

## BIENES RESERVABLES

---

### I

Una institución arcaica se mantiene, en forma excepcional, en la legislación civil de dos o tres países, y entre ellos el nuestro. No responde a las necesidades jurídicas actuales; constituye una traba para la libre disposición y desenvolvimiento de la propiedad; y se encuentra en contradicción con la economía general de los mismos códigos que la han acogido. Ni siquiera se ha determinado con claridad lo que a ella concierne. Nuestra ley de fondo ha sido insegura y confusa en este particular; y la obscuridad del texto ha dado lugar a dificultades insalvables en la práctica. Las obras modernas de doctrina —escasas en nuestro país en materia de sucesiones— no han abordado este punto. Ha sido la jurisprudencia, al decidir controversias ruidosas, la que se ha ocupado, con notable detenimiento, de los bienes reservables, pero sustentando los criterios más opuestos, las tesis más contradictorias. Aun no se ha pronunciado la última palabra al respecto; y si en la reforma que se proyecta del Código Civil, la institución nombrada desaparece, siempre será forzoso contemplar la situación de aquellos que poseen derechos adquiridos con anterioridad, en virtud del segundo matrimonio de alguno de sus progenitores.

Hemos de abordar el estudio de esta cuestión, sin la “natural prevención” que confesaba un ilustrado camarista, pero también sin la menor simpatía. Y ya que no depende sólo de nuestra voluntad la supresión de este mal que afecta el regular funcionamiento de nuestra vida jurídica, nos limitaremos, mientras proclamamos nuestro anhelo por su desaparición, a describir su etiología y a circunscribirlo dentro del marco más simple que nos sea posible trazar.

En la época de la orientalización del derecho romano, debe buscarse el origen de la institución que estudiamos. Los fallos relativos a ella —y sólo hablamos de fallos porque, repetimos, la doctrina nacional no puede ser más escasa— se han limitado al comentario exegético de las fuentes citadas por nuestro codificador, en la nota al Art. 237 del Código. Hechos muy interesantes de carácter histórico han gravitado, sin embargo, sobre el derecho y explican, perfectamente, el origen de la institución. Ante el poderoso influjo de normas y principios introducidos de Oriente, muchos conceptos legales de los romanos se reforman o son substituídos por otros. Aparecen también ideas nuevas. Simples creencias o juicios mantenidos por la costumbre, fuera del radio de la ley, encuentran, de pronto, una firme ratificación en prescripciones orientales o en preceptos de la nueva religión venida también de Oriente. Llega, así, un momento en que la legislación se encamina en el sentido de una franca aversión hacia las segundas nupcias; y sin llegar a prohibir los matrimonios contraídos por viudos o viudas, cereena los derechos de que éstos gozaban y les crea una situación que reviste todos los caracteres de un castigo, de una pena civil.

Es verdad que siempre se trató de cohonestar la existencia de la institución, con la necesidad de asegurar y proteger los intereses de los hijos de primeras nupcias, olvidados algunas veces o sacrificados con un matrimonio ulterior, pero el concepto que ha primado, desde las primeras elaboraciones jurídicas de los romanos en esta materia, hasta las exposiciones doctrinarias de más de mil años después, ha sido el del repudio para las segundas nupcias. Resulta sorprendente de este modo que, sobre la frágil armazón de la repugnancia para algo que la misma ley permite y que, ni jurídica ni moralmente, envuelve algo de reprochable, se haya mantenido, con semejante persistencia, una construcción como la de que nos estamos ocupando.

En las diversas etapas porque atravesó el derecho de Roma, antes de ser influenciado por el espíritu heleno-oriental, no se adoptó medida alguna con respecto a los nuevos matrimonios, contraídos por mujeres viudas o divorciadas. Pero es de notar que en las épocas de mayor severidad, de más austera rigidez en las costumbres, los segundos matrimonios fueron considerados como inconvenientes por la opinión pública. Por eso es que la calidad de *univira*

se menciona como algo honroso en las inscripciones funerarias. <sup>(1)</sup>

La ley *Julia et Papia Poppaea* vino a contrarrestar los sentimientos dominantes, pues trató de imponer, a toda costa, la celebración de segundas nupcias, al fijar el plazo de dos años a las viudas para que se casasen nuevamente, y de un año y medio a las divorciadas, bajo la amenaza de las penas del celibato. Esta ley demuestra cuál era el estado de las cosas y tiende a modificar ese estado, que la propia elaboración legislativa constata y denuncia. Sin embargo, el proceso sigue su curso; la legislación empieza a reducir, gradualmente, los derechos de los cónyuges bñubos; y en tiempos de Teodosio y Valentiniano, ya se ha creado todo un sistema de *poenae secundarum nuptiarum*. Se llega, pues, al castigo de las segundas nupcias.

Entre las distintas limitaciones que experimentan en sus derechos los cónyuges bñubos, limitaciones que integran el referido sistema de penas, pueden recordarse las siguientes:

a) — Pérdida para la mujer del derecho de dirigir la educación de los hijos del primer matrimonio.

b) — Incapacidad de la esposa para ejercer la tutela de dichos hijos.

c) — Incapacidad de la esposa para revocar, por ingratitud de los expresados hijos, las donaciones efectuadas por ella a favor de los mismos.

d) — Pérdida, tanto para la esposa bñuba como para el esposo en idéntica situación, de la propiedad de las ganancias nupciales o de los bienes que el cónyuge sobreviviente hubiese heredado del extinto, propiedad que pasaba a los hijos del primer matrimonio, mientras que el padre o madre de ellos conservaba sobre tales bienes un mero derecho de usufructo. <sup>(2)</sup>

e) — Del mismo modo, ni por acto entre vivos ni por disposición de última voluntad, un cónyuge bñubo podía entregar o dejar al cónyuge del segundo matrimonio, una porción de sus bienes superior a la recibida o adjudicada al hijo de primeras nupcias

(1) "Conj. incomparabili univirae et castissimae". (Cita de *Maynz*. — Cours de Droit Romain — 3ª ed., Paris, Lib. de A. Durand, 1884. — T. III, N° 406, nota 2).

(2) Tal es el texto legal que se analizará en el capítulo siguiente, con ciertas reservas que hacen variar, a nuestro juicio, la literalidad de la expresión relativa a la adquisición del dominio por los reservatarios.

que recibía la porción menor de la herencia del cónyuge premuerto (3)

En la disposición designada con la letra *d* se encuentra el origen de la institución de los bienes reservables.

Bonfante, después de hacer notar que el sistema de las donaciones nupciales (efectuadas por el marido a favor de la mujer), así como el de las arras nupciales, ha penetrado al derecho romano desde el mundo oriental, encontrando el origen remoto de este régimen en el Código de Hammurabi, señala, como otro hecho acorde con los usos y costumbres orientales, la constitución de Teodosio el Grande, del año 382, según la cual, producido el segundo matrimonio de una mujer, la propiedad de los bienes provenientes de donaciones nupciales pasaba a los hijos del primer matrimonio, conservando la mujer solamente el usufructo. Teodosio II, en el año 439, impuso la misma limitación, hasta en el caso de que la donación se hubiera convertido en dote. (4)

Windscheid, en cambio, expresa que el hecho de casarse por segunda vez producía consecuencias desventajosas para quien daba ese paso, si tenía hijos del primer matrimonio; y que tales desventajas fueron introducidas por los emperadores romanos cristianos. (5) Von Mayr, de modo más categórico, dice: "Sólo la concepción severamente monogámica que el cristianismo tenía del matrimonio, que casi lo hacía perdurar después de la muerte, dió un carácter reprochable a las segundas o ulteriores nupcias, tanto del hombre como de la mujer." (6)

Es innegable que para muchos Padres de la Iglesia, como debía reconocerlo un autor tan insospechable sobre este particular como García Goyena, las segundas nupcias constituían un hecho

(3) Maynz, obra, tomo y N° cit. Filippo Serafini, Istituzioni di Diritto Romano, 10ª. ed., Athenaeum, Roma, 1921, T. II, N° 167. Robert Von Mayr, Historia del Derecho Romano (trad. del alemán por W. Roces). Ed. Labor, Buenos Aires, 1926, T. II, pág. 382. Esta restricción fué sancionada por la ley 6, Tít. 9, Libro V del Código de Justiniano, que sirvió de fuente al "Edicto de Segundas Nupcias" de Francisco II (Véase el Capítulo VII de este trabajo); y que es fuente asimismo del Art. 767 (párrafo 4) del C. C. Francés.

(4) Pietro Bonfante. Istituzioni di Diritto Romano — 7ª. ed., Dot. F. Vallardi, ed., Milano, 1921, págs. 10, 188, 189 y 206 a 208.

(5) Windscheid B. — Il Diritto delle Pandette. — Trad. dei prof. C. Fadda y P.E. Bensa. Torino, Unione Tip. ed. Torinesa, 1925. T. III, N° 511, nota 1.

(6) Loc. cit.

digno de oprobio. Los calificativos, a este respecto, eximen de cualquier comentario. (7)

Sin tratar de dilucidar el punto de si fueron solamente preceptos del cristianismo, o principios anteriores, predominantes en Asia Occidental, en Egipto, Grecia o en la India, los que aportaron este nuevo régimen al derecho de Roma, materia muy interesante para quien trate de profundizar el estudio de temas de investigación histórica, nos contentaremos con establecer las dos únicas conclusiones de interés para nuestro trabajo: que en la última fase del derecho romano y en la época de los emperadores cristianos se creó un sistema de penas o desventajas para los que contraían segundas nupcias; y que este sistema sólo regía cuando los bñubos conservaban hijos del primer matrimonio.

Con su notoria preparación romanista, nuestro codificador conocía muy bien este punto. Por ello es que, en su nota preliminar al Título “De la Sociedad Conyugal”, o sea, al abordar una materia distinta a la legislada cuando, refiriéndose al matrimonio, se ocupó de los efectos de las segundas o ulteriores nupcias, dice: “Justiniano que en las leyes del Código se muestra tan severamente católico, aceptó en el Digesto los fragmentos de los antiguos juriconsultos que hablaban suponiendo la facilidad del divorcio perpetuo; y por otra parte quiso llevar adelante la ley *Papia* de Augusto contra el estado de viudedad, cuando en el mismo Código las segundas nupcias eran consideradas como una incontinencia ilícita. *Matre jam secundis nuptiis funestata*, decía la ley 3ª.....”

Se ha afirmado en una sentencia (8) que la institución objeto

(7) Por ejemplo: “Speciosum adulterium”, “Honesta fornicatio”, “Quasi species stupri”, etc. — “Los segundos matrimonios han parecido por punto general poco loables, así en la legislación civil como en la eclesiástica; sobre todo cuando han quedado hijos del primero”. (*García Goyena F.* — Concordancias, Motivos y Comentarios del C. Civil Español. — Madrid, 1852, T. II, pág. 362). — *Pothier* manifiesta que San Pablo y San Agustín admitían las segundas o ulteriores nupcias, pero agrega que, según San Basilio, ellas eran, antes que permitidas, toleradas como un mal menor, “para evitar uno más grave, a saber, el pecado de fornicación”. Dice además que, a pesar de haber permitido la Iglesia las segundas y ulteriores nupcias siempre las ha mirado en forma desfavorable, como sospechosas de incontinencia; y que por eso se sometía antiguamente a penitencia a las personas que las contraían; y según ciertos rituales, no se pronuncia sobre las segundas nupcias la bendición de que son objeto las primeras. (*Oeuvre Complètes.* — Nouv ed.; Paris, Ed. Thorin et Fortic, 1821. — T. X — *Traité du Contrat de Mariage* — De la Puissance du Mari — Nos. 528, 529 y 531).

(8) Fallos de la Cám. Civ. de la Capital Federal. — T. 71, pág. 374.

de nuestro estudio nunca ha asumido un carácter penal; y que la Iglesia condenó, en los concilios de Nicea, de Cartago y en el Florentino, el error de quienes estimaban ilícitas las segundas nupcias. Con ésto se demuestra que fué necesaria la condenación —una condenación reiterada— en presencia de ideas, prejuicios o lo que se le quiera llamar, difundidos en la sociedad de la época. Por lo demás, nosotros nos estamos limitando a precisar el origen histórico de la institución, sin detenernos todavía a analizar su fundamento; y ya hemos dicho que si en un principio se castigaron o menospreciaron por lo ménos las segundas nupcias en general, se limitaron después las sanciones para los casos en que habían quedado hijos del primer matrimonio.

Cabe observar, además, que las expresiones un tanto iracundas con que algunos Padres de la Iglesia —de tanta autoridad como San Clemente de Alejandría o San Juan Crisóstomo— fulminaron las segundas nupcias, son auténticas; y que si el Concilio Ecuménico de Nicea, convocado por Constantino, se reunió en 325, años más tarde debía Teodosio, el infatigable perseguidor de los arrianos, promulgar la constitución de que ya hicimos mérito, e imponer una política legislativa que perduró hasta Justiniano, como lo ha reconocido nuestro codificador.

## II

En las leyes 3 a 9, Título 9, Libro V del Código de Justiniano, se establece, por primera vez, el régimen de los bienes reservables. Entre los años 382 a 529, más o menos, período que, desde los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio se extiende hasta Justiniano, se elabora esta construcción jurídica, casi con los mismos caracteres y hasta con una terminología idéntica a la de nuestros días. (9)

La ley 3 se refiere a las mujeres que contraen segundas nupcias y tienen hijos de un primer matrimonio. En tal situación,

(9) Se ha consultado el texto de las leyes que se citan en el presente capítulo, en el "Cuerpo del Derecho Civil Romano", publ. por *Kriegel, Hermann y Osenbrügen*, y trad. al castellano del latín por *I. L. García del Corral*. — Barcelona, J. Molinas ed. — 1892.

“transmiten íntegro, así como lo hubieren recibido, a los hijos que hubieren tenido de su anterior matrimonio... todo lo que por derecho de esponsales hubieren recibido de los bienes de sus anteriores maridos, y también lo que en la solemnidad de las nupcias, o todo lo que hubieren conseguido, como se ha dicho, de los bienes de sus anteriores maridos por donaciones hechas por causa de muerte, o por derecho directo de testamento, o a título de fideicomiso o de legado, o por premio de cualquier generosa liberalidad”.

Se permite, sin embargo, que la madre transmita esos bienes a uno de sus hijos, siempre, por supuesto, que se trate de uno de los del primer matrimonio, “a quien la madre hubiere creído por consideración a sus méritos que debía dirigir la disposición de su liberalidad”.

Las restricciones impuestas para evitar la libre disposición de tales bienes, restricciones que persisten hasta muchos siglos después, se encuentran esbozadas en la misma ley: “Y no se atribuyan ni tengan facultad estas mujeres para enajenar cosa alguna de los mismos bienes a favor de cualquier persona extraña, o sucesión habida de la unión de otro matrimonio; quedándoles concedida solamente la facultad de poseerlos y de disfrutarlos hasta el término de su vida, no también para enajenarlos. Porque si alguna cosa de estos mismos bienes hubiere sido transferida por ella a favor de otro cualquiera, será reintegrada de los bienes maternos, a fin de que, intactos y sin quebranto, vayan los bienes a poder de los hijos que hemos determinado”.

La disposición que antecede sólo considera lo recibido del primer marido por la bínuba. El § 1 de la misma ley extiende la restricción en cuanto a los bienes heredados de un hijo de primeras nupcias: “También añadimos ésto a la ley, que si acaso hubiere fallecido, después de contaminada la madre en segundas nupcias, <sup>(10)</sup> alguno de los mismos hijos, que constare que fueron habidos en el primer matrimonio, sobreviviendo también otros hijos nacidos del mismo matrimonio, deje la madre todo lo que se viere que adquirió

---

(10) Aquí está la frase: “Matre iam secundis nuptiis funestata”, recordada por el Dr. Vélez Sársfield, según se vió en el capítulo anterior. Otros la traducen como: “Después que la madre, no muy honestamente, ha pasado a segundo matrimonio”; y otros: “Después que la madre está señalada por el segundo matrimonio”.

por la misma sucesión ab intestato o por testamento de su descendencia, defiriéndosele solamente la posesión hasta el término de su vida en la porción a ella debida, a los hijos que sobrevivieren habidos del primer matrimonio, y no tenga facultad para testar sobre estos bienes a favor de otra cualquiera persona extraña o para enajenar cosa alguna”.

Se determina, asimismo, el caso en que debe cesar la obligación de la reserva: “Pero si no hubiere tenido ninguna sucesión del primer matrimonio, o si el nacido o los nacidos hubieren fallecido, adquiera en pleno derecho de propiedad todo lo que de cualquier modo hubiere recibido, y tenga libre facultad para adquirir respecto de estas cosas el dominio y para testar a favor de quien quisiere”. (§ 2 de la ley 3).

Además, el concepto tan discutido, varios siglos más tarde, de que la madre casada en segundas nupcias tendría sólo el usufructo de los bienes heredados de sus hijos del primer matrimonio, consta de una Auténtica, extraída de la Novela 22, Capítulo 46; y de la Novela 2, Capítulo 3:

“La madre que <sup>se</sup>convoló a segundas nupcias, sucede ciertamente por testamento a sus hijos, como cualquier instituido. También es llamada ab intestato, ya si antes de la muerte del hijo, ya si después, fuera a segundas nupcias. Pero *ab intestato* percibe solamente el usufructo de las cosas que de los bienes paternos fueron a poder del hijo”.

Queda así creada la institución. Hemos de seguirla a través de todas las transformaciones que experimentó, hasta llegar a nuestro código. Comprendemos que esta marcha, no obstante todo el esfuerzo que se hará para aligerarla, no ha de estar exenta de alguna pesadez. Pero hemos estimado indispensable ir a las fuentes originales y puras, desembarazadas del espeso aluvión acumulado por comentarios de comentarios y hasta por citas de tercera y cuarta mano, tan frecuentes en nuestra época. ¿No hemos encontrado fallos en que, para resolver algo sobre bienes reservables, se invoca el derecho francés, el alemán y el italiano, o sea, el de países en que la institución no existe?

Los preceptos antes mencionados habían previsto, exclusivamente, la situación de las viudas que contraen segundas nupcias,



conservando hijos de un matrimonio anterior. La ley 5 hizo extensivas a los viudos las mismas obligaciones: “Mandamos, en general, que en todos los casos en que las constituciones anteriores a esta ley dispusieron que la mujer reservase para los hijos comunes, disuelto el matrimonio por muerte del marido, lo que de los bienes del marido fué a poder de ella, en este mismo caso reserve también el marido para los hijos comunes lo que de los bienes de la mujer fué a poder de él, habiéndose disuelto el matrimonio por muerte de la mujer”.

La idea ya enunciada de que el cónyuge bínubo no tendría sino el usufructo de los bienes sujetos a reserva, se complementa al atribuir la misma ley 5 la propiedad de aquellos a los hijos: “Pero mandamos que les pertenezca a los hijos el dominio de las cosas que por la autoridad de esta ley o de las antiguas constituciones se reservan para los hijos. Y así, fallecido el que las reservaba para los hijos, las reivindicarán, si existen, de cualquier poseedor los hijos, y les exigirán las consumidas a los herederos de aquel, que había debido reservárselas. Y queda denegada la facultad para enajenar u obligar en su propio nombre estas cosas, que se les mandó reservasen para los hijos, a aquellos que las han de reservar.”

Estas expresiones han servido para que, hasta en nuestra época, se sostenga que el dominio perfecto del bínubo, una vez producidas las segundas o ulteriores nupcias, se desmembra en nuda propiedad y usufructo, pasando aquella a los reservatarios, dado que el reservante sólo tiene el usufructo. Pero se notará que, aun en el caso de conferirse la propiedad a los hijos del primer lecho, éstos carecen del ejercicio de las acciones inherentes al dominio, mientras viva la persona obligada a reservar. Una vez “fallecido el que las reservaba”, se estaba en condiciones de hacer uso de la reivindicación.

