t. I, 3.ª ed. Madrid, 1853, ley 15, núm. 48, página 293.

(317) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (3.ª ed. Madrid, 1847), voz «Bienes reservables», pág. 449.

(318) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho real de España* (2.ª ed. Madrid, 1820), lib. II, tit. VIII, núm. 16, pág. 232.

(319) Nota 2.ª en la página 293, al núm. 48 del Comentario de LLAMAS Y MOLINA a la Ley 15 de Toro.

(320) FLORENCIO GARCÍA GOYENA Y JOAQUÍN AGUIRRE: Fátafo adicionado al número 1.994 de su revista del *Febrero o Librería de Jueces, Escribanos, Abogados*, t. I, 4.ª ed. Madrid, 1852, pág. 583.

(321) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, t. I, apéndice núm. 10. Bienes reservados, número 12, pág. 367.

(322) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos del Derecho civil y penal de España*. t. II, Madrid, 1881, núm. 198, pág. 133.

(323) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III. Madrid, 1863, lib. III, cap. V, sección IV, § V, art. 5, pág. 657.

(324) FRANCISCO DE CÁRDENAS: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España*. Madrid, 1852, pág. 107.

(325) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1868, núm. 1.486, nota 1, página 251.

Todos ellos afirman que la finalidad de la reserva clásica no es la de castigar injuria alguna, sino la de proteger a los hijos del primer matrimonio.

No obstante, Benito Gutiérrez (337), Aguirre y Montalbán en sus adiciones al Febrero (328), Gómez de la Serna y Montalbán (329) y Domingo de Morató (330) reconocieron también como fundamento de la reserva la presunción de que el padre no quería que sus hijos tuviesen que dividir su patrimonio con otros hijos extraños.

Pacheco (331) se situó en una tercera postura posiblemente más acorde con la verdadera finalidad de la reserva viudal. La licencia dada por el cónyuge premuerto al supérstite para contraer nuevas bodas—innesecaria para contraerías—no la estimó suficiente para excluir la reserva. Pero juzgó posible su dispensa expresa, disponiendo de un modo implícito «que queda exenta y relevada de tal resolución». A su juicio: «Si de hecho el marido premuriendo lo dispuso así; si declaró de este modo que lo dado a su mujer había sido plenamente a ella por ella misma y no por consideración a sus hijos, por ser la madre de sus hijos, parecemos que en tal caso no podría la ley llevar su acción a donde de ordinario la lleva, y que no podría presumirse un motivo para interpretar la voluntad, explícitamente rechazado y denegado por esta voluntad propia.»

37. *La reserva por el cónyuge binubo de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio en el Derecho castellano anterior al Código.*

La Ley 15 de Toro dispuso expresamente la extensión al marido binubo de las reservas impuestas a la mujer binuba. Esta fué la finalidad de esa ley. Palacios Rubios (332), Antonio Gó-

(320) MARIO NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, t. I, Madrid, 1880, artículo 1118, pág. 582.

(327) Op y loc. cit., art. 2, pág. 645, *in fine* y ss. «Se presume que el donante no habría hecho (la liberalidad) hija exclusiva de cariño y que se presume que el donante no habría hecho, si *hubiese podido* prever que iba a convertirse en perjuicio de su propia sangre, que habría de enriquecer a los hijos de un segundo matrimonio.» Por eso... «tienen razón los que opinan que la Ley la ha establecido en beneficio de ellos con la presunción de que nunca debió ser el ánimo del donante privar de los bienes a que el nacimiento les daba irresistible derecho y que sin su liberalidad debía constituir y aumentar su patrimonio».

(328) Vers. de GARCÍA GOYENA Y AGUIRRE: vol. cit., núm. 1977, pág. 580

(329) Op. y vol. cit., núm. 188, pág. 126.

(330) Op. y vol. cit., núm. 1482, pág. 248.

(331) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO: *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, t. I, Madrid, 1862, ley XV, núms. 32 a 35, págs. 224 y ss.

(332) *Glossemata*, lex XV, núm. II, fol 41.

mez (333), Covarrubias (334), Velázquez de Avendaño (335), Tello Fernández (336), Matienzo (337), Spino (338), observaron que la general opinión de los autores de Derecho común había consagrado dicha extensión, conforme a la glosa de la ley *Generaliter* del Tit. *De secundis nuptiis* del Córigo, pero lo cierto es que ninguna norma legal lo disponía expresamente. Por eso se estimó oportuna la ley XV de Toro que «voluit exprese hoc decidere et determinare».

Esa finalidad determinante del único sentido normativo de esta ley ha de ser la base para su interpretación.

Los juristas clásicos de Castilla la tuvieron muy presente. Ello explica la significación que dieron a la referencia hecha en dicha ley a la obligación del binubo de reservar lo que «hererare de los hijos del primer matrimonio». La ley de Toro no intentó reformar el Derecho común que en este punto prevalecía en el foro y tenía fuerza de ley en la práctica desde la Pragmática de los Reyes Católicos de 1509. Sólo trató de aclarar la extensión de la reserva viudal al marido.

Los casos en que ésta tenía lugar no pretendió variarlos, y al referirse a lo heredado de los hijos del primer matrimonio se remitió a aquello que conforme al Derecho debía ser reservado. Esa interpretación no ofreció duda alguna a los autores contemporáneos e inmediatos a la promulgación de las leyes de Toro. Bien claramente lo expone uno de sus principales artífices, Juan López de Palacios Ruvios (339). Como sintetizó Castille Sotomayor (340), «quod praedictae leges regia in nihilo alterarunt seu mutarunt ius commune, solum enim determinat id quod erat dubium, an pater transiens ad secundas nuptias, deberet reservare filiis, quod ex successione alicuius acquirerat sicut mater tenebatur».

Por lo tanto, no es de extrañar que para determinar qué bienes debían ser reservados de los heredados por el binubo de un hijo del anterior matrimonio acudieran a la Novela 22, Cap. 46 y a la *Authentica ex testamento*.

Antes de las leyes de Toro Gregorio López (341), al glosar

(333) Loc. cit., núm. 4, fol. 61.

(334) DIEGO COVARRUBIAS A LEYVA: *Intitulum: De testamentis interpretatio*, II parte, cap. III, § X, núm. 7 en *Opera Omnia* (ed. Lugduni, 1584), t. II, pág. 1150.

(335) LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Fernando et Joana Hispanorum régibus faelicis recordationis utilissima glossa sequitur*. Toledo, 1588, Ad lex XV, n.º 1, fol. 37.

(336) *Prima pars comentariorum in Constitutionem Taurinas* (Granatae, 1566, lex XV, núm. 1, fol. 118).

(337) Op. cit. y lex IV, golss. I I, núm. 1, fol. 34 vto.

(338) DIEGO SPINO: *Speculum Testamentorum* (Francfortae, 1600), golss. prima principalis, núm. 33, pág. 194.

(339) *Glossenata...*, lex cit., núm. 1, fol. 41.

(340) Loc. cit., núm. 66, pág. 17.

(341) Glosa 4.ª a la ley 26, tit. XIII, pág. 5.ª

la ley 26, Tit. XIII de la 5.<sup>a</sup> Partida y dictaminar—siguiendo a Aretino—que la reserva vidual era asimismo aplicable a la abuela binuba, aclaró «que así como la madre que pasa a segundo matrimonio queda únicamente privada de la propiedad de los bienes que adquirió de su padre el hijo al cual ella sucedió *abintestato*, y no de los que dicho hijo adquirió de su abuela (342), como lo nota Bartolo en dicha *authentica ex testamento*; de la misma suerte, a la abuela materna en igual caso deberá privársele únicamente de la propiedad de aquello que al nieto provino de los bienes de su abuelo» (343).

Esta doctrina, que delimita el carácter reservable de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio a aquellos que reúnan la doble condición de ser procedentes del cónyuge premuerto (344) y de ser heredados abintestato por el binubo (345), es aceptada e indiscutida por los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.

(342) Fue común opinión que la madre binuba no debía reservar los bienes heredados de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiera recibido del abuelo paterno. Así lo recogieron ANTONIO GÓMEZ (núm. 2, fol. 60 vto.), el P. SÁNCHEZ (loc. cit., núm. 23, pág. 391) y FARRADORIO (*Diff. CXXI, § II*, pág. núm. 5). Lo contrario opinaron MATIENZO (loc. cit., núm. 15, fol. 31) y LUIS DE MOLINA. S. J. (op. cit., vol. II, Disp. 163, *Tertio observatur*, col. 918 B).

(343) La aplicación de la reserva clásica al abuelo o abuela binubos, respecto los bienes heredados abintestato por el binubo de un nieto y que éste hubiera recibido gratuitamente de la abuela o abuelo premuertos—pero no, en este supuesto, los habidos del padre o madre—la vemos discutida por DIEGO CASTILLO (lex. cit., núm. 1.º fol. 80 vto.) y aceptada por MATIENZO (gl. cit., número 15, fol. 33). La S. de 11 marzo 1861 rechazó la reserva en este caso. Criterio criticado por A. CHARRIN al contestar una consulta en la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (t. 84, primer semestre 1894, *Reserva de bienes con sujeción a la legislación anterior y al vigente Código civil*, pág. 291 y sig.)

(344) Ni siquiera se estimaron reservables los bienes de procedencia del cónyuge premuerto que un hermano hubiera recibido de otro por legado de tercio y que del hermano legatario hubiera heredado la madre abintestato, pues, según CASTILLO SOTOMAYOR (núms. 60 y 61, pág. 16): «quod cum haec tertia pars, non proveniret ex substantia patris, sed ex patrimonio fratris dimanaverit, reservari non debet tametsi mater ad secundas convalescerit nuptias. Quod autem ex paterna substantia non videatur provenire, suadet natura dictionis, ex qua causam proximam immediatam.» Y, por ende, aquellos bienes discutidos «non tam ex paterna substantia quae ex fraterna dicatur provenire».

En parecidos términos se expresó el P. TOMÁS SÁNCHEZ (loc. cit., núm. 22, pág. 309).

(345) La opinión expuesta por BALDO al glosar la ley *Mater*, que distinguía según el hijo hubiere fallecido antes o después de las segundas nupcias de su padre o madre, se desestimó por la común opinión, que a la ley *Mater* contrapuso la auténtica *Ex testamento* como derogatoria de aquella. (Ver DIEGO CASTILLO, núm. 3, fol. 81; CIFUENTES, núm. 2, vers. *in segundo casu*, fol. 17 vto.; ANTONIO GÓMEZ, núm. 2, fol. 10 vto.; TELLO FERNÁNDEZ, núm. 217, fol. 65 vto.; ACEVEDO, núm. 39, pág. 17; P. SÁNCHEZ, Disp. LXXXIX, núm. 42, pág. 313).

Palacios Ruvios (346), Diego Castillo (347), Diego Pérez de Salamanca (348), Cifuentes (349), Antonio Gómez (350), Matienzo (351), Tello Fernández (352), Juan Gutiérrez (353), Ayerve de Ayora (354), Luis de Molina, S. J. (355), Spino (356), Acevedo (357), el padre Tomás Sánchez, S. J. (358), Castillo Sotomayor (359), Parladorio (360), estuvieron plenamente concordes en concretar la reserva a los bienes procedentes del cónyuge premuerto, que el binubo hubiere heredado abintestato de un hijo del primer matrimonio y en no admitirla con respecto de los que hubiere heredado testamentariamente del hijo.

El problema de si debía ser reservada la legítima heredada por el ascendiente binubo apenas fué planteada por los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.

Para ellos la legítima no era un *tertius genus* de delación, ni necesariamente se recibía abintestato; su montante podía ser atribuido por institución testamentaria y sólo se defería *abintestato* a falta de testamento válido en todo o en la parte debida (361).

Por eso el problema de si la reserva abarcaba la legítima del ascendiente binubo quedaba comprendido en la más genérica distinción establecida según la recibiera testamentariamente o *abintestato*. En este caso, tanto por falta de testamento o de testamento que dispusiera de ella, como por preterición o desheredación injusta, la legítima la recibía *abintestato* (totalmente o en parte) (362). Matienzo (363) admitió la reserva en este último

(346) PALACIOS RUVIOS: *Repetitio rubricae et capituli Per vestras, de donationibus inter virum et uxorem* (Lugduni, 1538), § 50, núm. 35, vers. *Adde quod ista.*, fol. 49 vto., y *Glossemata*..., lex XV, núm. IX, fol. 41 vto.

(347) Loc. cit., núm. 3, fol. 81.

(348) Loc. últ. cit.

(349) Op. y lex cit., núm. 2, fol. 17.

(350) Loc. cit., núm. 2.º, fol. 60 vto.

(351) Loc. últ. cit., lex III, gloss. II, núms. 15, 17 y 18, fols. 30 vto. y 31.

(352) TELLO FERNÁNDEZ: *Prima pars comentariorum in constitutionem Taurinas* (Granatae, 1566), lex sexta, núm. 51, fol. 64 vto.

(353) JUAN GUTIÉRREZ: *Practicorum Quaestionum circa Leges Regiae Primae partem Novae Collectionis Regiae* (Salmanticae, 1589), Lib. II. Quaest. XCV, núm. 4, fol. 211 vto.

(354) ANTONIO AYERVE DE AYORA: *Tractatus de Partitionibus bonorum* (ed. Valercia, 1766). Pars. III, Quaest. XV, núm. 52 (pág. 251).

(355) Op. cit., vol. I, Tract. II, Disp. 163, *Tertio observa.*, col. 918 B.

(356) Op. cit., gl. *prima principalis*, núm. 53, pág. 194.

(357) Loc. cit., núm. 39, pág. 17.

(358) Op. cit. Disp. XXXIX, núm. 18, pág. 309, y núm. 41, pág. 313.

(359) Loc. cit., núm. 9, pág. 11.

(360) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: *Quotidianarum Differentiarum* (Nuove ed. Coloniae Allobrogum, 1761). Diff. CXXI, § 1, núm. 10, pág. 356.

(361) Ver nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 2, pág. 18, y § 5, pág. 50, y en «A. Dr. Civ.», IV-II, págs. 435 y ss. y 458 y ss.

(362) Véase en los mismos *Apuntes*, I, 5.º, págs. 45 y ss. («A. Dr. Civ.», IV-II, págs. 463 y ss.) esa hipótesis excepcional de sucesión *pro parte testato et pro parte intestato*.

(363) Loc. cit., lex III, glosa II, núm. 41, fol. 33.

supuesto. Asimismo Sarmiento (364), Acevedo (365) y el padre Sánchez (366), que aclararon que también era reservable la legítima obtenida *abintestato* (es decir, sea *extra* o *contra tabulas*) por el bínubo de un hijo del primer matrimonio si comprendía bienes del cónyuge premuerto (367).

A partir del siglo XVIII comienzan las confusiones en ésta como en otras materias (368). Para nuestro actual tema sólo nos interesa constatar el porqué de aquéllas que al mismo se refieren. 1.º Por una parte, se sufre la influencia de la escuela exegética; su totalitarismo legal de influjo napoleónico todo lo quiere extraer del texto literal de las leyes. 2.º De otro lado, la finura jurídica romana no es comprendida por bastantes autores, que toman por delación legal lo que sólo es una limitación dispositiva que puede ser respetada por la voluntad del causante y entonces es plenamente eficaz, o bien que puede ser desobedecida, y entonces anula o restringe la disposición desobediente y la suple corrigiéndola con la sucesión intestada en todo o *ex parte*.

a) El primer defecto dió lugar a que se leyera la ley 15 de Toro con olvido de su *ratio* y de su sentido dispositivo y que de ella se quisiera deducir más de lo que quiso disponer. Es decir, deteniéndose en su texto como si en él se hallara la plenitud de la ordenación castellana de la reserva clásica, con olvido de que sólo trató de complementar el régimen de Derecho común, disipando toda posible duda acerca de su aplicación al padre bínubo. En ese error incurrió paradójicamente un historiador del Derecho como Cárdenas (369). «Comprende también dicha ley—escri-

(364) Op. cit., Lib. VIII, cap. XII, núm. 2, pág. 401: «quod ad hoc onere imposito matri (la reserva) in bonis sui filii ab intestato delatis quae patris sui fuerunt non eximitur legitima ipsius matris, nam neque legitiman suam extero poterit relinquere».

(365) Loc. cit. núm. 54: «Quid tamen, si mater... heredavit ab intestato legitiman unius ex filii primi matrimonii...».

(366) Loc. cit. Disp. LXXXIX, núm. 19: «ut etiam procedit, in legitima jure debita parenti superstite, ex illis bonis paternis, in quibus filio ab intestato succedit, eam enim tenetur reservare filiis prioris matrimonium».

(367) Esta opinión es la que, deduciéndola de VOET, PÉREZ y ZOESIO, estima aplicable JOSÉ PELLA y FORGAS (*Código civil de Cataluña*, tomo IV, Barcelona, s. f., art. 969, págs. 87 y sig.), que claramente distingue al efecto la legítima recibida *ab intestato* de la recibida testamentariamente. (BORRELL i SOLER—*Dret Civil vigent a Catalunya*, vol. V-II, Barcelona, 1825, § 514, núm. 5, pág. 460—no interpreta exactamente al criticarla la afirmación de PELLA y FORGAS, porque no observa la distinción que presupone entre la legítima habida *extra* o *contra tabulas* de la habida *secundum tabulas*.)

(368) Así lo vemos en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II, § 1.º B. b., págs. 132 y sig., y § 2.º D. a., págs. 163 y sig. (o en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, V-IV, págs. 1360 y sig., y 1394 y sig.), y en *Fideicomisos a término y condicionales y en la cláusula así sine liberis decesserit* en el *Derecho Histórico de Castilla y en el Código civil*, II, § 1.º F. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-III, págs. 803 y sig.

(369) FRANCISCO DE CÁRDENAS: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen* (Madrid, 1852), pág. 106.

bió refiriéndose a la Ley 15 de Toro—entre los bienes reservables los heredados por el cónyuge superviviente de sus hijos del primer matrimonio, y como no distingue entre heredados por testamento y heredados *abintestato* y tan heredados son los unos como los otros, ambos deben comprenderse en la calificación de reservables» (370).

b) Al segundo defecto se dió lugar por contemplar la legítima como una institución positiva y no meramente negativa o de freno. Retroceso respecto al Derecho romano, que como toda regresión jurídica supuso una aproximación al Derecho germánico, más burdo y pobre en matices, y que en este caso correspondía al modelo francés a la sazón de moda. Gran parte de los autores estimaron que el cónyuge viudo debía reservar no sólo los bienes procedentes del premuerto (371) que hubiera heredado *abintestato* de algún hijo del primer matrimonio (372), sino también, en todo caso, los integrantes de los dos tercios de legítima que incluso en la sucesión testada correspondían a los padres por ministerio de la ley. Esa opinión la inició—no sin dudar—Febrero (373) y la siguieron Alvarez Posadilla (374), Llamas y Molina (375), Escriche (376), Benito Gutiérrez (377)—este

(370) En cambio, otros autores, como LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., ley XV, núm. 41, pág. 291), GARCÍA-GOYENA (*Concordancias...*, vol. y apéndice cit., págs. 564 *in fine* y sig.), recordaron y reconocieron expresamente que la ley XV de Toro sólo trató de aclarar que la reserva viudal alcanza al padre igual que a la madre.

(371) ALVAREZ POSADILLA (loc. ult. cit.) no hizo distinción alguna por razón del carácter profecticio o adventicio de los bienes que el viudo heredara de sus hijos del primer matrimonio por ministerio de la ley. En cambio, FEBRERO (op. vol. cit., Parte 2.ª, Lib. II, Cap. V, § 1, núm. 33, págs. 355 y sig.) mantiene la opinión clásica de que la madre viuda no debe reservar los bienes que hubiere heredado *abintestato* de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiese recibido por legado de un hermano, aunque procedieran, a través de éste, del premuerto padre.

(372) La S. de 11 noviembre 1861 estima que no eran reservables los bienes que el abuelo viudo hubiere heredado de un nieto descendiente de su primer matrimonio.

(373) JOSEPH FEBRERO (op. vol. cit. Parte 2.ª, Lib. I, Cap. V, § II, núm. 17, pág. 346) dice: «Bier, que no obstante la disposición de las Auténticas, dudo que atenta la ley 6 de Toro, haga suya (la madre viuda) más que la tercera parte, de la que el hijo puede disponer libremente, y en la que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto *ex testamento* como *abintestato* sin diferencia, ya quiera, o no el hijo dexárselas, por lo que no le sucede en ellas por su mera voluntad como en la tercera, sino *ex necessitate juris*; y así me parece que estarán sujetas a reservación.»

Ver igualmente las versiones de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, P. I, T. I., Cap. V, § único, núm. 2 (T. I., pág. 220) y P. II, Lib. II, Cap. V, § 2, núm. 15 (T. IV, págs. 146 y sig.); de TAPIA, Lib. II, T. II, Cap. II, núm. 12 (T. I., págs. 385 y sig.) y de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE MONTALBÁN y de VICENTA Y CERVANTES, núm. 1981 (T. I, pág. 581).

(374) Op. cit., ley XV, pág. 126.

(375) Op. cit., ley XV, núms. 37 a 40, págs. 120 y sig.

(376) Op. cit. vol. I, loc. *Bienes reservables*, pág. 449.

(377) Op. cit., vol. III, Lib. I I, Cap. VI, Sec. IV, § final, art. 3.º, pá-

con vacilaciones—, La Serna y Montalbán (378), Pacheco (379), Sánchez de Molina (380) y Navarro Amandi (381).

