

mos válidas las enajenaciones hechas por el cónyuge viudo antes de contraer nuevas nupcias, porque mientras éstas no tengan lugar falta el objeto de las reservas y el cónyuge como propietario puede disponer de los bienes á ellas sujetos, á no ser que dichas enajenaciones se hicieran con ánimo de defraudar. Por la misma razón consideramos éstas nulas cuando el cónyuge por contraer nuevas nupcias sólo es usufructuario; pero como pudiera volver á ser propietario, si por muerte de los hijos cesaran las reservas, no deben declararse nulas las enajenaciones de los bienes á ellas sujetos, hasta el fallecimiento del viudo. Así parece que debía ser teniendo en cuenta lo que por reservas se entiende; pero el Tribunal Supremo ha venido á sentar jurisprudencia declarando válidas las enajenaciones anteriores al segundo matrimonio mientras el cónyuge enaenante no se case (Sent. 16 Junio 1862 antes citada), y en cuanto á las posteriores al mismo, no serán eficaces, por más que podrán sostenerse solamente durante su vida. Tal es la doctrina aceptada por la jurisprudencia; de manera que hasta la muerte del viudo no empieza el derecho de ejercitar acción alguna en el hijo, ni tampoco hasta entónces puede contarse el tiempo para la prescripción (Sent. 21 Mayo 1861 citada).

Después de las múltiples opiniones emitidas por los autores sobre la naturaleza y constitución de la reserva, no es de extrañar que al llegar á los casos en que ésta cesa hayan discordado igualmente aquéllos. Examinemos, pues, aquí este punto ya que por el silencio de nuestras leyes no puede hallarse comprendido en los artículos y con ello daremos fin á este comentario.

Gomez y Matienzo dicen que cesa la reserva cuando el cónyuge difunto autorizó al sobreviviente para contraer segundo matrimonio, porque desaparece desde este momento la supuesta injuria hecha por el cónyuge viudo al casarse nuevamente, y no hay por tanto razón para imponerle la pena de la reserva. No admitiendo nosotros este fundamento, porque no puede considerarse como pena un derecho concedido á los hijos de un primer vínculo, con el único fin de evitar que los bienes que sólo ellos deben adquirir pasen á manos de otros, no puede la licencia de los cónyuges alterar ese derecho concedido en beneficio de los hijos.

Tampoco estamos conformes con Gomez al afirmar que igualmente cesa la reserva, cuando

los hijos autorizan al cónyuge viudo para contraer nuevas nupcias, en cuyo caso parece que renuncian á esos bienes. Ni los hijos tienen derecho para dar semejante autorización, ni lo tienen para impedir un acto lícito que sus padres puedan llevar á cabo sin trabas de ninguna especie; y por otra parte no sería justo que dicho consentimiento fuera causa de grandes perjuicios y disturbios en la familia si los hijos se resistían á prestarlo. De esta manera se expresan también Perez, Llamas, Molina, Sarmiento y el art. 302 del Proyecto de Código al establecer que «la reserva tiene lugar, aunque el difunto consorte haya autorizado al viudo ó viuda para repetir matrimonio, y éste haya sido contraído con anuencia de los hijos del primero».

Mas no han sido estos los únicos casos en que cesa la obligación de reservar, presentados por los autores. El mismo Gomez dice que no tiene lugar esa obligación cuando el cónyuge viudo se casa con licencia del príncipe, porque entónces no incurre en las penas señaladas. Febrero cree exenta de reservar á la madre que enviuda antes de los veinticinco años, considerando la menor edad como causa suficiente para que no pese esa obligación sobre los que se vuelven á casar. Y por último, otros autores sostienen que si los cónyuges al hacerse alguna donación expresaron su voluntad de no sujetar esos bienes á reserva, no debe tener lugar ésta.