Insisten en el concepto enunciado, una Auténtica extraída de la Novela 98, Capítulo I, y el § 1 de la ley 6. <sup>(11)</sup>

(11) “Muerta la mujer, se les reserva en todos los casos a los hijos comunes, en cuanto a la propiedad aquello con que el marido se lucra por virtud de la dote, quedándole concedido al padre el usufructo. Lo mismo es por parte de la mujer, si se lucrase con la liberalidad sponsalicia.” (Nov. 98). — “Que la mujer en los casos en que es compelida a reservar como paternos para los hijos comunes... las donaciones de antes de las nupcias, y también los demás bienes que a ella se le entregaron por el marido... disfrute sólo durante el tiempo de su

En lo que respecta a los muebles, la misma ley 6 dispuso que la mujer casada en segundas nupcias sólo debía tener su usufructo, pero una vez “hecha la estimación de su justo precio por los que ambas partes hubieren elegido”; y si “diere fianza idónea de que en la forma de las leyes restituirá los mismos bienes muebles o su precio a los hijos e hijas procreados del mismo matrimonio, o después de la muerte de éstos a los nietos o nietas procreados de los mismos hijos”.

Si la madre no podía constituir esa caución, los muebles debían ser entregados a sus hijos del primer matrimonio. Y aunque la hubiese constituido, los hijos podían, a su vez, caucionar la obligación de pagar anualmente a aquella, en substitución del usufructo a que tenía derecho, los intereses del cuatro por ciento del monto de la tasación, en cuyo caso tenían la facultad de exigir la inmediata entrega de tales bienes. Pero como en la hipótesis de que la madre sobreviviera a todos los reservatarios, no habría existido la obligación de reservar, esta última caución constituida por los hijos debía también asegurar la restitución a la madre de los bienes muebles reservables, “a fin de que a la misma vuelva el lucro luctuoso”.

El § II de la misma ley 6, sancionó en forma de garantía real el derecho de los reservatarios. <sup>(12)</sup>

Se ha visto anteriormente que la ley 6 reconoció el derecho de los nietos provenientes del primer matrimonio para suceder en los bienes reservables. La ley 8 ratificó el mismo principio. <sup>(13)</sup>

Así como la obligación de la reserva estuvo, al principio, im- puesta sólo para las mujeres casadas en segundas nupcias, y se extendió después a los hombres en idéntica situación, la carga real sobre los bienes de la mujer bínuba, en garantía de los derechos

---

vida de los bienes inmuebles, de los esclavos y también del usufructo de las annonas civiles quedando absolutamente prohibida su enajenación.” (Ley 6).

(12) “Quedando, por supuesto, obligados a favor de los hijos todos los mismos bienes del marido, y también los que ella tiene o ha de tener, como si hubieran sido afectos al derecho de prenda o de hipoteca, sobre la misma donación de antes de las nupcias o las demás cosas que a ella le fueron entregadas de los bienes del marido”.

(13) “Si alguno de los hijos del primer matrimonio hubiese muerto antes de las segundas nupcias del padre o de la madre, habiendo quedado de él hijos o nietos o biznietos, mandamos que su parte no vaya a poder de los hermanos, . . . sino a poder de los hijos o nietos o biznietos de la misma persona fallecida”.

de los hijos del primer lecho, se estableció también con respecto al viudo que contraía nuevo matrimonio. (14)

Finalmente: todas las disposiciones relacionadas contemplan, únicamente, el caso del viudo o viuda que contrae otra vez matrimonio, vale decir, habían previsto la disolución de las primeras nupcias por muerte de uno de los cónyuges. La ley 9, en el § 1, puesto que el fundamento era el mismo, hizo extensiva la obligación de la reserva a los cónyuges de un matrimonio disuelto por el divorcio. (15)

Debemos agregar que se mantuvo el derecho reconocido al reservante para disponer, por causa de muerte, de los bienes reservables, pero siempre en beneficio de uno o varios de los hijos de primeras nupcias. (16)

La legislación romana siguió, en resumen, esta evolución:

a) — Se crea el sistema de la reserva, imponiéndose las obligaciones que de él emergían sólo a las madres bñubas, y en beneficio exclusivo de los hijos del primer lecho. Los únicos bienes reservables son los provenientes del primer marido. Este régimen empieza a esbozarse en el año 382; y las primeras constituciones imperiales que lo crearon proceden de Graciano (367-383), Valentiniano II (375-392) y Teodosio (379-395). La ley 3, que aparece dirigida a Floro, prefecto del Pretorio, y dada en Constantinopla por los tres emperadores nombrados, encuentra su explicación en que Graciano y Valentiniano II, hijos ambos de Valentiniano, reinaron juntos; y que Teodosio empezó a reinar, simultáneamente con los anteriores, en el año 379, a pedido de Graciano, en el Oriente y en la Iliria.

b) — Se prohíbe a las mujeres casadas en segundas nupcias la enajenación de los bienes reservables; y se les reconoce el derecho de poseerlos y gozar de ellos.

(14) "A la manera que respecto de la madre, cuyos bienes quedaron obligados después de las segundas nupcias a favor de los hijos nacidos del primer matrimonio... también los bienes que el padre tiene, o ha de tener, queden obligados después de sus segundas nupcias a favor de los hijos nacidos de su primer matrimonio para conservarles los lucros que obtuvo por razón de la madre de ellos."

(15) "... a la manera que cuando el matrimonio se disolvió por la muerte, y en lo sucesivo no se inquiera la causa del repudio, o se haga otra investigación sobre este particular."

(16) "Y tampoco les negamos a los padres facultad para hacer la división de los bienes entre estos mismos hijos a su arbitrio, o para elegir al que quisieren." (Ley 5).

c) — Pasan a ser reservables, además de los bienes provenientes del primer marido, los heredados de un hijo del matrimonio anterior; y se reitera que la madre tendrá tan sólo la posesión.

d) — Se determina cuándo debe cesar la obligación de la reserva: si no hay hijos del primer matrimonio, o si la madre los sobrevivió en caso de haberlos. En tal situación, la hínuba tiene la plena propiedad y la libre disposición.

e) — Se llega a concretar que la reservante no tendría sino el usufructo de los bienes afectados a la reserva.

f) — Se impone a los viudos que pasaban a nuevas nupcias, las mismas obligaciones a cargo de las mujeres casadas dos o más veces; pero siempre en beneficio exclusivo de los hijos del matrimonio anterior, y no de los descendientes de éstos.

g) — Se confiere a los reservatarios la propiedad de los bienes objeto de la reserva; y se reitera a los hínubos la prohibición de enajenar dichos bienes. Recordamos, no obstante, que la acción reivindicatoria se acuerda recién después de muerto el reservante; y que el valor de las cosas consumidas se debía exigir de los herederos de este último. (Ley 5). Resulta de este modo que, a pesar de la expresión empleada por la ley, los hijos del matrimonio anterior carecían del ejercicio del derecho de propiedad que se les otorgaba, mientras viviera el reservante. Se ha visto además que éste retenía la facultad de mejorar a cualquiera de los reservatarios, lo que demuestra que por lo menos ese último resto del derecho de disposición quedaba en su poder. Más todavía: el derecho sobre los bienes reservables se acordaba a los reservatarios que sobrevivieran a la reservante (§ 1 de la ley 3), siendo lógico suponer que mientras no se llenara el requisito de la supervivencia, vale decir, mientras no muriera la persona obligada a reservar, antes que los beneficiarios de la reserva, estos últimos no podían considerarse propietarios.

h) — Los emperadores León y Antemio (469) crean la caución que debía garantizar la restitución del valor de los bienes muebles (ley 6).

i) — De acuerdo a la ley 6, los reservatarios gozan, en garantía de sus derechos, de una hipoteca tácita sobre los bienes de los reservantes.

j) — Se extiende el beneficio de la reserva, en favor de los descendientes de los reservatarios.

k) — Justiniano, en una constitución del año 529, impone la obligación de reservar en los casos de matrimonios disueltos por divorcio, pues, hasta ese momento, sólo se había tenido en cuenta la muerte de uno de los cónyuges, para hacer cargar al sobreviviente con los deberes propios de la institución que estudiamos.

### III

#### PRIMERA PARTE.

Después del Código de Justiniano, es el Fuero Juzgo la primera legislación —entre las que han servido de fuente a nuestro Código— que se ocupa de los bienes reservables. Se impuso a la mujer la obligación de conservarlos para los hijos o nietos del primer marido. Pero únicamente debían reservarse las arras que de este último había recibido su viuda. El padre casado en segundas nupcias no estaba obligado, por tanto, a reservar. <sup>(17)</sup> Es sabido que sólo una parte del derecho de Roma, tamizaba al través del Breviario de Aniano, junto con elementos aportados por leyes de los bárbaros, debía formar el Fuero Juzgo.

Otro precepto del cuerpo de leyes de que nos ocupamos (que es el citado frecuentemente por nuestros tribunales), hacía perder a la mujer bínuba lo heredado (“la buena”) del marido, desde el mismo momento en que pasase a nuevas nupcias. En tal caso, la propiedad se consideraba transmitida a los hijos del primer matrimonio. <sup>(18)</sup> Pero observamos que la primera disposición es la que tiene mayor atingencia con los bienes reservables, pues da a entender que la propiedad queda en poder de la madre bínuba, pero *re-*

(17) “E la mujer que ovo dos maridos o mas, e ovo fijos dellos, las arras que ovo del un marido non puede dexar a los fijos del otro; mas cada un fijo o fia o nieto o nieta, deve aver las arras quel dió su padre o su avuelo a su madre después de la muerte de su padre.” (Ley 2, Tít. 5, Lib. IV).

(18) “La madre si se non casare después de la muerte del marido, deve partir igualmente todos los fructos de la buena de su marido con sus fijos mientras visquiere, mas ni lo puede vender ni dar a ninguno de sus fijos. . . . E si la madre se casare después de la muerte del marido, desde quel día adelante deven aver sus fijos la parte que ella devia aver de la buena del marido si se non casare.” (Ley 15, Tít. 2, Lib. IV).

*servada* para que, después de su muerte, pase a los hijos o nietos del cónyuge premuerto. Es lo que se deduce de la expresión: “las arras que ovo del un marido non puede dexar...”, por ser sabido que el verbo “dejar” se emplea en los casos de sucesión por causa de muerte.

El Fuero Real mantuvo, más o menos, el mismo concepto, pero sin comprender, en forma explícita, a los nietos, entre los beneficiarios de la reserva: “E si la mujer oviere fijos de dos maridos o de más, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre, de guisa que los fijos de padre no partan en las arras que dió el padre de los otros.” (Ley 1, Tít. 2, Lib. III). Se excluye todavía al padre bñubo de la obligación de reservar. Lo que la madre heredase de un hijo del primer matrimonio o recibiera ---sin que fuesen arras--- de su primer marido, no formaba parte de esta categoría de bienes. Se vé aquí más clara la idea de una sucesión por causa de muerte, pues se dice que los reservatarios *heredarán* las arras, sin poder partir o dividirse con sus hermanos unilaterales.

En las Partidas se dispuso incluir, junto con las arras, las donaciones recibidas del marido por la viuda vuelta a casar; pero no se incluyó a los nietos entre los reservatarios. Aparece aquí el sistema de la hipoteca legal sobre los bienes de la madre, en garantía de los intereses de los hijos de primeras nupcias. (19) Lo que no es de extrañar, puesto que los bienes del segundo esposo respondían también, hasta que los hijos del primer matrimonio “ayan guardador e que les den cuenta e recabdo de lo suyo”. Si bien se establecía que la propiedad pasaba a los reservatarios (“en salvo fincan”), se agregaba que los bienes se debían “cobrar e aver” después de la muerte de la reservante. Con lo que se llegaba a una conclusión análoga a la de las leyes del Código Justiniano, dado que se negaba, en vida de la persona obligada a reservar, el ejercicio de las acciones inherentes al dominio.

La ley 15 de Toro también excluyó a los nietos, pero introdujo un gran progreso sobre las legislaciones que la precedieron,

(19) “Marido de alguna mujer finando, si casare ella después con otro, las arras de las donaciones que el marido finado le oviesse dado, en salvo fincan a sus fijos del primer marido; e devenlas cobrar e aver después de la muerte de su madre; e para ser seguros desto los fijos, fincanles por ende obligados e empeñados calladamente todos los bienes de la madre.” (Ley 26, Tít. 13, Part. V).

porque extendió al padre la obligación que hasta entonces había pesado tan sólo sobre la madre bínuba. Resulta, así, inspirada esta ley por la 5, Tít. 9, Lib. V del Código Romano, de que antes hicimos mención. Amplió además esta ley de Toro el concepto de la reserva, pues hizo formar parte de ella a lo heredado de los hijos del primer matrimonio; y comprendió, en términos generales, todo lo recibido del primer marido, siendo que, hasta entonces, sólo se reservaban las arras y donaciones recibidas del primer esposo, y nada se había establecido con respecto a los bienes heredados de un hijo del matrimonio anterior. (Concuerta con el § 1 de la ley 3, Tít. 9, Lib. V del Código de Justiniano). <sup>(20)</sup>

El texto de la ley 15 de Toro fué reproducido por la ley 7, Tít. 4, Lib. X de la Novísima Recopilación.

En estas dos últimas leyes se empieza a hablar ya, en forma expresa, de reserva de la propiedad.

No deja de revestir interés la mención de los casos en que no había obligación de reservar, según la antigua legislación española: cuando el viudo o la viuda heredó los bienes en virtud de una disposición testamentaria del hijo fallecido; cuando el cónyuge sobreviviente obtuvo licencia del soberano para volverse a casar; cuando el difunto marido dejó, de modo explícito, consentimiento a su viuda para que ésta contrajera nuevas nupcias; cuando los hijos del primer matrimonio, siendo mayores de 25 años, otorgaron su consentimiento para el segundo matrimonio; y cuando el marido dió a su esposa "algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud, etc., porque esta donación no es lucrativa sino remuneratoria." <sup>(21)</sup>

## SEGUNDA PARTE.

El Código Sardo constituye otro precedente legislativo de la institución objeto de nuestro estudio. La obligación de la reserva

(20) "En todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas a reservar a los hijos del primer matrimonio, la propiedad de lo que ovieron del primer marido o heredaron de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda o tercera vez sea obligado a reservar la propiedad dello a los hijos del primer matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mujeres que casaren segunda vez, aya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercer matrimonio."

(21) *Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre*. -- Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos. -- T. I, pág. 583. -- Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852.

pesa, según el Art. 146 de aquél, sobre ambos cónyuges, pero no se refiere sino a los bienes heredados de uno u otro. No versa, pues, sobre lo adquirido de un hijo del primer matrimonio: “El cónyuge que teniendo hijos del primero pasa a un segundo matrimonio, está obligado a reservar, a favor de los mismos, la propiedad de todo lo que habrá tenido de la herencia del predifunto, a título de donativo o pacto nupcial, donación, institución o legado.”

La reserva se crea en beneficio de los hijos del primer matrimonio, siempre que sobrevivan al ascendiente bínubo. Por consiguiente, aunque el Art. 147 del Código citado exprese que la propiedad de los bienes pasa a poder de los reservatarios, es de entender que esto ocurrirá recién cuando muera el reservante, dado que únicamente los sobrevivientes adquirirán el dominio. Ni siquiera una causal de desheredación extingue la obligación de reservar, puesto que la porción del desheredado acrece la de sus coherederos; y si el único descendiente que sobrevive es el excluído en virtud de la desheredación, él será el único y exclusivo titular del derecho sobre los bienes reservados. (22)

Una gran innovación introdujo el Código Sardo en esta materia, en su Art. 148. Acordó a los esposos la facultad de eximirse, recíprocamente, de la obligación de reservar, si enviudaban y contraían nuevo matrimonio: “Cesará lo dispuesto por los dos precedentes artículos, cuando el difunto cónyuge haya declarado expresamente en la convención matrimonial, o en acto de última voluntad, que el sobreviviente debe retener la propiedad de los susodichos bienes, no obstante de haber pasado aquel a otro matrimonio.” (23)

(22) “Art. 147. — La propiedad de los susodichos bienes queda en favor de los hijos del primer matrimonio, tanto varones como mujeres, o de sus descendientes, pero restrictivamente, a los que sobreviven al padre dos veces casado, no obstante cualquiera renuncia general, y a no ser que no sean herederos ni del uno ni del otro, salvo que por cualquier justa causa haya sido alguno desheredado por el cónyuge difunto, en cuya caso su porción aumentará la del otro. Pero siempre que el desheredado fuera el único de los hijos y descendientes supervivientes, quedará en su favor la propiedad de los susodichos bienes, no obstante su desheredamiento.”

(23) El texto de las disposiciones citadas en este capítulo se ha consultado: en *Marcelo Martínez Alcubilla* — “Códigos Antiguos de España” — Madrid, 1885. — J. López Camacho, imp., lo relativo a la legislación española. — Y en *Antoine de Saint Joseph* — “Concordance entre les Codes Civils Etrangers et le Code Napoléon”. — IIe. ed., Paris, 1856 — Cotillon, Lib. du Conseil D'état. — T. I, págs. 20 y 21, lo referente al Código Sardo.



## IV

Siguiendo un orden cronológico, debemos aquí ocuparnos del proyecto de García Goyena (24). Constituyó el primer ensayo de una amplia sistematización en esta materia, que debía después ser condensada, con la mayor minuciosidad a que podía aspirarse, en el Código Civil de España.

El viudo o viuda que pasare a segundo matrimonio estaba obligado, según el aludido proyecto, a reservar a sus hijos y descendientes legítimos de las primeras nupcias, la propiedad: a) de todos los bienes adquiridos del cónyuge premuerto, por testamento, donación o cualquier otro título lucrativo, incluso el de su legítima de heredero forzoso, pero no su mitad de gananciales; b) de todos los bienes adquiridos de uno de los hijos del primer matrimonio, por alguno de los títulos expresados; y c) de los bienes adquiridos de los parientes del difunto consorte, por consideración a éste. (Arts. 800 y 801).

La mitad de gananciales quedaba exceptuada de este régimen, en vista de que se adquiría por derecho propio, obrando el cónyuge, no como heredero, sino como socio. Se notará que el beneficio se concede a los descendientes legítimos y que se prescinde de los naturales. La concurrencia de los descendientes era en ejercicio del derecho de representación, de modo que los bienes afectados a este privilegio debían dividirse por estirpe y no por cabeza. Se amplió, además, el concepto de los bienes reservados, pues se llegó a incluir aquellos que el viudo o viuda había recibido de los parientes del extinto, por consideración a éste, fuera de los heredados del cónyuge premuerto y de un hijo del matrimonio anterior.

Aunque el difunto consorte hubiera autorizado al viudo o viuda para casarse de nuevo; y por más que el segundo matrimonio se contrajera con el consentimiento de los hijos del primero, o que el cónyuge bínubo volviese otra vez a enviudar, falleciendo en esa situación, persistía siempre la obligación de reservar los bienes antes mencionados. (Art. 802).

Como se trataba de un beneficio, se permitía la renuncia de

(24) "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español". — Madrid, 1852 — Sociedad Tipográfico-editorial, a cargo de F. Abienzo.

los beneficiarios, siempre que éstos fueran mayores de edad. Se excluían también de la reserva las cosas dejadas o donadas por los hijos del primer matrimonio, al padre o a la madre, siempre que el segundo matrimonio de éstos fuera conocido por aquéllos. (Art. 803).

El Art. 804 reproducía el principio contenido en el § 1 de la ley 3, Tít. 9, Libro V del Código de Justiniano: “Cesa además la reserva si, al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero, aunque existan sus herederos”. Precepto que el Dr. Vélez Sársfield repitió, a su vez, en forma casi textual, en el Art. 238 de su Código.

De acuerdo también al Código Romano (§ 1 de la ley 6), el Art. 807 establecía: “El viudo o viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva y tasar los muebles.”