El criterio clásico lo vemos conservado por Sala (382), Martí de Eixalá (383), García Goyena en sus *Concordancias* (384), Domingo de Morató (385) y Vico (386).

Morató invocaba a favor de esta tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1856. A ella cabe añadir la sentencia de 26 de enero de 1874.

38. El proyecto de 1851 en su artículo 801 reglamentaba la reserva de los bienes que el binubo hubiese habido de un hijo de su anterior matrimonio en virtud de alguno de los títulos expresados en el artículo 800. Es decir, «por testamento, donación u otro cualquier título lucrativo incluso el de legítima». El artículo 804 excusaba la reserva de las cosas dadas y dejadas por los hijos a su padre o madre, sabiendo que estaban segunda vez casados. El Proyecto de 1882, en sus artículos 978 y 979 siguió el mismo criterio, que ha sido recogido en el Código civil en sus artículos ap. 969, § 1.º y 970, ap. 2.º, respectivamente.

Dice el artículo 969: «*La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer*

gina 653, concluye que: «es la opinión más aceptable en la práctica, no obstante que lo contrario parece inferirse de la ley de Toro, pues su cláusula para que guarde armonía con otras leyes debe interpretarse con esta limitación.»

(378) Op. cit., vol. II, núm. 194, pág. 130.

(379) Op. y vol. cit., ley 15, núms. 38 y 39, págs. 226 y sig.

(380) JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil Español en forma de Código* (2.ª ed., Madrid, 1873), núm. 1.052, pág. 244.

(381) Op. y vol. cit., art. 1.118, pág. 580 y sig.

(382) Op. y vol. cit., Lib. II, tit. VIII, núm. 15, pág. 231.

(383) RAMÓN MARTÍ Y DE EIXALÁ: *Tratado elemental del Derecho civil Romano y Español* (Barcelona, 1838). T. I, Lib. II, P. I., Cap. VII, Secc. III, pág. 379.

(384) Vol. IV, Ap. 10, *Bienes reservados*, pág. 366: «La ley de Toro, de paso, y dando por supuesta esta reserva, usa de la palabra «heredados», que así puede cuadrar a la sucesión testamentaria como a la intestada; yo creo, sin embargo, que quiso significar la segunda, porque se refería a la práctica introducida por los comentaristas del Derecho Romano.»

(385) Op. y vol. cit., n.º 483, 2.º, pág. 249. A su juicio: «siendo esta materia tomada de las leyes romanas a ellas debemos acudir para completarla en los detalles y vacíos que han dejado nuestros legisladores; y en el Derecho romano así estaba expresamente prevenido. A más de que, si lo que los hijos dan por testamento a personas extrañas no está sujeto a gravamen de reservación, no parece regular que lo que dejan a su padre o madre tenga menor beneficio.»

(386) JUAN DE DIOS VICO Y BRAVO: *Manual Teórico del Notariado* (Madrid, 1883). Tit. VII, Cap. III, XX, págs. 108 al final y sig. Afirma que las leyes españolas no determinan cuáles bienes heredados de los hijos debe reservar el binubo, pero que «la costumbre tiene establecido que sólo los bienes perfectivos del hijo, adquiridos por sucesión intestada, y no los demás, pues si el padre o la madre los adquieren por virtud del testamento, se extiende para el efecto de las reservas que suceden como extraños.»

matrimonio y ...» El aludido artículo anterior ordena la reserva de lo recibido por el binubo de su cónyuge premuerto «por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo».

Y el artículo 970 prevé que: «Cesará la obligación de reservar cuando ... o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre sabiendo que estaban segunda vez casados.»

La redacción transcrita y el hecho de que el texto del Código no aluda a la autorización por el cónyuge premuerto o por los hijos comunes a las segundas nupcias del supérstite, ni a la expresa exclusión de la reserva por disposición del premuerto esposo, exige un replanteamiento de las dos cuestiones que hemos venido contemplando en la reserva clásica.

a) A pesar de la opinión contraria de Cadabal (387) parece evidente que es reservable lo heredado testamentariamente o recibido a título de donación por el binubo de un hijo de matrimonio anterior. Y no sólo los bienes que hubieran sido profecticios, sino también los que el hijo hubiese obtenido con el carácter de adventicios (388).

De ese modo, tratándose de los bienes integrantes del montante de la legítima del binubo en la herencia de un hijo del primer matrimonio, tanto si los hubiese recibido a través de donación, legado o comprendidos en la institución de heredero, sólo es discutible su carácter reservable cuando su atribución la hubiera dispuesto dicho hijo sabiendo las segundas bodas de su ascendiente (389). Fuera de ese supuesto, todo el interés de la matización del concepto de *bienes habidos por ministerio de la ley* ha sido trasladado a nuestro artículo 811.

b) La otra cuestión, relativa a la permisón de las segundas bodas, sigue manteniendo mayor interés en la reserva viudal.

(387). DR. MANUEL R. CADABAL: *Reservas. Artículo 909 del Código Civil*, en «Rev. Dr. Priv.», X (diciembre 1923), págs. 361 y sigs. Apoya su tesis en los precedentes históricos; en la Base 18, que ordenó que en materia de reservas se desenvolviesen con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente; en el comentario de GARCÍA GOYENA al art. 861 del Proyecto de 1851, precedente del vigente 970, y en la *ratio* del precepto.

(388) No obstante, según CADABAL (loc. últ. cit., págs. 364 y sig.), el criterio clásico debe entenderse vigente con una racional interpretación del artículo 969 C. c.

(389) REDONDO REINOSO (*Bienes reservables*, en «La Reforma Legislativa», XIX, núm. 983—noviembre 1890—, pag. 354); SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-III, núm. 25, pag. 1887); MANRESA (*Comentarios...* cits. Vol. VII—6.ª ed., revisada por BONET RAMÓN, Madrid, 1943—, arts. 968 a 980, II, página 268), estiman que la legítima, por ser adquirida *ex necessitate iuris* y no por obra de la libre voluntad, no puede entenderse incluida en el supuesto excepcional del ap. 2.º del art. 970 C. c. Criterio que olvida que la legítima sólo se atribuye *ex lege* cuando el causante no la dispone *ex voluntate*. La dificultad sólo estribará, en algún caso (donación, institución o legado de la legítima exclusivamente), en determinar cuándo la voluntad es libérrima o cuándo solamente existe mero acatamiento de la ley.

Habíamos visto que el cónyuge premuerto—según la opinión dominante entre los autores de los siglos XVI, XVII y XVIII—podía excluir la reserva *expresamente*, v. gr., disponiendo de un legado o haciendo donación con previsión de su eficacia aunque contrajera nuevas nupcias el cónyuge legatario o donatario, o *tácitamente*, autorizándole las ulteriores nupcias.

(Tratándose de bienes procedentes de un hijo del matrimonio anterior, no había lugar a duda respecto a la exclusión de la reserva por voluntad expresa o tácita de los hijos heredados, toda vez que limitada la reserva a los bienes habidos abintestato, esa voluntad liberatoria evidentemente debía faltar.)

La dispensa de la reserva por todos los hijos supérstites, bien sea expresa (por renuncia) o tácita (por consentimiento de las nuevas nupcias), cuando se trataba de bienes procedentes del cónyuge u otro hijo premuertos, constituyó un tema distinto. Del mismo modo, eran cuestiones diversas: la referente a la exclusión de la reserva de bienes procedentes del cónyuge premuerto dispuesta por este mismo a favor de su supérstite esposo, de una parte, y la relativa a la dispensa de la reserva, tanto de bienes de la propia procedencia del cónyuge premuerto como de los habidos de hijos comunes, tácitamente deducida por la autorización concedida al supérstite por su premuerto esposo para contraer nuevo matrimonio.

Nos parece certera la crítica que los autores que más influyeron en la labor codificadora, desde la redacción del Proyecto de 1851 a la del propio Código, hicieron con respecto a la eficacia concedida al consentimiento de las ulteriores nupcias. Si éstas no constituyeron una injuria para el cónyuge premuerto ni para los hijos comunes, aquel consentimiento—innesesario para traerlas—no podía borrar una injuria no cometida ni cancelar una pena inexistente.

Pero, nos parece excesivo pretender que la *ratio* de la reserva vidual es puramente la de proteger a los hijos comunes, incluso contra la voluntad del cónyuge o de los hijos comunes premuertos de quienes procedían los bienes. Si estos bienes pudieron ser dejados a un extraño, no parece que exista razón suficiente para entender que no hayan podido transmitirse libres de reserva al cónyuge, o padre o madre, binubo.

La reserva vidual, por lo tanto, sólo puede justificarse a través de la presunción legal de que el cónyuge premuerto si hubiese previsto las ulteriores nupcias de su supérstite no le hubiese donado, legado, ni instituido heredero, en posible perjuicio de sus hijos comunes. Criterio que la ley extiende a sus propias disposiciones, es decir, a la sucesión intestada.

El artículo 970 C. c., confirma esta *ratio*. Lo legado o dejado *mortis causa* por un hijo del primer matrimonio al binubo no es reservable cuando se dejó conociendo las segundas nupcias. Cri-

terio muy semejante al ya sostenido por Baldo, al glosar la ley *Si mater*.

Logicamente, si no debe estimarse sujeto a reserva lo dejado al binubo por los hijos comunes cuando éstos conocen las nuevas bodas, tampoco deberá juzgarse reservable lo dejado al superviviente por el cónyuge premuerto preveyendo la posibilidad de esas ulteriores bodas e incluyendo este supuesto en la eficacia de su disposición u ordenándola precisamente en atención al mismo.

Esa exclusión de la reserva por disposición comprensiva del supuesto de las nuevas nupcias, no puede tener, racional y lógicamente, menor valor que la exclusión tácita prevista en el artículo 970.

El Código civil no previene estos supuestos. Por eso deben resolverse a tono con la *ratio* de la reserva, en concordancia con las disposiciones del propio Código (art. 970, en este caso), y, en último análisis de acuerdo con el carácter restrictivo que tradicionalmente se ha asignado a la interpretación en materia catalogada de odiosa, como la de las reservas.

Navarro Amandi (390), muy poco después de la entrada en vigor del Código civil, replanteó el viejo problema de la repercusión de la licencia para contraer nuevas nupcias, en estos términos:

«Si el cónyuge premuerto autorizó al sobreviviente para contraer segundo matrimonio, ¿existirá la obligación de reservar? El proyecto de 1851 resolvía especial y afirmativamente esta cuestión ¿Por qué se ha borrado del Código aquel precepto? ¿Por qué no se admite su doctrina? ¿Por qué admitiéndola no se juzga necesaria la declaración? Nuestro antiguo Derecho guardaba silencio, como el Código, acerca de este punto, y los intérpretes se dividieron...»

No lo resolvió éste autor (391) y tampoco distinguió entre ese supuesto y el que ahora nos interesa de la disposición hecha con previsión expresa de las segundas nupcias.

En cambio Manresa (392) y Scaevola (393) la plantearon y la resolvieron negativamente.

Según el primero: «La misma solución expresada en el artículo 970 parece que debía adoptarse, por existir idéntica razón, cuando el cónyuge premuerto consignase en su testamento que no se reservasen los bienes o determinados bienes a sus hijos aun-

(390) NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código Civil*. T. II (Madrid, 1890), art. 970, Cuestión 2.ª, pág. 418.

(391) Respondieron negativamente a la primera pregunta FALCÓN (op. y vol. cit., pág. 403), y BURÓN (op. y vol. cit., núm. 1.105, pág. 181). Ninguno de los dos trató de la expresa exclusión de la reserva ni de la provisión de la eficacia de la disposición, no obstante las ulteriores nupcias.

(392) *Comentarios...* Vol. VIII cit., arts. 968 a 980, II, pág. 269.

(393) Op. cit., vol. XVI I (5.ª ed., revisada por PUIG PEÑA, Madrid, 1944) art. 969, 3.º, págs. 236 y sig., y art. 97, 3.º, pág. 203.

que el sobreviviente contrajere segundo matrimonio; pero refiriéndose la ley solamente a las cosas dadas o dejadas *por los hijos*, no cabe esta interpretación extensiva, porque al fin el derecho se establece en favor de los descendientes y de ese derecho no puede privarles su padre o madre, no declarándolo la ley de un modo expreso. Lo que sí ocurrirá en tal caso es que los descendientes, si aceptan la herencia del cónyuge premuerto como sucesores en sus obligaciones, deberán respetar cuanto ordenó en su testamento y no podrán reclamar la constitución de la reserva».

Scaevola es más rotundo. A su juicio: «Todas las disposiciones legales en la materia de sucesiones son de interés público. No hay condición ni pacto ni evasiva que pueda borrar ni amenazar los derechos concedidos en ella a determinadas personas. La obligación de reservar que se impone al cónyuge viudo es también uno de estos asuntos de interés social que no pueden quedar al arbitrio de los testadores. Habría pues, de considerarse como pena la reserva y ni aun así cabría encomendar al capricho de un cónyuge su imposición o su perdón, porque esto equivaldría a poner en manos de los particulares funciones que, con razón o sin ella, se han reservado la sociedad y el poder público».

Solución que extiende a los supuestos en que «el marido y el hijo donan o transmiten por testamento alguna cosa a la mujer bajo la condición de que se case nuevamente».

Ninguna de las razones expuestas nos parece aceptable.

El argumento de Scaevola es falso en su misma base. Buena parte de las disposiciones legales en materia sucesoria no son de derecho necesario y menos aún de orden público. Si las relativas a la reserva viudal lo son o no, lo ha de decir su *ratio*. Y esa *ratio* no es, contra lo que dice Manresa, la protección de los hijos del primer matrimonio en términos tales que se imponga no sólo a la voluntad del binubo sino incluso a la expresada por el cónyuge premuerto o por el hijo del primer matrimonio de quien recibió los bienes. La *ratio* es precisamente la presunción legal de que la donación o el legado no se hubiesen otorgado si el disponente hubiera previsto que con las ulteriores bodas se perjudicaría a los hijos comunes. De lo contrario no se explicaría esa excepción segunda del artículo 970, basada precisamente en una presunción legal contraria sentada para el caso de que la donación o el legado sean ulteriores a las segundas nupcias y hechos o sostenidos por los hijos con conocimiento de su celebración. Por eso, Scaevola (394) se muestra perplejo al comentar ese apartado del artículo 970, en clara contradicción con su personal criterio.

La razón de Manresa de que no cabe interpretar extensivamente la excepción del artículo 970, es contradictoria con el criterio clásico de interpretar las reservas restrictivamente y, por lo

tañto, sus excepciones extensivamente. Además, no puede estimarse como interpretación extensiva la aplicación, hecha a supuestos en que la *ratio* es idéntica y no más amplia. Es decir; sería extensiva la aplicación de la excepción del apartado segundo del artículo 970 si se aplicase a los supuestos de mera autorización de las ulteriores nupcias concedida sin prever la eficacia de la liberalidad dispuesta. Pero, si existe esa expresa previsión, la aplicación al supuesto del artículo 970, apartado 2.º, podrá ser extensiva respecto la letra, pero no respecto la *ratio*, con relación a la cual será meramente aplicativa (395).

Excluidas, como fundamento de la reserva, por los autores modernos, así la ofensa al cónyuge premuerto como el castigo por las segundas nupcias, se alegan estas dos razones para justificarla (395 bis).

1.ª) «La justa esperanza de los hijos de un matrimonio a suceder, con exclusión de otras personas, en los bienes que pertenecieron al padre, madre o hermanos legítimos premuertos».

Pero esta «*justa esperansa*» está limitada por la posibilidad del causante de disponer de la parte no legítima, respecto la cual esas esperanzas pueden ceder incluso ante extraños.

2.ª) «La presunta voluntad de estas personas (padre madre o hermanos legítimos premuertos), quienes al transmitir sus bienes por título lucrativo al cónyuge padre o madre sobreviviente, es de presumir que lo hicieran, aun en la herencia intestada, con la intención de que, muerto el adquirente, sucedieran en ellos sus hijos o hermanos legítimos, no los que pudiese tener de otro matrimonio o de otra unión ilegítima (396).

(395) La opinión contraria es defendida por MONTA (loc. cit., pág. 85). Pero su argumentación se reduce a estimar que «el hecho de que no exista una disposición análoga (al art. 970) excluyendo de la reserva los bienes que fueron donados o dejados en testamento por el cónyuge premuerto o por sus parientes previniendo y declarando intrascendente, el hecho de contraer el donatario posteriores nupcias, impide conceder demasiada significación al comartado artículo 970». Pero esta afirmación se apoya en considerar excluido lo no regulado literalmente. Criterio interpretativo más a tono con la metodología meramente exegética que con la finalista.

(395 bis) Ver BURÓN, op. y vol. cit., núm. 1.100, pág. 174.

(396) Respecto de los bienes heredados abintestato después de contraídas segundas nupcias de un hijo del primer matrimonio, no puede sostenerse que se hallen incluidos entre los dejados por éste al padre o madre vívidos sabiendo que estaban por segunda vez casados, a que se refiere el art. 970. Lo impiden las siguientes consideraciones:

1.º) El antecedente histórico, vigente en Castilla en el momento de promulgarse el Código civil, de la ley *Feminae* (Cod. V-XI, 3, § 1.º) y del Capítulo XLVII, § 2.º de la Novela XXII; sin que nada indique—como dice la Sentencia de 25 de febrero de 1914—que el artículo 970 se hayan propuesto reformar, en cuanto a este particular, nuestro régimen tradicional y la jurisprudencia a su tenor establecida.

2.º) No puede afirmarse que el hijo que muera abintestato deja voluntariamente sus bienes a quienes le hereden. Al contrario, se trata de un caso típico de imprevisión que la reserva trata de corregir. Aunque la ley, al regular la sucesión intestada, atiende a la normal intención del finado—como re-

Esta razón, según lo expuesto, es el único fundamento determinante de la reserva viudal. Por ello, cuando quede desvirtuada tal razón, tampoco la reserva deberá tener lugar (397).

39. Trasladando a la reserva lineal del artículo 811 la cuestión que acabamos de tratar, nos hallamos con los siguientes problemas:

a) ¿Pudo el ascendiente, o el hermano de quien proceden los bienes, dejar prevista la exclusión de la reserva lineal, o determinado el destino de aquellos bienes prescindiendo de lo dispuesto en el artículo 811 C. c.?

b) ¿Pudo conceder esa dispensa u ordenar eficazmente tal previsión el descendiente heredado?

¿Podrán aquéllos dispensarla o desviarla? V. gr.: Supongamos que el padre ordenó que aunque su viuda heredara abintestato de su hijo los bienes que éste hubiera recibido por donación

gía general objetiva—, dada su situación familiar genérica, no puede decidirse que suponga una voluntad tácita individual y subjetivamente considerada, sino a lo más que atiene a una voluntad legalmente presunta, o *facta*, que significa la ausencia de verdadera voluntad en el sujeto. Lo que es incompatible con la acción expresada por el artículo 970 C. c., que en su propio contexto se muestra contrario a toda deducción de una voluntad no expresamente declarada.

3.º El criterio del Tribunal Supremo en la expresada S. de 25 febrero 1914, que repite en su primer considerando la S. 21 enero 1922.

(397) En un magnífico dictamen, nuestro querido compañero FAUSTO NAVARRO AZPEITIA (28 noviembre 1945) afirmó que el legado ordenado por la testadora a favor de su esposo para el caso de que contraiga segundas nupcias tiene la calidad de reservable. A su juicio, en esta cláusula no hay relevación expresa de la reserva, como en cambio estima que la había en la licencia para contraer nuevas nupcias. Nuestra opinión es la contraria. Estimamos que el legado ordenado a favor del viudo en propiedad para el supuesto de contraer nuevas nupcias, significa una expresa previsión excluyente de la reserva. Mientras la licencia para contraer segundas nupcias puede estimarse como una disposición de carácter meramente moral o sentimental, que cabe juzgar insuficiente para excluir la reserva, ya que esta institución está basada en la presunta voluntad del premuerto con respecto a sus hijos, más que con respecto a su juicio de la conducta de su cónyuge superviviente.

Claro que NAVARRO AZPEITIA apoya su opinión, más que en el expuesto argumento, en su plena y arraigada convicción de que no es posible la dispensa de reservar en virtud de declaración de voluntad o de dación de consentimiento por un cónyuge. Porque estima fundamentalmente que el derecho creado por la reserva en favor de los hijos del primer matrimonio y de sus descendientes, no puede quedar a merced de la disposición de su padre o madre premuertos; sin que pueda resultar suficientemente suasoria la invocación al derecho que el padre o la madre tienen de disponer, excepto de la legítima, a favor de extraños y con mucho más motivo a favor del cónyuge que vuelva a casarse. Porque se halla en vigor en Cataluña (el dictamen se refiere a una sucesión regida por el Derecho vigente en esa región), la famosa y conocida ley *Hæc edictalis*, de los emperadores León y Antemio (C. V-IX, 6), que niega precisamente esta libertad en favor del segundo consorte en perjuicio de los hijos del primero; y no ha de olvidarse que dicha ley figura bajo la rubrica *De secundis nuptiis*, y que en su párrafo 1.º, como adición a sus disposiciones principales, regula los derechos que la mujer obligada a reservar puede ejercer sobre los bienes reservables para el caso de contraer segundo matrimonio; lo cual quiere decir que, inspirando ambas partes de la ley un solo

o heredado del mismo padre disponente, no estaría obligada a reservarlos. O que previniendo esa hipótesis hubiera ordenado expresamente el destino de los bienes, para después de la muerte de aquélla, disponiendo un fideicomiso.