No lo creemos así, tanto en este como en los anteriores casos. La licencia del príncipe, no puede quitar la pena que no existe, y por otra parte, como dice Viso, esa opinión no podría admitirse ni aun en los tiempos en que el Rey ejercía plena soberanía, porque si así fuera, quedarían libres de reservar todos los que siendo viudos y habiendo obtenido licencia real, perteneciesen á las clases que desde tiempos antiguos la necesitaban para casarse. No nos parece más afortunado Febrero, ni los que juzgan bastante la voluntad de los cónyuges de no sujetar á reserva la donación hecha entre ellos para que no exista aquélla. La ley debe cumplirse tal como se halla establecida sin hacer distinciones contrarias á la justicia; ni por causa de la menor edad ni por la voluntad de los cónyuges, puede desaparecer un derecho introducido á favor de los hijos. Siempre el beneficio es para éstos y únicamente el beneficiado puede renunciarlo, si es apto para ello; por esto nosotros solamente admitimos dos casos en que la reserva cesa: primero, cuando

los hijos, siendo mayores de edad, renuncian á ella expresamente, y segundo, cuando fallecen sin descendientes ántes del padre ó madre que contrajo segundas nupcias, porque éstas en tal caso á nadie perjudican. Tales son los casos en que cesa la obligación de reservar, aceptados por la jurisprudencia, la cual en este punto como en los anteriores, ha venido á resolver en parte muchas de las dudas originadas no tanto por la escasez de nuestras disposiciones legales, como por la vaguedad de las mismas.

Artículo 1119.—Se establece hipoteca legal:

Primero. En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres por los que éstos deban reservarles según las leyes.

Segundo. En favor de los hijos del primer matrimonio, sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado ó administre ó por los que deba reservarles.

#### ORIGENES

Ley 26, tit. XIII, Partida 5.<sup>a</sup>

Art. 168, núm. 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria.

#### COMENTARIO

Nada hubiera conseguido la ley limitándose á mirar por los hijos de su primer matrimonio, señalando los bienes que sus padres debían reservarles, si no aseguraba la entrega de estos mismos bienes, y aunque parece duro expresarse así cuando se trata de padres ó hijos, debe tenerse en cuenta que si no la falta, el descuido ó la ignorancia de la ley, principalmente en el caso de contraer segundas nupcias, pueden ser ocasión de perjuicios grandes para los hijos habidos en las primeras. Hé aquí por qué la ley, siempre solicita por amparar á los menores poniéndoles á salvo de verse sin los bienes á que son únicos acreedores, procura por un medio ó por otro asegurar á los hijos esos mismos bienes, como así lo han hecho las legislaciones que de reservas han tratado.

El Derecho Romano, el primero que las estableció, fué también el primero en exigir al cónyuge viudo la prestación de fianza bastante, dando idea de la hipoteca que más tarde habia de establecerse, aunque con otras condiciones, porque tras aquellos tiempos vinieron otros en que la fianza idónea del Código romano era insuficiente y tenia que ser sustituida por otro

medio que ofreciera mayor seguridad en los bienes reservables.

De ello se encargaron las Partidas; pero basadas en el Derecho Romano que extensamente establecía las hipotecas legales tácitas y ocultas, consagraron igualmente la ocultación de la hipoteca al disponer, después de fijar los bienes de naturaleza reservables, que para ser seguros desto los hijos finceales por ende obligados e empeñados calladamente todos los bienes de la madre. Se había dado un paso más; pero bien pronto se conocieron los inconvenientes de las hipotecas tácitas y la necesidad de darles publicidad mucho más para los hijos, puesto que la ambigüedad de las leyes sobre reservas hacían más incierto el derecho sobre ellas.