Se estimaban válidas las enajenaciones efectuadas por el cónyuge bínubo de los bienes muebles reservados (Art. 809); y en cuanto a las de bienes inmuebles, sólo eran válidas, si a la muerte del reservante no quedaban hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio (Art. 808) <sup>(25)</sup>. Este último artículo comprende los actos de disposición tanto posteriores *como anteriores* a las segundas nupcias.

Al repetir matrimonio el viudo o viuda, debía asegurar con hipoteca: a) la restitución de los bienes muebles no enajenados, en el estado en que se encontraren; b) la devolución del precio recibido por los muebles enajenados, o el valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta había tenido lugar a título lucrativo; c) la devolución del precio de los bienes muebles consumidos, antes o después de repetir matrimonio; d) la devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles enajenados antes de contraer segundas nupcias; y e) la buena administración de los bienes inmuebles no enajenados. (Art. 810).

Una exageración inadmisible del concepto de la reserva, re-

---

(25) “No hay exactitud —manifestaba García Goyena— en comparar este caso con el de un simple usufructuario que no tiene ni derecho eventual ni esperanza a la propiedad; y por el contrario, el cónyuge bínubo la adquirirá irrevocablemente en el caso del Art. 804, y entre tanto la conserva aunque revocable y pendiente de aquel evento o condición.” (Nota al Art. 808).

sulta del Art. 808 y de lo expuesto en el punto *d* del párrafo precedente. El cónyuge supérstite, mientras permanece en el estado de viudez, es propietario, sin restricción alguna, de los bienes heredados de su esposo o de sus hijos. No hay motivo, pues, para revocar una transferencia de la propiedad, efectuada cuando el dominio era tan perfecto como el de cualquier otro titular. Se contradijo, en esta forma, un justo precepto que encontramos formulado en el Código de Justiniano. <sup>(26)</sup>

En el caso de que el reservante no pudiera constituir hipoteca, se asimilaba su situación a la del usufructuario quien, antes de entrar en el goce de los bienes, estaba obligado a garantizar con fianza que cuidaría de las cosas como un buen padre de familia, y las restituiría al propietario con sus accesorios, al extinguirse el usufructo, sin que estuviesen empeoradas o deterioradas por su negligencia.

Si el usufructuario no daba esta fianza, o si el reservante no constituía hipoteca, el propietario en el primer caso, o los reservatarios en el segundo, podían exigir: el arrendamiento de los inmuebles y la designación de administrador de los mismos; la venta de los bienes muebles; y la colocación a interés de los capitales, sumas de dinero y el producto de la enajenación de los bienes muebles. El importe de los alquileres, intereses, rentas o productos de estos bienes, pertenecía al usufructuario o al reservante, según el caso. (Arts. 812, 449 y 450).

Se disponía en el proyecto, por último, que las diligencias de inventario, tasación y constitución de hipoteca, debían practicarse con intervención de los interesados en ellas; y que lo dispuesto para el caso de un segundo matrimonio regía también en cuanto a un tercero y ulteriores. (Arts. 811 y 813).

Nos queda por citar un punto de importancia. García Goyena equiparó la situación de aquellos que, después de enviudar, tenían

(26) "Si conservando la afición que deben a sus hijos, el padre o la madre no quieren pasar a segundas nupcias, no estarán impedidos: sea el marido, si es la mujer quien ha muerto, respecto a los bienes que le han sobrevenido de la fortuna de esta última; sea la mujer, en el caso en que sobreviva a su marido, respecto a los bienes que ha recibido de este último, usar de ellos a su voluntad, venderlos, enajenarlos a cualquier título que sea, o en fin obligarlos por derecho de prenda o hipoteca, si ésta es su voluntad, porque tienen la plena propiedad de ellos". (§ III de la ley 6, Tít. 9, Libro V).

hijos naturales, a la de los viudos que contraían segundas o ulteriores nupcias (Art. 814). Para el autor nombrado existía el mismo fundamento: el temor de que los últimos hijos —fuesen naturales o provinieran de un nuevo matrimonio— postergaran a los de primeras nupcias, ya que la finalidad de la institución, “más que vengar la pretendida injuria hecha a la memoria del difunto esposo, es favorecer a los hijos del primero, generalmente postergados por el padre o madre bínubos.” (Nota al Art. 800).

Nos olvidábamos hacer presente que, en el Art. 805 del proyecto, se permite al bínubo mejorar en los bienes sometidos a la reserva a cualquiera de los reservatarios. Esto demuestra que el primero conserva el dominio, dado que puede ejercitar el derecho de disposición, restringido, eso sí, para los actos de última voluntad y en beneficio exclusivo de las personas que la ley designa como reservatarias.

## V

El Código Civil de España obedece, en la materia que estudiamos, a las inspiraciones de García Goyena. Los Arts. 968 a 971, inclusive, reproducen, con leves modificaciones en la redacción, los Arts. 800, 801, 803 y 804 del autor ya nombrado. Los Arts. 972 y 973 del Código, manteniendo lo dispuesto por los 805 y 806 del proyecto citado, admiten que, a pesar de la obligación de reservar, puede el cónyuge bínubo mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los reservatarios; (27) y prescriben que el hijo desheredado justamente por el padre o por la madre pierde todo derecho a la reserva; pero que si tiene, a su vez, hijos o descendientes legítimos, será representado por ellos.

El Art. 976 del Código repite el 809 del proyecto, relativo a las enajenaciones de bienes muebles; permitiéndolas, por consiguiente, con el agregado: “salva siempre la obligación de indemnizar”.

(27) Recordamos, con este motivo: “Y tampoco les negamos a los padres facultad para hacer la división de los bienes entre estos mismos hijos a su arbitrio, ó para elegir al que quisieren.” (Ley 5, Tít. y Libro del Código de Justiniano ya citados). — La ley 3 también acordó a la reservante el derecho de mejorar al hijo de la primera unión, “a quien la madre hubiere creído por consideración a sus méritos que debía dirigir la disposición de su liberalidad.”

El principio expuesto en el Art. 808 de García Goyena, según el cual era posible la revocación de las enajenaciones de inmuebles, realizadas antes de pasar a un nuevo matrimonio el enajenante, sufre una modificación en el Art. 974 del Código vigente. Dichos actos son válidos, con la obligación para el reservante, desde que contrae segundas nupcias, de asegurar el valor de tales bienes a los hijos y descendientes del primer matrimonio.

Por lo que hace a la enajenación de inmuebles, producida con posterioridad a la nueva unión, el Art. 975 del Código reproduce el 808 del proyecto y añade: "sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria." El Art. 807 del proyecto es repetido en el 977 del Código, el que ordena, además, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Los Arts. 813 y 814 proyectados por García Goyena, persisten, igualmente, en el texto de los 979 y 980 del Código actual.

La obligación de constituir hipoteca, impuesta al viudo o viuda, al repetir matrimonio, aparece en el Art. 978 del Código, con algunas modificaciones. El gravamen debe asegurar: a) la restitución de los bienes muebles no enajenados, en el estado que tuvieren al tiempo de la muerte del reservante, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada; o de su valor si procediesen de dote estimada; b) el abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por culpa o negligencia del reservante; c) la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados, o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito; y d) el valor de los inmuebles válidamente enajenados.

En los Arts. 191 a 196 de la Ley Hipotecaria de España, se completa, acabadamente, todo lo relativo a esta institución. El padre o madre obligado a la reserva, debe presentar, ante el juez competente, el inventario y tasación pericial de los bienes que debe asegurar, con una relación de lo que ofrezca en hipoteca, acompañada de los títulos que prueben su dominio, y de los documentos que acrediten su valor y la ausencia de gravámenes, o la denuncia de éstos, en caso de existir. (28)

---

(28) Art. 191 inc. 1.

Si el juez estima exacta la relación de los bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, ordenará extender un acta en el expediente formado a tal efecto, en la cual se detallarán los inmuebles reservables, a fin de hacer constar esa cualidad en las respectivas inscripciones de dominio; y de constituir la hipoteca, por su valor y por el de los demás bienes reservables, sobre los mismos inmuebles y sobre los no sujetos a reserva, de propiedad del padre, que se ofrezcan en garantía. <sup>(29)</sup>

Mediante la presentación en el Registro de una copia de esta acta y del auto de aprobación judicial, se harán los asientos e inscripciones correspondientes, para acreditar la condición reservable de los bienes que lo sean y llevar a efecto la hipoteca constituida. <sup>(30)</sup>

Si transcurriesen noventa días, sin presentarse el padre ante el juez, en la forma prescripta por el Art. 191, pueden reclamar el cumplimiento de esta disposición los parientes, cualquiera que sea su grado, el albacea del cónyuge premuerto y en su defecto el ministerio fiscal. Cuando los hijos son mayores de edad, sólo ellos pueden exigir la constitución de la hipoteca a su favor. <sup>(31)</sup>

Los bienes que, según el derecho español, está obligado a reservar el cónyuge bínubo, son los provenientes: del cónyuge premuerto, de los hijos del matrimonio anterior y de los parientes del cónyuge difunto, por consideración a éste (Arts. 968 y 969). Nuestro código admite únicamente la reserva de los bienes heredados de algún hijo del matrimonio anterior. (Art. 237).

La adquisición de los bienes reservables, de parte del cónyuge bínubo, debe efectuarse, como lo establece el C. Civil de España, por los siguientes títulos: testamento, sucesión intestada, donación y cualquier título lucrativo (Art. 968). Nuestro código excluye los actos entre vivos, como título de adquisición de los bienes reservables, y reconoce tan sólo el testamento y la sucesión *ab intestato*.

Esto demuestra que el Cód. Civ. Argentino no ha dado a las reservas, en cuanto a la procedencia de los bienes reservables, y a la forma en que los adquirió el reservante, la gran extensión que les asigna el derecho hispano. Debemos congratularnos por ello. Si

(29) Art. 191 inc. 2.

(30) Art. 191 inc. 6.

(31) Arts. 192 y 195.

la institución es una rémora, justo es elogiar su limitación dentro del menor espacio posible.

Los modernos expositores del derecho civil español coinciden en sostener que el derecho real de dominio no pertenece a los reservatarios mientras vive el reservante. Este es el único y exclusivo propietario de los bienes reservables, porque hasta los puede enajenar, en las condiciones previstas por el Art. 975 del Código, vale decir, con la posibilidad de una revocación. Pero, de todos modos, si el bñnubo no fuese propietario, no estaría habilitado para transmitir el dominio, aunque éste resultara revocable. Los reservatarios no tienen la nuda propiedad, no pueden hacerla inscribir a su nombre en el Registro, ni enajenarla, gravarla o transmitirla a terceros, por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad. El derecho de los reservatarios es puramente personal y no se puede sino renunciarlo, cuando aquellos son mayores de edad. (32)

Nuestro Código no ha previsto estos otros puntos, contenidos en el de España: a) La mejora en los bienes reservables, a favor de cualquiera de los hijos o descendientes del matrimonio anterior (Art. 972); b) el inventario, inscripción y garantía hipotecaria de los bienes sujetos a reserva (Arts. 977 y 978); c) la obligación de reservar, impuesta a quien, en estado de viudez, tenga un hijo natural reconocido o declarado judicialmente (Art. 980); d) el derecho de renunciar a los beneficios de la reserva, acordado a los mayores de edad (Art. 970); y e) la exclusión del régimen de la reserva de las cosas dejadas por los hijos al padre o madre, sabiendo que había contraído segundas nupcias. (Art. 970).

Existe también en derecho español la llamada “reserva troncal”, creada por el Art. 811 del C. C. y sin precedentes legislativos (fuera de algunas referencias, poco explícitas, del Fuero Juzgo, Fuero Real y Novísima Recopilación): “El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiese adquirido por ministerio de la ley, en fa-

(32) *Felipe Sánchez Román*. — “Estudios de Derecho Civil”. — Madrid, 1899, Sucesores de Rivadaneira. — T. VI, vol. III, págs. 1850 y sgts. — *Calixto Valverde y Valverde*. — “Tratado de Derecho Civil Español”. 2ª ed. — Valladolid, 1921, Talleres Tipográficos Cuesta. — T. V, pág. 459. — *José María Manresa y Navarro*. — “Comentarios al Código Civil Español”. — Madrid, 1910, Imprenta de la Revista de Legislación. — T. VII, págs. 223 y sgts.

vor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan”. Ningún otro código europeo admite esta reserva troncal. No nos ocupamos de ella, por ser ajena a la materia que estudiamos, o sea, a los antecedentes de la reserva sancionada por nuestro Código.

## VI

El Código Civil del Perú, promulgado el 28 de julio de 1852, <sup>(33)</sup> dedica sus Arts. 1057 a 1076 a determinar el régimen de las reservas. El primer artículo citado establece la reserva de los bienes heredados del hijo de un matrimonio anterior, en beneficio de los “descendientes que procedan del mismo matrimonio que el hijo”. El Art. 1058 aclara que tales descendientes deben ser legítimos.

No figura en los antecedentes estudiados, ni en el Código Civil de nuestro país, la siguiente especie de reserva que está contenida en el peruano: los Arts. 1059 y 1060 imponen a los ascendientes que suceden a falta de los padres, la obligación de reservar la propiedad de la herencia de sus descendientes, cuando éstos dejen parientes colaterales “que no sean los únicos herederos forzosos de los primeros, o que no desciendan de ellos”. Esta nueva especie se crea en beneficio de los hermanos, sobrinos y tíos del descendiente que dejó la herencia, siempre “que sean sus parientes por relación legítima en todos sus grados”. Los abuelos y demás ascendientes obligados a reservar (no los padres) pueden ser ilegítimos, y pesan sobre ellos las obligaciones enunciadas. (Art. 1064). En este caso, la reserva se establece a favor de los parientes capaces de recibir la herencia intestada del descendiente que la dejó, “con tal que sean además sus hermanos o sus tíos, o hijos legítimos de aquellos hermanos”. (Art. 1065).

El padre o la madre que suceden a su hijo ilegítimo, reservarán la herencia, cuando éste deje hermanos que serían sus herederos legales a falta de padres; o cuando queden hijos legítimos de aquellos hermanos. (Art. 1063). En la hipótesis de que el padre y

(33) Se ha consultado la edición publicada por *Guillermo A. Seoane*. — (E. Rosay, editor). — Lima, 1902.



la madre sucedan juntos a un hijo ilegítimo, la parte de alguno de aquellos que muriese, no acrecerá la del sobreviviente, sino que pasará a los que tengan derecho a la propiedad de los bienes reservados. (Art. 1066).

¿Qué derechos poseen los reservatarios, en el Código Civil del Perú? Por lo pronto, es incuestionable —y ésto no podrá ser puesto en duda en ninguna legislación— que, al morir un hijo, los padres reciben en plena propiedad los bienes. Así lo reconoce el Art. 1062: “Cuando por venir la herencia de algún hijo de matrimonio actual, la obtengan padre y madre; muerto cualquiera de ellos, gozará de esta parte el sobreviviente, hasta que por su fallecimiento pasen los bienes reservados a los que tengan derecho a ellos.”

Sin que nos haya sido posible recurrir a expositores o comentaristas del derecho peruano, e ignorantes, por consiguiente, de la forma como se interpretan por autores y tribunales las disposiciones de la ley, parécenos, sin embargo, que el Código Civil acuerda a los reservatarios, una vez producido el hecho que origina el deber de reservar, la nuda propiedad de los bienes sujetos a reserva, en vida del reservante.

Hay preceptos en dicho código que hablan expresamente de consolidación de la propiedad con el usufructo. Es por demás sabido que la consolidación desempeña el mismo papel que la confusión en otros actos jurídicos; y que consiste en la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario. (Art. 2928 del C. C. argentino).

“Todos los ascendientes que heredan bienes reservables, —dice el Art. 1067— tendrán, *mientras no se consolide la propiedad con el usufructo*, los mismos derechos y las mismas obligaciones que el usufructuario.”

Se consolida la propiedad con el usufructo, a favor del ascendiente que goza de éste, en los siguientes casos: a) Si el ascendiente es heredero de su descendiente, por testamento en que se le dispensó, en forma expresa, de la obligación de reservar; b) si durante el tiempo del usufructo, no hay un solo reservatario; y c) si todos los reservatarios son incapaces de heredar. (Art. 1071).

A la inversa de lo dispuesto posteriormente por el Código Civil Español, no se permite mejorar a los descendientes en los

bienes reservables (Art. 1070, C. C. del Perú); y se establece, si hay incapaces de heredar, que la totalidad de los bienes reservables corresponde a los que carecen de impedimento (Art. 1074, C. cit.). El Código Civil de España admite que la porción de un hijo desheredado por el padre o por la madre, pase a sus hijos o descendientes legítimos (Art. 973); de manera que no acrece esa porción a los hijos no desheredados. Los hijos y descendientes legítimos del desheredado ocupan su lugar y conservan los derechos de herederos forzosos, pero el padre desheredado no tiene el usufructo ni la administración. (Art. 857 del C. C. español. Véase Arts. 3301 y 3749 del C. C. argentino).

Finalmente, no hay obligación de reservar, según el C. C. del Perú, cuando al tiempo de suceder el ascendiente en los bienes, no hay persona alguna que pueda ser reservataria (Art. 1075 inc. 1); o cuando los bienes recibidos por el ascendiente fueron antes de propiedad del mismo, habiéndose transmitido al descendiente de quien ahora se heredan, por dote, donación u otro título gratuito (Art. 1075 inc. 2).

El Código Civil de Bolivia de 1830, inspirado fielmente en el Napoleón, se aparta de su modelo en lo relativo a derecho de familia y sucesiones. El cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, está obligado a reservar para los hijos del primer matrimonio, únicamente: a) La dote recibida del cónyuge premuerto (Art. 633); b) La tercera parte de lo recibido, mediante sucesión intestada, de alguno de los hijos del matrimonio anterior (Art. 634). <sup>(34)</sup>

## VII

Sólo en España y en tres países hispano-americanos existe en nuestros días la institución de la reserva. Únicamente en las fuentes citadas por nuestro Código (y con exclusión, por tanto, del moderno derecho hispano y del de Perú y Bolivia) se analizan, se desmenuzan, se tamizan, los bienes reservables. Esperamos, en consecuencia, que entre el material acumulado en nuestro país, rela-

(34) Código Civil Boliviano compilado por *Carlos M. del Castillo*, con autorización del Supremo Gobierno. — La Paz, Bolivia, 1923. (Biblioteca de la Revista de Legislación y Jurisprudencia Administrativa).

tivo a dichos bienes, ha de constituir una novedad aportar algo relativo al derecho francés.

Ha existido en Francia la institución y su fuente ha sido también el Código de Justiniano. Más aún: si bien se encuentra excluída del Código Civil en la actualidad, están en vigor disposiciones que imponen ciertas desventajas para los viudos que contraen segundas nupcias, conservando hijos del matrimonio anterior.

En julio de 1560, siendo rey Francisco II, se promulgó el llamado “Edicto de las Segundas Nupcias”. Tuvo éste por origen —dice Planiol— un suceso escandaloso: “Una mujer que llevaba un nombre ilustre, la dama Anne d’Aligre, siendo anciana y viuda con siete hijos, se casó con un joven, Georges de Clermont, quien se hizo hacer con ella una donación considerable. El canciller se conmovió ante ésto, e hizo firmar con el rey un edicto destinado a impedir estas locas liberalidades en perjuicio de los hijos”. (35)

El edicto estaba formado por dos capítulos. El primero, inspirado según Pothier en la ley 6, tít. 9, Libro V del Código de Justiniano, prohibía a las viudas que volvían a casarse, teniendo hijos del matrimonio anterior “o hijos de estos hijos”, que hicieran al nuevo esposo alguna liberalidad, donación o legado o que le acordaran alguna ventaja resultante de las convenciones matrimoniales ordinarias, que excediera la parte del hijo menos favorecido. El edicto menciona nada más que las viudas, pero Pothier cita la jurisprudencia que imperaba en su tiempo, y opinando de conformidad a ella, dice que la prohibición también alcanzaba a los viudos, porque no se trataba de una ley de carácter penal, sino más bien favorable, tanto a los viudos como a las viudas (tal vez por impedirles hacer liberalidades excesivas y perjudiciales para sus intereses); y porque la ley 6 ya mencionada, se refiere tanto a las mujeres como a los hombres bínubos. (36)

(35) “El preámbulo del edicto, con las huellas todavía de la emoción que había causado ese escándalo, merece ser recordado: como las mujeres viudas con hijos son frecuentemente inducidas a nuevas nupcias, y no dándose cuenta que ellas son buscadas o solicitadas más por sus bienes que por sus personas, abandonan sus bienes a sus nuevos maridos y les hacen inmensas donaciones, olvidando los deberes de la naturaleza hacia sus hijos. . . .” *Marcel Planiol*. — *Traité Élémentaire de Droit Civil*. — VIIIª ed. — Paris, Lib. Gén. de Droit & de Jurisprudence, 1921. — T. III, N° 1399.