Es evidente que en estos casos no existirá el *azar imprevisto* justificante de la reserva lineal del artículo 811. Tratándose de bienes de libre disposición del ascendiente de quien procedían nos parece indudable la eficacia de su previsión.

Dichos bienes eran de su libérrima disponibilidad y pudo dejarlos a cualquier persona, ajena o no a su familia o a su línea. La única duda ocurre si suponemos que los bienes de que el ascendiente premuerto dispuso gratuitamente a favor del descendiente, correspondían a éste por su legítima. El ascendiente no puede limitar ni gravar la legítima de sus descendientes; pero, excusar la reserva ¿es gravar la legítima?; prevenir lo que pueda no ser previsto por el descendiente ¿es limitar su disponibilidad? Evidentemente no, siempre que además aceptemos que, con respecto a su legítima, el descendiente pueda revocar la dispensa de la reserva o modificar la previsión de su ascendiente premuerto.

40. El examen de la eficacia de la previsión del descendiente, requiere que precisemos lo que el artículo 811 quiere significar al hablar de «los bienes que hubiera heredado por ministerio de la ley» (398).

pensamiento, y teniendo iguales razones fundamentales, han de tener aplicación para las situaciones que ambos específicamente regulan idénticas limitaciones a la libertad dispositiva testamentaria, cuando conducen a obtener igual resultado y a prevenir los mismos posibles perjuicios para los hijos de nupcias anteriores».

Pero tampoco este argumento nos convence. Las limitaciones de la ley *Haec catalani* se imponen al viudo y no al cónyuge premuerto. Y la dispensa que éste haga de la reserva no excluye la limitación de la *Haec edictali*. De modo que no existe incompatibilidad ni antinomia entre la posibilidad de dispensar la reserva y la imperatividad de la *Haec edictali*. Inspirada ésta en la protección legal directa e imperativa de los hijos de las anteriores nupcias, mientras aquélla se apoya en la presunta voluntad del cónyuge premuerto.

Por eso, PARÉS (*La Notaría*, I, III, Barcelona, 1911, págs. 237 y sigs.) afirmó rotundamente que es posible la dispensa expresa de la reserva: 1.º Por lo dispuesto en la Novela XXI, cap. 2.º, deduciendo'o *sensu contrario* del siguiente inciso: «Mas si el testador no hubiere dicho o dispuesto nada que ya no haya sido establecido en las leyes anteriores, ni ordenado cosa alguna contra las leyes generales, entonces tendrá lugar esta ley nuestra...». 2.º En que el fundamento de la reserva es la presunta voluntad del padre en favor de los hijos del primer matrimonio, que falla si hay disposición expresa en contrario. 3.º En el principio de la libertad de testar que informa el sistema sucesorio catalán. 4.º Y en considerar las reservas como complementarias de la sucesión y no como pena.

(398) La expresión *heredado por ministerio de la ley* plantea otras cuestiones, además de la que tratamos en el texto. Así, v. gr.: la que hemos señalado en la nota 291, de si los bienes obtenidos en virtud de la reserva han de considerarse adquiridos por ministerio de la ley, y por ello, en caso de ser el reservatario otro ascendiente, si nace otra nueva reserva que le convierte en un segundo reservista. Otra, la de si ha de estimarse que falta ese capi-

No todos los autores han estado de acuerdo en la extensión que debe darse a la reserva:

a) Según algunos (García Lastra, La Cueva) abarca cualquier título sucesorio.

sito, expresado con las palabras que nos ocupan, cuando el ascendiente presunto reservista no acepta la herencia de su descendiente.

La Sentencia de 19 de noviembre de 1910 excluyó la reserva en caso de repudiación por el ascendiente de la herencia del descendiente. En su 2.º Considerando declara, que «sólo procede apreciarse la existencia de ese derecho cuando se dé el caso y circunstancias que reclama el texto claro y explícito del referido artículo, figurando en primer término la de que los bienes calificados de reservables hayan sido adquiridos por el ascendiente obligado a reservar».

En su tercer Considerando argumentó y declaró: «que cuando falta ese requisito, sea cualquiera el motivo, porque la ley no distingue más causa de extinción de la reserva, como se afirma, lo que ocurre es que se imposibilita su nacimiento, y, por lo tanto, no se producen los derechos eventuales a favor de los que hubieran de ser reservatarios, aparte de que no se establece excepción alguna, nunca estaría justificada respecto a la renuncia, cuando el ascendiente obligado a reservar lo haga de su cualidad de heredero del descendiente, porque es perfectamente válida conforme a los artículos 4.º, párrafo 2.º, y 988 del Código civil, que declaran el primero renunciabiles todos los derechos concedidos por las leyes o no ser esta renuncia contra el interés y el orden público o en perjuicio de tercero, *salvedad* esta última que no alcanza a los reservatarios, los cuales no pueden llegar a serlo, sino mediante la circunstancia esencial de que el ascendiente herede al descendiente, y más aún cuando, como se reconoce con acierto, aquéllos no pueden obligar al ascendiente a la aceptación de la herencia del último, toda vez que a tenor del segundo precepto, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, no puede aplicarse al caso actual la doctrina de que los derechos son renunciabiles, pero no las obligaciones, porque la debatida no es absoluta e independiente como quiera que proceda de un contrato o de fuente análoga de la obligación pura, sino legal e impuesta tan sólo como gravamen inherente a la utilidad que reporta el ejercicio del derecho de aceptación de la herencia de que es correlativo, ni tampoco las reglas de interpretación permiten entender establecida semejante presunción en favor de un privilegio, *en cuanto ataca la facultad de libre disposición, como lo es la reserva y nada menos que modificando para ello las bases cardinales del derecho sucesorio y con especialidad la del artículo 988, ya citado*».

Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en la reticientísima Sentencia de 1 de febrero de 1957. El caso en ella contemplado fué el siguiente: La descendiente, que había heredado de su padre bienes procedentes del abuelo paterno, falleció intestada sin dejar descendencia; su padre renunció a su herencia, y, en virtud de esa renuncia, el viudo de la descendiente fué el único heredero abintestato de ésta. Demandó un tío paterno de la descendiente, reclamando aquellos bienes de la herencia de ésta, que procedían del padre de la misma, de quien era hermano el demandante, y tanto el Juzgado de Montefrío como la Audiencia de Granada desestimaron la demanda. Por ello, interpuso recurso de casación, en el que alegó, entre otros motivos: 1.º Viciosa aplicación del artículo 811 e infracción de los artículos 4.º y 988. y que en contra no se puede aducir la Sentencia 19 noviembre 1910, porque en el caso por ella contemplado no había parientes dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes. 2.º Infracción de los artículos 811, 601, 657 y 440 C. c., de los que resulta que los derechos a la sucesión de una persona se adquieren en el momento de su muerte. El recurso fué rechazado.

Según el 2.º Considerando de esta Sentencia del Tribunal Supremo, el criterio restrictivo con que ha de ser interpretado el artículo 811, exige que sólo procede apreciar la reserva que el mismo prescribe, cuando expresamen-

b) No han faltado quienes (Pascual Sanz, José María García) han circunscrito la reserva a la sucesión intestada.

te se det. el caso y circunstancias que reclama el texto claro y explícito del precepto aludido, figurando en primer término la de que los bienes calificados de reservables hayan sido adquiridos por el ascendiente obligado a reservar.»

El 3.º Considerando añade, que cuando no concurre este requisito, «no llega a darse el nacimiento del derecho eventual a la reserva que pudiera ostentar el presunto reservatario, porque éste no puede, al ocurrir el fallecimiento del descendiente causante, atribuirse el carácter de heredero del mismo, sino que ha de recibir los bienes que constituyen la reserva, precisamente por conducto del ascendiente que directamente los heredó de su descendiente y sólo al tiempo de la muerte de dicho reservista, por lo cual al faltar este legalmente indispensable enlace quedó rota la trayectoria de los bienes e imposibilitado el futuro ejercicio por el reservatario de un derecho que no ha llegado a tener realidad jurídica eficaz».

Y el 4.º Considerando ratifica que la renuncia que haga el ascendiente de su cualidad de heredero del descendiente es perfectamente válida, conforme a los artículos 4.º, § 2.º, y 988 C. c., pues la salvedad del perjuicio de tercero no alcanza a los reservatarios, «porque la doctrina legal enseña que los derechos de los terceros que pueden ser perjudicados por la renuncia son los derechos con vigor y eficacia actuales en el momento de efectuarse la renuncia, no los futuros o eventuales, y el derecho de los reservatarios no llega a tener vigencia sino al producirse la circunstancia esencial de que el ascendiente herede al descendiente y de que aquél premuera al presunto reservatario, y, por otra parte, los reservatarios carecen de facultad para obligar al reservista a aceptar la herencia del descendiente...», «sin que tampoco pueda alegarse que, aunque sean renunciables los derechos no lo son las obligaciones, porque esta tesis, que puede tener su lugar más adecuado de aplicación al tratarse de los recíprocos derechos y obligaciones de un contrato bilateral, carece de pertinencia en casos como el presente, en los que, si bien es cierto que el reservista tiene la obligación de reservar, esta obligación no nace, conforme al espíritu del tantas veces repetido artículo ochocientos once del Código civil, hasta el momento en que el mentado reservista acepta la herencia de su descendiente deferida con tal condición y no dándose el hecho antecedente, supuesto que la repudiación de la herencia es válida en virtud de las notas de libertad y voluntad del renunciante que proclama el artículo novecientos ochenta y ocho del ordenamiento sustantivo civil, queda sin valor jurídico alguno la correlativa consecuencia, esto es, la obligación de reservar que aquel anteriormente citado precepto legal establece».

Aun cuando no se planteó la cuestión de que tratamos en la Sentencia de 7 noviembre de 1927, se dice ocasionalmente en uno de sus considerandos, que «esta forma excepcional de suceder no puede tener efecto sin que el ascendiente haya adquirido los bienes que su descendiente obtuvo a su vez de otro ascendiente o de un hermano por título gratuito, y que si la adquisición no se realizó por cualquier motivo, incluso por renuncia del ascendiente, no tiene lugar la reserva, según la doctrina de la jurisprudencia».

Por el contrario, la Academia Matritense del Notariado al interpretar el artículo 811. en su sesión de 30 mayo 1894 había aprobado esa conclusión: «El ascendiente obligado a reservar puede repudiar la herencia de su descendiente, pero no desaparece la reserva por éste hecha» (ver folio 105 del Libro de actas). En el acta anterior de 23 mayo (fol. 133 vto.), aparecen tres votos en contra de la segura parte de esta conclusión emitidos por GARCÍA LASTRA, DARIO BUGALLAL y MONREAL.

En febrero de 1910, pocos meses antes de dictarse la Sentencia de 19 noviembre de 1910, DÍAZ CORDERA (*op. cit.*, XV, G., págs. 259 y sigs.) había dictaminado en el mismo sentido del fallo del Tribunal Supremo de 1910 y con análogos argumentos, un caso muy semejante. Invocó también este ilustre letrado el artículo 988, así como el 992 C. c.

A su juicio «esa cualidad de reservatarios no nace hasta que el padre he-

c) Algunos otros (Ruilópez, Modesto Conde, Zorrilla Caballer) creen que en la herencia intestada sólo es reservable la mitad de la herencia.

*reda* los bienes, que por este motivo quedan sujetos a la reserva, lo cual sólo sucede después de aceptada la herencia, lo que entonces adquieren es en realidad una esperanza sujeta a la contingencia de que sobrevivan al ascendiente reservista, de tal modo que si premueren a éste, dicha esperanza desaparece y nada transmiten a sus herederos». Y ataja la invocación del artículo 1.001, porque se refiere a un caso que ofrece diferencias esenciales con el presente. «Allí se concede la facultad de aceptar la herencia en nombre del heredero, que la renuncia en su perjuicio, a los acreedores, para que no se les prive de los medios materiales de hacer efectivos derechos adquiridos, perfectos y quizá declarados; y tanto es así, que esa aceptación sólo aprovecha a los acreedores en cuanto basta a cubrir el importe de sus créditos, adjudicándose el remanente que resultare a las personas a quienes corresponda, según las reglas establecidas en el mismo Código... Aquí la aceptación forzosa habría de ser por la totalidad, sin otra finalidad positiva que la de asegurar el derecho eventual de los supuestos reservatarios...»

Y Díaz Cobeña rechazó la aceptación forzosa en beneficio de esos pre-suntos reservatarios, «porque de admitir esa teoría habría de admitir también que nadie que tuviere herederos forzosos podría renunciar las herencias que en él recayesen, puesto que al hacerlo defraudaría las legítimas esperanzas de aquéllos, impidiendo que a la muerte del renunciante le sucedieran en los bienes procedentes de los mismos».

Como secuela de la publicación de la Sentencia de 19 noviembre 1910, aparecieron dos trabajos en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Primer Semestre 1912, tomo 120), que sostuvieron opiniones opuestas. ENRIQUE PÉREZ ARDÁ (*Otro caso de reserva*, págs. 27 y sigs.) discrepó del fallo del Tribunal Supremo, replicando a su argumentación: 1.º: que «en puridad de doctrina no cabe identificar los casos de renuncia y de inadquisición de herencia, que tan diversos efectos producen, sin ir más lejos para el ejercicio del derecho de representación (art. 929) y el de los acreedores del heredero (art. 1001); 2.º: «porque de lo imprevisito por el legislador no es lícito sacar partido en pro del espíritu de un texto legal», y 3.º: «porque el criterio impugnado se presta al abuso que seguramente, originó la litis mencionada, o sea, que el ascendiente para beneficiar a la nieta renuncia la herencia del otro descendiente, en perjuicio de los parientes de la línea materna, como un deudo: podría hacerlo en daño de sus acreedores». A su juicio, si se estima «la obligación de reservar únicamente una de las caras, la cara negativa del problema de la reserva, y de que la otra cara, la positiva, es la del derecho que a los bienes tienen los parientes trozqueros, no hay manera de votar en su contra, porque influye de suyo la consideración de que ese derecho nace *al morir el descendiente en las condiciones consabidas*; cuyo derecho depende, pura y exclusivamente, de que haya *ascendiente sucesor del descendiente* y no puede quedar a merced del ascendiente sobreviviente, como no está ninguno supeditado a la voluntad del que ha de prestar la obligación correlativa».

VICTORIANO ROSADO MUNTILLA (*Sobre un caso de reserva*, págs. 219 y sigs. de la *R. G. L. J.*, 120), replicó a PÉREZ ARDÁ. Su análisis de los antecedentes que determinaron la creación de la reserva lineal y de la finalidad perseguida, le lleva a concluir que «es sencillamente una condición legal de la legítima de los ascendientes, unida a ella de tal modo que no existe desde el momento en que no haya tal legítima, condicionada y reglamentada por la reserva».

En la *Revista de Derecho Privado* (julio-agosto 1956), EVARISTO LOUZAO (*La Reserva del artículo 811 del Código civil*, t. III, págs. 231 y sigs.) aplaudió la doctrina de la Sentencia 19 noviembre 1910.

La tesis que niega la reserva en caso de renuncia del ascendiente a la herencia del descendiente, también la vemos sostenida por MANRESA (*Comentarios...*, vol. VI, art. 811, IV. C. 4.º, pág. 314), SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, VI-II,

d) En la opinión más corriente, comprende íntegramente la sucesión intestada, y en la testada sólo la mitad correspondiente a la legítima.

num. 101, c. 1.ª, pag. 1040) y MUCIUS SCAEVOLE (*op. cit.*, vol. XIV, art. 811, G. c, págs 350 y sigs.). Los tres insisten que esa renuncia no implica la extinción de la reserva, sino que imposibilita el nacimiento de los derechos eventuales de los reservatarios, que sólo llegan a nacer si el ascendiente acepta la herencia.

Sin embargo, nunca han faltado escritores que sólo a regañadientes han aceptado la exclusión en este caso de la reserva. Así OSSORIO y GALLARDO (Prólogo a la citada obra de *LA CUEVA*, págs. 10 y sigs.) preguntó: «¿no se advierte la incongruencia de que el patrimonio pase de una rama a otra por el hecho accidental de que el padre no sobreviva al hijo o de que renuncie a la herencia de éste?» (pág. 12). Claro que la pregunta puede formularse en sentido contrario, tanto en caso de repudiación como en el de premorencia. CARMELO DE MOTA (*loc. cit.*, págs. 115 y sigs.) señala que el ascendiente puede perseguir tres finalidades al repudiar la herencia de su descendiente: a) La simple no aceptación; b) Impedir la situación de incierta titularidad que la reserva supone, provocando la libre e inmediata adquisición de los bienes por los mismos frustrados reservatarios; c) Eliminar el derecho de los reservatarios en beneficio de otras personas. La validez de esa repudiación le parece evidente, pero en el tercer caso la cree próxima al fraude de ley. RICARDO ALVAREZ ABUNDANCIA (*Reserva troncal eludida*, en «Rev. Dr. Priv.», XXXVII, enero 1953, págs. 33 y sigs.), entiende que: «Ante el tablero legal del artículo 811, el candidato a reservista puede hacer, repudiando la herencia, una especie de entronque jurídico, determinando que ocupen su posición, pero sin el jaque a la reserva, sus hijos de un segundo matrimonio con exclusión definitiva de los parientes (del grado y línea señalados) del descendiente causante.»

Recientemente VILLARES PICÓ (*Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811, del Código civil*, en «Rev. Crit. de Der. inmov.», XXXII, enero febrero 1956, págs. 68 y sigs.), no se ha contentado con estimar que la doctrina de la Sentencia de 19 noviembre 1910, sea consecuencia de un fallo del legislador. Pero no se conforma con juzgar injusto que los derechos de los prestatos reservatarios se esfumen, por la renuncia del ascendiente, ante los derechos abintestado de los hijos del segundo matrimonio de éste, o bien de un hijo natural del descendiente (que se antepondría a los hermanos de éste), o de la esposa del mismo descendiente (preferente abintestado a los tíos de éste). A su juicio, la construcción conceptual de la reserva hecha, por la Sentencia de 8 junio 1954, había destruido las bases fundamentales de la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo y fundamentado otras nuevas. Entiende que en ella, «la reserva lineal, salvo diferencias accidentales, se asimila a la sustitución fideicomisaria condicional y que el derecho del reservatario es legítimo; es legítima impuesta por la ley como intangible para el mismo descendiente, aunque teste, y para el ascendiente, al que esta reciente sentencia le niega el derecho a mejorar a cualquiera de los reservatarios, a los que considera, por tanto, como herederos forzosos, y que será irreficaz toda actuación en cualquier forma altere el destino de los bienes preordenado por la ley, y la renuncia puede considerarse, por esto mismo, como actuación del reservista conducente a frustrar el destino de los bienes reservables» (pág 71). Por eso, afirma que si «el reservista o fiduciario», «deja de serlo por renuncia preventiva o abdicativa de la herencia del descendiente, se cumplirá la condición si entonces existen parientes que puedan ser reservatarios, quienes adquieren definitivamente los bienes reservables, cumpliéndose así los propósitos del legislador», pero, «si en el momento de la renuncia no hubiese reservatario, se tendrá que aplazar el momento de poderse cumplir la condición hasta el fallecimiento del reservista, para ver si entonces existe algún reservatario *noudum conceptus*» (págs. 72 y 73).

VILLARES PICÓ usa el método dogmático de inversión para llegar a este

e) Y, finalmente, tenemos la tesis que admite, en todo caso, la reserva íntegra en la sucesión íntestada y que en cuanto la legítima distingue según haya sido atribuida o no testamentariamente y, en el primer caso, según se haya limitado la disposición a ser un simple acatamiento o reconocimiento de la voluntad legal, o bien explícita o implícitamente implique una atribución voluntaria en la que la intención liberal prevalezca sobre la obligación legal.

A) *Tesis que aplica la reserva tanto a la sucesión íntestada como a la testada.*

En primer lugar vamos a ocuparnos de la tesis que mayor extensión ha atribuído a la reserva.

resultado. Lo mismo que para sostener su tesis de la reserva repetida en el caso de que otro ascendiente sea reservatario. Contra el valor de este método interpretativo nos hemos definido, una vez más, en la introducción del presente trabajo. Ahí hicimos notar que un exceso dogmático de la Sentencia 1 de abril 1914, respecto la reserva clásica, fué recogido en materia de la reserva lineal por las Sentencias de 8 julio 1942 y 17 abril 1946. El desvío dogmático es más grave aún en la Sentencia 8 de junio 1954, que, además, se aparta de la calificación normativa del 811 seguida hasta entonces íntegramente por el Tribunal Supremo y que de nuevo ha reiterado acertadamente en la reciente Sentencia 1 febrero 1957. (Ver § 2, núm. de este trabajo.) Sobre la base de esa desviación, construye VILLARES PICÓ.

Teleológicamente el artículo 811 sólo trata de corregir el desvío que en la trayectoria de los bienes de procedencia familiar inmediata de un descendiente se produce por la adquisición *ministerio legis* de un ascendiente. Si falta esta adquisición, por repudiación o por cualquier otra causa, no sólo falta un presupuesto literal para la aplicación del artículo 811 sino, además, la razón finalista de su aplicación.