La Ley Hipotecaria basada en la publicidad ya exigida por las Cortes de Toledo de 1539 y de Valladolid de 1558, y en la especialidad de la cosa hipotecada, vino á llenar los vacíos de la anterior legislación procurando garantizar más los derechos legítimamente adquiridos. Con ella desapareció la hipoteca que calladamente, según decían las Partidas, debían constituir los padres sobre sus bienes por los reservados á sus hijos, y en su lugar empezó á regir la que con carácter especial y mediante la inscripción en el Registro mejoraba notoriamente la condición de los que á ella tenían derecho, porque de este modo siempre habrá unos bienes sujetos al pago de los reservables y no podrá desvanecerse el derecho real de los hijos por las enajenaciones que con arreglo á la anterior legislación podían hacer los padres, quedando luego insolventes.

Artículo 1120.—La hipoteca especial que tienen derecho á exigir los hijos menores por razón de bienes reservables, se constituirá con los requisitos siguientes:

Primero. El padre presentará al Juez ó Tribunal el inventario ó tasación pericial de los bienes que deba asegurar, con una relación de lo que ofrezca en hipoteca, acompañada de los títulos que prueben su dominio sobre ellos, y de los documentos que acrediten su valor y su libertad ó los gravámenes á que estén afectos.

Segundo. Si el Juez ó el Tribunal estimare exactas las relaciones de bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia, mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren

los inmuebles reservables, á fin de hacer constar esta cualidad en sus inscripciones de dominio respectivas, y se constituya la hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos á reserva sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre que se ofrezcan en garantía.

Tercero. Si el Juez ó el Tribunal dudare de la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el padre, podrá mandar que éste practique las diligencias ó presente los documentos que juzgue convenientes, á fin de acreditar aquella circunstancia.

Cuarto. Si la hipoteca no fuere suficiente, y resultare tener el padre otros bienes sobre que constituir la hipoteca, mandará el Juez ó el Tribunal extenderla á los que, á su juicio, basten para asegurar el derecho del hijo. Si el padre no tuviere otros bienes, mandará el Juez ó Tribunal constituir la hipoteca sobre los ofrecidos, pero expresando en la providencia que son insuficientes, y declarando la obligación en que queda el mismo padre de ampliarla con los primeros inmuebles que adquiera.

Quinto. El acta de que trata el número segundo de este artículo, expresará todas las circunstancias que deba contener la inscripción de hipoteca, y será firmada por el padre, autorizada por el Secretario y aprobada por el Juez ó el Tribunal.

Sexto. Mediante la presentación en el Registro de una copia de esta acta y del auto de su aprobación judicial, se harán los asientos é inscripciones correspondientes, para acreditar la cualidad reservable de los bienes que lo sean, y llevar á efecto la hipoteca constituida.

ORÍGENES

Art. 194, Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Siendo los hijos menores de edad, debía la ley mirar cómo había de constituirse la hipoteca por los bienes reservables, y como es natural en las primeras personas que fija su atención es en los padres, á quienes exige la constituyan previo inventario y tasación pericial de los bienes que deban asegurar con rela-

ción de lo que ofrecen en hipoteca y demás requisitos para que, interviniendo el juez, se forme el oportuno expediente donde se expresen todas las circunstancias que aquella deba contener, aún en el caso de no tener bienes el que constituya la hipoteca.

El reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, dicta algunas disposiciones relativas á este punto que conviene tener en cuenta. Con arreglo á él, el inventario y tasación de que hace mérito el artículo objeto de este comentario, serán los que judicial ó extrajudicialmente se hubieren practicado; y si no existieren de esta especie, los que el padre ó en su caso la madre forme por sí, haciendo constar el valor de los bienes, con testimonio de la adjudicación que de ellos se le hubiere hecho, y en su defecto por certificación de peritos ó por capitalización al tipo que se acostumbre en cada lugar.

Cuando sean la madre y el segundo marido, en su caso, los que deban constituir la hipoteca, se practicarán en nombre de ambos todas las diligencias para la formación del expediente prevenido en el artículo que comentamos, firmando uno y otro el inventario de los bienes reservables y la relación de los que ofrezcan en garantía y notificándose á los dos las providencias que se dicten.