(36) Obra y tomo citados en el capítulo I. — Nos. 532 y sgts. — Pothier incluye el texto íntegro del edicto.

El segundo capítulo prohibía a las viudas y a los viudos (a quienes se mencionaba ya de modo expreso) que transmitieran al nuevo cónyuge los bienes recibidos del primero; y les ordenaba, les obligaba, mejor dicho, a *reservar* dichos bienes para los hijos del primer lecho. Este capítulo es el que crea la institución que estudiamos en Francia. Dada la expresión usada en esta parte del edicto, “estarán obligados a reservarlos”, piensa Pothier que se ha impuesto a los reservantes una especie de substitución fideicomisaria, en beneficio de los hijos del primer lecho. “La mujer que se vuelve a casar no puede obligar ni enajenar los inmuebles, sino con la carga de la substitución legal a que ella está obligada. . . . Desde que la substitución legal está abierta por su muerte, en provecho de los hijos de su primer matrimonio, las hipotecas se desvanecen y los hijos pueden reivindicar contra los terceros detentadores”. (37)

Las disposiciones del Edicto de Segundas Nupcias fueron adoptadas por las Costumbres de París y de Orleans; pero, al redactarse el Código Napoleón, después de haberse reproducido, en el primer momento, el segundo capítulo, se lo suprimió, por estimar los redactores que adoptarlo importaría gravar con una substitución fideicomisaria al cónyuge sobreviviente, substitución prohibida en el Art. 896 del mismo Código (como lo está asimismo en el Art. 3724 del nuestro); e importaría también la creación de una desigualdad injustificable entre los hijos del primer matrimonio y los de ulteriores nupcias. (38)

Desapareció, de este modo, la institución de la reserva en Francia, pero subsistieron algunas restricciones a los derechos de los bñubos con hijos del primer matrimonio. Por ejemplo: la disposición del Art. 1098, fiel expresión del primer capítulo del Edicto de Francisco II, pues prohíbe a aquellos donar al nuevo esposo más de la parte del hijo legítimo menos favorecido, y sin que, en ningún caso, puedan exceder esas donaciones la cuarta parte de los bienes. Este precepto se aplica tanto a las donaciones entre vivos como a las disposiciones testamentarias, y determina, en realidad, la porción disponible del bñubo con hijos del primer lecho, cuando éste

(37) Obra y T. cit. — Nos. 614 y 615.

(38) *Colin A. et Capitant H.* — Cours Élémentaire de Droit Civil Français. — III. ed. — Paris, Lib. Dalloz, 1920. — T. III, pág. 751. — *Planiol.* — Obra y T. cit., N° 3238.

se propone beneficiar a la persona con quien contrajo las segundas o ulteriores nupcias. El Art. 149 del Código Sardo consignaba el mismo principio.

Una segunda restricción está sancionada en el actual Art. 767. El primitivo artículo establecía: "Cuando el difunto no deja parientes en grado sucesible ni hijos naturales, los bienes de su sucesión corresponden al cónyuge no divorciado que le sobrevive". La ley de marzo 9 de 1891, modificó totalmente esa norma legal, asimilando al divorcio la separación de cuerpos pasada en cosa juzgada y fijando las reglas que debían regir la concurrencia del cónyuge sobreviviente con sus hijos y otros herederos. Quedó así formado el Art. 767 por diez párrafos, el último de los cuales fué suprimido por la ley de abril 3 de 1917. Según el cuarto párrafo, si el cónyuge extinto tiene hijos de un matrimonio precedente, el cónyuge supérstite recibirá un derecho de usufructo equivalente a la parte del hijo legítimo menos favorecido, sin que pueda exceder la cuarta parte de los bienes. De esta manera, los derechos emergentes de la sucesión *ab intestato* del cónyuge, quedaron nivelados a los provenientes de una donación entre vivos o de una disposición testamentaria, reglados estos últimos por el Art. 1098. En ningún Código moderno hay un precepto semejante.

Es de notar que el décimo párrafo del Art. 767, suprimido, como ya se dijo, en abril de 1917, imponía una restricción más: "En caso de nuevo matrimonio, el usufructo del cónyuge cesa si existen descendientes del difunto". (Se refiere al derecho de usufructo que corresponde al cónyuge sobreviviente cuando hereda en concurrencia con los hijos (párrafos 3 y 4), o con otros parientes (párrafo 5). (39)

## VIII

Llega el momento en que el Dr. Vélez Sársfield emprende la obra de la codificación. Se encuentra redactando el primer Libro y debe reglar todo lo relativo a las segundas o ulteriores nupcias. Ha tomado en cuenta, según lo expresa en la nota al Art. 237, la

(39) Para las sucesivas redacciones del Art. 767, se ha consultado: "Griollet G. et Vergé Ch. — Code Civil Annoté d'après la Doctrine et la Jurisprudence". — XXe. ed. — Paris, Lib Dalloz, 1920.

Novísima Recopilación, las Partidas, el Código de Justiniano y el Código Sardo. Es indudable que conocía también lo dispuesto, en cuanto a los bienes reservados, en el Fuero Juzgo, el Fuero Real y el proyecto de García Goyena. Podemos agregar a todos estos antecedentes, familiares a nuestro codificador, el Art. 1459 del proyecto de Freitas, (40) quien se limita a crear la institución, anunciando que la reglamentaría en el Libro IV que, según es sabido, no llegó a escribir.

Resulta interesante observar que para Freitas sólo son reservables los bienes que corresponderían por la herencia de un hijo del primer matrimonio, deferida *después* de haberse contraído las segundas nupcias. No puede ser más clara la redacción del Art. 1459. De modo que los bienes heredados antes no son reservables; lo que es muy justo, puesto que el viudo o viuda pudieron disponer libremente de ellos, antes de casarse de nuevo. Por más que no conocemos la forma como el jurista brasileño habría abordado la institución, cuando se ocupara de la materia sucesoria, parece, al no haber hablado para nada de reserva del dominio, que éste se desmembra, con motivo del fallecimiento del hijo de primeras nupcias, pasando la nuda propiedad a los reservatarios y el usufructo al reservista. Claro que ésto no es sino una presunción, autorizada por lo que llegó a escribir Freitas. Pero si en el Libro IV se hubiera dicho que el dominio corresponde a los hijos del primer lecho y sus descendientes que sobrevivan al padre o madre bñubos, es evidente que el sistema sería análogo al del Código Sardo.

En el Art. 4534 de su Proyecto, incisos 2 y 3, crea Freitas dos casos de usufructo legal que ha reproducido el Art. 2816 de nuestro Código: "2°) El del usufructo del cónyuge sobreviviente que se casare nuevamente, teniendo descendientes sucesibles de su matrimonio anterior, sobre bienes en que llegare a suceder por fallecimiento de alguno de esos descendientes. — 3°) El del usufructo del padre sobre los bienes de sus hijos menores, cuando le correspondiese tal derecho". Este precepto demostraría, como se ha di-

(40) "El viudo o viuda que se casare de nuevo, teniendo hijos u otros descendientes sucesorios de su matrimonio anterior, tendrá solamente el usufructo de los bienes en que llegare a suceder por fallecimiento de alguno de dichos hijos o descendientes, según se reglará en el Libro IV de este Código." — *A. T. de Freitas*. — Código Civil. — Edición de A. García Santos y Juan Roldán, Buenos Aires, 1909.

cho más arriba, y puesto que nada se ha previsto acerca de la obligación de reservar el dominio, que éste se desmembra en nuda propiedad y usufructo.

Justo es recordar, antes de pasar adelante, otro antecedente relativo a los bienes reservables y conocido también, indudablemente, por nuestro codificador. Nos referimos al proyecto del Dr. Eduardo Acevedo, el colaborador del Dr. Vélez en la redacción del Código de Comercio. <sup>(41)</sup>

Empieza el Dr. Acevedo afectando a la reserva los bienes provenientes del cónyuge premuerto y los heredados *ab-intestato* de los hijos del primer lecho; creándose la institución en beneficio de los hijos del matrimonio anterior y de los hijos de éstos; y excluyéndose los bienes gananciales de la obligación de reservar. <sup>(42)</sup>

En forma que no puede ser más terminante, se considera al dominio desmembrado en nuda propiedad para los reservatarios y en usufructo para el reservista: “Art. 231. El dominio de los bienes reservables pasa a los hijos del antecedente matrimonio, luego de efectuado el ulterior, conservando sólo el usufructo de ellos el cónyuge que ha pasado a segundas o ulteriores nupcias.” Tales eran la doctrina y jurisprudencia imperantes en España. Es natural que si el bínubo carece del dominio no podrá imponer a los bienes reservables “gravamen, ni hacer disposición alguna a su respecto, aunque sea entre los mismos descendientes”. <sup>(43)</sup> No hay, pues, ni el derecho de mejorar a los reservatarios, reconocido por el Código de Justiniano y por el proyecto de Garfía Goyena.

“Cesa la indicada obligación de reservar —dice el Art. 233— cuando el cónyuge premuerto, por instrumento público, entre vivos o por testamento, autorizó al supérstite a pasar a segundas o ulte-

(41) *Eduardo Acevedo*. — Proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay. — Imprenta de “La Constitución”, Montevideo, 1852. — El ejemplar consultado pertenece a la biblioteca del Dr. Vélez.

(42) “Art. 227. — El cónyuge que teniendo hijos de precedente matrimonio pasa a ulteriores nupcias, tiene que reservar para los hijos de los antecedentes, todos los bienes que le vinieron por testamento, donación o cualquiera otro título lucrativo del cónyuge a quien aquellos hijos pertenecían. — Art. 228. — Tiene asimismo que reservar a los indicados hijos, lo que le vino por herencia *ab-intestato* de alguno de ellos. — Art. 229. — La obligación de reservar subsiste a favor de los nietos, cuyo padre haya muerto. — Art. 230. — Los bienes gananciales no son reservables. El cónyuge supérstite tiene la libre disposición de ellos.”

(43) Art. 232.

riores nupcias”. Es indispensable una disposición de este género en todo sistema que funde la institución de la reserva en la presunta voluntad del cónyuge premuerto.

Demostrando cuál es la filiación de sus ideas, cita el Dr. Acevedo, como fuente de casi todos los artículos de su proyecto, los comentarios de Antonio Gómez a las leyes de Toro.

Los manuscritos del Código, confiados en honroso depósito a la Universidad de Córdoba, nos denuncian la marcha seguida en esta materia por el Dr. Vélez. Para facilitar el conocimiento de las transformaciones que ha ido experimentando el texto, señalaremos cada párrafo con una letra. He aquí la primera versión, que transcribimos fielmente del manuscrito original: “a) - El cónyuge que teniendo hijos de precedente matrimonio pasase a ulteriores nupcias es obligado a reservar la propiedad a los hijos de matrimonio antecedente, de todos bienes que por testamento o cualquier otro título lucrativo le vinieron del cónyuge a quien aquellos hijos pertenecían, y también lo que le vino por la herencia *ab intestato* de alguno de ellos. Esta reserva se extiende a favor de los nietos cuyo padre o madre hubiese muerto.

“b) - Esta reserva no tendrá lugar cuando el cónyuge muerto hubiese declarado en su testamento que el otro cónyuge conservase la propiedad de los bienes designados aun cuando contrajere un nuevo matrimonio.

“c) - El cónyuge que hubiese pasado a segundas nupcias conserva el usufructo de los bienes reservables durante su vida.”

Se reproducen después estos mismos párrafos, con ligerísimas variantes en su texto. (44)

Hay luego una tercera redacción, en la que se pueden observar modificaciones importantes. Aparte de algunas circunstancias de mero detalle, como es, por ejemplo, la de haberse substituído el vocablo “cónyuge” por “esposo”, en los párrafos *a* y *c*, notamos como, en el primero de éstos, se incluyen, junto con los bienes pro-

(44) Por ejemplo, en el párrafo *a*: “El cónyuge que teniendo hijos.... es obligado a reservar a los hijos de matrimonio antecedente la propiedad de todos los bienes.... etc.”. El párrafo *b* empieza: “La reserva no tendrá lugar....”. Y el *c*: “El cónyuge que hubiese pasado a nuevas nupcias....”, en vez de segundas nupcias, como se consignaba en la versión primitiva.



venientes en virtud de “testamento o cualquier otro título lucrativo”, los recibidos por “beneficio de la ley”. (45)

El párrafo designado con la letra *b*, después de ser reproducido en la misma forma en que antes se encontraba, es tachado íntegramente. Con esta supresión se impide que un cónyuge pueda liberar al otro de la obligación de reservar.

En lugar del párrafo suprimido, aparece este otro: “Cesa la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes legítimos del primero aunque existan sus herederos”. Esta norma es la que será después incorporada al Art. 238 del Código.

En cuanto al párrafo *c*, subsiste con la variante de que ya hicimos mención.

Después de lo que acabamos de relacionar, viene la redacción definitiva, tal cual se encuentra expuesta en los Arts. 237 y 238 del Código. (46)

Si comparamos la primitiva redacción de los manuscritos del Dr. Vélez con los Arts. 227, 228 y 229 del proyecto del Dr. Acevedo, se nos revela un hecho que hasta ahora había pasado desapercibido: que nuestro codificador ha seguido a su antiguo y eminente colaborador, hasta empleando los mismos términos, pero que ha introducido variaciones, al parecer sin importancia, por reducirse a una sola palabra, y que importan, a nuestro juicio, una verdadera definición en sentido adverso a lo propuesto por el jurista nombrado.

Confróntese el Art. 227 del proyecto ya mencionado, con el primer párrafo (que designamos con la letra *a*) del manuscrito de nuestro codificador, y se verá que éste reproduce aquella disposi-

(45) “El esposo que teniendo hijos de precedente matrimonio pasase a ulteriores nupcias es obligado a reservar a los hijos de matrimonio antecedente la propiedad de todos los bienes que por testamento o por cualquier otro título lucrativo o beneficio de la ley vinieron del esposo a quien aquellos hijos pertenecían; y también lo que adquirió por herencia *ab-intestato* de alguno de ellos. Esta reserva se extiende. . . . etc.”

(46) Si bien están derogados todos los artículos del Código que reglan el matrimonio, continuaremos citando en el curso de este trabajo los Arts. 237 y 238. De todos modos, son preceptos que continúan en vigor, mediante la repetición que de ellos hacen los Arts. 115 y 116 de la ley de matrimonio civil; y además de resultar más cómodas la exposición y lectura, se trata de una obra personal del codificador, que debe coordinarse con otras disposiciones emanadas del mismo, como son las de los Arts. 3590 y 2816 del C. C.

ción, pero agregando el vocablo “propiedad”; con lo que no se obliga al cónyuge bínubo simplemente a reservar o conservar los bienes, sino la propiedad de los bienes. Se trata de algo muy distinto. Un mero usufructuario puede conservar los bienes recibidos en usufructo, pero no se le puede obligar a conservar o reservar la propiedad, puesto que no la tiene.

Esta definición de nuestro codificador se refuerza con la circunstancia de no haber reproducido el Art. 231 del proyecto del Dr. Acevedo, según el cual pasa el dominio a los hijos del primer lecho, tan pronto como se realiza el segundo matrimonio.

El párrafo que designamos con la letra *b* es una repetición del Art. 148 del Código Sardo.

Por lo que hace al párrafo *c*, hicimos notar, en el capítulo IV, que es una reproducción del Art. 804 del proyecto de García Goyena; y éste, a su vez, del § 1 de la ley 3, título 9, Libro V del Código de Justiniano. Es lo único del manuscrito que se incorpora al Código Civil, por medio del Art. 238.

Este brevísimo análisis de los originales del Dr. Vélez Sársfield nos demuestra, por lo pronto, la forma en que el codificador llegó a limitar el alcance de la reserva. En el primer momento, incluyó todo lo recibido por el viudo o viuda del extinto cónyuge, para comprender después en la institución tan sólo aquello que fué recibido de algún hijo del matrimonio anterior, por testamento o *ab-intestato*, como lo establece el actual Art. 237.

Nos interesa por ahora hacer notar, a los fines del estudio de las diversas cuestiones suscitadas al interpretarse los preceptos de que se trata, que nuestro codificador mantuvo, en forma inalterable, desde su primera concepción de los bienes reservables, un dualismo que representaba para muchos una verdadera contradicción: la reserva del dominio por un lado, y el usufructo por otro, usufructo acordado a la misma persona obligada a reservar. Pese a las distintas modificaciones que iba sufriendo el texto, el examen de los manuscritos nos demuestra que, en la primera versión, ya se afirmaba, en primer término, clara y firmemente, la obligación de “reservar” la propiedad; para establecer después la conservación del usufructo (párrafo que designamos con la letra *c*). Esta dualidad de conceptos es la misma que se mantiene en el texto del Art. 237 del Código.

De este modo, sin otros precedentes legislativos ante la vista que los mencionados al principio de este capítulo, pues el Código Civil de España, cuyas disposiciones ya hemos analizado, es posterior al nuestro; y los de Perú y Bolivia, no obstante la prioridad de sus fechas de promulgación y vigencia, no fueron consultados, a lo que parece, por el Dr. Vélez Sársfield, se llega a determinar el régimen de los bienes reservados. No deja de traslucirse cierta satisfacción en la nota al Art. 237, cuando nuestro codificador, después de citar las fuentes, expresa: "En contra: todos los otros códigos modernos".

En contra también, podemos agregar, todas las legislaciones posteriores a la nuestra, con excepción de la hispánica. La curiosa institución que estudiamos, sólo existe en la vida jurídica de nuestro país y de España, Perú y Bolivia. No ha faltado, sin embargo, un alto magistrado judicial que, con el propósito de poner de manifiesto sus preocupaciones, sus desvelos por dictar un fallo ajustado a derecho, en materia de bienes reservados, ha dicho: "Se ha tomado en consideración lo que al respecto sostienen tratadistas españoles, franceses, argentinos, etc., *la legislación civil alemana, italiana*, proyecto de Freitas para el Brasil y tantos otros antecedentes con cuyo estudio se forja en el espíritu una convicción definida y firme..... etc., etc."

## APENDICE A LOS CAPITULOS II A VIII

## PERSONAS SOMETIDAS A LA RESERVA

BIENES  
SOMETI-  
DOS A LA  
RESERVA*Solamente la esposa bínuba*

- 1) Todos los recibidos del cónyuge premuerto. (Ley 3, Tít. 9, Libro V del Código de Justiniano).
- 2) Los recibidos por herencia de un hijo del primer matrimonio, después de haber pasado la reservante a segundas nupcias. (§ 1 de la ley 3 antes citada).
- 3) Las arras recibidas del primer marido. (Fuero Juzgo y Fuero Real).
- 4) Además de las arras, las donaciones efectuadas por el primer marido a la esposa bínuba. (Leyes de Partidas).