La circunstancia de que la renuncia del descendiente puede determinar la preferencia de los medio hermanos, o del cónyuge del descendiente con respecto a sus tíos de la línea de procedencia de los bienes, o incluso, la del hijo natural del descendiente frente a los hermanos de éste, cabe referirla igualmente al caso de comoriencia de descendiente y ascendiente, o de premoriencia de éste, tal vez, por poquísimo tiempo. Se trata de una evidente falta de armonía entre las reglas de la sucesión abintestato y las del artículo 811. La interpretación restrictiva que corresponde al 811, como *ius singulare*, impide aplicar éste fuera de su *ratio*. Por lo demás, esta desarmonía también podría alegarse en sentido contrario, pretendiendo la inaplicación del artículo 811, aunque heredara el descendiente, si perjudicase a los medio hermanos, como han sostenido GAYOSO ARIAS y TOMÁS ALBI.

Caben aún otras cuestiones:

¿*Quid* si el ascendiente fallece sin haber repudiado ni aceptado, expresa o tácitamente, la herencia de su descendiente.

La cuestión fué discutida en la *Revista de los Tribunales*, por FAUSTINO MENÉNDES PIDAL y DE MONTES («Si existe la reserva del art. 811 del Código civil falleciendo el reservista antes de aceptar la herencia», t. LVIII, núm. 43, 25 octubre 1924, págs. 449 y sigs.; «*Sigue sobre el art. 811 del Código civil*», t. LIX, núm. 9, 28 febrero 1925, págs. 97 y sigs., y «*Más sobre el art. 811 del Código civil*», núm. 42, 17 octubre 1925, págs. 425 y sigs.) y NARCISO RIAZA («*Dictamen en contra*», t. LVIII, núm. 43, 8 noviembre 1924, págs. 473 y sigs.; *Duplica*, t. LIX, núm. 22, 30 mayo 1925, págs. 97 y sigs., y núm. 23-6, junio 1925, págs. 253 y sigs.). Tanto el primero (ver. LIX, pág. 100) como el segundo (t. LIX, pág. 255), son de la opinión de que la repudiación del ascendientes excluye la reserva. El caso de que éste muera sin haber acep-

Quien primero la sostuvo fué García Lastra en la Academia Matritense del Notariado (399), pero ignoramos sus argumentos, pues no los recogió el acta de la sesión en que la mantuvo.

Posteriormente para defender ese criterio maximalista de la reserva, se ha intentado desviar o desvirtuar el significado de la expresión «los que hubiere adquirido por ministerio de la ley».

Dos caminos se han seguido para ello:

a) La Cueva y Donoso (400)—resucitando una opinión que ya había sido defendida y abandonada por Alcubilla (401)—opinó que las palabras transcritas no se refieren al tránsito del descendiente al ascendiente reservista—reglado ya por las primeras palabras del precepto: «El ascendiente que *heredare*»—, sino a la anterior transmisión del otro ascendiente o del hermano al descendiente.

El artículo 796 del Proyecto de 1862 antecedente del actual 811, tenía esta redacción: «*El ascendiente que heredare abintest-*

tado ni repudiado la herencia del descendiente es el supuesto sobre el cual discuten.

MENÉNDEZ PÉDAL planteó el caso de que la madre fallezca horas después de heredar de un hijo bienes procedentes del padre. La otra hija, ¿es heredera de su madre?, o ¿es heredera de su hermana? ¿Se produce o no la reserva? A su juicio, no (t. LVIII, pág. 451). RIAZA (LVIII, pág. 477) interroga a su vez «y si la hermana fuese sólo de madre?»; y dictamina que «aunque el ascendiente sólo viva un instante hay reserva». Pero aquél replicó (LIX, pág. 100) que si el medio hermano repudiase en nombre de la madre, fallecida sin aceptar ni repudiar, no habría reserva y aquél heredaría directamente.

Hacemos gracia a los lectores de los argumentos puramente dogmáticos de uno y otro polemista. El punto clave de la discusión radica en si el hermano puede repudiar, conforme al artículo 1.006, como heredero de su madre y aceptar en nombre propio la herencia del descendiente. Si simplemente repudiara la herencia de su madre, quienes en su virtud la heredarían directamente, sin duda que podrían repudiar en nombre de ésta la herencia del descendiente, a quien entonces heredaría libremente aquel hermano.

Todo ello parece en cierto modo un juego, en el que la aplicación o no del artículo 811 depende de la voluntad de uno de los interesados o de sus parientes de rama diferente a la de los bienes. Por ello, nos parece que resultarían más serias las soluciones, en uno u otro sentido, que fueran independientes de la actividad de los herederos del ascendiente. Ante la duda, el criterio restrictivo de la interpretación del artículo 811, nos hace preferir la solución negativa cuando el heredero o herederos de la madre fueran también herederos directos del descendiente de no heredarle aquélla. Resultado que en el supuesto cuestionado parece depender de la exclusiva voluntad de ellos.

(399) Sesión Académica de 21 febrero de 1894. Ver el correspondiente Libro de Actas, folio 124.

(400) *Op. cit.*, págs. 25 y sigs., y 31 y sigs. Ver también, «Revista de los Tribunales», t. LXVI, núm. 40 (10 octubre 1932). *Vindicación necesaria y concepto que deben merecer las palabras por ministerio de la Ley*, págs. 561 y sigs.; y núm. 41 (10 octubre 1932). *Bienes que el reservista está obligado a reservar, ¿a quién se refieren las palabras del artículo 811: los que hubiere adquirido por ministerio de la Ley?*

(401) La sostuvo en el año 1890 en sus *Notas al Código civil*, pág. 327. Pero, posiblemente, por la crítica a que le sometieron MANRESA en 1891 y MORELL en 1893, desde la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (t. 78, pág. 363, el primero, y el segundo, en el t. 82, pág. 527 y sigs.; ver también de este autor *Estudios...*, cits., pág. 303), rectificó en su *Diccionario* (t. VII, págs. 839 y sigs.).

*tato de su descendiente, bienes que éste hubiere adquirido de otro ascendiente o de un hermano, a título lucrativo y por ministerio de la ley, estará obligado a reservarlos en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado del difunto y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan».*

A La Cueva le parece que este antecedente es decisivo a favor de su opinión: «Si el primitivo proyecto de Código decía «el ascendiente que heredase abintestato» y en el Código se suprimió esta última palabra y quedó sólo la de «heredare», palabra que comprende lo mismo la herencia testada que la intestada; es claro que esa variante no abona, sino que contradice paladinamente la opinión del Señor Scaevola (402)...».

Con ello queda convencido de lo que ya opinaba a priori por impresión, o por el sentido coercitivo que incluso respecto al descendiente atribuye a la reserva (lo que constituye su prejuicio fundamental).

Las expresadas palabras las estima redundantes e inútiles referidas al ascendiente que heredare (lo que es incierto, puesto que limitan su expresión, que es precisamente lo que no quiere admitir La Cueva), pero muy útiles referidas a la adquisición por el descendiente a título lucrativo (limitación que le parece muy bien por convenir a su criterio). Sólo así el precepto le parece racional, justo y conforme con el beneficio de la reserva.

Castán (403) comentó en una nota bibliográfica los trabajos de La Cueva. De su crítica transcribimos: «No nos parece a nosotros tan evidente como al autor esa interpretación, un tanto forzada, del artículo 811, que desliga la frase «*lo que hubiese adquirido*» del sujeto de la oración, el ascendiente al que se refieren las inmediatas palabras «*obligado a reservar*» y separa esos dos títulos de procedencia, el del título lucrativo y el del ministerio de la ley, que no había razón para que no se mantuvieran unidos en el texto vigente, como lo estaban en el proyecto de 1882. Mas en definitiva, no seremos nosotros los que hayamos de escandalizarnos de una interpretación que destaca y hace prevalecer los factores lógicos y positivos sobre los elementos gramaticales. La tesis del señor Cueva Donoso es, cuando menos, opinable y merecedora de atento examen. Si puede parecer algo atrevida, es en cambio ventajosa, por cuanto simplificaría la aplicación del atormentador artículo 811, excusando algunos difíciles problemas que suscita la interpretación corriente del mismo. Sea cualquiera la suerte que el porvenir reserva a tan nuevo punto de vista, es muy de

(402) *Op. cit.*, vol. XIV, artículo 811, D., pág. 277. SCAEVOLA estima la supresión de la palabra *abintestato* como argumento para comprender en la reserva la legítima en la sucesión testada.

(403) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. «*Bibliografía. La Verdad sobre el 811. Contratación de opiniones: jurisprudencia civil e hipotecaria*» en *Rev. Crit. de Dr. inmob.*, XII (enero. 1935), pág. 66. Ver también su *Derecho civil*, vol. cit., págs. 285 y sigs.

agradecer el esfuerzo y fina perspicacia que su aportación a nuestra doctrina científica representa».

La proverbial benevolencia del maestro Castán suaviza la crítica mucho más de lo que creemos se merece la tesis de La Cueva Donoso. Bajo cualquier aspecto nos parece indefendible si no es con la dosis de pasión que puso en ella este ilustre jurista.

1.º *Gramaticalmente*, el ascendiente es el sujeto de la oración. A él se refiere la disposición «*se halla obligado a reservar*» y lógicamente al faltar indicación en contrario, a él mismo deben referirse las palabras siguientes —acusativo de la oración—, «*lo que hubiese adquirido por ministerio de la ley*».

Para referirlas al descendiente el artículo hubiera debido aclararlo, diciendo: «lo que dicho descendiente hubiera adquirido por ministerio de la ley».

2.º Por los *precedentes legislativos* es de notar que el artículo 796 del Proyecto de 1882 se desviaba en este punto del texto redactado por la Subcomisión y primeramente aceptado por la Comisión Codificadora.

El texto propuesto por ésta no difería desde su primera palabra a las que discutimos de la actual redacción del 811 (404). El proyecto de 1882, en cambio, variaba los requisitos relativos al tránsito patrimonial del descendiente al reservista, en cuanto los reducía a los bienes adquiridos abintestato, y los referentes al tránsito previo del otro ascendiente o del hermano al descendiente limitándolos a los adquiridos por ministerio de la ley. La redacción actual no supone lógicamente sino la aceptación de la fórmula primera y el abandono de la modificación propuesta en el Proyecto de 1882.

3.º *Históricamente*: La interpretación gramatical generalmente admitida es la que corresponde al criterio de extender la reserva clásica de los bienes heredados por ministerio de la ley por el binubo de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiese recibido gratuitamente del cónyuge premuerto (405) al supuesto prevenido por el artículo 811.

4.º *Teleológicamente*: Si el fin del artículo 811 es, según hemos comprobado, evitar que por un azar imprevisto que altere el orden normal de las defunciones, cambien los bienes de línea familiar de pertenencia, sólo la aplicación gramaticalmente correcta del inciso que discutimos puede resolverlo. El resultado que se trata de corregir es el que podría derivarse de la adquisición por el ascendiente sobreviviente ocasionada por la imprevisión del descendiente y del otro ascendiente o el hermano. Si el tránsito del descendiente al ascendiente que le herede es conforme a la voluntad de aquél, no puede decirse que se opere por imprevisión. Por ello, es lógico que la reserva se limite a lo adquirido por

(404) Ver ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 190.

(405) Criterio propugnado por ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 188 y sigs.

ministerio de la ley, es decir, por imprevisión o en contra de la previsión del descendiente.

En cambio, en el primer tránsito, desde el otro ascendiente o el hermano al descendiente, es lo probable que por parte de aquéllos no haya sido prevista la hipótesis de que éste, sin dejar descendencia, premuera a otro ascendiente de diversa línea.

Y por eso no es suficiente la limitación de la reserva a los bienes adquiridos a título lucrativo por el descendiente del otro ascendiente o del hermano por ministerio de la ley, sino que debe extenderse a todos los adquiridos a título lucrativo cuando faite la previsión del supuesto contemplado en el artículo 811, que corrige dicha imprevisión ordenando la reserva.

5.º *En orden a la simplificación de problemas*—razón que nunca podría prevalecer contra las anteriores—no creemos suficientemente meditadas las aplicaciones de Cueva y Castán. Aquél alega la simplificación de un problema que no existe conforme al artículo 811 y de otro que puede y debe resolverse por mejor camino (406).

b) El otro camino seguido para desvirtuar el sentido comúnmente aceptado de la expresión «lo que hubiere adquirido por ministerio de la ley» y, por lo tanto, para extender la reserva tanto a lo heredado por ministerio de la ley como a lo recibido testamentariamente, es el que ha sido expuesto, aunque sin hacerlo decididamente suyo, por el Magistrado Aurelio Botella en el Seminario de Anuario de Derecho Civil.

Su base radica en la interpretación literal de las palabras finales del artículo 938 y en una alteración gramatical del sentido de la discutida expresión del artículo 811.

El artículo 398 dice que: «*Lo dispuesto en los dos artículos anteriores* (que regulan la sucesión intestada en la línea recta ascendente) *se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los articu-*

(406) *Op. cit.*, págs. 27 y sigs. La primera solución la expone así: «Hereda un hijo de su padre mil pesetas, las que después por su ingierio o por su suerte convierte en mil millones, los cuales a su muerte, transmite por testamento a su madre o a otro ascendiente, y éste, por esa peregrina significación que se atribuye a la frase «Ministerio de la Ley» queda obligado a reservar no las mil pesetas que el descendiente heredó de su padre, sino la enorme cantidad de millones que constituyen la porción legitimaria de aquel a quien pasan los bienes». Pero LA CUEVA olvida el requisito previo de que los bienes a reservar, además, de adquirirlos por el reservista por ministerio de la ley, deben haber sido adquiridos por el descendiente a título lucrativo del otro ascendiente o de un hermano. Requisito que sólo pueden reunir las mil pesetas y nunca las demás incrementadas (Ver S. 20 abril 1917).

La segunda simplificación consiste en acudir la cuestión de decidir entre los pretendidos criterios de la reserva máxima y la reserva proporcional (de que luego trataremos) en el caso de que el ascendiente superstite reciba testamentariamente más de su legítima. Pero se elimina más lógicamente la cuestión (como veremos), estimando que cuando el ascendiente recibe testamentariamente más de su legítima ésta queda embobida en la atribución voluntaria del mayor montante, y, por tanto, desaparece la reserva.

los 811 y 812 que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria.»

La expresión del inciso final de que lo ordenado en el artículo 811 «es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria», se estima en contradicción con la común interpretación del artículo 811 que limita la reserva a lo adquirido por ministerio de la ley por el ascendiente.

Ante esta aparente antinomia se opta por referir la expresión «por ministerio de la ley» a la disposición de que «se halla obligado a reservar» y no a «los (bienes) que hubiere adquirido», suponiendo el olvido de dos comas, una delante y otra después de aquellas cinco palabras.

Pero esa interpretación olvida demasiadas cosas fundamentales para que la hermenéutica sea correcta.

1.º *La finalidad*—pieza maestra de toda interpretación—del artículo 811 tiende a corregir los efectos de un azar imprevisto, y éste no puede existir allí donde no haya imprevisión, es decir, en la sucesión testada.

2.º *El valor que debe asignarse a cada norma al verificar una interpretación sistemática.*

Al relacionar dos preceptos y, más aún, al tratar de resolver una posible antinomia entre ellos, ante todo debemos fijarnos en su respectivo sentido normativo.

En nuestro caso, el artículo 811 es el que establece la reserva y la reglamenta. El artículo 938, dada su colocación—inmediatamente posterior a los artículos que regulan la sucesión intestada en la línea recta ascendente—, no tiene otro fin que aclarar la aplicación de la reserva a la sucesión intestada. Ya que el artículo 811 aparece sistemáticamente como una limitación impuesta a la legítima de los ascendientes, colocado a continuación de los preceptos que la regulan.

Por ello no es posible supeditar la interpretación del artículo 811 a la del 938, sino que en último término habría que supeditar la de éste a la de aquél.

Tanto más si se trata de aclarar dudas que no arrancan del propio texto del artículo 811 (407), sino del 938.

Por eso la afirmación de este último, según la cual el artículo 811 «es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria», sólo puede significar que la reserva se aplica—además de a la legítima de quien muere testado—también a la sucesión intestada.

A primera vista parece que para evitar esa duda hubiese resultado más correcta la expresión de que el 811 «es aplicable a la sucesión intestada como (o «lo mismo que» o «igual que») a la testamentaria». Pero esa redacción hubiera provocado otra duda, la de si en la sucesión intestada no sería reservable la totalidad,

(407) La duda de LA CUEVA tampoco arranca del texto del artículo 811, sino del prejuicio o antejuzicio con que lo examina. Por eso, necesita forzar su interpretación gramatical correcta.

sino únicamente la mitad (o parte alicuota correspondiente de dicha mitad) de la herencia equivalente a la legítima del ascendiente reservista.

Se alega que la legítima no puede ser denominada sucesión testamentaria. Pero, para entender el artículo 938 sin desorbitarlo, hay que tener presente que la legítima es fundamentalmente (aunque también se extienda a las donaciones) una pieza esencial de la sucesión testamentaria, que limita y encauza.

3.º *Lógicamente*, resultaría redundante e inútil la aclaración de que el ascendiente se halla obligado a reservar «por ministerio de la ley», puesto que es evidente que la misma ley se lo ordena.

4.º *Gramaticalmente*, lo que dice el artículo 811 no es lo que pretende la tesis que discutimos. No es lícito achacarle una incorrección lógica y gramatical, contraria no sólo a su texto sino también a su *ratio*.

Y menos aún para supeditar su interpretación a la letra de otro texto que tiene un sentido normativo limitado a aclarar la aplicación de lo reglamentado en el primero extendiéndolo a otra hipótesis, que es la contemplada en la sección en que el segundo se halla colocado.

c) Un tercer camino fué seguido más recientemente por Fernández Serrano (408). A su juicio, tanto se adquiere por ministerio de la ley lo heredado abintestato como lo recibido testamentariamente. Pero esta interpretación parte de un concepto demasiado genérico y lato de la adquisición por ministerio de la ley. Tanto que, por su generalidad, haría innecesaria y redundante su expresión si en el artículo 811 se la atribuyera este significado. Y, especialmente, elude la verdadera *ratio* del precepto, que es la de prevenir lo imprevisto, no la de imponerse a la voluntad del descendiente heredado.

Recientemente Villares Picó (409) ha llegado—por su camino de construir dogmáticamente sobre las desviaciones de un fallo—más lejos aún. He ahí sus palabras: «Si nos atuviésemos al *substractum* doctrinal de los fallos del Tribunal Supremo, anteriores a la sentencia de 8 de junio de 1954, que establecía que la reserva lineal es limitativa de derechos legitimarios del ascendiente, tendríamos que interpretar literalmente el artículo 811 diciendo que el ascendiente no tiene obligación de reservar nada más que *cuan-do herede* del descendiente; pero, dado el trascendental sentido contrario a la jurisprudencia anterior de la citada sentencia de 8 de junio de 1954, que nos parece acertadísima, nos inclinamos a estimar que el ascendiente tiene obligación de reservar aunque los bienes reservables le hayan sido donados por el descendiente, toda vez que esta sentencia no admite que la reserva lineal sea

(408) *Loc. cit.*, págs. 290 y sigs.

(409) *Loc. cit.*, págs. 65 y sigs. Por el procedimiento metodológico seguido por VILLARES PICÓ puede llegarse a asombrosos resultados, totalmente reñidos con la *ratio* del precepto interpretado.

una limitación a los derechos legitimarios del ascendiente, sino que establece que los bienes reservables constituyen una legítima independiente con normas propias y que el artículo 811 contiene una norma jurídica de carácter impositivo prohibitivo que tiene por objeto asegurar la legítima de los reservatarios, y que, por tanto, no debemos hacer tal interpretación restrictiva que favorezca la legítima del reservista.»

Claro que, aparte de los defectos metodológicos de la construcción de Villares Picó, tampoco la sentencia de 8 de junio de 1854—pese a sus desviaciones con respecto a la jurisprudencia anterior—ofrece base seria para las deducciones de este autor, ya que sólo se discutía si la madre podía mejorar a alguno de sus hijos con los bienes que había heredado abintestato de otro hijo premuerto y éste de su padre.

#### 41-B) Tesis que limita la reserva a la sucesión intestada.

Limitaron la expresión «los que hubiere adquirido por ministerio de la ley», refiriéndose exclusivamente a los bienes adquiridos abintestato, los Notarios levantinos Pascual Sanz y José María García (410) y el Magistrado León Bonel (411). Estimó éste que sólo con esa interpretación se respeta el dogma de la libertad de testar.

Pero este criterio pugna no sólo con una interpretación sistemática del artículo 811—colocado a continuación de los artículos que regulan la legítima de los ascendientes—, sino incluso con su letra y su *ratio*. A no ser que estos autores entendieran correctamente que la legítima obtenida contra testamento o habida por inoficiosidad de donaciones debe considerarse como porción diferida *ab intestato*.

#### C) Tesis que limita la reserva a la legítima percibida contra o extra testamento.

Otro Notario, Zorrilla Caballer (412) afirmó que la reserva sólo comprendía la legítima forzosa, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Parecida opinión había sido defendida en 1889 por la «Gaceta de los Registradores y Notarios», limitándose la reserva a la legítima incluso en la sucesión intestada (413).

(410) PASCUAL SANZ y JOSÉ MARÍA GARCÍA, *Código civil*. Artículo 811. Sus precedentes históricos. Su alcance antiguo y moderno», en «Gaceta del Notariado», XXXIX, núm. 35 (31 agosto 1890), pág. 546.

(411) LEÓN BONEL y SÁNCHEZ, *Código civil español* t. III, pág. 422.