El acta de constitución de hipoteca para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria, y además las siguientes:

1.ª La fecha en que el padre ó la madre que la constituya haya contraído nuevo matrimonio.

2.ª En el caso de hipotecarse bienes de la madre y de su nuevo marido, expresión de los que pertenezcan á cada uno.

3.ª El nombre y apellido del cónyuge difunto y la fecha de su muerte.

4.ª Los nombres y la edad de cada uno de los hijos que tuviesen derecho á la reserva.

5.ª El título en que se funde este derecho.

6.ª Relación y valor de los bienes reservables.

7.ª Expresión de haberse instruido el expediente prevenido en nuestro artículo, y á instancia de quien, ó según lo dispuesto en el artículo 165 de la ley si el mismo hijo hubiese exigido la hipoteca.

8.ª En la inscripción se indicará en resumen la parte dispositiva de la providencia que se haya dictado aprobando el acta.

9.ª Si entre los bienes reservables hubiese algunos inmuebles, se expresará que aseguran las cantidades de sus respectivos precios, con separación de la hipoteca que constituya el padre ó madre sobre sus propios bienes.

10. Si el juez ó tribunal hubiere admitido la hipoteca, pero declarando su insuficiencia, se hará así constar, y que queda obligado el padre ó la madre á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

La inscripción del acta se hará, en cuanto á los inmuebles reservables, con sujeción á lo dispuesto en el art. 139 de la ley y en cuanto á los que hipoteque el padre ó madre, con las circunstancias que debe contener la hipoteca voluntaria, y las que llevamos apuntadas, ménos la 7.ª, 8.ª y 10.ª, é indicación de que se ha presentado el acta en el Registro y se devuelven con nota expresiva de los asientos que en su virtud se hayan hecho.

Artículo 1121.—Si trascurrieren noventa días sin presentar el padre al juzgado ó tribunal el expediente de que trata el artículo anterior, podrán reclamar el cumplimiento del mismo los tutores ó curadores de los hijos, si los hubiere, y en su defecto, los parientes, cualquiera que sea su grado, ó el albacea del cónyuge premuerto.

El término de los noventa días empezará á contarse desde que, por haberse contraído segundo ó ulterior matrimonio, adquieran los bienes el carácter de reservables.

ORÍGENES

Art. 195 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

No le parecía bastante á la ley el exigir hipoteca con las condiciones dichas en los bienes de los padres para responder de los reservados á sus hijos; temía y con justicia que todavía pudiesen salir perjudicados éstos, si por la falta de diligencia de los preceptos establecidos, pasaba el tiempo sin hacerlo, y con el fin de evitar este inconveniente, les marca el término de noventa días contados desde que, por haberse contraído nuevas nupcias, adquieran los bienes el carácter de reservables, pudiendo, si esto no se hiciera, reclamar los tutores, curadores ó parientes próximos.

Ahora bien, cuando los bienes reservables no existan al tiempo de celebrarse el segundo matrimonio y sean adquiridos después, deberá contarse dicho término desde el día de su adquisición.

Artículo 1122.—Si concurrieren á pedir la constitución de la hipoteca legal dos ó más de las personas comprendidas en el artículo anterior, se dará preferencia al que primero la haya reclamado.

ORÍGENES

Art. 196 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

El presente artículo tiene fácil explicación; era necesario fijar quién tendría derecho para reclamar al padre la constitución de la hipoteca en caso de ser varios los que con arreglo al artículo anterior se presentasen á exigir ese deber, y la ley da la preferencia al primer reclamante como premio á su diligencia.

Artículo 1123.—Cuando los hijos sean mayores de edad, sólo ellos podrán exigir la constitución de la hipoteca á su favor.

ORÍGENES

Art. 197 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 1124.—El Juez ó el Tribunal que haya aprobado el expediente de que trata el artículo 1120 (194 de la ley), cuidará bajo su responsabilidad, de que se hagan las inscripciones y asientos prevenidos en el número sexto del mismo artículo.