*Cualquiera de los cónyuges bínubos*

- 1) Los mencionados bajo los N°s. 1 y 2 en el cuadro anterior. (Ley 5, Tít. 9, Libro V del Código de Justiniano, Leyes de Toro y Novísima Recopilación).
- 2) Solamente los indicados con el N° 2. (Proyecto de Freitas).
- 3) Los indicados con el N° 1. (Código Sardo, Proyecto de García Goyena (excluyéndose la mitad de ganancias), C. Civil de España y Proyecto de Acevedo (ambos con la misma exclusión), Edicto de Francisco II y 1° y 2° manuscritos del Dr. Vélez).
- 4) Los recibidos de un hijo del matrimonio anterior, antes o después de contraerse las nuevas nupcias, por testamento, do-

BIENES  
SOMETI-  
DOS A LA  
RESERVA  
(Continua-  
ción)

- nación o cualquier título lucrativo. (Proyecto de García Goyena y C. Civil de España).
- 5) Los recibidos por herencia *ab intestato* de un hijo del matrimonio anterior. (Proyecto de Acevedo y 1°, 2° y tercer manuscritos del Dr. Vélez).
  - 6) Únicamente los recibidos por herencia *ab intestato* o testamentaria de un hijo. (C. Civil del Perú y C. Civil Argentino).
  - 7) La tercera parte de lo adquirido, en virtud de herencia intestada, de algún hijo del matrimonio anterior. (C. Civil de Bolivia).
  - 8) La dote constituída por el cónyuge premuerto a favor del supérstite. (C. Civil de Bolivia).
  - 9) Lo que adquirió el cónyuge supérstite de los parientes del premuerto por consideración a éste. (Proyecto de García Goyena y C. Civil de España).

## CONTENIDO DE LA INSTITUCION DE LA RESERVA

## I

Se atribuye, de modo explícito, la nuda propiedad de los bienes a los reservatarios y el usufructo al reservante. (Ley 5, Título 9, Libro V del Código de Justiniano —con la salvedad que se hizo oportunamente en el Capítulo II de este trabajo— Proyecto de Acevedo y C. Civil del Perú).

## II

Aunque no se ha consignado en forma expresa, se deduce que corresponde la nuda propiedad a los reservatarios. (Proyecto de Freitas).

## III

Se establece solamente la obligación de reservar o conservar los bienes, sin disponerse nada acerca del dominio de los mismos. (Ley 3, Título 9, Libro V del Código de Justiniano, Leyes de Toro, Novísima Recopilación y C. Civil de Bolivia).

## IV

Se presume que la propiedad se mantiene en poder del bínubo, porque recién a su muerte debe pasar a los reservatarios. (Ley 5, Tít. 9, Libro V del Código de Justiniano —según la interpretación hecha en el Capítulo II — Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Código Sardo y Edicto de Francisco II).

## V

Se reconoce un dominio revocable de que es titular el reservista. (Proyecto de García Goyena y C. Civil de España).

---

## DERECHOS Y OBLIGACIONES DE RESERVANTES Y RESERVATARIOS

*Ley 3, Tit., Lib. y C. cits. Novelas 2 y 22 Ley 5, T., L. y C.*

*Cits.*

OBLIGACIÓN

“Transmiten íntegro, así como lo hubieren recibido”, el patrimonio reservable. “Y no se atribuyan ni tengan facultad... para enajenar cosa alguna de estos mismos bienes”.

“Reserve también el marido para los hijos comunes lo que de los bienes de la mujer fué a poder de él”... “Queda denegada la facultad para enajenar u obligar en su propio nombre estas cosas.”

LIMITACIÓN DE DERECHOS COMO CONSECUENCIA DE LA OBLIGACIÓN ANTERIOR.

“Quedándoles concedida solamente la facultad de poseerlos y disfrutarlos hasta el término de su vida”.

“Percibe solamente el usufructo de las cosas que de bienes paternos fueron a poder del hijo.”

DERECHO ACORDADO

A LOS RESERVATARIOS ... “Mandamos que les pertenezca a los hijos el dominio....”

CONDICIONES DEL EJERCICIO

DEL DERECHO ... “Fallecido el que las reservaba para los hijos, las reivindicarán... etc.”

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE RESERVANTES Y  
RESERVATARIOS (Continuación)

OBLIGACIÓN	LIMITACIÓN DE DERECHO COMO CONSECUENCIA DE LA OBLIGACIÓN ANTERIOR.	DERECHO ACORDADO A LOS RESERVATARIOS.	CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL DERECHO.
“Deje la madre todo lo que se viere que adquirió por la misma sucesión...”		“Las arras e las donaciones que el marido finado le oviese dado, en salvo fincan a sus hijos del primer marido”.	“...e deven las cobrar e aver después de la muerte de su madre”.
“Y no tenga facultad para testar sobre estos bienes... o para enajenar cosa alguna...” ( § 1 de la ley 3, Tít., Lib. y Cód. cits.).	“Defiriéndosele solamente la posesión hasta el término de su vida...” ( § 1 de la ley 3, tít., Lib. y Cód. cits.)	en salvo fincan a sus hijos del primer marido”.	(Partidas).
“Las arras que ovo del un marido non puede dexar a los fijos del otro”. (Fuero Juzgo).	Inventario, tasación y constitución de hipoteca, para garantir el cumplimiento de la obligación.		“Deve aver las arras que le dió su padre o su avuelo a su madre, después de la muerte de su padre”. (Fuero Juzgo).
“...las mujeres casando segunda vez son obligadas a reservar... la propiedad...” “...el varón que casare 2ª o 3ª vez sea obligado a reservar la propiedad...” (Leyes de Toro Novísima Recopilación).	(Proyecto de García Goyena - C. Civil de España). Unicamente se acuerda el usufructo. (Proyecto de Freitas. Lo mismo en el Proyecto de Acevedo).	El dominio pasa a los reservatarios. (Proyecto de Acevedo y quizás el de Freitas). (Lo mismo el C. Civil del Perú).	“Hereden las arras que dió su padre”. (Fuero Real).



DERECHOS Y OBLIGACIONES DE RESERVANTES Y  
RESERVATARIOS (Conclusión)

OBLIGACIÓN	LIMITACIÓN DE DERECHOS COMO CONSECUENCIA DE LA OBLIGACIÓN ANTERIOR.	CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL DERECHO.
<p>“...se les reserva en todos los casos a los hijos comunes, en cuanto a la propiedad...” (Novela 98).</p>	<p>“... quedándole concedido al padre el usufructo”. (Novela 98).</p>	
<p>“Que la mujer en los casos en que es competente a reservar...” (§ 1 de la ley 6, Tít., Lib. y Cód. cits.)</p>	<p>“...disfrute solo durante el tiempo de su vida de los bienes...” (§ 1 de la ley 6, tít., Lib. y Cód. cits.).</p>	<p>“La propiedad de los susodichos bienes queda en favor de los hijos... o de sus descendientes, pero restrictivamente a los que sobreviven ...”. (Cód. Sardo).</p>
<p>“...está obligado a reservar... la propiedad de todo lo que habrá tenido de la herencia del predifunto”. (Código Sardo).</p>		
<p>“...estarán obligados a reservarlos...” (Edicto de Francisco II).</p>		
<p>“...tiene que reservar... todos los bienes...” (Proyecto de Acevedo).</p>		
<p>“...están obligados a reservar la propiedad...” (C. Civil del Perú).</p>		

## IX

Entre los libros que pertenecieron al Dr. Vélez Sársfield, se conserva en la Universidad de Córdoba un ejemplar del “Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos”, por Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre. Corresponde a la cuarta edición, publicada en Madrid, en el año 1852; y entre los motivos que sus autores exponen para fundar la institución de la reserva, puede leerse que las segundas nupcias representan una injuria inferida al cónyuge difunto (47). Igual concepto aparece en el popular diccionario de Escriche. (48)

El mismo García Goyena, sin embargo, al proyectar el Art. 800 de “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”, de cuya obra también figuraba un ejemplar de la edición de 1852 en la biblioteca de nuestro codificador, expresa que la razón de ser del artículo, con el que empieza su legislación de la reserva, “más que vengar la pretendida injuria hecha a la memoria del difunto esposo, es el favorecer a los hijos del primero, generalmente postergados por el padre o madre bñubos.”

En consecuencia, y puesto que llegó a ser insostenible el fundamento que estribaba en la aversión hacia las segundas nupcias, permitidas como estaban éstas por la religión, la moral y el derecho, vemos surgir una nueva causa, aun en forma simultánea con la primeramente citada, que era la que persistía, como un residuo, como un sedimento arcaico, en las obras de que se ha hecho mención. Esta nueva causa consiste en la utilidad de los hijos del primer lecho. (49)

Desde obras del siglo pasado, como la escrita por don Pedro Gómez de la Serna y don Juan Manuel Montalbán, quienes llegan a afirmar: “La esperanza que tienen los hijos del primer matrimonio de suceder por sí solos en los bienes del difunto, adquiridos por

(47) T. I, pág. 580.

(48) “Cierta especie de ofensas que se supone hace el cónyuge sobreviviente al difunto”. (Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. — Madrid, 1874, T. II, pág. 101).

(49) “El bien y utilidad de los hijos de los matrimonios anteriores para que no sean perjudicados, y que los posteriores lucren en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres”. (García Goyena y Aguirre. — “Febrero... etc.”. — T. y pág. cit.). Véase, además, el Diccionario de Escriche.

el cónyuge que sobrevive, podría quedar frustrada casándose éste otra vez, si las leyes no hubieran establecido en su beneficio la obligación de reservar” (50); hasta los tratados de civilistas contemporáneos (51), subsiste el fundamento vinculado al interés o utilidad de los hijos.

No se ha dejado también de hacer apelación a la presunta voluntad del cónyuge difunto, quien “sin duda no querría que unos hijos extraños dividieran con los suyos una parte de su patrimonio”, según así lo aseguran Gómez de la Serna y Montalbán (52). Exactamente en los mismos términos, sin cambiar ni una palabra, se habían manifestado antes García Goyena y Aguirre en su “Febrero”. (53) “Se trata de impedir —dice Manresa y Navarro— que los bienes de una familia pasen a otra distinta contra la voluntad presunta de su dueño”. (54)

Débiles fundamentos, en verdad. Vanas tentativas por adaptar al organismo jurídico moderno, dando una apariencia distinta, tratando de proporcionar un sentido nuevo, a algo que, desde su origen, siempre fué un castigo, siempre representó una pena: pena para la supuesta incontinencia sexual, patentizada por las segundas nupcias, o pena impuesta a la falta de fidelidad, o al olvido, o al agravio inferido al cónyuge premuerto.

Se ha prescindido de tales consideraciones, para hablar, en cambio, del interés de los hijos de la primera unión, o de la presunta voluntad del difunto, y se olvida un argumento que, según nuestro modesto criterio, es de orden fundamental: que el interés de los hijos y la presunta voluntad del que ya no existe fueron debidamente contemplados, al abrirse la sucesión de este último y re-

(50) Elementos del Derecho Civil y Penal de España. — VIIIª ed. Madrid, 1869, T. II, pág. 119. (Ed. Librería de Sánchez).

(51) “Si la ley impone determinadas limitaciones al binubo es porque teme que se ocasione un perjuicio injusto a los hijos de la primera unión. . . . Trátase de favorecer a los hijos de una determinada unión, de protegerlos contra los peligros de una nueva boda o nuevas afecciones que ocasionen el que a esos hijos se les arranque un patrimonio que la ley mira como legítimamente suyo”. (*Manresa y Navarro*. — Obra y tomo citados, págs. 223 y 224). — “El verdadero fundamento es el derecho de legítimas de los descendientes en la sucesión de los ascendientes, para no hacer éstas ilusorias o menoscabadas, en el caso de contraer segundas nupcias el padre o madre que sobreviviera”. (*Sánchez Román*, Obra y t. cit., págs. 1850 y sigts.).

(52) Obra, tomo y pág. cit.

(53) Tomo y pág. cit.

(54) Obra, tomo y pág. cit.

cibir cada heredero la parte que, legítimamente, le correspondía. Liquidada la sucesión, y liquidada en forma definitiva, con la consiguiente transmisión del dominio a los sucesores del titular desaparecido, repugna al orden jurídico que se continúe invocando el interés de los hijos, cuando dicho interés ya fué satisfecho, o la presunta voluntad del extinto, cuando ésta, en lo que pueda tener de presunta para los civilistas que la hacen valer, ya fué respetada y acatada, al efectuarse la distribución de los bienes de la herencia.

Para los defensores *a outrance* de la institución de los bienes reservables, persiste aún el interés de los descendientes. Desean éstos recibir los bienes heredados por el cónyuge sobreviviente, *si éste contrae segundo matrimonio*, y sólo en esa hipótesis. Para los aludidos defensores, no casándose de nuevo el viudo o viuda, ya no hay interés, pues éste puede hacer lo que le plazca de los bienes heredados. Se trata de un interés bien curioso, por cierto, pues se encuentra supeditado al segundo matrimonio: si éste no se contrae, ya no hay interés en los bienes que serían reservables en caso contrario.

Idéntica cosa ocurre con la supuesta voluntad del extinto, la que ya fué obedecida y tenida en cuenta, según queda dicho, pero que se la continúa prolongando a través del tiempo, por obra de un verdadero espiritismo jurídico. Así nos lo imaginamos al espíritu severo y un tanto sañudo del muerto, vigilando no ya la primera transmisión de su patrimonio, sino también las transmisiones ulteriores... Debemos, sin embargo, anotar, en homenaje a la verdad de los hechos, que los difuntos de nuestro país son más contemporizadores, menos estrictos que los de España, por ejemplo, pues toleran que el sobreviviente, en vez de pasar a nuevas nupcias, se dedique a otras relaciones que le permitirán transmitir a hijos naturales los bienes que, en el caso de una unión ilegítima, también se conceptúan reservables en la madre patria.

Nuestro Código, como ya vimos en el Capítulo V, no impone la obligación de reservar en cuanto a los bienes heredados por un cónyuge del otro, sino en lo que respecta, únicamente, a los bienes heredados de algún hijo del primer matrimonio. Tampoco podríamos, en este caso, apelar a la presunta voluntad de ese hijo muerto, la que fué considerada —para los que se inspiran en voluntades pre-

suntas o hipotéticas— al pasar su herencia al padre o a la madre, con prelación a sus hermanos; y como se habría considerado también, si tal hijo tuviese descendientes, al recibir éstos una parte de la herencia.

El cónyuge supérstite debe adquirir en forma irrevocable y definitiva el dominio de lo heredado. Ningún fundamento serio abona una excepción a este principio.

Y que no se diga que la única finalidad perseguida por la ley es la de impedir la postergación que pueden sufrir los hijos de primeras nupcias, en frente de los del segundo matrimonio. Ello podría ocurrir en algunos casos, pero en otros sucederá lo contrario. Lo normal, lo ordinario, es que no se produzca ese hecho. Un acto aislado no puede autorizar jamás semejante alteración del régimen sucesorio y la inmovilización de la propiedad raíz. Un heredero, en cualquier caso, sin necesidad de que haya segundas nupcias, está protegido en nuestro derecho contra los actos que tiendan a privarlo de su legítima hereditaria, mediante la colación y la reducción de las donaciones inoficiosas y hasta con las acciones de simulación y fraude, acordadas a cualquier particular.

Contrapesando, pues, el interés protegido con los males que acarrea la institución, comprobamos que aquel es pequeño con relación a los últimos, o sea, con respecto al estancamiento de la propiedad, a las restricciones impuestas a la libre disponibilidad de los bienes y a la alteración del régimen sucesorio, sin que un principio de orden social comprometido autorice semejantes resultados. Es sensible que nuestro codificador no haya encontrado, para los bienes reservables, las mismas causales de la oposición que planteó a una institución análoga, la sustitución fideicomisaria: “La fideicomisaria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para ésto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos”. (Nota al Art. 3724 del C. C.).

Si a lo anterior se agrega que el sistema incorporado a nuestra legislación resulta inconsecuente e injusto, al no haber impuesto la reserva para los bienes heredados del cónyuge premuerto por el otro cónyuge, manteniéndola, en cambio, para lo heredado de un hijo del matrimonio anterior; al no haber contemplado la situación del viudo o viuda, con hijos del matrimonio disuelto, que tiene después hijos naturales, caso previsto por García Goyena en la obra que sirvió de fuente; y al tratar en forma desigual, colocándolos en una evidente inferioridad de situación, como si también fuesen acreedores a algún castigo, a los hijos del segundo matrimonio, quienes no pueden heredar del padre o madre bínubo los bienes que éste heredó, a su vez, de un hijo del matrimonio anterior —bienes que pueden ser los únicos dejados por el bínubo— y están obligados, empero, a compartir con sus hermanos unilaterales, en un caso por todo concepto idéntico, lo que el ascendiente casado en segundas nupcias heredó de un hijo del segundo lecho; que nada se ha legislado en cuanto a los actos de disposición efectuados por el viudo antes de casarse de nuevo; que no se ha asegurado la eficaz reserva de los bienes muebles, siendo sabido que los valores mobiliarios pueden alcanzar una importancia considerable; que no se ha diferenciado, en la masa de los bienes dejados al morir por el hijo del primer matrimonio, lo que éste heredó del progenitor fallecido, de lo que dicho hijo adquirió de terceras personas; y que la falta de precisión y claridad de las disposiciones respectivas es de tal naturaleza, que la interpretación jurisprudencial en esta materia se caracteriza por las contradicciones en que se desenvuelve, será forzoso concluir que no sólo es inaceptable en teoría la institución de que nos ocupamos, sino que, aun aceptándola en principio, no admite justificación posible el modo como entre nosotros se encuentra reglamentada.

## X

Cuando hay bienes reservables, es decir, cuando un cónyuge bínubo mantiene en su poder bienes heredados de un hijo del matrimonio anterior y existen reservatarios, o sea, hermanos bilaterales del extinto ¿quién es el titular del dominio de tales bienes?. Este problema es el que más ha anarquizado nuestra jurisprudencia. Da-

do que el Art. 237 del C. C. dispone que el viudo, al pasar a segundas nupcias, sólo conservará el usufructo de los bienes reservables, se ha dicho que si hay un usufructuario deben existir, correlativamente, titulares de la nuda propiedad; y que si el cónyuge bínubo tiene el usufructo, los reservatarios tienen, a su vez, la nuda propiedad. Se ha encontrado, además, una manifiesta contradicción entre la parte que se ha citado del Art. 237 y el primer párrafo del mismo, pues, al decir que el cónyuge bínubo debe reservar la propiedad, es de entender que no se desprende, en momento alguno, del dominio.

Una consecuencia de esta cuestión es la capacidad o incapacidad del reservante para enajenar los bienes reservables. A fin de solucionar el problema, expresa el Dr. Llerena que debemos recurrir al derecho hispano, según el cual se podía efectuar la enajenación antes del segundo matrimonio, pero no después, “puesto que —como dice Escriche— antes de casarse no había incurrido en la pena de la reserva”. Según el mismo Dr. Llerena, la propiedad del bínubo caduca “desde el momento de la celebración del segundo matrimonio. Desde ese momento sus hijos sobrevivientes *se hacen dueños de pleno derecho* de los bienes sujetos a reserva, quedando el cónyuge bínubo *sólo en su carácter de usufructuario*” (55). Estima el comentarista citado que él ha sido el primer propiciador de esa tesis en nuestro país; y que de él la ha tomado la jurisprudencia. (56)

Es del caso observar —y el mismo reproche podemos dirigir a los magistrados que han seguido las ideas del Dr. Llerena,— que se invocan las opiniones de quienes consideraban la institución como una pena, y que se cita, como expresión del derecho hispano, la parte envejecida y caduca del mismo. Nos bastará consignar, a este respecto, que García Goyena, en “Concordancias, Motivos y Comentarios del C. Civil Español”, obra citada por nuestro codificador, según ya se ha dicho, en la nota al Art. 3590 de nuestro Código, ya había abandonado la idea de considerar al reservante como un mero usufructuario; y que la edición consultada de aquella obra es del año 1852, muy anterior, por tanto, a los comentarios de Llerena y a

(55) Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino. — 2ª ed. — Buenos Aires. Imprenta de Jacobo Peuser, 1902. — T. IX, Com. al Art. 3590.