(412) MARCELINO ZORRILLA CABALLER, *Reservas legales. Sus excepciones*, en «Revista General del Notariado», XL, núm. 32 (9 agosto 1891), pág. 498.

(413) *Gaceta de Registradores y Notarios*, t. XXIX, núm. 1.408 (28 noviembre 1889), pág. 615. Según esta opinión no es obstáculo el artículo 936, «que manda aplicar el 811 lo mismo a la sucesión testada que a la intestada, pues tratándose de ésta, también puede considerarse que en ella hay legítima, porque de

Parece que también ésta era la opinión del consultante que motivó en 1892 la respuesta de Charrin en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (414).

Pocos años después, al discutirse el artículo 811 en la Academia Matritense del Notariado, los académicos Ruilópez (315) y Modesto Conde (416) defendieron que en la sucesión intestada sólo es reservable la mitad de la herencia, porque el resto lo adquiere el ascendiente por la voluntad presunta del muerto.

En el recurso que dió lugar a la sentencia de 14 julio 1899 fué defendida esta tesis por Francisco Silvela, y en la vista, por Juan Barrio. Pero el Tribunal Supremo lo desestimó afirmando en su segundo considerando la extensión de la reserva en la sucesión intestada a su totalidad, conforme al criterio de la defensa que por la parte recurrida hizo Luis Díez Cobeña.

Debemos rechazar que en la sucesión intestada de los ascendientes sólo debe ser reservada la mitad, equivalente a la legítima del ascendiente heredero.

La razón alegada de que la otra mitad se adquiere *ab intestato* por la voluntad presunta del premuerto nos parece insuficiente. Esa voluntad presunta presupone su imprevisión real. Y esa imprevisión real puede dar lugar a ese azar imprevisto que precisamente el artículo 811 trata de corregir en el caso de que provocare el tránsito de los bienes de una línea familiar a otra.

2-D) *Tesis que aplica la reserva a toda la sucesión intestada y en la testada a la legítima tanto si ésta se recibe contra testamento como testamentariamente.*

Alonso Martínez entendió así esta cuestión: «donde haya herederos forzosos y legítimos, tan aplicable es la institución de las reservas a la sucesión abintestato como a la testamentaria, siempre que en esta última la finca reservable figure en la porción hereditaria de que el testador no podía privar al ascendiente sin justa causa de exheredación» (417).

Porque, a su juicio, «la legítima no la deben los ascendientes al afecto y la iniciativa del testador, sino que la reciben por ministerio de la ley y, por tanto, es igual en uno y otro caso la razón de la reserva».

Este criterio ha sido aceptado por la mayor parte de la doctrina.

---

abarcar la reserva todos los bienes de la herencia aquel 811 se habría colocado en el capítulo V que establece las disposiciones comunes a la herencia o por testamento o sin él».

(414) «Rev. Gral. de Leg. y Jur., 80» (primer semestre 1892); *Derecho del cónyuge viudo y reserva de bienes con arreglo al artículo 811 del Código civil*, pág. 593.

(415) Sesión de 4 abril 1894 (fol. 129 vto. del libro de actas).

(416) Sesión de 21 febrero 1894 (fo. 123 vto. del libro de actas).

(417) *Op. cit.*, pág. 254.

Algunos autores se limitan a decir genéricamente que en la sucesión intestada se comprenden en la reserva la totalidad de los bienes y que en la testada sólo alcanza la porción legitimaria, sin plantear distinción alguna derivada del hecho de que ésta sea atribuida voluntariamente por testamento o donación. Tal es: Redondo Reinoso (418), Firmat (419), Balbín (420), Burón (421), Bonet (422), Gómez Morán (423), Royo Martínez (424). La Academia Matritense del Notariado (425), en su sesión de 30 de mayo de 1894, aseveró en su segunda conclusión que: «En la sucesión intestada se comprenden todos los bienes y en la testada sólo aquellos que correspondan para pago de la legítima.»

Otros autores decididamente han afirmado que aun cuando el montante de la legítima se deje voluntariamente por disposición testamentaria, queda comprendida en la reserva. Así: Navarro Amandi (426), López R. Gómez (427), Martínez Alcubilla (428), Charrín (429), Morell (430), Manresa (431), Sánchez Román (432), Mucius Scaevola (433), Barrachina (434), Espinosa (435), Val-

(418) MANUEL REDONDO REINOSO, *Nueva reserva establecida en el Código civil*, en «La Reforma Legislativa», XIX, núm. 693 (22 junio 1890), pág. 195.

(419) JESÚS FIRMAT Y CABRERO, *Aninomas y oscuridades del Código civil*, en «La Reforma Legislativa», XIX, núm. 984 (16 noviembre 1890), pág. 692.

(420) A. BALBÍN, *El artículo 811 del Código civil*, en «Revista General del Notariado», XLV, núm. 36 (6 septiembre 1896), pág. 563.

(421) *Op. y vol. cit.*, núm. 969, pág. 798.

(422) *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 594.

(423) *Op. cit.*, pág. 74.

(424) *Op. cit.*, pág. 211.

(425) Ver fol. 113 vto. del libro de actas correspondiente.

(426) *Cuestionario...*, vol. cit., art. 811, pág. 300. A su juicio, la legítima se reserva «aun en el caso de que el descendiente haya instituido en ella de un modo expreso a su ascendiente, pues esta institución no varía la naturaleza de la legítima que siempre se hereda por ministerio de la ley.»

(427) *Op. y vol. cit.* Cap. VII, núm. 4, págs. 220 y sig.

(428) *Diccionario...*, vol. cit., pág. 840. Donde expone que de lo contrario se abrirá un portillo para eludir la reserva instituyendo heredero en su legítima al descendiente. (Pero si la reserva trata de evitar que, precisamente, por un azar imprevisto los bienes cambien de línea, la previsión no burlará la reserva, sino que excluirá su supuesto de hecho, que requiere aquel azar no previsto).

(429) A. CHARRÍN, *Derecho del cónyuge viudo y reserva de los bienes con arreglo al art. 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. 80, primer semestre 1892, págs. 592 y sigs.

(430) *Reserva creada por el art. 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. 82, pág. 527, o en *Estudios...*, pág. 302.

(431) *Comentarios...*, vol. VI, art. 811 III, pág. 289.

(432) *Op. cit.*, vol. VI-II, núm. 146, pág. 1023.

(433) *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811. D., pág. 276. A su juicio: «Si el testador (según el art. 806) está obligado a reservar una porción de bienes en virtud del mandato legal, claro es que en ningún caso puede afirmarse que dicha porción arranca de la voluntad de aquél, aunque disponga en su testamento de ella a favor del heredero. Reconocerá siempre un origen forzoso legal antagónico del voluntario.»

(434) *Op. y vol. cit.*, págs. 639 y sig.

(435) BALDOMERO ESPINOSA, *Anomalías del art. 811 del Código civil*. Ne-

verde Valverde (436), Clemente de Diego (437), Castán (438), Escobar de la Riva (439) y Borrell y Soler (440).

Tres razones principales se han argüido a favor de esta tesis:

1.º Una de carácter dogmático, basada en la opinión de que la legítima es artibuida siempre por ministerio de la ley. (Criterio opuesto al que creemos ortodoxo, según hemos defendido reiteradamente (441) y sobre el que luego insistiremos).

2.º El argumento *ad cautelam* de que la efectividad de la reserva quedaría al arbitrio del descendiente si éste pudiese excluirla instituyendo al ascendiente o bien legándole o haciéndole donación de los bienes que pudieran quedar sujetos a la reserva. (Pero, como veremos, este argumento olvida que la ley sólo establece la reserva para evitar el cambio de línea producido precisamente *por un azar imprevisto*).

3.º Y el apoyo de la autoridad del Tribunal Supremo invocando las sentencias de 14 julio 1899, 8 octubre 1909, 7 noviembre 1912 y 2 enero 1929. (Sin embargo, como se verá, sólo la última de las citadas declara claramente esta doctrina.)

43-E). *Tesis que aplica la reserva a la sucesión intestada, incluyendo en ella la legítima recibida «extra» o «contra» testamento, o por mero reconocimiento del testador, pero no a la atribuida voluntariamente por testamento o donación.*

Al año siguiente de la entrada en vigor del Código civil, contestando una consulta, la «Gaceta del Notariado» (442) defendió con sólidos argumentos esta opinión.

El supuesto consultado era éste: A, tiene un hijo B, que adquiere de un hermano C, bienes a título lucrativo; B, fallece habiendo instituido heredero universal a su padre A. Se preguntaba si éste ha de reservar aquellos bienes a favor de los parientes tronqueros.

El problema se concentra en torno a la legítima.

---

*cesidad de su reforma*, en «Revista de los Tribunales», t. XLV, núm. 10 (11 marzo 1911), pág. 146. Se apoya en las palabras del art. 806, que al definir la legítima, dicen que «el testador no puede disponer».

(436) *Op. y col. cit.*, págs. 231 y sigs.

(437) *Instituciones...*, vol. cit., pág. 199.

(438) *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 286.

(439) *Op. cit.*, pág. 16.

(440) *Derecho civil español*, t. V (Barcelona, 1954), pág. 333.

(441) Ver especialmente *Apuntes de Derecho sucesorio*, I, §§ 4.º, 5.º y 6.º págs. 36 y sigs., y en «Anuario de Derecho Civil», IV-III (abril-junio 1951), págs. 452 y sigs.

(442) «Gaceta del Notariado», XXXIX, núm. 25 (22 junio 1890), págs. 387 y sig. Contrariamente, la «Revista General del Notariado» (T. XL, núm. 22—31 mayo 1891—, pág. 348; T. XLV, núm. 9—1 marzo 1896—, pág. 135), sin razonarlo, opinó al contestar otras consultas que deben considerarse adquiridos por ministerio de la ley, según el Código civil, todos los bienes que constituyen la legítima y los de la sucesión intestata, y que la mitad de los adquiridos por padre por testamento que constituyen su legítima son reservables.

Su solución no puede menos que estar influida por la opinión que se tenga acerca de la naturaleza de ésta. He ahí, como la expone la respuesta a dicha consulta:

«La ley tiene respecto de las adquisiciones *mortis causa* un carácter enteramente subsidiario; interviene para suplir el silencio del finado o para encauzar la voluntad del testador, evitando que cometa una injusticia. Por consiguiente, cuando el causante habla y no lesiona derechos ajenos, la ley permanece impasible y muda, es aquél el que obra, aquél el llamado en primer término a disponer del caudal».

«De su mano reciben los herederos y legatarios todo lo que adquieren, así los bienes con que se cubre el importe de las legítimas, si las hay, como aquellos otros que, pagadas éstas, son de libre disposición. El testador se interpone entre la ley y el causahabiente... Error grave sería pensar que la expresión de amor y gratitud que el llamamiento del padre representa, se circunscribe al exceso de la herencia total sobre la legítima, que aquélla no se defiende íntegra al ascendiente por voluntad del hijo; ésta habla y la transmite; la ley calla; casi puede decirse que no hay legítima; la piedad filial la ha hecho inútil.

«En consecuencia los bienes adquiridos *ex testamento* no se adquieren por ministerio de la ley, y faltando el requisito que el artículo 811 exige para que sean reservables, carecen de este carácter: el padre puede disponer de ellos a su gusto».

«Tal era el criterio que prevalecía en nuestro antiguo Derecho. *La authentica ex testamento succidet* limitó la obligación de reservar los bienes provenientes del hijo a los que se adquirieron por sucesión intestada... Hoy esa obligación (en la reserva viudal, se entiende) comprende todo lo que proviene a título lucrativo de un descendiente (arts. 968 y 969 Cod. civ.), pero subsiste en pie la doctrina de que no son adquiridos por ministerio de la ley los derechos que un hijo transmite *ex testamento*. Ninguna disposición la contradice ni destruye los fundamentos racionales en que se apoya; y así como en otro tiempo se aplicó a los viudos que contraían segundas nupcias, debe hoy aplicarse al caso del artículo 811»

Al año siguiente Falcón (433) afirmó que sólo había lugar a la reserva cuando un ascendiente reciba de un descendiente la mitad de su herencia a título de legítima o toda la herencia a título de sucesión intestada; «porque sólo en estos casos, el ascendiente habrá heredado por virtud de disposición de la ley. Si la herencia del descendiente la debe no a disposición de la ley sino a disposición testamentaria del descendiente, entonces no estará obligado el ascendiente a reservar nada en favor del pariente tronquero y habrá adquirido los bienes hereditarios con facultad de

(433) MODESTO FALCÓN, *Los artículos 811 y 812 del Código civil*, en «Revista de los Tribunales», XXIII, núms. 3 y 4 (17 y 24 enero 1891), pág. 18.

disponer de ellos libremente, ya a título inter vivos, ya a título mortis causa».

Aguilar García (444), en 1911, insitió en defender esta tesis. A su juicio, la ley al establecer el derecho a la legítima «no hace más que poner cierto límite a la voluntad del testador». Si el ascendiente le instituyó heredero, el descendiente no «hereda por ministerio de la ley sino por el llamamiento del testador». Por ello, excluyó la reserva de la legítima atribuida testamentariamente.

De Buen (445) aclaró: «La exigencia de que hayan sido adquiridos por *ministerio de la ley* quiere decir que la adquisición no tenga su razón de ser en una declaración de voluntad individual sino en una disposición legal». Por eso, estimó que «la adquisición en virtud de testamento no es una adquisición por ministerio de la ley; podrá serlo cuando el testador se reduzca forzado por los preceptos legales a dejar la parte forzosa; pero no lo será si en el testamento, más que una obediencia a una disposición coactiva se manifiesta la libre y espontánea voluntad de instituir. La interpretación de la voluntad manifiesta en el testamento, jugará pues, un importante papel».

Además, rechazó la tesis contraria, porque con ella «se llega a la conclusión de que los ascendientes están, en la herencia de sus descendientes que hayan recibido sus bienes a título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, en peor situación que los extraños, pues serán incapaces para recibir dichos bienes sin restricciones, aunque sin ellas pretenda dejárselas su descendiente».

Y, porque «de ningún precepto resulta que la reserva limite la libertad de disposición del descendiente, ni que su objeto sea asegurar una cantidad de bienes a determinados herederos, sino solamente impedir que determinados bienes, por un azar, pasen de una línea a otra».

Felicísimo de Castro (446) se inclinó por esta opinión, porque: «cuando el hijo instituye heredero al padre de todos sus bienes, aparece bien clara la voluntad del testador sobre el destino de los bienes y no hay el peligro ni la injusticia que el artículo 811 quiso evitar, como dice de Buen: «La reserva del artículo 811 es sólo una restricción de la legítima, pero no envuelve una incapacidad del ascendiente para heredar los bienes que un descendiente suyo quiera dejarle, aunque sean todos los bienes del último».

Más recientemente, Carmelo de Motta (477), ha criticado duramente la opinión que extiende la reserva a la legítima embebida en la atribución testamentaria, con las siguientes razones:

a) «En esta hipótesis falta por completo el fundamento ge-

(444) ANTONIO AGUILAR GARCÍA, *El ministerio de la ley*, en «Revista de los Tribunales», t. XLV, lám. II (18 marzo 1911), pág. 162.

(445) *Notas al Colón y Capitaní*, vol. cit., pág. 397.

(446) FELICÍSIMO DE CASTRO, *Derecho civil* (Madrid, 1928), t. II, pág. 277.

(447) *Loc. cit.*, págs. 95 y sigs.

neralmente señalado a la reserva extraordinaria. No puede ya invocarse la finalidad de evitar las consecuencias del simple azar..., la transmisión de los bienes no se ha producido por caso fortuito, sino por la deliberada voluntad del descendiente, expresada testamentariamente, en favor de su ascendiente, sin restricción alguna y con evidente conocimiento de la posible adquisición posterior por miembros de una familia distinta».

b.) Porque la estima «injusta e ilógica con referencia al descendiente causante de la reserva, al reservista y al mismo reservatario».

α) «Con relación al descendiente causante de la reserva, ésta supone una verdadera limitación de sus facultades de disposición «mortis causa»... El descendiente no puede, naturalmente, prescindir de la legítima de su ascendiente, pero resultaría extraordinario que tampoco pueda favorecer a ese mismo legítimo con la amplitud y libertad que le es permitida con otra persona que no lo sea».

β) «Para el ascendiente reservista, la reserva supone una restricción de la legítima que equivale a hacerle de peor condición que un simple extraño. ¿Cómo someter a la obligación de reservar al ascendiente que hereda por testamento a su descendiente y conceder un dominio libre y sin trabas al heredero no unido al causante por vínculo alguno de parentesco».

γ) «Finalmente, con referencia a los reservatarios, es difícil comprender la razón de que éstos puedan invocar un derecho a los bienes cuando su hermano, tío o sobrino, es heredado por un ascendiente y, por el contrario, se vean privados de él cuando la sucesión haya sido deferida en favor de un pariente más lejano o del que no lo es en grado alguno.»

Por eso opina que:

«Siempre que el descendiente haya instituido único y universal heredero a su ascendiente deberá rechazarse la existencia de la reserva; en este supuesto no existe azar ninguno en la transmisión y no puede hablarse, ni aun siquiera parcialmente, de una adquisición por ministerio de la ley. Si el descendiente instituyó único heredero sin limitación alguna a su ascendiente, incluso en la mitad de los bienes de la cual podrá disponer libremente, hay que suponer lógicamente que era idéntica su voluntad en cuanto a la mitad restante que constituye la legítima de éste...».

«Cuando el descendiente no instituyó heredero a su ascendiente más que en la simple cuota legitimaria la duda puede ser planteada. En esta hipótesis, la institución ha podido ser hecha tan solo porque así resultaba necesario legalmente o por ser esa, además, la voluntad del causante».

44. Hemos visto antes que algunos autores han citado varias sentencias en apoyo de la tesis de que la legítima es reservable aunque se reciba testamentariamente. De ellas sólo la de 2

enero 1929 puede invocarse como resolutoria de un caso en que se discutió y falló concretamente sobre un supuesto de los que estudiamos.

Es sensible que juristas de verdadero prestigio invoquen como jurisprudencia fragmentos de considerandos sin conexión con la cuestión discutida ni con el fallo y, a veces, ni siquiera con el supuesto de hecho contemplado.

La S. 14 julio 1899 (primera de una contienda que dió lugar, también, a las Ss. de 21 noviembre 1902 y 30 abril 1906) confirmó la declaración de nulidad de un testamento y la sujeción a la reserva de la totalidad de los bienes que la causante había heredado de su padre y que, de ella, por dicha nulidad de testamento, pasaron como universal heredera abintestato a su abuela materna. Nada importa, por lo tanto, que en el testamento anulado se hubiera dejado la parte disponible a una tía y madrina de la testadora y que en la otra mitad hubiera sido instituida heredera la misma abuela, que en definitiva lo fué abintestato de la totalidad.

Lo que se defendió en el motivo séptimo del recurso era el criterio de que en la sucesión intestada sólo es reservable la mitad correspondiente como legítima al ascendiente reservista.

Y esto es lo que rechaza en su segundo considerando la Sentencia del Tribunal Supremo, al afirmar que la reserva «comprende a todos los (bienes) que el reservista hubiere adquirido del descendiente por ministerio de ley, así los que forman parte de la cuota legitimaria como a los que percibiere a título de heredero abintestato, porque unos y otros son deferidos por la ley». Por lo tanto, no se trató de resolver si deberían o no reservarse los bienes deferidos por testamento (o por donación) correspondientes a la cuota legitimaria del participante.

En el supuesto que dió origen al pleito que terminó la S. de 8 octubre 1909, realmente se daba el problema que nos ocupa e incluso fué discutido en la primera instancia. Pero no lo fué, en cambio, en casación. Una hija única que había heredado de su padre, testó instituyendo heredera en plena propiedad de la mitad de la herencia a su madre, y de la otra mitad, después de ordenar varios legados, alguno de ellos a favor de la propia madre, instituyó heredero en usufructo a su esposo y en nuda propiedad por cuartas partes a otras personas.

Un tío paterno de la descendiente causante demandó que se declarara reservables los bienes integrantes de la mitad. La presunta reservista se opuso a la demanda alegando que había heredado los bienes correspondientes a su legítima por expresa voluntad de su hija y no por ministerio de la ley, y, especialmente, que tales bienes no procedían de ascendientes del demandante, pues el cónyuge premuerto de la demandada (padre de la descendiente heredada y hermano del actor) los había adquirido a título oneroso, unos antes y otros después de casarse. Por esta segunda razón el Juzgado y la Audiencia absolvieron la demanda.

El actor entabló recurso de casación atacando fundamentalmente la cuestión del origen de los bienes. El Tribunal Supremo en su primer considerando sostuvo la existencia de la reserva porque su naturaleza "no requiere que se indague el origen de los bienes más allá de la persona de quien los hubo el descendiente". El problema que nos interesa no lo aludió.

Y, en su segundo considerando, estimó que: "no obstante, como la demanda no se limita a pedir la declaración de reserva en favor del actor de la mitad de los bienes de doña ..... y que como *legítima correspondieron a la demanda*, sino que dispone que sea condenada a practicar la cuenta y partición... y ésta hizo cesión de los derechos hereditarios (a un tercero), lo que podrá no ser obstativo del derecho del actor, pero "no puede obligarse a la demandada a una cosa que no puede hacer, ni resolver nada con relación al comprador, que ni ha sido oído ni traído en este juicio". Por lo cual el recurso fué desestimado.