ORÍGENES

Art. 198 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Con este precepto la ley cree suficientemente protegidos los derechos del hijo sobre los bienes reservables.

Desde el momento en que para responder de ellos se inscriben otros en Registro, el padre se halla imposibilitado para enajenarlos, porque nadie podrá desconocer que por hallarse hipotecados no pueden adquirirse sin exposición á

perderlos, y de este modo podrán en su día los hijos hacer suyo lo que para ellos fué reservado.

Artículo 1125.—Si el padre no tuviere bienes que hipotecar, se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 1120 con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía.

La providencia que en tal caso recaiga, se limitará á declarar lo que proceda sobre esos puntos, y la obligacion del padre á hipotecar los primeros inmuebles que adquiera,

Si fueren inmuebles los bienes reservables, mandará el Juez ó el Tribunal que se haga constar su calidad en el Registro, poniendo una nota que lo exprese así al margen de la misma inscripcion de propiedad.

Si dichos bienes no estuvieren inscritos á favor del que ha de reservar, se inscribirán en la forma ordinaria, expresando en la inscripcion su cualidad de reservables.

ORIGENES

Art. 199 de la Ley Hipotecaria.

Art. 173 de id.

Artículo 1126.—Lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior no será aplicable á la madre, sino en el caso de que su segundo marido no tuviere tampoco bienes que hipotecar.

ORIGENES

Art. 200 de la Ley Hipotecaria.

SECCION SEGUNDA

DEL DERECHO DE ACRECER

Artículo 1127.—La madre asegurará con las mismas formalidades que el padre el derecho de sus hijos á los bienes reservables, y si no tuviere bienes inmuebles propios, ó los que tenga no fueren suficientes para constituir hipoteca por la cantidad necesaria, hipotecará su segundo marido los que poseyere, hasta cubrir el importe total de los que deban asegurarse.

Si entre ambos cónyuges no pudieren constituir hipoteca bastante, quedará solidariamente obligado cada uno á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

Art. 201 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Hoy por la publicacion de la ley de Matrimonio civil, lo dispuesto en el primero de estos tres artículos, es aplicable á la madre cuando tenga patria potestad; de manera que si ántes era el padre el único obligado á formar expediente cuando no tuviera bienes que hipotecar y la madre sólo en el caso de no tenerlos su segundo marido, quedando éste también obligado á asegurar los bienes reservables con los que tenga propios ó los que adquiera, el Reglamento para ejecucion de la ley Hipotecaria ha dispuesto, que la madre por tener patria potestad sobre sus hijos, está sujeta á la misma obligacion que el padre, y que los segundos maridos no están obligados á constituir las hipotecas dichas en los dos últimos artículos.

COMENTARIO

Artículo 1128.—Los coherederos ó legatarios llamados conjuntamente en una misma cosa ó herencia, tienen derecho á la porcion que uno de ellos deje vacante por cualquier causa ántes de la muerte del testador.

ORIGENES

Ley 33, tit. IX, Partida 6.<sup>a</sup>  
Ley 14, tit. III, de la misma Partida, corregida por la Ley 1.<sup>a</sup> tit. XVIII, lib. X, Novísima Recopilacion.

Concuerda con: Art. 1044 Cód. Francia.—1852 y 1853 Portugal, aunque en el 1854 niega el derecho de acrecer entre los legatarios.—879 al 887 Italia.—1049 y 1050 Holanda.—1699 al 1701 de la Luisinia.—642 Vaud.—171 Neuchatel.—716 Valais y 973 de Bolivia.—Párr. 8.<sup>o</sup> tit. XX, lib. II, Instituta.—89 De legatis Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si bien desde la publicacion de la ley 1.<sup>a</sup>, título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, hoy 1.<sup>a</sup>, tit. XVIII, lib. X, de la Nov. Rec., que estableció que valieran los testamentos, aunque no contuvieran institucion de heredero, y que en este caso heredase aquel á quien según derecho y costumbre de la tierra correspondiese, cesó en España la necesidad del derecho de acrecer, establecida por la legislacion Romana, y aceptado en parte en la de Partidas, ha continuado teniendo lugar cuando proviene de la voluntad de los testadores, la cual previene terminantemente dicha ley que se cumpla (Sentencia 12 Junio 1869).  
Sent. 3 Marzo 1873.