(56) “Esto ha sido aceptado posteriormente a nuestra primera edición, por la Cámara de la Capital, T. 71, pág. 367”. (Llerena, loc. cit.).

las sentencias en que se ha continuado invocando, desde Heineccio y Cujacio, hasta las glosas de las Partidas y de la Novísima Recopilación. El Código Civil de España, vigente desde 1889, y sus modernos expositores, constituyen una región inexplorada para los obstinados defensores del derecho real de usufructo del cónyuge bí-nubo.

Según la generalidad de los intérpretes del antiguo derecho, el viudo vuelto a casar perdía el dominio de los bienes reservables, dominio que pasaba a los reservatarios, convirtiéndose el reservante en titular de un derecho de usufructo. Podemos decir que sobran las argumentaciones en este sentido, a base de minuciosas citas de autores de nombres netamente castizos, como se encontrarán en algunas de las sentencias a que nos referiremos en el Capítulo XII, y ante cuya exhumación nos inclinamos, con el respeto que infunden la ancianidad venerable y el culto de la justicia que fué mantenido —no podemos dudarlo— con tesón y lealtad.

Tan sobran las argumentaciones, que nos permitiremos colaborar con una de nuestra propia cosecha. El Título XIII de la Partida 5ª, que es en el que se encuentra la disposición relativa a la reserva, trata: “De los peños que toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que les sea mas guardado, o mas pagado, lo que los prometen de fazer o de dar”. La ley 1 define “que cosa es peño e quantas maneras son del”, e incluye una figura que no puede ser sino la hipoteca tácita: “La tercera manera es de peños, la que se faze calladamente, maguer non es y dicha ninguna cosa: assi como se muestra adelante, de los bienes del marido, como son obligados a la mujer como por peños, por razón de la dote”.

A partir de la ley 23, se regla lo relativo a las hipotecas tácitas (57); y la ley 26 —la que sanciona la reserva— está titulada: “Quando los bienes de la madre son obligados a los hijos; e los del testador, a los que han de recibir las mandas; e la casa o nave, o otra cosa, por lo que se gastó en repararla”. Todos los bienes de la madre estaban “obligados e empeñados calladamente” para asegu-

(57) “Otrozí decimos, que los bienes del marido fincan obligados a la muger por razón de la dote que rescibió con ella. E aun dezimos, que los bienes de los Guardadores, de los huérfanos que son menores de 25 años fincan todavía obligados a aquellos que los tienen en guarda, desdel día que començaron a usar del oficio de la guarda fastan que les den cuenta e recabdo de las cosas que toviere[n] dellos”.



rar la obligación de reservar, impuesta por dicha ley 26. La situación de la mujer reservataria era, pues, idéntica a la del marido y a la de los “guardadores de los huérfanos que son menores de 25 años”, cuyos bienes también estaban hipotecados tácitamente, en garantía de los bienes que se encontraban en su poder y que pertenecían y debían restituir a otros. Así como el marido, con respecto a la dote de su mujer, y el tutor, por lo que hace a los bienes de su pupilo, la mujer casada en segundas nupcias se encontraba con relación a los bienes reservados para sus hijos del primer lecho. Concuereña éste, estrictamente, con lo dispuesto por el § II de la ley 6, Lib. 5, Tít. IX del Código de Justiniano.

En obras posteriores a las glosas de las Partidas, hemos podido encontrar las muestras de una intransigencia en la interpretación, llevada al más alto grado. Mientras Gregorio López opinaba que si la viuda no contraía segundo matrimonio “no tendrá lugar la disposición de esta ley” (58), vale decir, podrá aquella disponer como propietaria exclusiva de los bienes heredados, no han faltado autores que, hasta en ese caso, han sostenido la existencia de la obligación de reservar. (59)

Los principios que sobre este particular regían en el antiguo derecho hispano, fueron resumidos por García Goyena y Aguirre en su “Febrero”, anteriormente citado: “Si el marido deja a su mujer algún legado genérico o específico o fideicomiso, o le dona arras o joyas, o le hace otra donación por casamiento, aunque sea la que en latín llaman “sponsalitia largitas”, esto es, liberalidad sponsalicia, o de esposo, debe reservar en cualquier tiempo que se case, aun cuando haya pasado el primer año de viudedad y no tenga ningún hijo en el segundo matrimonio, todo lo líquido que hubo de su esposo y entró en su poder, pudiendo sólo gozarlo como mera usufructuaria mientras viva; pues *por el hecho de volverse a casar y por el perjuicio que les causa o puede causarles, pierde en pena el dominio de todo ello.*” (60)

(58) “Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el X, con las Variantes de más Interés y con la Glosa del Licenciado Gregorio López”. — Barcelona, Imp. de Antonio Bergues, 1843. — T. III, pág. 319.

(59) *Sancho Llamas y Molina*. — Comentario Crítico, Jurídico, Literal, a las 83 Leyes de Toro. — 3ª ed. — Madrid, 1853. — T. I, pág. 289. — Gaspar y Roig, editores.

(60) Obra y tomo cits., pág. 581. — (Sin subrayar en el original).

Pues bien; tal era la concepción de los bienes reservables, pero ella se modifica sustancialmente, *antes* que el doctor Vélez Sársfield iniciara la redacción del Código Civil. El mismo García Goyena rompe las ligaduras que lo unían a tan arraigada tradición, y al comentar el Art. 808 de su proyecto dice: “No hay exactitud en comparar este caso con el de un simple usufructuario que no tiene ni derecho eventual ni esperanza a la propiedad; y por el contrario, el cónyuge bínubo la adquirirá irrevocablemente en el caso del Art. 804, y *entre tanto la conserva aunque revocable* y pendiente de aquel evento o condición”. (No está subrayado en el original). Aparece así el concepto del dominio revocable que se iba a oponer, en nuestra jurisprudencia, al del usufructo como correlativo de la nuda propiedad; y se equiparan los verbos “reservar” y “conservar”, dando al primero el sentido que debía tener.

Ha sido García Goyena, en consecuencia, el primero en reaccionar contra los precedentes legislativos de su patria, imponiendo la nueva orientación que debían seguir, en la materia que estudiamos, el Código Civil de España y sus comentadores; siendo su obra la única fuente, entre las consultadas por nuestro codificador, en que aparece la innovación de considerar al reservante, no como un mero usufructuario, sino como el sujeto titular de un dominio revocable.

Recordemos que en otra de las fuentes, el Código Sardo, la conservación del dominio en poder del bínubo constituye un hecho incuestionable, puesto que recién después de su muerte (requisito de la supervivencia, mencionado en el Art. 147), pasa la propiedad a los reservatarios.

Se ha producido, a nuestro juicio, una inversión de los elementos preponderantes que juegan en este problema. Antes, el cónyuge bínubo era un verdadero usufructuario. Perdía el dominio como castigo por el hecho de haber contraído nuevas nupcias. Así lo declararon, sin reatos, García Goyena y Escriche. <sup>(61)</sup> Pero los reservatarios, titulares, lógicamente, del dominio, *no podían dispo-*

(61) García Goyena en el “Febrero” y Escriche en el pasaje a que ya se aludió de su Diccionario. — “Puede considerarse que a los hijos del primer matrimonio se transfiere por disposición de la ley la propiedad de los bienes reservables, en el momento de contraer el padre segundas nupcias; y que por tanto no le queda más que el usufructo”. (*Gómez de la Serna y Montalbán*. — Obra y tomo citados, pág. 126, nota 1).

*ner de éste ni ejercer acción alguna derivada del mismo*, en vida del reservante. El Código de Justiniano acordaba el derecho de reivindicar las cosas que existieran aún, y de exigir el valor de las que hubieran sido consumidas, “fallecido el que las reservaba para los hijos”. (Ley 5, Tít. 9, Libro V). Las Partidas disponían, en cuanto a las arras y donaciones que constituían lo único reservable, que los reservatarios “devenlas cobrar y aver después de la muerte de su madre”. (Ley 26 ya citada).

Ahora, en cambio, se piensa que la situación ha variado. El reservante conserva el dominio y le está vedado disponer de él, según algunos; y según otros, puede disponer, pero dentro de las condiciones en que es posible hacerlo con todo dominio revocable.

En resumen: cuando se acordaba a los reservatarios la nuda propiedad, ellos no estaban habilitados para disponer de la misma; y cuando se llega a reconocer la conservación del dominio en poder del reservante, tampoco puede éste disponer en la práctica, por ser más que difícil que alguien se proponga adquirir un dominio sometido a la posibilidad de una revocación.

También haremos notar, para finalizar esta parte, que la expresión: “obligación de reservar”, por sí sola, sin combinarla con otros elementos de juicio, no basta para significar la retención del dominio en el bñubo. La misma expresión se encuentra en las disposiciones que hablan del usufructo del reservante (leyes 5 y 6, § 1, Tít. 9, Libro V del Código de Justiniano); y hasta en los casos en que, del modo más explícito posible, se hace perder el dominio al bñubo y se lo convierte en un verdadero usufructuario (Código Civil del Perú y Proyecto de Acevedo). (62)

## XI

De lo antes expuesto resulta que la cuestión principal estriba en determinar cuál fué el pensamiento de nuestro codificador, acerca del carácter de los bienes reservables, o mejor aún, acerca de quién es el titular del dominio de esos bienes, cuáles son las condi-

---

(62) Véase el Apéndice a los Capítulos II a VIII (“Obligación”, en el cuadro: “Derechos y obligaciones de reservantes y reservatarios”).

ciones en que la propiedad se ejercita y qué derechos tienen, mientras está constituída la reserva, los reservatarios y el reservante.

En el capítulo anterior, hicimos referencia a las ideas de Llerena. Segovia es poco explícito sobre este particular, cuando analiza los Arts. 237 y 238 del Código; pero, al anotar el citado como 2818 (Art. 2816 del Código), es indudable que considera al cónyuge bínubo como simple usufructuario, con lo que es de entender que la nuda propiedad pertenece a los hijos del matrimonio anterior. (63)

Es interesante observar el cambio fundamental que experimentan las ideas de Machado (64). Al comentar los Arts. 115 y 116 de la Ley de Matrimonio Civil, en el primer tomo de su obra, dice textualmente: “El usufructo que tiene el padre sobre los bienes reservados a sus hijos, se consolida con la nuda propiedad que pertenece a éstos, cuando fallecieren sin dejar descendientes”.

Ratifica el autor nombrado, en forma expresa, estas ideas, cuando comenta, en el tomo VII, el Art. 2816 del Código: “Mientras el cónyuge supérstite se conserva viudo, adquiere la propiedad de los bienes heredados de sus hijos, y puede disponer de ellos; pero una vez contraído un nuevo matrimonio, deja de ser propietario y toma el carácter de usufructuario; y vuelve a tomar la propiedad si enviudara sin tener hijos o descendientes del segundo lecho”.

Sin embargo, al exponer la doctrina aplicable al Art. 3590 (tomo IX), se guarda muy bien Machado de hablar de nuda propiedad y de su consolidación con el usufructo. Empieza diciendo que, dado el carácter excepcional de la institución de la reserva, es preciso limitarse a lo estrictamente comprendido en los términos de la disposición que la impone, para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse. Y más adelante: “No es exacto, como algunos sostienen, que desde el momento del casamiento los hijos adquieren la propiedad de los bienes sujetos a reserva, pues, como lo hemos sostenido en este mismo artículo, si vuelve a enviudar sin hijos del segundo matrimonio, o si éste es anulado, el padre puede disponer nuevamente de esos bienes.”

(63) “El Código Civil de la República Argentina”. — Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1881.

(64) “Exposición y Comentario del Código Civil Argentino”. — Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1922.

Si no es exacto lo que “algunos sostienen” que, desde el momento de contraerse las segundas nupcias, los hijos adquieren el dominio de los bienes reservables, ¿en qué queda lo dicho por el propio Machado de que, una vez contraído un nuevo matrimonio, el cónyuge bínubo pierde el dominio y toma el carácter de usufructuario? Con esta flagrante contradicción, y sin proporcionarnos su última palabra al respecto, no volvió a ocuparse de esta institución el Dr. Machado.

El ex-profesor de derecho civil de la Universidad de Córdoba y ex-camarista de la Capital Federal, Dr. Eufasio S. Loza, en la época que dictara, con autoridad indiscutible, la materia de “Sucesiones”, publicó un trabajo acerca de la institución que estudiamos. (65) Para el Dr. Loza, el dominio de los bienes reservables pertenece, sin duda alguna, al reservante. Los términos empleados por el Art. 237 del C. C. así lo demostrarían: “la reserva de la propiedad”, porque no se puede reservar, guardar ni conservar un dominio que no se tiene; y “los bienes que por testamento o intestato hubiese heredado de alguno de ellos”, puesto que *heredar* es suceder en la propiedad de los bienes, y el heredero que ha entrado en posesión de la herencia es *propietario* de todo lo que el autor de la sucesión lo era.

La reserva, según el Dr. Loza, consiste tan sólo en la privación de la facultad de enajenar. De acuerdo a lo que él expone, el Art. 237 no debió decir que el cónyuge bínubo conserva sólo el usufructo de los bienes sujetos a reserva, sino que no puede ejercitar la facultad de disposición de los mismos.

En unos apuntes atribuidos al Dr. Eduardo Prayones, cuando dictaba su cátedra en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, puede leerse, al tratar de la situación de una viuda que vuelve a contraer matrimonio, que “no puede decirse que es usufructuaria en el estricto sentido de la palabra. En realidad, existe un dominio *sui generis*; uno de esos dominios revocables que a veces quedan firmes y no producen efecto alguno.” (66)

(65) “Los Bienes Reservados ante el Código Civil”. — Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. — Tomo I, primera Serie. — Córdoba, 1913, págs. 75 y sigts.

(66) “Nociones de Derecho Civil. — Derecho de Sucesión”. — Ed. Centro Estudiantes de Derecho. — 2ª edición — Buenos Aires, 1920, págs. 211 y sigts.

Sin haberse preocupado de la variación notada en las fuentes y de la evolución seguida por el derecho hispano, nuestros autores han abandonado la teoría de la separación entre nuda propiedad y usufructo; no dejando de ser interesante el conocimiento de la opinión de profesores encargados de la enseñanza del Libro IV del Código Civil, en las Universidades de Buenos Aires y de Córdoba, por tratarse de la exposición e interpretación del derecho codificado, con fines puramente científicos, lejos del pasionismo interesado de los estrados tribunalicios.

## XII

Si agrupamos, por orden cronológico, las sentencias en que se ha fijado la doctrina de que la nuda propiedad de los bienes reservables y el usufructo de los mismos, pertenecen a los reservatarios y al reservante, respectivamente, encontraremos los siete fallos mencionados a continuación.

1 — SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Una señora, casada en segundas nupcias, había hipotecado varios inmuebles que heredó de tres hijos del matrimonio anterior. Como el acreedor hipotecario iniciara acción ejecutiva por cobro de su crédito, los otros hijos del primer matrimonio dedujeron tercería de dominio, invocando su calidad de propietarios exclusivos de los bienes en ejecución. La tercería prosperó, por haber entendido el tribunal —con el voto en disidencia del Dr. Alsina— “que el padre o madre bñubos, herederos de hijos premuertos del primer matrimonio, pierden por el hecho de ulteriores nupcias la propiedad (la nuda propiedad) de los bienes heredados de sus hijos, los cuales bienes quedan reservados para los sobrevivientes o sus descendientes legítimos; y que ellos los bñubos, sólo tienen durante su vida usufructo hasta que cese la obligación de la reserva, en cuyo caso consolidan recién la propiedad.” (67) La argumentación de que se

(67) Voto del Dr. Etcheverry, miembro de la mayoría. Revista de Legislación y Jurisprudencia Nacional y Provincial de la República Argentina, dirigida por Augusto Careite y Carlos Attwell Ocantos. — T. III, Buenos Aires, 1914, págs. 433 y sigts.

hizo uso para sentar esta doctrina, fué a base de la parte final del Art. 237 y del texto literal del Art. 2816 del C. C.

Es de notar que las conclusiones a que llegó esta sentencia, cuya fecha es diciembre 28 de 1909, fueron rectificadas, diez años después, por la misma Suprema Corte de la provincia nombrada, la que se ha pronunciado en una forma diametralmente opuesta, según veremos en el capítulo que sigue.

2 — CÁMARA DE COMERCIO DE LA CAPITAL FEDERAL. Se discutió si los bienes que había adquirido un viudo por herencia de un hijo del primer matrimonio, eran ejecutables en virtud de obligaciones nacidas después de contraer segundas nupcias. (68)

En realidad, la solución en sentido negativo que se dió a la cuestión planteada, era extraña al problema del dominio de los bienes reservables; pero como los reservatarios promovieron una tercería de dominio, el tribunal estableció que ellos habían adquirido el dominio de los bienes reservables, desde la verificación del segundo matrimonio del ejecutado. Para llegar a ésto, se dijo que el bínubo era un mero usufructuario; que, revistiendo tal calidad, no podía ser, al mismo tiempo, el nudo propietario de la cosa usufructuada; y se invocó todo lo que de vetusto puede tener el derecho en esta materia: a los Sres. Antonio Gómez, Gutiérrez Fernández y varios comentaristas y anotadores de las Partidas que no son —nos apresuramos a declararlo— tan conocidos como el clásico y docto glosador, el licenciado Gregorio López.

Hemos podido descubrir a los mismos protagonistas de este litigio, envueltos en otra contienda de gran resonancia, ante la jurisdicción civil. (69) Los reservatarios opusieron otra tercería de dominio, con motivo de una ejecución seguida contra el reservante; pero se trataba de un cobro hipotecario, habiendo sido constituido el gravamen cuando el padre de los terceristas, era viudo aún. Por eso se estableció, en sentido adverso para los terceristas, que “la obligación de reservar los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio que la ley impone al cónyuge supérstite, sólo nace por el hecho de contraer segundas nupcias.”

(68) T. 40, pág. 73.

(69) Fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal. — T. 71, pág. 367.

## 3 — JUEZ EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, DR. REPETTO.

No se discutió, por lo que hace al fondo del asunto, las cuestiones derivadas de la separación entre nuda propiedad y usufructo, sino que se sometió a la decisión judicial, únicamente, el origen de los bienes reservables: si éstos eran todos los heredados de un hijo del matrimonio anterior, o si había que distinguir, para excluirlos de la reserva, aquellos que el hijo extinto hubiese adquirido por un título que no fuera la herencia del cónyuge premuerto. Llerena supo defender esta exclusión, al comentar el Art. 3590 del Código, pero el Dr. Repetto, en la época en que era juez en lo civil, resolvió que se debía prescindir del origen de los bienes; y en forma puramente incidental, en consecuencia, expresó que la nuda propiedad, en vida del reservante, pertenecía a los hermanos bilaterales del autor. (70)

## 4 — JUEZ EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, DR. PADILLA.

Se trataba de enajenar un bien reservado, y el Juez Dr. Padilla resolvió que se debía citar a la heredera reservataria, antes de formalizar la venta de la propiedad sujeta a reserva. La Cámara Civil primera, integrada por los Dres. Repetto, Juárez Celman y Giménez Zapiola, resolvió que era “evidente la conveniencia de citar, antes de formalizarse la venta, a la persona a quien la ley le acuerda la nuda propiedad del inmueble. (Art. 115 de la ley de M. Civil).” (71)

## 5 — JUEZ EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, DR. PADILLA.

El magistrado de que nos venimos ocupando, puesto que ya había declarado que la nuda propiedad pertenecía a los reservatarios, aceptó una tercería de dominio promovida por éstos, en una ejecución hipotecaria. Dijo, en esta ocasión, que siendo sólo usufructuario el cónyuge bínubo no había podido hipotecar; y citó, como derecho aplicable, las disposiciones de los Arts. 3118 y 3120 del C. C. Fué un caso análogo al designado con el N° 1 y se resolvió de la misma manera.