En sentencia de 7 de noviembre de 1912 fué contemplado este supuesto: La descendiente en cuestión falleció bajo testamento en el cual dejó a su abuela materna (único ascendiente vivo) la mitad de su haber y distribuyó la otra mitad en legados. Demandaron dos hermanos del padre de la descendiente. Tanto el Juzgado como la Audiencia declararon que los actores eran parientes de tercer grado por la línea paterna y que en el caudal relicto existían bienes que la descendiente había heredado de su padre. Pero una y otra desestimaron las demás pretensiones de la demanda que fundamentalmente giraban en torno a reclamar la nulidad de la partición practicada y que se declarase el carácter reservable de ciertos bienes, así como de los que sustituyeron en el patrimonio de la descendiente a los específicamente heredados y enajenados por ésta. El Tribunal Supremo acepta como premisa menor «que la sentencia impugnada declara que los recurrentes son parientes en tercer grado de doña E. B., otorgándoles, en consecuencia la cualidad de reservatarios...» Cuestión que no es discutida. Rechazó la nulidad de la partición, pero casó la sentencia de la Audiencia por estimar conforme los motivos 3.º y 5.º del recurso, que eran reservables bienes no declarados como tales por la sentencia recurrida, así como los que sustituyeron a otros enajenados. Tampoco, por tanto, fué materia de casación nuestro problema.

La única sentencia que verdaderamente resolvió un recurso fundamentalmente orientado a la cuestión que nos ocupa, fué la de 2 enero de 1929. Al padre le había heredado su único hijo.

Este falleció tres años después bajo testamento en el que instituía heredera universal a su madre. Fallecida ésta once años después, una tía paterna reclamó a los pocos meses los bienes procedentes del padre que la madre había heredado de su hijo y que correspondieron a aquélla por legítima. La reclamante falleció antes de entablar la demanda que interpusieron sus herederos ab-

intestato. Los temas debatidos fueron los del carácter transmisible o no a los herederos de la reserva y el de su extensión a la sucesión testada en la parte correspondiente a la legítima del ascendiente. El primer considerando resuelve esta cuestión en el sentido de que en las palabras «por ministerio de la ley» se comprende la legítima, incluso en la sucesión testada, aunque se nombre heredero universal al ascendiente. Explica a continuación el mismo considerando que, de lo contrario, existiría peligro de que «pudiere burlarse el principio que uniforma el repetido artículo 811, que no es otro que el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas a aquellas de quienes procedan, toda vez que bastaría que un descendiente nombrase en testamento a su ascendiente heredero para que éste no tuviese obligación de reservar, ya que entonces habrían perdido el carácter de reservables los bienes».

En cambio, en la sentencia de 8 abril 1931 no se entró en la cuestión, que no fué discutida a pesar de que el supuesto daba lugar a plantearla. Había fallecido el padre heredándole abintestato sus cinco hijos. Una de las hijas falleció sin testar y la heredó su madre. Otro hijo falleció bajo testamento otorgado ante testigos en el que legó a su madre un tercio de la herencia, que por error creía le correspondía, y dispuso de los otros dos tercios a favor de su hermano Enrique (otro de los cinco hijos). Por transacción entre madre e hijo, aquélla recibió un valor equivalente a la mitad de la herencia del premuerto. La madre falleció bajo testamento en el que dejó la legítima estricta a sus hijos sobrevivientes, mejoró en los otros dos tercios a sus hijos Andrés y Catalina y designó un contador partidior. Este verificó la partición de la herencia e incluyó en ella los bienes que la causante había heredado de sus hijos premuertos y antes éstos de su padre. Demandó el hijo no mejorado, el Juzgado admitió su demanda y la Audiencia la confirmó. Recurrieron los dos hijos mejorados y alegaron: que la disposición de los bienes reservables valía como legado de cosa ajena; infracción de los artículos 657, 661, 908 y ss. y 1.003, porque el demandante había aceptado la herencia puramente, e infracción del artículo 683, que regula el legado de cosa ajena. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. No fué discutido, por lo tanto, si era reservable aquella tercera parte dejada por el hijo premuerto a la madre. Hubiese sido muy interesante el examen de la cuestión, dado que el hijo legó a su madre, por creer que le correspondía por su legítima, una cuota menor a la debida (448).

Finalmente en la sentencia de 4 junio 1955 (fallo que aconseja

---

(448) ¿Debió estimarse reservable la diferencia entre el tercio legado y la mitad debida? ¿Era reservable la totalidad por resultar del contenido del testamento que el hijo se limitaba a cumplir en la medida de sus conocimientos el mandato legal, siendo éste y no la liberalidad el motivo determinante del legado?

meditar la conveniencia de que en el Tribunal Supremo funcione una Sala de lo foral integrada por verdaderos especialistas) se trataba de un caso en que el padre había heredado de sus hijos, abintestato de tres y testamentariamente del otro, la mitad de la casería que éstos habían heredado de su madre. La primera y segunda instancia transcurrieron en la discusión de si era o no aplicable a la tierra llana de Vizcaya la reserva lineal del artículo 811. A ello se refirieron los cuatro primeros motivos del recurso de casación. En el sexto motivo se alegó subsidiariamente que lo transmitido por ministerio de la ley era la legítima en la sucesión testada. El último considerando de la sentencia del Tribunal Supremo, produce la impresión de que no entendió la relación que existe entre la ley 5.ª del Tit. XXI del Fuero de Vizcaya y el motivo que la invoca. Pero, en cualquier caso, la parte recurrente no alegó la inaplicación de la reserva a lo recibido por el ascendiente por expresa disposición del descendiente, sea o no integrante de la legítima. La defensa de la casería vasca contra el artículo 811—cuestión fundamental dolorosamente desconocida por Juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo—hizo olvidar sin duda a la parte demandada y recurrente la defensa de la posición que estudiamos. Para colmo de desdichas, hasta la porción no legítima heredada testamentariamente por el padre fué estimada como reservable por este fallo.

45. Expuesto el estado de la cuestión, concretaremos nuestra postura.

Creemos sinceramente que cuando el descendiente instituye al ascendiente en una cuota mayor que su legítima, o bien le dona o lega bienes que exceden de dicha porción, no debe haber lugar a la reserva lineal a no ser que resulte ser otra la voluntad del descendiente.

Razones:

1.ª) Fundamentalmente, por que la *ratio* del precepto es prevenir el cambio de línea producido por un azar imprevisto. Si hay previsión, sea por parte del ascendiente o hermano de quien procedían los bienes como por parte del descendiente, no existe azar imprevisto que corregir. Por eso, el artículo 811 debe estimarse imperativo para el ascendiente reservista, pero meramente preventivo tanto respecto al otro ascendiente o al hermano como para el descendiente (449).

2.ª) Históricamente, porque—como parece deducirse de la

---

(449) Aunque de ello no saque su autor todas las consecuencias obligadas, leemos en la obra de MANRESA (T. VI, 6.ª ed., págs. 296 y sig.): «El descendiente es dueño de todos los bienes cualquiera que sea su procedencia, puesto que los adquiere sin limitación alguna. La traba, la reserva, empieza cuando son adquiridos por el ascendiente legitimario; pero antes de este momento, lo repetimos, los bienes son libres y el descendiente puede disponer de ellos con libertad.» El art. 811 sólo impone limitación al ascendiente y respecto a

opinión de Alonso Martínez—la reserva del artículo 811 es aplicación a otros supuestos y personas de la reserva clásica impuesta al binubo a favor de los hijos de su matrimonio anterior. Si, en esta, de los bienes recibidos de otros hijos de anteriores nupcias y procedentes del cónyuge premuerto sólo se sujetaban a reserva los heredados abintestato por lo binubo, parece lógico mantener este mismo criterio en materia del 811 donde la modificación no aparece patente.

Si la legítima solamente debía reservarse cuando se recibía abintestato, «contra» o «extra» testamento, es decir, en los supuestos en que de un modo inmediato se obtenía por ministerio de la ley, este criterio parece que debe aplicarse para interpretar las palabras del artículo 811 de que nos ocupamos.

3.º) Dogmáticamente, porque en el Código civil, como en el Derecho castellano anterior a la codificación—a partir de la recepción romano canónica—y más acentuadamente conforme al artículo 815 C. c., la legítima es de signo negativo más que positivo. Su actuación se limita a invalidar legados o donaciones inoficiosas, cargas, gravámenes o condiciones que graven la cuota debida y a dar lugar a la sucesión intestada en todo o *ex parte* en caso de preterición o de desheredación injusta. Por eso, como se expuso en la Gaceta del Notariado al contestar la consulta antes referida, «cuando el causante habla y no lesiona derechos ajenos, la ley permanece impasible y muda, es aquél el que obra, aquél el llamado en primer término a disponer del caudal». Se trata de una fina distinción netamente romanista, que la bastardad del Derecho germánico no alcanzó a comprender.

Desgraciadamente, aún ahora existen algunos juristas que no son capaces de apreciar esos matices y no llegan a distinguir sino los más elementales conceptos sucesorios del más primitivo Derecho germánico.

4.º) Lógicamente —por argumento *ad absurdum*—, porque de lo contrario resultaría que el descendiente que a título lucrativo recibiera bienes de otro ascendiente o de un hermano se hallaría en peor situación que los extraños que los recibieran de aquellos mismos causantes.

El problema es más discutible cuando el descendiente se limita a disponer de la legítima estricta a favor del ascendiente. Para resolverlo no sólo hay que apreciar si el descendiente ha expresado o no su voluntad con respecto a la reserva, sino que también debe atenderse a si esta orientación relativa puede deducirse o no de su disposición.

Como regla preliminar de orientación creemos estimable distinguir: los casos en que el descendiente dispuso expresamente

---

los bienes que hubiese adquirido por ministerio de la ley, lo que prueba que antes de su adquisición no existe traba de ninguna especie que haga relación a dicho artículo».

con palabras dispositivas o atributivas, en los cuales nos inclinamos por la no sujeción a la reserva; y los supuestos en los cuales el descendiente se limita a *dejar a salvo* o a *reconocer* la legítima de su ascendiente, asigne a éste, o no, bienes en pago de la misma.

En estos últimos casos, el descendiente, en realidad, no dispone a favor de su ascendiente, sino que, únicamente le reconoce lo que la ley le atribuiría, contra o fuera de la propia voluntad del disponente. Si después de ese mero reconocimiento, el descendiente, concreta los bienes con los cuales debe satisfacerse la legítima, no realiza acto alguno dispositivo sino meramente particional.

Lo contrario debe entenderse cuando dispone expresamente de cuota o bienes a favor del ascendiente. No debemos olvidar que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, allí donde no viole prohibición legal alguna, y que dicha voluntad, cuando se expresa testamentariamente, debe ser deducida del tenor del propio testamento.

46. Algunos autores de los que han entendido que la legítima es reservable aunque el ascendiente la reciba conforme al testamento del descendiente heredero, han planteado esta cuestión: Si entre los bienes relictos por el descendiente, procedieran algunos, pero no todos, de otro ascendiente o de un hermano: ¿deberán entenderse incluidos en la porción reservable todos los bienes procedentes del otro ascendiente o del hermano? ¿deberá estimarse reservable únicamente la mitad? ¿cabe otro criterio para hacer esta determinación. Debemos distinguir varias cuestiones:

a) *Posibilidad de que el descendiente determine los bienes integrantes de la porción legitimaria y de libre disposición y, por lo tanto, de que válidamente haga imputar a una u otra porción los bienes por él adquiridos a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano.* Se ha planteado esta cuestión en dos supuestos:

1.º En la hipótesis de que el descendiente haya sido instituido heredero universal.

2.º En el caso de que la parte de libre disposición haya sido atribuida a otras personas a título universal o singular.

a) Si el ascendiente es instituido heredero universal, el problema no existe para quienes opinamos que en este caso no es aplicable el artículo 811. Para los defensores de la opinión contraria, se plantea, en cambio, la posibilidad de que efectúe dicha atribución, por estimarla decisiva para determinar el carácter reservable o no de los bienes. La han negado Mucius Scaevola (450), Manresa (451) y Valverde (452). En cambio Sánchez Román (453), la aceptó para cualquier hipótesis.

(450) *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, D., págs. 279 y sigs.

(451) *Comentarios...*, vol. VII, art. 811, III, 2, primer caso, pág. 296.

(452) *Op. y vols. cit.*, pág. 232 *in fine* y sig.

β) Si en la parte de libre disposición han sido instituidos otra u otras personas, o su montante distribuido por disposiciones a título singular, puede existir el problema incluso para los que estimamos que en la disposición testamentaria de la legítima la voluntad del testador es la que actúa, aunque sea *secundum legem*, porque, en cambio, cabe que el causante tan sólo haya dispuesto de la parte libre en legados o que se haya limitado a reconocer o salvar la legítima del ascendiente. Para quienes estiman que la legítima siempre es atribuida por la ley, el problema existirá también cuando el ascendiente haya sido expresamente instituido en la mitad o en mayor cuota de la herencia.

Mucius Scaevola (454), después de continuas vacilaciones, y Valverde (455) opinaron que el descendiente no puede dar libertad al ascendiente reservista para adjudicarse fuera de su legítima los bienes adquiridos por aquel descendiente del otro ascendiente o de un hermano.

En cambio, admitieron esa libertad de adjudicarlos en la forma que el descendiente estime oportuna, Manresa (456), Sánchez Román (457), De Buen (458), de Motta (459) y al parecer Borrell y Soler (460). La Academia Matritente del Notariado en las 11.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> conclusiones de su sesión académica de 30 mayo 1894 adoptó por unanimidad el criterio de estimar que «11.<sup>a</sup> El descendiente puede hacer la partición de sus bienes en testamento adjudicando los troncales a quien y como le parezca, no estando estos sujetos a reserva si no se adjudicaron al ascendiente en pago de su legítima» «12.<sup>a</sup> El descendiente puede legar bienes troncales a un extraño o a un descendiente fuera de la legítima y en ambos casos, esos bienes no estarán sujetos a reserva» (461).

A favor del primer criterio, invoca Scaevola que la manera de conseguir el cumplimiento del artículo 811 «es la *adjudicación forzosa* al ascendiente de los bienes adquiridos por el descendiente a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. De lo contrario el artículo será un mero conjunto de palabras sin actividad jurídica, o muy escasa, pues una disposición legal, forzosa e imperativa, se convierte en otra convencional a merced de la voluntad del descendiente». Valverde, recogiendo otro argumento que también examinó Scaevola, apoyó su posición asimismo en estimar la reserva como una legítima indisponible, aunque condicional y futura.

(453) *Op. cit.*, vol. VII-II, núm. 149, 3.º, pág. 1028.

(454) *Loc. últ. cit.*, 9''), págs. 293 y sigs., y en especial *cit.*, págs. 302 siguiente.

(455) *Op. y vol. cit.*, págs. 233 y sig.

(456) *Loc. últ. cit.*, tercer caso, págs. 296 y sig.

(457) *Loc. últ. cit.*, 3.º a), pág. 1028.

(458) *Notas y vol. cit.*, pág. 308.

(459) *Loc. cit.*, pág. 99, nota (1).

(460) *Derecho civil español*, vol. cit., § 350, pág. 334.

(461) Ver el correspondiente Libro de Actas, fol. 135.

En pro del criterio liberal, Manresa y Sánchez Román han alegado los artículos 1.056, 763 y 636 C. c. y la afirmación de que la reserva no impone limitación alguna al descendiente sino al ascendiente, ya que así resulta tanto del texto del artículo 811 como de la naturaleza de la reserva.

Naturalmente, según el criterio que respecto de la finalidad del precepto venimos sosteniendo, el descendiente no tiene limitación alguna derivada del artículo 811, relativa a la atribución y a la distribución de los bienes adquiridos a título lucrativo de otro ascendiente o un hermano. Como escribió De Buen, «de ningún precepto resulta que la reserva limite la libertad del descendiente, ni que su objeto sea asegurar una cantidad de bienes a determinados herederos, sino solamente impedir que determinados bienes, por un azar, pasen de una línea a otra».

b) *Posibilidad de determinación por el contador partidor o por los propios herederos.*

Sánchez Román (462), distinguió el supuesto de que, aquél o éstos, tuvieran instrucciones precisas establecidas en el testamento y se ajustarán a ellas, o bien no las tuvieran. Sólo en el primer caso admitió la posibilidad de asignación. Este mismo criterio había sido propugnado con anterioridad por la Academia Matritense del Notariado, en su sesión de 30 mayo 1894 (463). Sus conclusiones 13 y 14, aprobadas por unanimidad dicen así: 13.ª: «El descendiente puede facultar en su testamento a los partidores comisarios para adjudicar los bienes troncales fuera de la legítima al mismo ascendiente o a un extraño y en tal caso esos bienes no estarán sujetos a reserva». «14.ª: Los partidores comisarios no pueden verificar la adjudicación como se expresa en la solución 13.ª sin estar autorizados o facultados especialmente para ello por el testador».

Mucius Scaevola (464) y Valverde (465) la rechazan en todo caso.

Nosotros nos inclinamos por el criterio más liberal. Y lo estimamos indudablemente posible, aún a falta de instrucciones dadas a los contadores partidores, en los casos en que los adjudicatarios de los bienes, que el descendiente heredado hubiera adquirido del otro ascendiente o de un hermano, pertenezcan a la misma línea que éstos. En este caso la *ratio* del artículo 811, no requiere que este precepto entre en juego.

c) *Hipótesis de que el descendiente (ni sus contadores si los hubiere) no haya hecho la distribución.*

Para quienes rechazamos que sea reservable la legítima recibida testamentariamente, el problema sólo puede existir si el descendiente no dispuso de ella o se limitó a dejar a salvo o recono-

(462) *Loc. últ. cit.*, 3.º b) y c), pág. 1028 *in fine* y sig.

(463) Libros de Actas, fol. 135.

(464) *Loc. últ. cit.*, a', págs. 289 y sigs.

(465) *Loc. últ. cit.*, pág. 233.

cer la legítima del ascendiente y, en cambio, instituyó en la parte disponible a otra persona sin determinar el contenido de esta institución. Para los defensores de la tesis opuesta el problema se plantea en todo caso.

Mucius Scaevola (466) vaciló entre aplicar la totalidad de los bienes a la legítima (*reserva máxima*) o la parte proporcional, es decir, la mitad (*reserva proporcional o mínima*), para el caso de que el ascendiente sea heredero único no llega a decidirse por uno u otro sistema. Si en la parte libre son instituidas otras personas, cree aplicable el criterio de la reserva máxima. Si dicha parte disponible se distribuyó en legados, sólo señala como límite el criterio de la reserva mínima.

Valverde (467) cree aplicable la reserva máxima si el descendiente ha instituido al ascendiente como heredero único y la reserva mínima si en la parte de libre disposición ha sido instituido un extraño o si de esta porción el descendiente dispone mediante legados.

Manresa (468), Sánchez Román (469) y Borrell Soler (470), se inclinan por la solución proporcional como criterio más equitativo. Además, consideró Scaevola que si, antes de partir, tanto los derechos testamentarios como la legítima recaen sobre todos y cada uno de los bienes, el criterio de la proporcionalidad parece más ajustado.

Así lo creemos. Pero sin excluir que la cuestión pueda ser resuelta libérrimamente por los mismos herederos, cuando los atributarios de parte libre sean personas pertenecientes a la misma línea de procedencia de los bienes.

47. Si el descendiente puede dispensar la reserva a sus ascendientes, parece—a primera vista—que igualmente deberá poder determinar quiénes serán beneficiarios de la reserva. Sin embargo, la cosa no es tan clara como parece examinándola de este modo.

La posibilidad por parte del descendiente de designar los reservatarios entre los parientes dentro del tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, fué sostenida hace años por nuestro estimado compañero Pascual Lacal (471).

Lacal, al parecer, no estimó viable la dispensa de la reserva por el descendiente, pero consideró válida la designación que éste hiciese de los reservatarios, con esta o parecida fórmula:

«En consideración a que los bienes que ha de heredar mi ma-

(466) *Loc. ult. cit.*, b), págs. 278 a 289.

(467) *Loc. ult. cit.*, págs. 232 y sig.

(468) *Loc. ult. cit.*, Q, primero y segundo caso, págs. 294 y sigs.

(469) *Loc. ult. cit.*, 1.º y 2.º, pág. 1027.

(470) *Loc. ult. cit.*, pág. 334.

(471) PASCUAL LACAL FUENTES, *Un caso de aplicación del art. 811 del Código civil*, en «Rev. Crit. Der. Imob.», VIII (agosto 1932), págs. 577 y sigs.

dre, por razón de su procedencia, tendrán la condición legal de reservables a favor de mis parientes dentro del tercer grado que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, designo como beneficiaria de la reserva a mi sobrina L., para que, si sobrevive a mi madre, reciba dichos bienes con exclusión absoluta de mis demás parientes de igual o mejor grado, en la línea paterna».

«Su contestación afirmativa la apoyó fundamentalmente en que el artículo 811 establece la reserva a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, pero no determina a favor de cuáles entre ellos.

Con ese juicio, estima lo más lógico «que no todos los parientes dentro del tercer grado tienen derecho a los bienes reservables, sino los más próximos cuando haya que aplicar las normas de la sucesión intestada, como sucederá..., siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe al reservatario».

«Lógico es que así suceda, puesto que el artículo 811 se limita a establecer una reserva, es decir, la guarda de ciertos bienes a favor de un grupo determinado de parientes; pero no crea una sucesión autónoma de tipo específico, sometida a normas propias para individualizar a los reservatarios y fijar sus cuotas».