Segun lo dispuesto en la ley 33, tit. IX, Partida 6.<sup>a</sup>, la parte que correspondería á los coherederos conjuntos que por haber premuerto al testador no han podido adquirir, acrece á los sobrevivientes (Sent. 7 Enero 1874).

COMENTARIO

Llámase derecho de acrecer, el que tienen los coherederos y colegatarios sobre la porcion de cualquiera de ellos, cuando por alguna de las causas que estudiaremos en el artículo siguiente, no la hace suya y queda vacante. Este derecho que se aplica por las leyes á los legados, pero como los autores lo amplian á las herencias, la ley 14, tit. III, Partida 6.<sup>a</sup>, lo hizo también así; la razon es la misma en uno y otro caso; la jurisprudencia lo ha confirmado aplicando indistintamente el derecho de acrecer lo mismo á herederos que á legatarios. No podemos nosotros por lo mismo separar una doctrina que por tantas autoridades se halla reunida rigiéndose por iguales principios.

Su fundamento es la voluntad del testador, opuesta sin duda alguna á que los bienes pasen á poder de otras personas fuera de las designadas por él conjuntamente y con intencion de que ellas sean las únicas que deben adquirir su herencia.

En Roma habia un derecho de acrecer necesario y otro voluntario. El principio consignado en aquella legislacion de que nadie podia morir parte testado y parte intestado, fué la causa por la cual la ley imponia el derecho de acrecer siempre que el testador institua heredero solamente en cierta parte de la herencia, sin disponer de la restante. No podian subsistir á la vez dos herederos, uno testamentario y otro legitimo y por tanto cuando esto podia tener lugar, el heredero testamentario adquiria por disposicion de la ley toda la herencia, tanto la parte que en el testamento se le hubiere designado como la que se hallaba vacante por no haber dispuesto de ella el testador.

El derecho de acrecer voluntario dependia de la voluntad del testador, expresa ó tácita, mediante la cual, si dos ó más personas eran llamadas á una misma cosa, una de ellas la adquiria toda cuando por alguna causa no podian heredar los demas nombrados.

Estas dos especies del derecho de acrecer pasaron á nuestra patria cuando las Partidas, fiel reflejo del Derecho Romano, las adoptaron entre sus disposiciones. El heredero testamentario hacia suya toda la herencia de la cual el testador sólo habia dispuesto en parte, con arreglo á la ley 14, tit. III, Partida 6.<sup>a</sup>, y en caso de ser varios los herederos, se repartia entre ellos proporcionalmente la parte de bienes á nadie adjudicada; pero desde que el Ordenamiento de Alcalá (ley 1.<sup>a</sup>, tit. XVIII, libro X, Nov. Rec.), abolió el famoso principio de la legislacion Romana, segun el cual nadie podia morir parte testado y parte intestado, declarando por el contrario que el testamento hecho en forma valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, desapareció el motivo ó fundamento del derecho de acrecer necesario, porque en adelante todo aquello de que no dispusiere el testador, pasaba á los herederos abintestato llamados por ministerio de la ley, y unicamente existe el derecho de acrecer voluntario, segun así se halla también declarado por sentencia del Tribunal Supremo.

Sólo, pues, la voluntad del testador, ya manifestada de un modo expreso y claro, ya por lo que se colija de sus palabras, es la que debe servir de guia y fundamento para determinar cuando existe el derecho de acrecer concurriendo los requisitos para ello necesarios.

Artículo 1129.—Para que la porcion va...