La Cámara Civil primera, con el voto de los camaristas Dres. Pera, Juárez Celman, Repetto y de la Torre, revocó esta sentencia.

(70) *Gaceta del Foro*. — Setiembre 5 de 1916, pág. 27.

(71) *Gaceta del Foro*. — Setiembre 25 de 1919, pág. 163.



El primero de los nombrados expuso, al fundar su voto, que los hijos y descendientes legítimos tienen sólo un derecho eventual, su-peditado al cumplimiento de una condición resolutoria: la de sobrevivir al cónyuge bínubo; que aquellos no adquieren el pleno derecho de dominio sobre los bienes reservables, no pudiendo, por tanto, ejercer las acciones que al derecho de propiedad son inherentes; y que si bien es cierto que los padres no pueden disponer de los bienes, lo que importaría burlar la ley, los actos de disposición subsisten durante su vida y sólo podrían revocarse después. (72)

Es evidente la transformación operada en las ideas de los Dres. Repetto y Juárez Celman quienes, para ser lógicos con lo sostenido en los casos 3 y 4, debieron haber estimado procedente la tercería de dominio promovida por los reservatarios.

6 — CÁMARA CIVIL SEGUNDA DE LA PLATA. Con fecha setiembre 30 de 1919, en el juicio “Leal de Ibarra c/Molina”, declaró este tribunal que los reservatarios tienen el dominio de los bienes reservados, desde que el padre reservante contrae las segundas nupcias. Se invocaron en esta sentencia los autores consabidos de derecho hispano y a Llerena y Machado, pero no el comentario de este último al Art. 3590 del C. C., sino el del 2816, o sea, antes de la evolución de ese autor que ya hemos hecho notar. (73)

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires revocó esta sentencia, según se verá en el capítulo siguiente.

7 — JUEZ EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, DR. BASAVILBASO. Esta sentencia, la más moderna de todas las que hemos examinado, constituye el último esfuerzo por sostener una construcción jurídica que, irremisiblemente, se derrumba. Al analizar en seguida las diversas razones que se han dado para sostener la tesis de la desmembración del dominio del bínubo, en nuda propiedad y usufructo, hemos de referirnos a algunas de las consideraciones contenidas en este fallo, el último en que se sienta la siguiente doctrina: “El derecho de reserva que la ley acuerda a los hijos del primer matrimonio, confiere acciones reales a sus beneficiarios sobre los

(72) *Gaceta del Foro*. — Julio 21 de 1923, pág. 133.

(73) *Jurisprudencia Argentina*, de Jofré y Anastasi. — T. III, pág. 880.

bienes reservados”. (74) Pero nos vemos forzados a rectificar antes algunas de las afirmaciones de dicha sentencia, que se encuentran en pugna con la realidad de varios de los antecedentes de que hemos hecho mérito. Haciendo una excepción, y ya que se trata del último alegato en favor de la posición que combatimos, nos detendremos a formular nuestras rectificaciones.

A objeto de establecer: “La solución no es para el proveyente dudosa y no obstante conocer y respetar valiosas y calificadas opiniones en contrario, piensa que el derecho conferido es un derecho real que puede ejercerse directamente sobre la cosa misma y que autoriza perseguirla y secuestrarla en manos de terceros”, el Dr. Basavilbaso enumera todos los antecedentes acordes, según su opinión, con el punto de vista por él adoptado. Así, después de citar, estrictamente, el párrafo en que ciertas leyes del Código de Justiniano hablan, en forma textual, de dominio y usufructo, menciona el Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Partidas, los comentarios de Pacheco a las leyes de Toro y la obra de Gutiérrez Fernández. De esta última obra, toma dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de España, sentencias “cuya importancia cobra mayor relieve porque traducen e interpretan el derecho español dominante en la época, que inspiró al codificador argentino”. En dichas sentencias se resolvió que por disposición de la ley *se transfiere el dominio* de los bienes reservables, a los hijos del primer matrimonio, *en el mismo instante de contraer el padre segundas nupcias*; que las enajenaciones de tales bienes, efectuadas por el bñubo, no son eficaces, dado que no ha podido transferir un dominio que no tenía, manteniéndose las mismas sólo durante su vida; y que “adquiriendo el hijo a la muerte del padre el pleno dominio de los bienes reservables, consigue igualmente las acciones a él inherentes y puede desde aquel momento ejercitarlas contra el poseedor de la finca.” (75)

(74) *Gaceta del Foro*. — Julio 13 de 1926, pág. 317. A fin de completar la información relacionada con este asunto, hemos podido conocer que esta sentencia fué apelada; y que concluyó el juicio en segunda Instancia mediante una transacción.

(75) La más fundamental de esas sentencias ha sido citada también, en apoyo de sus afirmaciones, por *Gómez de la Serna y Montalbán* (Obra y tomo cit., pág. 126, nota 1) y por *Escríche*; pero éste agrega: “No obstante estas decisiones, todavía sostienen autores respetables la validez de las enajenaciones hechas por el marido o la mujer de los bienes reservables”. (Obra y tomo cit., pág. 101).

El juez ya nombrado manifiesta que García Goyena, en el Art. 808 de su Proyecto, preconiza igual conclusión, al opinar que una enajenación, en las condiciones que se acaba de enunciar, subsistirá, únicamente, si a la muerte del bínubo no quedan reservatarios o descendientes de los mismos. Ya hemos visto y no nos detendremos en ello, que el autor de “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español” inició una modificación sustancial de las ideas que habían primado hasta entonces, pues no sostuvo el concepto de la desmembración entre nuda propiedad y usufructo, sino que el cónyuge bínubo conservaba el dominio sujeto, eso sí, a una revocación ulterior. Mal podía, por tanto, en esa segunda etapa a que habían llegado sus ideas, creer que, en el preciso instante del segundo matrimonio, se producía la transferencia del dominio en favor de los reservatarios.

La confusión se debe a que, según lo hicimos notar al concluir el capítulo X, la teoría que llamaremos clásica de la escisión entre nuda propiedad y usufructo, acordaba a los reservatarios el derecho real de dominio, pero les negaba su *ejercicio*, en vida del reservante. Coincidió en un punto, pues, con los que sostenían la persistencia de tal derecho en poder del cónyuge bínubo, por ser evidente que si éste era el titular de la propiedad, nada tampoco podían hacer, durante la vida del mismo, los reservatarios. Si éstos no tenían el derecho de propiedad, menos aún podían tener su ejercicio.

Habiéndose incurrido en esta confusión, se hace objeto también de ella a nuestra jurisprudencia: “Analizados los precedentes doctrinarios, cabe señalar que la jurisprudencia nacional ha admitido el derecho real de propiedad a favor de los reservatarios, con la única limitación de subordinar su ejercicio al casamiento o a la muerte del cónyuge bínubo”. Para comprobar este aserto, se cita el primer fallo que en esta materia se recuerda, el que se registra en el tomo 71, pág. 367 de la colección de fallos de la extinguida Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, que es famoso, a justo título, por el voto que en él dió el Dr. Gelly, y al cual hemos aludido al referirnos, en el presente capítulo, a la sentencia designada con el N° 2. Es verdad que, en esta ocasión, el camarista Dr. Giménez se refirió —muy de paso— al usufructo del reservante, después de historiar todos los antecedentes de la institución, a fin

de deducir cuáles eran sus fundamentos, los que consistían en que el legislador había “querido satisfacer la justa esperanza que tienen tales descendientes de suceder por sí solos en esos bienes; fundándose también en la voluntad presunta del que falleció, según la cual aquellos deben ser preferidos en este respecto a los hijos de un segundo lecho y las demás personas en general”; pero se hace un argumento a todas luces efectista, cuando se afirma que la mayoría del tribunal se adhirió al voto del Dr. Giménez; y que el Dr. Gelly —paladín de la tesis del dominio revocable o fiduciario— planteó entonces su disidencia.

¿Cómo no va a ser efectista la argumentación, si no se discutió en el juicio la cuestión del usufructo del bñnubo o la del dominio revocable? Un viudo había hipotecado el inmueble que heredó de un hijo del matrimonio disuelto; y después de contraer nuevo matrimonio, es ejecutado por su acreedor. Los vocales de la Cámara de Apelaciones, sin perjuicio de salvar sus opiniones, en el sentido del reconocimiento de la nuda propiedad en cabeza de los reservatarios, o del dominio revocable del reservante, coincidieron, unánimemente, en la solución que se dió al litigio: que el viudo podía hipotecar los bienes adquiridos de uno de sus hijos como heredero, sin que su posterior matrimonio pudiera invalidar el acto; y que la obligación de la reserva sólo nace cuando se contraen las segundas nupcias. Esta conclusión puede ser sostenida, tanto por los defensores como por los adversarios del principio de la desmembración del dominio. Tan es así, que el vocal Dr. Giménez determinó, como punto capital a investigar, el siguiente: “desde cuándo empieza la obligación de la reserva”; y su conclusión fué: “que según las leyes romanas y españolas, la obligación de la reserva se produce en virtud de las segundas nupcias; y de consiguiente empieza desde que éstas se celebran”. (76)

Para completar la información jurisprudencial, sólo cita el Dr. Basavilbaso la sentencia del Dr. Repetto, designada con el N° 3 en este capítulo; y el voto del Dr. Pera, mencionado en el N° 5. Ya hemos visto que el Dr. Repetto cambió después de opinión y que el Dr. Pera se manifestó, en forma decidida, adverso a la tesis de la nuda propiedad de los reservatarios.

(76) T. cit., págs. 373 a 379.

Resumiendo lo que antecede, encontramos: que la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha abandonado los principios sustentados en el fallo N° 1; que igual camino ha seguido el Dr. Repetto; que la sentencia N° 2 es antiquísima; que la dictada por el Dr. Padilla (N° 5) y la de segunda Instancia del N° 6 fueron revocadas; y que la del Dr. Basavilboso, si bien es moderna por su fecha, no agrega nada nuevo al estudio de esta cuestión, no siendo dudoso —dada la forma cómo en estos últimos tiempos se han pronunciado los tribunales de apelaciones— que no habría obtenido la confirmación del superior.

Es tiempo ya que nos ocupemos de los argumentos en pro de la teoría de la desmembración del dominio. Tienen tanto valor, a este respecto, las citas del antiguo derecho y de los fallos del Tribunal Supremo de España en los años 1861 y 1862, como las que se trajeran a colación, para fundar una tesis opuesta, del moderno derecho hispano y de la jurisprudencia más reciente de la madre patria que, según es notorio, representan un cambio fundamental en esta materia.

Cuando nuestro codificador emprendió su obra, una doble corriente se presentaba ante sus ojos: la que conducía a imponer el principio de la desmembración del dominio, resultante de los antecedentes ya estudiados; y la que sostenía la conservación del dominio en manos del cónyuge bñubo, representada por el Código Sardo y por García Goyena, en su proyectado Código Civil. Se ha realizado un esfuerzo para indagar, de acuerdo a la terminología empleada, las preferencias del doctor Vélez Sársfield por una u otra idea, pero ya se vió que las expresiones relativas a la obligación de reservar la propiedad son comunes, se encuentran indistintamente en manifestaciones de las dos tendencias.

Debemos partir de esta posición inicial: que el cónyuge sobreviviente, mientras permanece viudo o después de contraer segundas nupcias, al heredar diversos bienes de un hijo del matrimonio anterior, ha adquirido el dominio de los mismos. Los padres son herederos de sus hijos, en los casos reglados por los Arts. 3567, 3568 y 3571 del C. C., obtienen la posesión y la propiedad de lo heredado, en el mismo día del fallecimiento del autor (Arts. 3410, 3417 y 3418 del C. C.); y es sabido, a mayor abundamiento, que una forma de adquisición del dominio es la sucesión en los derechos

del propietario (Art. 2524 inc. 6 del C. C.), siendo la herencia una especie de sucesión, por más que cierta deficiencia técnica haga emplear, frecuentemente, este último vocablo en los casos en que es de rigor el uso del primero.

Lo que antecede está dispuesto, de un modo explícito, en la ley. Se trata, pues, de una situación inexpugnable que nadie ha osado hasta ahora contradecir o atacar. Ahora bien ¿cómo llegaría a operarse la desmembración del dominio? Nos vemos en la precisión de tener que diferenciar dos casos que jamás pueden ser equiparados. En el primero de ellos, el cónyuge supérstite ha heredado a un hijo cuando se mantenía viudo; y en el segundo, se ha producido la herencia después de haber pasado a nuevas nupcias.

En el primer caso, no hay duda que, en virtud de ser propietario legítimo y exclusivo de lo heredado, y de no existir el hecho que fundamenta la reserva, o sea, un segundo matrimonio, puede el viudo o viuda disponer como le plazca de todo: venderlo, gravarlo, etc. Se efectúan las nuevas nupcias y entonces, automáticamente, los reservatarios adquieren la nuda propiedad de los bienes reservables y el bñubo se queda con el usufructo. O lo que es lo mismo: el reservante pierde la propiedad. ¿Determina el Código, en alguna parte, esta variedad especial de pérdida del dominio? Indudablemente no. La enumeración de los Arts. 2604 a 2610 del C. C. no comprende este punto.

El Código no dice que el bñubo pierde la propiedad, sino que la debe reservar (Art. 237). No pierde el dominio de los bienes, puesto que no hay disposición legal alguna que así lo establezca. El ha adquirido la propiedad de todo lo heredado del hijo; y al casarse, conservando otros hijos del matrimonio anterior, es indispensable que la ley diga, de modo explícito, que perdió el dominio, y que éste pasó —automáticamente, sin solución de continuidad— a los hijos del primer lecho.

¿Cómo se explicaría ahora el segundo de los casos que hemos planteado? Si encontrándose ya casado por segunda o tercera vez el cónyuge supérstite, muere un hijo del matrimonio anterior y hay hermanos bilaterales del extinto, ¿cómo adquieren éstos la nuda propiedad de los bienes dejados por el causante? ¿directamente, sin intermediario, o a través o mediante la intervención del bñubo? Si

fuera en forma directa, es decir, prescindiéndose del padre del autor, habríamos alterado, sin que precepto alguno de la ley lo autorice expresamente, el orden de las sucesiones, pues aparecerían los hermanos heredándose, recíprocamente, con exclusión de los padres, en contra de lo que dispone, en forma terminante, el Art. 3567 del C. C.

Y si pensamos o nos imaginamos el absurdo —no encontramos otras palabras para calificarlo— de que el padre recibe la herencia para perder, *ipso facto*, la propiedad de la misma; de que, simultáneamente, el bínubo recibe y pierde la herencia, encontramos, por lo que hace a la pérdida, las razones de orden legal que ya hemos hecho valer.

A pesar de que no hay en el Código prescripción alguna que diga: “1°) El viudo o viuda que pasare a segundas o ulteriores nupcias perderá el dominio de los bienes heredados por él de los hijos del matrimonio anterior. — 2°) El viudo o viuda que pasare a segundas o ulteriores nupcias, no podrá heredar a los hijos del matrimonio anterior, que fallecieren después de haber aquél contraído el nuevo matrimonio. — 3°) El dominio en el primer caso y la herencia en el segundo corresponderán a los hijos del matrimonio anterior”; a pesar, repetimos, de una omisión tan fundamental, aceptemos que los reservatarios sean titulares del dominio. He aquí que se nos presentarán problemas tan serios, tan insolubles, que no nos explicamos cómo no han sido tenidos en cuenta, tanto por los que han reconocido como por los que han negado la existencia de un derecho real en los reservatarios.

Hemos visto que algunos animosos hijos del primer lecho han entablado sendas tercerías de dominio; y que no han faltado jueces o camaristas, más realistas que el propio rey, capaces de reconocer *el ejercicio* del derecho de dominio, ejercicio que había sido negado hasta por el Código de Justiniano, Las Partidas y el Tribunal Supremo de España en 1861, fuentes de todos los alegatos en pro de la desmembración del dominio. Bien, pues, ya que vivimos bajo el régimen de la publicidad de los derechos reales y no en los tiempos del Fuero Juzgo, ¿cómo es que a todos aquellos reservatarios que han promovido pleitos sobre los bienes reservables, en vida del reservante, no se les ha ocurrido hacer inscribir el dominio a su nom-

bre, en los registros de la propiedad raíz? ¿Cuál debe ser, en tal caso, el título a inscribir? ¿Cómo es que tampoco han intentado vender o gravar los bienes reservables, siendo que el nudo propietario puede efectuar todos los actos de disposición del dominio, sin amenguar o desconocer los derechos del usufructuario, de conformidad a lo que preceptúa el Art. 2916 del C. C.? ¿Cómo es que ningún acreedor de reservatarios ha intentado siquiera ejecutar los bienes reservables? Quiere todo esto decir que hay consenso formado en contra de la teoría de la desmembración del dominio; y que dicha teoría podrá manifestarse, teóricamente, en disquisiciones más o menos eruditas, pero es inapta para arraigar en el terreno de realidades de que se nutre la verdadera vida jurídica.

Profundizando más aún nuestro análisis, nos encontramos ante otra cuestión que tampoco ha sido meditada y que se vincula a las anteriores: ¿a quién sucederían en el dominio los reservatarios? Si es a sus hermanos bilaterales extintos, se trataría de una sucesión por causa de muerte, vale decir, de una herencia que la ley no ha previsto; y si es al progenitor bínubo, se trataría de una sucesión *entre vivos*, sin intervención de la voluntad del causante, sin resolución judicial que imponga la transmisión o privación del dominio en beneficio de otro, y sin que una disposición de la ley, por sí sola, establezca —correlativamente— la adquisición o la pérdida, circunstancias que sólo tienen lugar a mérito de transformación, accesión o prescripción. (Art. 2606 del C. C.).

Nos explicamos, por otra parte, la privación del dominio, impuesta como un castigo al bínubo, tal como la veían los juristas antiguos; pero en la actualidad eso no se puede sostener. Suponemos que nadie pensará que sólo con esa trasmisión entre vivos se garantizan los intereses de los reservatarios, pues, con ese criterio, llegaríamos a la conclusión de que únicamente la transferencia de una propiedad puede servir de garantía, por más que, siendo propietario ¿qué necesidad hay de garantía?

A falta de un texto legal que disponga, sin lugar a duda alguna, la desmembración del dominio, los partidarios de ésta la deducen de la segunda parte del Art. 237 y del Art. 2816 del C. C. El cónyuge bínubo, según el primer artículo, conserva, durante su disposición específica que se trata de una variedad de usufructo



vida, tan sólo el usufructo de los bienes reservables; y la segunda —el legal— que, como todos los de su género, reglamentados en el Libro III del Código, representa algo diferenciado y contrapuesto a la nuda propiedad. No habrá, pues, un precepto que establezca la pérdida del dominio en el bínubo, pero si la ley lo ha convertido en mero usufructuario de los bienes sujetos a reserva, quiere decir que, implícitamente, la nuda propiedad de éstos pasa a los reservatarios, puesto que nadie puede ser, al mismo tiempo, usufructuario y titular del dominio en la misma cosa. Habrá que empezar aceptando que el dominio se puede perder sin texto expreso que así lo establezca, vale decir, por obra de algo implícito.

Cabe observar, antes de nada, que la interpretación estrechamente literal de la segunda parte del Art. 237, está contradicha por la primera parte del mismo. En efecto: al empezar dicha prescripción legal, consagra la obligación de reservar el dominio. El Dr. Loza, en el trabajo que ya hemos mencionado, dice: “El viudo o viuda no podrían reservar, guardar o conservar un dominio que no tuvieran; y de aquí tan sólo, surge la conclusión evidente de que ellos son quienes lo tienen. Por otra parte, en la hipótesis contraria: ¿cómo podrían ellos reservar a los demás hijos un dominio que éstos ya tuvieran? Absurdo sería el suponerlo”. (77)

El Dr. Gelly, en el voto a que hemos aludido en este mismo capítulo, expresa: “La frase final —conservando el usufructo— puesta, sin duda, para aclarar su verdadero concepto, no hace más que obscurecerlo, pues, de tomarla al pié de la letra, resultaría que el artículo contiene dos preceptos que se excluyen y repudian mutuamente. Si en realidad sólo se conservara el usufructo, querría decir que el dominio anterior se habría perdido, y mal podía entonces obligársele a reservar la propiedad de una cosa que ya no se tiene a ese título.”