«Los bienes se reservan para los parientes que estén comprendidos dentro de un determinado grado. La preferencia entre ellos, el orden de suceder, la determinación concreta de sus respectivos derechos es misión extraña al precepto. La sucesión habrá de ser deferida conforme a las prescripciones del Código, referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece».

En este punto de su raciocinio, plantea la pregunta: «Siendo la reserva una creación de la ley ¿habrá que aplicar a ella necesaria y exclusivamente, las normas de la sucesión legítima? Por el contrario, ¿podrá el descendiente de quien inmediatamente proceden los bienes designar en su testamento al beneficiario de la reserva, entre los parientes comprendidos en el tercer grado señalado por el legislador?»

A su juicio: «La contestación negativa a esta última pregunta sería obligada si la reserva fuera una legítima y los reservatarios tuvieran la condición de herederos forzosos. Pero sabemos que no tienen tal condición puesto que no los enumera el artículo 807.»

«El Tribunal Supremo en sentencia de 1 abril 1914 ha declarado «que no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario a una herencia futura».

«La reserva es una creación de la ley, pero lo mismo acontece con la institución de la mejora y con la reserva llamada tradicional del artículo 968».

«Lo que es permitido en uno y otro caso (art. 823 y 972 C. c.)

no puede negarse al descendiente en la reserva del 811 cuando respeta los fines propuestos por el legislador.»

«Como la reserva no crea,....., un tipo autónomo de sucesión y ha de ser deferida conforme al conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes por causa de muerte; y como tampoco establece una expresa excepción a las disposiciones generales contenidas en la sección primera, capítulo III, libro III de nuestro Código, entendemos que las prescripciones del mismo contenidas en los artículos 912 y 913, que determinan la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada, son de perfecta aplicación a la mencionada reserva.»

Arguye, además, la declaración de la sentencia 19 noviembre 1910, de que es el fundamento racional de la reserva *«la voluntad presunta del descendiente»* y su oposición a que sea aplicada *«contra la voluntad solemnemente manifestada de la descendiente»*.

A juicio nuestro, es evidente que el descendiente puede hacer cuanto quiera con respecto a la parte de libre disposición de su herencia, incluso remitirse a la sucesión intestada o prevenir quienes deberán ser los reservatarios en dicha hipótesis. Pero, en este caso, más que prevenir el beneficiario de la reserva, ordena una verdadera sustitución fideicomisaria.

El problema lo hallamos con relación a la legítima que al ascendiente corresponda en la herencia del descendiente. A Lacal, no le pasó inadvertido el § 2.º del artículo 813, que con respecto a la legítima, dispone que el testador *«Tampoco podrá imponer sobre ella gravámen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.»*

Pero atajó esta objeción, al estimar que «es evidente que a la excepción contenida en el segundo párrafo del precepto hay que agregar la que resulta del artículo 811, a menos de considerar que la reserva no grava ni condiciona la legítima del ascendiente, ni determina una sustitución forzosa a favor de los reservatarios». Salvedad que cree insostenible, atendiendo a que la sentencia 7 noviembre 1912 afirma que la reserva constituye una restricción o minoración de la legítima. Además, Lacal sostiene que: «También es evidente que la designación concreta, del reservatario y su elección entre otros no altera, ni hace más onerosa, una situación jurídica creada por la ley». Y concluye que: «Por tales motivos entendemos que el artículo 813 del Código civil no representa ningún obstáculo para la validez de la disposición testamentaria objeto de este estudio».

Pero, la afirmación de que la elección hecha por el descendiente no altera ni hace más onerosa la situación del reservista nos parece discutible. Su exactitud dependerá de los derechos que al reservista correspondan en la reserva. Si le cupiere la posibilidad de designar cuáles reservatarios deben ser preferidos, la atribución predeterminada por el descendiente, en cuanto sea en merma de aquella facultad con respecto los bienes integrantes de la

legítima del ascendiente, significará una limitación de ésta impuesta más allá de las prescripciones del artículo 811. Por eso, creemos que la elección entre los reservatarios del favorecido hecha por el descendiente, no podrá vincular al reservista ni limitarle su posibilidad de realizar entre los posibles reservatarios la atribución de los bienes reservables que fueran integrantes de su legítima.

Más adelante, al tratar de la integración normativa del artículo 811, deberemos volver sobre este tema. Allí trataremos de precisar a quién suceden los reservatarios; el orden de prelación aplicable entre ellos y los límites de la sujeción legal impuesta a los reservistas, atendiendo al predominio del lado negativo con respecto al positivo de la reserva.

§ 7.º *Pretendidos límites extrínsecos del artículo 811 Código civil.*

Hemos examinado, en los dos epígrafes anteriores, las limitaciones que su propio *ratio* impone intrínsecamente el artículo 811. Ahora vamos a ver si al confrontar este precepto con otros del propio Código civil pueden resultar otras limitaciones de aquél.

Se ha hablado de posibles colisiones del artículo 811 con el artículo 813 (que defiende la legítima de los descendientes); con el artículo 969 (en la hipótesis en que se den los supuestos de la reserva del artículo 811 y, asimismo, de la viudal) y con el artículo 971 (acerca de la exclusión de toda reserva, la lineal inclusive, cuando existan hijos del segundo matrimonio y no quedan descendientes del primero). Trataremos sucesivamente las tres cuestiones.

48. *La reserva lineal y la legítima de los descendientes del reservista (Arts. 811-813 C. c.).*

El Tribunal Supremo se ha ocupado en tres ocasiones de esta cuestión. En las tres, el problema se hallaba involucrado con la discusión acerca de la consumación o no de la reserva en caso de que al fallecer el reservista dejara descendencia común al otro ascendiente de quien procedían los bienes. En las sentencias de 4 de enero 1911 y 25 marzo 1933 se declaró la preferencia de las legítimas de los descendientes.

En la sentencia de 30 mayo 1956 se afirma la exclusión de los derechos legitimarios de los descendientes del reservista con relación a los bienes sometidos a reserva, por estimarlos no incluidos en su herencia.

El cuarto considerando de la sentencia 4 enero 1911 estimó que, «siendo esta reserva una limitación impuesta a la legítima que corresponde a los ascendientes no puede tener lugar, cuando a la vez el ascendiente deba legítima a los descendientes de la persona de quien proceden los bienes, pues esta limitación del ascendiente a la libre disposición de sus bienes excluye aquella reserva cuyos fines viene a llenar cumplidamente el pago de la cuota hereditaria

forzosa, mientras que atribuyendo el artículo 811 la extensión pretendida por los recurrentes, producida la reserva, contra el precepto del artículo 813 que prohíbe imponer a la primera todo gravámen, condición o sustitución; porque entonces, para valorar el caudal relicto por los ascendientes a los efectos de fijar la legítima tendrían que deducirse los bienes reservables sometidos a la sucesión del artículo 811».

La sentencia de 25 marzo 1933, en el segundo razonamiento de su tercer considerando, reproduce casi literalmente las afirmaciones que acabamos de transcribir de la sentencia 4 enero 1911, concluyendo paralelamente, «que la subsistencia de la indicada reserva produciría como resultado que la legítima de los descendientes quedaría reducida por la reserva contra el precepto del artículo 813 del Código Civil, que prohíbe imponer a aquélla todo gravámen, condición o sustitución».

La sentencia 4 enero 1911 aplicó su doctrina como argumento para decidir que no era posible la concurrencia de tío del descendiente (hermano del ascendiente de quien procedían los bienes) con sobrino del descendiente (nieto de ambos ascendientes). La de 15 marzo 1933, la arguyó para excluir la reserva habiendo hijos comunes y admitir el juego de la mejora dispuesta por el reservista.

Este criterio es desestimado en el tercer considerando de la sentencia 10 noviembre 1953, por entender que no cabe colisión entre disposiciones que regulan preceptos diversos». Y lo discute la segunda parte del segundo considerando de la sentencia 30 mayo 1956, el cual niega que la reserva lineal pierda su razón de ser por la circunstancia de que el reservista deba legítima a los reservatarios. Se debe evitar, afirma, «la confusión y unificación de dos sistemas legitimarios, el de la legítima propiamente dicha y el de la reserva lineal, que, aun teniendo su origen común en el mandato de la ley, son instituciones jurídicas distintas, dotadas de vida propia e independiente, tanto por razón del patrimonio de que nutren—el privativo del reservista en la legítima y el del descendiente causante de la reserva respectivamente—como por la trayectoria y destino que la ley señala a los bienes de una y otra procedencia, no siempre coincidente, toda vez que los de la reserva pueden recaer en parientes del tercer grado del descendiente que la causa y no a todos ellos cabe asignarles el concepto de legitimarios previsto en el artículo ochocientos seis del Código Civil, aparte de la diferencia fundamental en punto a disponibilidad de los bienes de una u otra condición jurídica por lo que es visto también que si el caudal de la legítima y el de la reserva han de discursar por cauces separados no es admisible la tesis de que la legítima pueda resultar gravada por la reserva, ni viceversa, y, en consecuencia, no puedan prosperar los dos primeros motivos del recurso».

Roca Sastre (472) se muestra de acuerdo con la primera sen

(472) RAMÓN M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, vol. II. (Madrid, 1948), IX. pág. 327.

tencia citada, en que: «Las reservas pueden entrar en colisión con las legítimas. Pero en este caso prevalecen estas últimas. Así con referencia a la reserva lineal, lo ha declarado la sentencia de 4 de enero de 1911».

Pero, en la doctrina, Gayoso Arias (473) ha llevado a sus últimas consecuencias este argumento de la sentencia 4 enero 1911, aplicándole incluso al caso de que los hijos del reservista no lo sean del ascendiente de que procedían los bienes (por ser hermanos del vínculo sencillo del descendiente finado). A su juicio: «El padre debe legítima al hijo, medio hermano del descendiente; esa legítima no puede mermarse, deduciendo los bienes reservables para adjudicarlos a una tía de aquél; el artículo 811 no llega a tanto como a restringir la legítima de los descendientes en aras de los colaterales».

Cree Gayoso que así resulta del espíritu del artículo 811 y que su letra tampoco se opone a ese criterio, porque: «ese artículo limitase a imponer al ascendiente una obligación legal; está obligado a reservar, dice, en favor de los parientes del tercer grado. Impide, pues, que el ascendiente pueda disponer expresa o tácitamente (v. gr.: no testando) de los bienes reservables, a favor de otras personas; tiene que dejárselos a esos parientes tronqueros; pero el precepto, la obligación impuesta al ascendiente no se la impone el legislador a sí mismo, y, por tanto, no impide que la ley disponga de esos bienes imperativamente a favor de los descendientes, cuando los hay, a título de legítima. Luego no puede invocarse entonces el artículo 811 contra ellos, porque es limitación impuesta al ascendiente, que no al legislador que es quien la legítima otorga».

El mismo Gayoso previene el contraataque: «Se replicará que los tales bienes no forman parte de la legítima, porque no son del ascendiente, sino que éste los tiene sólo en usufructo o en dominio sujeto a condición resolutoria, lo que se realiza a su óbito, cuando precisamente la legítima hácese efectiva. Contestaremos que esto solo puede decirse en el supuesto de ser aplicable al caso el artículo 811 que es lo que había de probar y no prueba el argumento soltado por nosotros; y además, según el texto del mismo artículo, el ascendiente adquiere los bienes, no sólo en usufructo y la ley le impone únicamente una obligación, y una obligación no equivale nunca a una condición resolutoria».

Tomás Albi Agero (474) también coloca el artículo 813 por encima del 811 y concluye que: «Las normas sobre la legítima de los ascendientes sólo deben alterarse cuando es necesario evitar, por consideraciones de orden familiar, que merced a la interposición de aquéllos, pasen los bienes de una familia a otra extraña; pero cuando esto no suceda, no hay por qué mermar la legítima del ascendiente».

(473) RAMÓN GAYOSO ARIAS, *loc. cit.*, págs. 258 y sig.

(474) TOMÁS ALBI AGERO, *loc. cit.*, págs. 320 y sig.

Suscribimos esta afirmación, aunque no las consecuencias que de ella deduce Gayoso Arias, ni las que siguiéndole hace el citado Tomás Albi, para defender la prioridad de los medio hermanos del descendiente de línea distinta de la de los bienes, respecto a los tíos del mismo que lo sean de la línea de éstos.

Cierto que la materia de que ahora tratamos está íntimamente ligada con la cuestión, de que deberemos ocuparnos en la segunda parte de este trabajo, relativa a precisar a quién suceden los reservatarios; si al reservista o al descendiente. Pero sí que recordaremos, ahora, una de nuestras conclusiones, formulada al tratar del fin de la reserva en el epígrafe primero de este estudio. La reserva, ni por su fin ni por la letra del artículo 811 implica una forma legal especial de deferir los bienes del descendiente. Sólo trata de impedir su cambio de línea familiar. Por eso los reserva, limitando la facultad dispositiva del reservista y rectificando las propias reglas legales que provocarían aquél resultado. Con esa pauta es fácil coordinar finalistamente el artículo 811 con el 813, aquél como excepción de éste, cuando su *ratio* singular lo reclame específicamente, pero nunca fuera ella.

En concreto:

a) Si el reservista al fallecer sólo deja descendencia común al otro ascendiente de quien procedían los bienes, comoquiera que —según vimos (475)— no habrá lugar a que se consume la reserva (ni siquiera si ese otro ascendiente tiene además otros descendientes), es claro que las legítimas, al igual que las mejoras, tendrán su juego normal, y para su *cálculo* se deberán computar en la herencia del ascendiente los bienes que heredó del descendiente y que éste había recibido a título lucrativo de otro ascendiente.

b) En cambio, en el caso opuesto de que el ascendiente reservista sólo tenga descendencia no común al otro ascendiente, no hay duda que la *ratio* del artículo 811 sustrae de las masas del cálculo y de extracción de sus legítimas, aquellos bienes que hubiese heredado de un descendiente de otra unión y que éste a título lucrativo hubiera recibido del otro ascendiente. Al estar reservados tales bienes a favor de personas distintas, no cabe duda de que deberán formar una masa especial dentro del caudal relicto por el reservista.

c) Y si el presunto reservista dejase descendencia común al otro ascendiente y, además, descendientes habidos de otro matrimonio, posterior o anterior, creemos que el cómputo y la extracción de las legítimas (corta y larga) respectivas tendrán bases distintas. La de los hijos comunes abarcará incluso los bienes reservables, pero estos bienes quedarán fuera del cómputo y de la extracción de las legítimas de los descendientes no comunes del reservista. Es decir, el artículo 818 jugará para unos y otros sobre masas diversas (476).

(475) Ver el § 5.º, núm. 34, B, de este trabajo.

(476) Pongamos un ejemplo: R (el ascendiente reservista) tiene cuatro

49. Concurso de reserva lineal y reserva vidual (arts. 811-869 Código civil).

A) Posiciones de la Jurisprudencia

La primera vez que ante el Tribunal Supremo se planteó la posible colisión entre la reserva clásica y la lineal fué en el recurso que dió lugar a la repetida sentencia de 4 enero 1911. El fallo de la Audiencia de Burgos, objeto del recurso, al examinar la concurrencia de un nieto común de ambos descendientes—sobrino del descendiente—y un tío de éste (ambos con parentesco del tercer grado respecto al mismo), había apreciado la preferencia del nieto común, porque su abuela—la reservista—había contraído segundas nupcias dando lugar a la reserva vidual, que estimó preferente a la lineal. Hubo un voto particular, en que observó que el empleo del adverbio, «además», por el artículo 811 «implica siempre la idea de adición, nunca la de exclusión del concepto adicionado». Este argumento fué recogido en el motivo segundo del recurso, que alegó infracción de los artículos 968 y 969 por indebida aplicación, por entender que con el criterio recurrido estaría al alcance del cónyuge viudo anular una reserva nacida por ministerio de la ley—la del artículo 811—y convertir en «facultad suya» mediante un acto voluntario, como las segundas nupcias, el beneficiar a un hijo en perjuicio de terceras personas.

El Tribunal Supremo, observó en su primer considerando «que sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva, ya sea ésta la nuevamente establecida en el artículo 811, ya la tradicional o histórica..., y con relación a la indicada fecha y no a otra anterior, o posterior, debe resolverse la cuestión de existencia de una de las dos reservas; sin que a esta resolución sean ajenas, por lo que hace a los reservatarios, las eventualidades posibles y lícitas a que vienen sometidos desde que nace la reserva hasta que se consuma, pues a estas contingencias se debe el que desaparezca o subsista su esperanza o espectación de derecho...».

Concluye el segundo Considerando de la misma sentencia, «que el artículo 811 no es aplicable cuando queda descendencia común, que estaría regida siempre por el sistema de las legítimas y las

---

hijos: Dos de ellos—A y B—son comunes al otro ascendiente de quien procedían los bienes reservables. Los otros dos—C y D—son de otro matrimonio. El caudal líquido relicto por R vale 1.200, incluidos los bienes reservables, que valen 300.

Por esto, cada uno de los tercios de legítima y de mejora respecto a A y B valdrían 400 (= 1.200:3), y respecto C y D, 300 (= 900:3).

La legítima estricta individual de A o de B valdrán 100 (= 400:4); las de C o D, 75 (= 300:4).

Los 300 de diferencia entre 1.200 y 900 son masa sustraída por su destino a efectos de la sucesión legal y voluntaria de B y C. Esta exclusión, en cambio, no existe—por no reclamarlo la *ratio* del art. 811—con relación a A y B.

mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre padres y descendientes legítimos».

Pero, comienza por estimar, «que ambas reservas tienen por objeto que los bienes que comprenden no hagan tránsito de una a otra familia por efecto de sucesiones ordenadas por la misma ley; pero la establecida en favor de los hijos cuyo padre o madre contrajo segundo matrimonio, es más extensa en cuanto a los bienes, y más limitada respecto a las personas llamadas a la sucesión, pues de los primeros sujeta a reserva todos los que directamente haya recibido el cónyuge sobreviviente del premuerto por título lucrativo, los adquiridos de los hijos de este matrimonio por igual título, y hasta los habidos de un pariente del difunto por consideración a este último; y en cuanto a las segundas sólo llama a la descendencia legítima común de los padres reservistas y como los bienes cuya adjudicación, en parte solicitan los recurrentes vienen sujetos a la indicada reserva, la sentencia que absuelve al demandado, no infringe los artículos del Código civil que se citan en el segundo motivo del recurso (968, 969)...».

El Tribunal Supremo volvió a sentar la preminencia de la reserva clásica sobre la lineal en la sentencia de 21 enero 1922, al examinar un pretendido supuesto de mejora establecida por el reservista. Hipotética mejora que luego rechazó, en el segundo considerando, por estimarla tácita (477).

Su primer considerando afirma «que la reserva tradicional e histórica del cónyuge que contrae segundas nupcias en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio respecto de los bienes adquiridos de otro hijo habido en el mismo no se rige por el artículo 811 del Código civil, en que se introduce como novedad sin reformar ni derogar la legislación antigua, otra reserva aplicable a determinadas adquisiciones y extensiva a más grados de parentesco, sino por los artículos 968 y 969, que, confirmando aquella legislación y jurisprudencia establecen, en orden a la reserva indicada, una obligación absoluta sin limitación, por lo que se refiere al momento en que el superviviente haya adquirido los bienes objeto de tal gravamen, puesto que por su sola procedencia están a él sometidos».

---

(477) Recordemos que en este caso no había realmente disposición expresa ni tácita de mejorar, sino tan sólo una manifestación, meramente declarativa, viciada de múltiple error de derecho. El causante creía que de los bienes sujetos a la reserva del art. 811, no podía disponer, ni siquiera dentro de la órbita fijada en el precepto, sino que la ley disponía su trayectoria a favor de aquellos parientes de la línea de procedencia de los bienes, más próximos en grado, sin actuación del derecho de representación, ni siquiera a favor de sus descendientes (sobrinos de aquel de quien hubo los bienes). También creía el causante que, pese a sus segundas nupcias, sólo jugaba la reserva del art. 811. Por tanto, fué justo el fallo al anular ese reconocimiento que favorecía a los hijos vivos de su primer matrimonio en perjuicio de la descendencia legítima de otro hijo común premuerto. (Ver nuestro trabajo *La mejora tácita...*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. VIII, págs. 10 y sigs.)

El problema no ha vuelto a plantearse directamente ante el Tribunal Supremo. Pero, en torno a la cuestión de si el reservista del artículo 811 tiene o no facultad de mejorar, ha sido argüida varias veces la colisión cuestionada y resuelta en sentidos dispares. La sentencia 25 marzo de 1933 razonó que constituiría una irritante desigualdad que pudiera mejorar el viudo que contrajera segundas nupcias y no pudiera hacerlo el que se conservase viudo, y afirmó que doña H, (la reservista) de volverse a casar hubiese podido mejorar conforme al artículo 972. En cambio, las sentencias 10 noviembre 1953 y 8 junio 1954, rechazan este argumento. Esta última, desarrollando lo expresado en el tercer considerando de la de 1953, dice en el razonamiento cuarto de su séptimo considerando que la locución inicial del artículo 811 —«además, de la reserva impuesta en el artículo ochocientos once»—lo que claramente da a entender «es que, sin perjuicio y con independencia de la reserva lineal, el cónyuge viudo que contraiga segundas nupcias, viene obligado a constituir otra reserva o tantas otras como matrimonios celebre».

#### B) *Opiniones de los Autores.*

Mucius Scaevola (478), de Buen (479), Clemente de Diego (480) y Castán (481) señalan como causa de extinción de la reserva lineal su incompatibilidad con la reserva ordinaria. Los dos últimos autores mencionados, con cita de la sentencia 4 enero 1911, dicen que habiendo hijos o descendientes de un primer matrimonio con derecho a la reserva, se desvanece el derecho que pudieran aducir los parientes del tercer grado a que se refiere el artículo 811. Scaevola recoge la doctrina al respecto de las sentencias 4 enero 1911 y 25 marzo 1933.

Roca Sastre (482), estima que quedó resuelta a favor de la clásica la colisión de ambas reservas por las sentencias de 4 enero 1911 y 21 enero 1922. A su juicio: «Los razonamientos de tales sentencias son convincentes, no por argumentos de orden histórico o de procedencia en su aparición, sino por motivos institucionales... no es de presumir que la ley dispusiera que los bienes pasaran a los parientes del tercer grado de que habla el artículo 811 del Código civil, con perjuicio de la común posteridad del reservista, porque ello implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los descendientes, el cual, incluso, respetan los regímenes de sucesión troncal». Y añade, que: «En todo caso la situación de reserva no queda despejada, hasta morir el reservista, de-

(478) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XIV (4.ª ed., Madrid, 1944), revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA, art. 811, C), e), págs. 359 y sig.

(479) DE BUEN, *Notas a la obra de Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 400.

(480) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., pág. 203.

(481) CASTÁN, *Derecho civil...*, vol. cit., LXI, pág. 288.

(482) ROCA SASTRE, *op.*, vol. y pág. últ. cit.

biendo referirse a este momento, la definitiva trayectoria de los bienes».

También la redacción de la Gaceta del Notariado (483), ya en el año 1890, al contestar una consulta, estimó que cuando al fallecer el padre o madre que hubiera contraído segundas nupcias, dejase descendientes de las primeras y de las segundas nupcias se debe aplicar la reserva de los artículos 968 y siguientes y no la del artículo 811, a los bienes que hubiese recibido de alguno de sus hijos de las primeras.

Para Lozano Sicilia (484) no pudo existir colisión entre una y otra reserva, dado su particular criterio de que la del artículo 811 sólo juega igualmente a favor de la descendencia común del ascendiente reservista y del otro ascendiente de quien proceden los bienes. En la apreciación inicial del artículo 968, «además de la reserva impuesta en el artículo 811» el adverbio «además» se refiere—a su juicio—a los bienes que conforme a los artículos 968 y 969 debe reservar si contrae segundas nupcias y no debiera haber reservado de no contraelas. La reserva viudal abarca mayor objeto, más bienes por razón de su procedencia que la lineal; ésta se impone no sólo al padre o madre viudo, pero una y otra solo se dan—en su opinión—a favor de los mismos beneficiarios, los descendientes comunes. No cabe, pues, con este criterio colisión, sino acumulación de una y otra reserva.

Opiniones contrarias a la sostenida en las sentencias de 4 enero 1911, 21 enero 1922 y 25 marzo 1933, las vemos defendidas, antes o después de dichas fechas, por Sánchez Román y de la Cueva.

Sánchez Román (485) contempló el siguiente supuesto: A (el descendiente) que había heredado bienes de su madre C y de su abuelo materno D, falleció heredándole aquellos bienes abintestato su padre B.

Este, algún tiempo después, contrajo segundas nupcias. Fallecido B, se consultó si, por aplicación de la reserva de los artículos 968 y 969, sólo debía estimarse como reservista a su nieto E., hijo de una hija de las primeras nupcias del propio B, o bien, por aplicación del artículo 811, debían compartirla con E, (que como sobrino de A se hallaba en tercer grado de parentesco) los tíos maternos de A (hermanos de doble vínculo de su madre) G. y H.

El dictámen de Sánchez Román puede sintetizarse en estos términos: «ambas mencionadas reservas son perfectamente compatibles y..., por tanto, no se excluyen la una a la otra, porque parten de supuestos por completo distintos aunque puedan, como en el caso actual, coincidir en uno de los interesados y porque el Código reconoce de modo expreso esa compatibilidad y dice en el

(483) «Gaceta del Notariado», vol. XXXIX, núm. 29 (20 julio 1890), página 452.

(484) LOZANO SICILIA, *op. cit.*, pág. 71 y sig.

(485) SÁNCHEZ ROMÁN, Dictámen, publicado en el t. VI, vol. 3.º, de sus *Estudios...* cit. en la nota (2) de la pág. 1910.

artículo 968: «además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio», etc. «Establecida en el artículo 811 la reserva a favor de..., no puede alterarse la naturaleza de tal reserva por un acto posterior independiente por completo de la voluntad de los llamados a heredar los bienes reservables, como lo es el hecho de haber contraído segundas nupcias el obligado a la reserva»... «siendo ajenos aquellos parientes al suceso ocasional de la segunda reserva, no es justo privarles de derechos a que estaban llamados, desde el momento de la muerte del aludido descendiente siempre que viviesen o pudiesen ejercitarlos a la muerte del ascendiente obligado a reservar».

Por eso, concluye que: «La propiedad de todos los bienes que a B. hayan correspondido de su difunta esposa, por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, están en absoluto dentro de la reserva que establece el artículo 968 y han de pasar, por consiguiente, al único descendiente del primer matrimonio, E». «Los demás bienes que de su madre u otro ascendiente, o de una hermano, correspondiese al morir a A, por título lucrativo, y que por ministerio de la ley heredó, como único ascendiente, su padre B., corresponden a los parientes dentro del tercer grado de A que vivan a la muerte de B y sean de la línea de donde los bienes proceden. Y, por consiguiente, igual derecho tiene el descendiente del primer matrimonio, que los demás parientes que cita la consulta, en cuanto estén todos dentro del tercer grado de parentesco con A, son de la línea de donde proceden los bienes y viven y reclaman, en el momento de la muerte de B. obligado a reservar»—«...no es posible, reconocer en E, ningún derecho exclusivo en los bienes de que se trata, sino que su derecho de reservatario por el artículo 811 es exactamente igual al que ostentan G y H»—«No hay motivo alguno que autorice la exclusión de los bienes procedentes de la herencia de C, madre del causante A, porque tanto estos bienes como los de la abuela D, proceden de la misma línea materna y unos y otros están comprendidos en las prescripciones del artículo 811».

Díaz Cobeña (486) dictaminó en forma distinta sobre un caso exactamente igual al anterior. A su juicio para dar la solución adecuada deben distinguirse los dos momentos en que se divide la reserva, el de pendencia—que da derecho a exigir cuantas garantías aseguren la conservación de los bienes reservables—y el de la reserva consumada. No hay obstáculo a que durante la primera fase se mantenga la concurrencia simultánea de los favorecidos por una y otra reserva. Pero cree que en el momento de la muerte del reservista es cuando debe decidirse si han de prevalecer los beneficiados con una o con otra de las reservas.

Enfocado en estos términos el dictamen, plantea como cues-

(486) DÍAZ COBEÑA, *op. cit.*, XV, C (dictamen fecha febrero 1905), páginas 237 y sigs.

ción decisiva si los reservatarios herendan directamente del descendiente o bien del ascendiente reservista. En el primer caso estima que sería preferente la reserva del 811, pero que en caso cuestionado, por aplicarse el derecho de representación, el nieto del reservista—sobrino del descendiente—sería igualmente preferido. En el segundo caso, deberá estimarse preferidos a los descendientes del ascendiente reservista que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes. Que, en el caso dictaminado, siendo el sobrino del descendiente pariente dentro del tercer grado la línea de donde proceden los bienes carece de fundamento la aplicación del artículo 811 «para hacerlo compartir con los tíos de A (el descendiente) unos bienes que su abuela ha debido reservar desde que contrajo segundas nupcias. Y que adjudicando los bienes a dicho sobrino, se llenan los fines de ambas reservas y se acatan las reglas de la sucesión intestada de los ascendientes, tanto en cuanto a la preferencia de las líneas rectas sobre las colaterales como en lo tocante al derecho de representación para computar los grados dentro de cada una de ellas» (487).

(487) DÍAZ COBEÑA dictamina (págs. 238 y sigs.): «a) Que si se admite que según el art. 811 del Código los parientes en cuyo favor se establece la reserva, adquieren los bienes reservados directamente del descendiente de quien procedan, no perjudica su derecho la circunstancia de que el ascendiente que con la obligación de reservarlos los ha disfrutado después de la muerte de aquél, deje a su fallecimiento otro descendiente con derecho a la reserva del artículo 969; pero en tal caso, y sucediendo, como aquí ocurre, que este descendiente figura también entre los llamados en el art. 811 y se encuentra por representación colocado en segundo grado, excluye a los demás que estén en tercero por las razones expuestas al contestar a la primera parte de la consulta».

b) Que en la hipótesis contraria de que los favorecidos por la reserva del art. 811 no hereden los bienes reservados directamente del descendiente de quien procedan, sino del ascendiente en quien recayeron al morir aquél, dicha reserva no puede perjudicar los derechos sucesorios de otro descendiente del último, que como perteneciente a la línea recta del causante, excluye a todos los parientes colaterales, cualquiera que sea su grado».

c) Que la única excepción que podría encontrarse de esta regla general sería la de que dicho segundo descendiente no perteneciese a la línea de que procederían los bienes reservados; porque entonces concurriría la causa que, según la doctrina del Tribunal Supremo, es determinante de los preceptos del art. 811, y los parientes llamados en él deberían percibir aquéllos con preferencia al mencionado descendiente, aunque éste tuviera a su favor la reserva del art. 969, "para que personas extrañas a una familia no adquiriesen, por un azar especial de la vida, bienes que sin él hubieran quedado dentro de ella".

d) Que como esta excepción no puede invocarse en el caso consultado, porque el sobrino carnal de A. G. pertenece a la línea materna de éste, que es de la que proceden los bienes de que se trata, y está personalmente, y aunque se prescindiera del derecho de representación, dentro del grado de parentesco a que se extiende el llamamiento del art. 811, carece de fundamento la aplicación de éste para obligarle a compartir con los tíos de A. unos bienes que su abuelo ha debido reservar desde que contrajo segundas nupcias».

e) Que adjudicando los repetidos bienes a dicho sobrino, con exclusión de toda participación a los tíos, se llenan los fines de las dos reservas y se interpretan armónicamente los art. 811 y 969 del Código civil que las establecen, acatando, además, cuantos regulan las sucesiones intestadas, así en lo que se refiere a la preferencia de las líneas rectas sobre las colaterales, como en lo

Un mes antes de la fecha en que Díaz Cobeña firmó su referido dictamen, emitió otro sobre la misma cuestión Antonio Maura (487 bis). A su juicio, en vida del reservista, todos los parientes de tercer grado pueden pedir las medidas de seguridad establecidas para garantía de los reservatarios. Pero la cuestión de la colisión de una y otra reserva, al fallecer el reservista, no estimó necesario discutirla, porque la cuestión práctica a resolver la solucionó, a través del artículo 811, del mismo modo que en la reserva clásica, dando preferencia al nieto (sobrino del descendiente), respecto al cuñado del reservista (tío del descendiente), por aplicación del derecho de representación al artículo 811, del mismo modo que lo es a los 968 y 969 explícitamente por el 973.

De la Cueva y Donoso (488), comentando la sentencia de 4 enero 1911, critica el considerando que trata la cuestión de que nos ocupamos, dedicándole entre otros párrafos, los dos siguientes:

«Entendemos que es borrar, sin razón y sin motivo, el artículo 811 y hacer en ciertos casos desaparecer, sin precepto legal que lo autorice, la reserva que crea. Ella y la del artículo 968 son compatibles y deben cumplirse y satisfacerse en los términos legalmente posibles. Una y otra tienen determinada su órbita: la una, la troncal, comprende en favor de los parientes de tercer grado los bienes que el descendiente heredado hubiese a su vez heredado de un ascendiente o de un hermano, y la del artículo 968 comprende en favor sólo de los hijos y descendientes del cónyuge premuerto, tenidos con el reservista, los bienes que éste hubiese recibido de aquél o de un hijo del matrimonio, o de un pariente del difunto por consideración a éste, mediante testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo.»

«Imaginémonos el caso, para mayor demostración de todo esto, de que al ocurrir el fallecimiento del descendiente heredado, queden hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo o sobrinos de éstos, y en tal caso, si el ascendiente reservista contrae segundas nupcias y con ello se origina la reserva de bienes del artículo 968, que sólo beneficia a los indicados hermanos de doble vínculo o hijos de éstos, es decir, a descendientes legítimos del reservista, si quedase con ello anulada la antes nacida reserva troncal, los her-

---

tocarte al derecho de representación para computar los grados dentro de cada una de ellas».

Observemos que la cuestión que plantea DÍAZ COBEÑA en la letra c) no es posible. Los descendientes con derecho a la reserva del art. 969 han de pertenecer ineludiblemente a la línea de donde proceden los bienes de que habla el artículo 811. Siendo necesariamente descendientes comunes del cónyuge premuerto y del viudo, todos los beneficiados con la reserva viudal han de pertenecer a la línea de todos los ascendientes del premuerto, de alguno de los cuales han de proceder gratuitamente los bienes para que se dé esa presunción indisputable para la actuación del art. 811.

(487 bis) ANTONIO MAURA: *op.*, vol. cit. Dict. núm. 7 (Madrid, 12 enero 1905), págs. 104 a 108.

(488) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, *op. cit.*, págs. 114 y sig.

manos y sobrinos de vínculo sencillo del descendiente heredado perderían todos los derechos a bienes reservables y anulado el fin que se propuso el legislador de limitar la legítima en favor de sus hijos y descendientes hasta el grado tercero en evitación de que tales bienes salieran de la familia natural para ir a beneficiar a extraños, a los que pudieran ir por ese otro camino, luego de fallecido los primeros beneficiarios por la reserva viudal creada.»

C) *Trascendencia práctica de la cuestión.*

Antes de exponer nuestro criterio acerca de esta cuestión enunciaremos los problemas prácticos que se ha pretendido que dependían de la solución de ella, y algún otro que, con igual motivo, pudiera haberse planteado, a saber:

a) Actuación del derecho de representación a favor de los descendientes comunes de ambos descendientes dentro o fuera del tercer grado de parentesco del descendiente.

b) Posibilidad de ejercitar la facultad de mejorar.

c) Concurrencia de nietos comunes de ambos descendientes (sobrinos del descendiente) con hermanos del premuerto (tíos del descendiente).

d) Concurrencia de descendientes comunes de ambos ascendientes (hermanos del descendiente) con algún abuelo de éste perteneciente a la línea de procedencia de los bienes.

e) Concurrencia de medio hermanos y hermanos de doble vínculo del descendiente, cuando aquéllos fueran hijos o descendientes del ascendiente premuerto de quien procedían los bienes y los otros comunes de ambos.

f) Concurrencia de hermanos de doble vínculo hermanos consanguíneos y hermanos uterinos del descendiente, a saber: de hijos del primer matrimonio del ascendiente premuerto, hijos comunes e hijos de las segundas nupcias del ascendiente supérstite.

g) Concurrencia de hermanos de vínculo sencillo, hijos del primer matrimonio del ascendiente supérstite; hermanos de doble vínculo, hijos de éste y del ascendiente de quien procedían los bienes, y hermanos de vínculo sencillo, hijos de un tercer matrimonio del ascendiente supérstite.

D) *Su solución:*

a) En los casos en que al fallecer, el binubo no deje más descendencia que la común con el otro ascendiente de quien procedían los bienes, hemos expresado nuestra opinión (igual a la que ya había afirmado el Tribunal Supremo en las sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933), de que la reserva del artículo 811 no tiene lugar y, por lo tanto, sólo tendrá lugar la de los artículos 968 y 969.

En consecuencia, ni los hijos de un matrimonio anterior del cónyuge premuerto, ni los ascendientes y tíos del descendiente que pertenezcan a la línea de donde procedan los bienes tendrán dere-

cho alguno frente a los descendientes comunes de ambos ascendientes, ni por ello habrá lugar a plantear la cuestión de la facultad de mejorar fuera del ámbito de los artículos 972 y 823, ni la del derecho de representación si no es conforme a los artículos 973 y 925, § 1.º Código civil.

α En vida del ascendiente reservista, una vez haya contraído éste segundas nupcias, sin duda que podrán concurrir en la exigencia de medidas de seguridad todos los posibles reservatarios, tanto los protegidos por el artículo 811 como los que lo sean por los artículos 968 y siguientes. Con la diferencia, señalada en la sentencia de 3 noviembre 1931, de que sólo los protegidos por reserva viudal podrán reclamar que el ascendiente reservista garantice con hipoteca el precio reservable de una finca vendida.

β Muerto el ascendiente reservista dejando sólo descendencia común, aunque el premuerto, a su vez, haya dejado de otras nupcias anteriores suyas otros medio hermanos del descendiente, se extingue la expectativa de los presuntos reservatarios que sólo estaban protegidos por el artículo 811 (489). Por eso consolidan, en cambio, su derecho los beneficiados por el artículo 968 y siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 972 y 973 del C. c.

b) En caso de que el binubo al fallecer deje unos descendientes comunes al otro ascendiente de quien procedían los bienes y otros descendientes de sus nuevas nupcias, incluso también de nupcias anteriores (si es trinubo), creemos que tampoco debe jugar más reserva que la de los artículos 968 y siguientes, porque con ella queda cumplido el propio fin y el pretendido por el artículo 811, produciéndose una menor desviación con respecto al derecho común de sucesiones. Por lo menos, la legítima de los hijos comunes en la herencia del reservista debe computarse integrándose los bienes reservables en las masas de cálculo y extracción (490) y es inaceptable toda preferencia de los ascendientes o tíos del descendiente respecto a los hermanos de éste que sean hijos comunes de ambos ascendientes (491).

c) Por otra parte, al ocuparnos de la integración del artículo 811, en la II parte de este trabajo, veremos que la facultad de mejorar a los descendientes comunes debe tener lugar tanto en la reserva viudal como en la lineal y que el derecho de representación a favor de dichos descendientes comunes debe ser de ilimitada aplicación en una y otra reserva. Lo cual resta importancia al problema de resolver esta colisión.

50. ¿Hay antinomia entre los artículos 811 y 971 del C. c.?

La cuestión fué planteada por primera vez por la redacción de

(489) Según vimos en el núm. 34, B, 1.º y 2.º

(490) Conforme acabamos de ver en el núm. 48 de este trabajo.

(491) Según vimos antes, en el núm. 15.

la «Gaceta del Notariado» (dirigida por Gonzalo de las Casas) en 1890 (492).

Dice el artículo 971: «Cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del segundo.»

Según la redacción de dicha «Gaceta», la afirmación de que cesará además la reserva sería redundante, si se refiriera a la viudal, ya que si no queda descendencia común esta reserva no es posible institucionalmente, ni por la definición legal del artículo 968.

Por eso estimó la redacción de dicha «Gaceta» que la extinción de que habla el artículo 971 del C. c. sólo puede referirse a la reserva troncal. Y de ello deduce que:

a) Si quedan al morir el binubo hijos comunes y de sus segundas nupcias, se aplica la reserva viudal de los artículos 968 y siguientes.

b) Si quedan hijos del segundo matrimonio, pero no hijos comunes, se aplica el artículo 971 y no habrá lugar a reserva alguna.

c) Si no quedan hijos de unas nupcias comunes ni de las segundas, se aplicará la reserva del artículo 811.

En cambio, al año siguiente, la redacción de «La Reforma Legislativa» (493) opinó que no hay colisión a resolver entre los artículos 811 y 971, que se refieren a supuestos distintos y que la viuda que no deja descendientes del primer matrimonio, pero sí de las segundas nupcias, no deja por esto de estar sometida a la reserva del artículo 811, en su caso.

Pocos años después, Alejo García Moreno (494), al discutir la cuestión a la que anteriormente hemos aludido (495), de si el título lucrativo se emplea en contraposición a título oneroso, afirma que habría no sólo redundancia inútil, sino contradicción de fondo entre los artículos 970 y 971 con el artículo 811, a no ser que se considere a los dos primeros como excepción del último. Por eso, cree que el artículo 971 excluye al artículo 811, como excepción de éste, o bien que el artículo 811 se refiere a los bienes que el descendiente hubiera adquirido del otro ascendiente por donación o legado, y el artículo 971 sólo excluye, en todo caso, la reserva cuando el descendiente hubiese adquirido los bienes de otro ascendiente por herencia legal. García Moreno se inclina por esta última solución.

(492) «Gaceta del Notariado», XXXIX, núm. 29 (20 julio 1890), páginas 451 y sig.

(493) «La Reforma Legislativa», año XX, núm. 995 (18 enero 1891), Consulta núm. 1.668, pág. 21.

(494) ALEJO GARCÍA MORENO, *Deficiencias del Código civil español. Bienes reservables*, en «Revista de los Tribunales», t. XXIX, núm. 17 (27 abril 1895), págs. 258 y sig.

(495) Ver núm. 21, nota 161.

No obstante, creemos que no hay antinomia alguna ni siquiera la menor tangencia entre los artículos 811 y 971. La finalidad perseguida por la norma del artículo 811 no autoriza interpretación alguna del artículo 971 que sea total o parcialmente derogatoria de aquélla, pues se trataría de una reducción de su ámbito de aplicación contraria a la finalidad perseguida por la misma (496). Por eso, sólo cabe admitir que el artículo 871 es una redundancia inútil del artículo 968.

---

(496) Ver el num. 5, A, de este trabajo.