Si ninguna disposición de la ley ordena la pérdida de la propiedad del bínubo y si, por el contrario, la primera parte del Art. 237 prescribe el mantenimiento del dominio, pues no otra cosa implica la reserva, quiere decir que el usufructo de que se habla en la segunda parte de dicho artículo, tiene un sentido que no es el que usualmente se le atribuye en materia de derechos reales.

(77) Publicación citada. Pág. 89.

El Dr. Basavilbaso, en la sentencia a que hemos aludido, manifiesta: “El Dr. Vélez era un maestro en el derecho: el tecnicismo de su lenguaje no podía presentar fallas tan fundamentales como la que se le imputa.... Sabía el codificador lo que era usufructo, sabía cómo se desmembraba en la nuda propiedad.... etc.” Creemos que ha de estar muy lejos del espíritu de quienes combaten la tesis del Dr. Basavilbaso, la idea de que el Dr. Vélez Sársfield no sabía lo que era usufructo. Ha habido, por lo que se vé, un exceso evidente en la defensa.

Por lo que a nosotros respecta, nos hemos de permitir, como observación personal, manifestar lo siguiente: que, a nuestro juicio, el codificador no ha sido sino consecuente con todos los antecedentes que inspiran la institución de la reserva a través del tiempo, antecedentes que permiten el uso del vocablo usufructo con un sentido que es, más o menos, el corriente o vulgar de la palabra. No será la primera vez que el Dr. Vélez, sin mengua alguna para su gloria, emplea vocablos que no responden a un riguroso principio técnico. <sup>(78)</sup>

Una tradición varias veces secular es la que domina en esta materia, desde los orígenes mismos de la institución. La ley 3 del Libro 5, Título IX, del Código de Justiniano que la creara, fija los dos términos que han de subsistir casi inalterables en el futuro: a) “Transmiten íntegro, así como lo hubieren recibido, a los hijos que hubieren tenido de su anterior matrimonio... todo lo que... hubieren recibido de los bienes de sus anteriores maridos... y no se atribuyan ni tengan facultad estas mujeres para enajenar cosa alguna de los mismos bienes a favor de cualquier persona extraña, o sucesión habida de la unión de otro matrimonio” (obligación de reservar); y b) “Quedándoles concedida solamente la facultad de poseerlos y de disfrutarlos hasta el término de su vida, no también para enajenarlos” (derecho de usufructuar, en el sentido vulgar de la palabra). <sup>(79)</sup>

(78) Véase: *Alfredo Colmo*. — La Técnica Legislativa del Código Civil Argentino. — Buenos Aires, Lib. e Imp. de M. A. Rosas, 1917. — Especialmente los Nos. 109, 120, 122 y 124.

(79) Según el diccionario de la Real Academia Española, el usufructo (aparte de su acepción de “derecho de usar de la cosa ajena y aprovecharse de todos sus frutos sin deteriorarla”) consiste en “utilidades, frutos o provechos que se sacan de cualquier cosa”; y usufructuar es “tener o gozar el usufructo de una cosa”,

En el capítulo II vimos aparecer la mención del usufructo en la legislación justinianea, sin que tal mención implicara la pérdida del dominio para el bñnubo. Esto es lo que puede leerse en la Auténtica extraída de las Novelas 22 y 2, capítulos 46 y 3, respectivamente. En forma explícita consta en dicho pasaje que la madre casada en segundas nupeías sucede testamentariamente o *ab intestato* a sus hijos, vale decir, adquiere el dominio en virtud de herencia; y que cuando la herencia es *ab intestato*, sólo tiene el usufructo "de los bienes que el hijo fallecido tenía de su padre."

Recién la ley 5 acuerda a los reservatarios la propiedad de los bienes sujetos a la reserva, pero subordinando, como ya hemos visto, el ejercicio del derecho real a la muerte del reservante.

García Goyena, en su proyecto de Código Civil, reconoce el derecho de dominio en el cónyuge bñnubo, pero lo asimila, cuando no puede constituir la hipoteca prevista en su Art. 810, a un usufructuario, sin que nadie le haya reprochado ignorancia acerca de lo que es usufructo. <sup>(80)</sup>

Aun en el moderno derecho hispano se ha discutido, como un resabio quizás de las concepciones anteriores, si la obligación de reservar significa convertir al reservante en usufructuario, con el significado que esta palabra tiene en materia de derechos reales; y el erudito Sánchez Román no ha vacilado en afirmar que tiene el usufructo, pero calificando a éste como "el derecho de fruición o poder de libre aprovechamiento que a todo dueño, aunque sea su dominio revocable, corresponde sobre las cosas objeto del mismo." <sup>(81)</sup>

Este derecho de fruición o poder de libre aprovechamiento, o facultad de usar y gozar de la cosa, sin disponer de ella, es todo lo que tiene el reservante. Este actúa, pues, *como si fuese* usufructuario, pero sin serlo, pues no tiene en frente al titular investido de la nuda propiedad. Es un propietario privado de la facultad de dis-

---

o lo que es lo mismo: tener o gozar las utilidades, frutos o provechos que se saquen de cualquier cosa.

(80) "En esta parte el padre o madre bñnubos son *equiparados* al simple usufructuario porque en uno y otro caso hay los mismos peligros y temores, y la misma imposibilidad de asegurar por otro medio los derechos de los propietarios". (Nota al Art. 812). Los propietarios de que habla aquí el autor no son los hijos del primer lecho, puesto que García Goyena manifiesta que el dominio queda, aunque revocable, en poder del bñnubo, sino los titulares de la nuda propiedad, en el caso del usufructuario que debe dar fianza. (Arts. 449 y 450 del proyecto).

(81) Obra y tomo citados, pág. 1856.

poner y por eso su situación es semejante a la del que sólo es usufructuario.

Es natural que toda confusión se habría evitado con un empleo estricto de los términos; pero lo único que puede reprocharse a nuestro codificador es el no haberse desembarazado de los elementos que acumulara la tradición; y por eso es que no ha destacado, nítido e inconfundible, su concepto de los bienes reservables.

El Art. 2816 del C. C., repetición del 4534 incisos 2 y 3 del proyecto de Freitas, establece que es usufructo legal el establecido por la ley en los bienes sujetos a reserva; y agrega: "según los términos dispuestos en el título *Del matrimonio*." Pero en el título que se menciona, ninguna disposición prescribe la desmembración del dominio, con la consiguiente pérdida de la nuda propiedad del bínubo y la transmisión de ella a los reservatarios. El precepto que ha servido de fuente se explica en Freitas, dado que, según éste, el bínubo no pierde el dominio puesto que no lo adquiere; pero si en nuestro Código ninguna disposición establece que aquél no heredará al hijo del primer matrimonio o que perderá la nuda propiedad de lo que hubiese heredado, la prescripción del Art. 2816, que se limita a definir o enunciar, sin ordenar ni prohibir, carece de sentido o de razón de ser. Si se nos permite la expresión, se trata del efecto o consecuencia de una causa que no existe, que se ha omitido precisar.

Tan es así que, habiendo impuesto nuestro Código al usufructuario las obligaciones de practicar inventario de los bienes sometidos al usufructo (Art. 2846), y de prestar una fianza (Art. 2851), es el caso que jamás se ha exigido de los padres, por lo que respecta a los bienes de sus hijos sometidos a la patria potestad, el cumplimiento de la primera obligación; y que de la segunda están relevados expresamente, por el Art. 2858. Pronto hará 60 años que el Código Civil está en vigencia, y jamás se ha exigido del bínubo que haga inventariar los bienes reservables y que preste fianza asegurando la buena administración y conservación de los mismos. Nadie ha pensado, por lo que se vé, llevar a la práctica, hasta sus últimas consecuencias, la teoría de la desmembración del dominio.

Otras disposiciones del Código, relativas, precisamente, a los bienes reservables, confirman la interpretación que venimos susten-

tando. El Art. 238 no dice que se consolidará el dominio con el usufructo, vale decir, que retornará la nuda propiedad a los herederos del bínubo, si a la muerte de éste no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, sino que cesa, tan sólo, la obligación de la reserva, o lo que es lo mismo, la obligación de no disponer.

Una conclusión importante surge también de dicho artículo y del 3590. Si fueran titulares de la nuda propiedad los reservatarios, podrían éstos transmitir los bienes reservados, por causa de muerte y a falta de descendientes legítimos, a otros herederos legítimos (como en el ejemplo de la primera parte de la nota al Art. 3590), o testamentarios. Nada tienen que hacer tales herederos, sin embargo, con los bienes sujetos a reserva; lo que demuestra que el autor no tenía la nuda propiedad. Si la hubiese tenido, habría pasado a sus herederos, dado que éstos son propietarios de todo lo que el difunto lo era, transmitiéndose a ellos hasta los derechos eventuales que le pudieran corresponder al causante. (Art. 3417 del C. C.).

Es del gran caudal de experiencias que nos ofrece la vida diaria, de donde podemos obtener, en forma de hechos reales y no de abstrusas divagaciones librescas, los principales argumentos en contra de la teoría de que nos estamos ocupando. Supongamos que un cónyuge casado en segundas nupcias, a pesar de existir un hijo del primer matrimonio, vende un inmueble heredado de otro hijo del primer lecho. El reservatario muere antes que el reservista, sin dejar descendientes legítimos. ¿Qué objeción se puede formular al dominio de quien compró el inmueble? Es claro que, según la tesis que combatimos, el bínubo no habría podido enajenar un dominio de que carecía, pero ¿qué disposición legal establece la reversión de la nuda propiedad, o sea, que ésta debe retornar al reservante cuando no hay reservatarios? La ley se reduce a preceptuar que se extinguirá la obligación de la reserva, en el caso del Art. 238, pero no dice, explícita ni implícitamente, que la nuda propiedad, la que, según supusimos, había pasado al reservatario, la pierden los herederos de éste y vuelve de nuevo al bínubo. Nos parece que ésto es ya jugar demasiado con la adquisición y la pérdida del dominio.

Y si el bínubo vuelve a enviudar sin que haya descendientes legítimos del segundo matrimonio ¿tendrán que efectuar los reser-

vatarios la devolución de la nuda propiedad al reservista, puesto que la reserva carece, en este caso, de razón de ser? ¿Qué clase de acto jurídico sería la devolución? Porque al enviudar de nuevo el bínubo, sin descendientes legítimos de las segundas nupcias, queda en la misma situación en que se encontraba cuando enviudó por primera vez; y es lógico entonces que pueda otra vez gozar de la facultad de disponer que poseía antes de contraer la segunda unión.

Podemos agregar a lo que antecede: que ni en su primer proyecto de codificación, el Dr. Vélez Sársfield aceptó el otorgamiento de la nuda propiedad a los reservatarios, pues siguió fielmente los pasos de Acevedo, menos en la parte en que éste declaraba en forma expresa la desmembración del dominio.

El mismo Art. 3590 nos proporciona otro argumento eficaz, porque al establecer que “si a la muerte del padre o de la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan herederos, éstos no tienen ningún derecho a suceder en los bienes reservados”, evidentemente debemos entender (manteniendo la terminología del Código), que si a la muerte del padre o de la madre que contrajo segundo matrimonio, existen hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio, éstos tienen derecho a suceder en los bienes reservados. Suceder, en este caso, es heredar; y es indudable que el heredero es titular del dominio recién a la muerte de su autor.

Por último: hay un concepto que se mantiene, con cierta persistencia, en las fuentes y que se ha incorporado a nuestro Código, como lo demuestra el texto del Art. 3590. Nos referimos a la necesidad de que los hijos de la primera unión y sus descendientes legítimos, vale decir, los reservatarios, sobrevivan al reservante. Hemos hecho notar esta circunstancia, cuando nos ocupamos de algunas leyes del Código de Justiniano, de la antigua legislación española y del Código Sardo. Es verdad que el Tribunal Supremo de España, en la sentencia recordada en este mismo capítulo, condensó las ideas dominantes hasta entonces en esta materia, al atribuir la propiedad a los reservatarios, pero no lo es menos que, refiriéndose a la enajenación efectuada por el reservante, declaró que no era eficaz, “sosteniéndose solamente durante su vida”; y que “adquiriendo el hijo a la muerte del padre el pleno dominio de los bienes

reservables, consigue igualmente las acciones a él inherentes y puede desde aquel momento ejercitarlas contra el poseedor de la finca". Ahora, nos preguntamos nosotros, si a la muerte del bínubo no hay reservatarios, ¿quién ejercerá las acciones inherentes al dominio contra el adquirente de los bienes reservables? Y si la condición esencial es sobrevivir al reservante ¿cómo se va a conferir el dominio a personas que, pese a todas las probabilidades existentes a su favor, derivadas más que nada de la edad, no están exentas de enfermedades, accidentes o de cualquier otra fatalidad que impida predecir, con una seguridad absoluta, su supervivencia con respecto al padre o madre bínubos? ¿No resulta más atinado afirmar que si los sobrevivientes son los titulares del dominio suceden en la propiedad al reservante recién cuando éste muere?

La teoría de la desmembración del dominio no tiene, como consecuencia de lo expuesto, cabida en el sistema adoptado por nuestro Código y es impotente, por otra parte, para solucionar todas las cuestiones que en la vida diaria pueden presentarse.

### XIII

La concepción de García Goyena, acerca del mantenimiento del dominio en el bínubo, pero subordinado dicho derecho real a la condición resolutoria de que sobrevivan al reservante los descendientes legítimos del primer matrimonio, ha sido recogida por nuestra jurisprudencia en los siguientes casos:

1. — CÁMARA CIVIL PRIMERA DE APELACIONES DE LA CAPITAL FEDERAL. Al revocar la sentencia del juez Dr. Padilla mencionada en el capítulo anterior, el camarista Dr. Pera, a cuyo voto se adhirieron los Dres. Juárez Celman, Repetto y de la Torre, dijo que los reservatarios tienen tan sólo un derecho eventual, supeditado al cumplimiento de la condición resolutoria de sobrevivir al reservante; que no adquieren aquellos el pleno derecho de dominio sobre los bienes reservados; y que si bien es cierto que los padres no pueden disponer de tales bienes, lo que importaría burlar la ley, los actos de disposición subsisten durante su vida y sólo podrán revocarse después. (82)

(82) *Gaceta del Foro*. — Junio 21 de 1923, pág. 133.

2. — CÁMARA CIVIL PRIMERA DE APELACIONES DE LA CAPITAL FEDERAL. El juez de primera Instancia Dr. Tobal, con motivo de un litigio sobre bienes reservables, había establecido: “Sea que se admita que el bínubo pierde la propiedad o que conserva un dominio imperfecto, lo cierto es que la reserva, cualquiera que fuese su carácter, comprende esos bienes heredados; y no tratándose de dinero efectivo, sino una proporción en el valor asignado a una finca, no habría lógica ni equidad en que se lo mantuviera idéntico e invariable, no obstante los aumentos que ese inmueble hubiese experimentado en el transcurso del tiempo”. (83)

Se notará que estaba en discusión un punto ajeno a la cuestión que consideramos, pero en la Cámara de Apelaciones, cuando se revocó en lo principal la sentencia de primera Instancia, con los votos de los Dres. Colmo, Pera, Casabal y Sayanca, el primero de los nombrados expuso que el bínubo tiene a su cargo “una obligación, según la expresión literal de los Arts. 237 y 238; y en nuestro Código toda obligación es personal, pues no hay obligación que corresponda a un derecho real (Art. 497). Su dominio estaba sujeto a una condición resolutoria: eso es todo. Y lo resolutorio de un derecho adquirido, nada quita a lo actual del derecho, que es de propietario. El reservatario tendrá un derecho también condicional, pero suspensivo, no actual: el de poder ser considerado propietario si la condición se cumple.” (84)

No hemos encontrado otras resoluciones en que se hable, de modo explícito, de dominio revocable. Hay, eso sí, algunas en que, exteriorizándose un criterio opuesto al sustentado en los fallos de que se hizo mención en el capítulo precedente, se rehusa todo derecho a los reservatarios durante la vida del bínubo. Tales son:

a) — *Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.* — Se denegó la acción reivindicatoria promovida por los hijos de primeras nupcias, a mérito de haber enajenado el bínubo los bienes su-

(83) *Pub. cit.* — Octubre 24 de 1924, pág. 449.

(84) *Pub. cit.* — Julio 4 de 1925, pág. 39. — El Dr. Colmo explicó la segunda parte del Art. 237 de acuerdo, por supuesto, a sus ideas sobre el dominio revocable: “La explicación del usufructo es cabal: propietario bajo condición resolutoria hace suyos los frutos como todo propietario así (Arts. 557, 2670 y concordantes, C. C.). Juega, entonces, un derecho a los frutos, no propiamente un derecho de usufructo”. Concuerda con lo que ya se ha expuesto, en el sentido de que el Art. 238 no se refiere al derecho real de usufructo.



jetos a reserva. El tribunal no se pronunció sobre el carácter de la propiedad del reservista, pues se limitó a declarar: “La obligación de reserva que la ley impone al viudo no basta para que el dominio se considere transferido a los hijos del primer matrimonio.” (85).

b) — *Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires*. Al revocar la sentencia dictada por la Cámara Civil Segunda de La Plata (N° 6 del capítulo anterior), se rechazó la acción promovida por cesionarios de los reservatarios, llegándose a una conclusión análoga a la expuesta en el párrafo que antecede. (86)

c) y d) — *Dr. Casabal, Juez en lo civil de la Capital Federal*. En dos resoluciones que dirimen casos más o menos idénticos, el referido magistrado sienta la siguiente doctrina, cuyo resumen exime de dar a conocer la litis: “El reservante puede por sí y ante sí, y sin necesidad de poder ni anuencia del reservatario, reconocer los reclamos legítimos y procedentes que contra los bienes se hagan y obliga a éste, salvo el caso de confabulación dolosa contra los intereses de los menores”. (87) “El reconocimiento del crédito por parte de la heredera del causante y de la cónyuge supérstite del mismo, es susceptible de oponerse a los hijos del “de cujus” si en la época en que se produjo, éstos, como reservatarios, no tenían sino derechos en expectativa, desde que no se ha comprobado que tal reconocimiento se produjera con fraude y dolo de los autores del mismo”. (88)

En la primera de estas sentencias, el Dr. Casabal, repetimos, no habla de dominio revocable. A su juicio, es la obligación de reservar la que está sometida a una condición resolutoria. Por eso define la reserva como un derecho eventual que no acuerda a los beneficiados intervención alguna en los bienes a ella sujetos, hasta tanto no se cumpla la condición resolutoria a que está subordinada la obligación de reservar. Hay cierta similitud, sin embargo, entre estas ideas y las expuestas por el Dr. Pera en el caso N° 1.

El Dr. Gelly, en el voto varias veces recordado que emitió en

(85) *Jurisprudencia Argentina*. — T. III, pág. 311.

(86) Pub. citada. T. V, pág. 577.

(87) *Gaceta del Foro*. Mayo 2 de 1917, pág. 10.

(88) Pub. citada. Julio 19 de 1919, pág. 114.

la Cámara Civil de la Capital Federal (T. 71, pág. 367), dijo que el dominio, de pleno y perfecto que era en el reservante antes de pasar a la segunda unión, “se convierte en condicional, se hace así fiduciario”. Y agrega: “El dominio, aunque imperfecto o fiduciario, permanece siempre en poder del padre, hasta el cumplimiento de la condición resolutive a que está subordinado (que el fallecimiento del cónyuge bínubo preceda al de sus hijos de primeras nupcias) o pasa a aquel en cuyo beneficio se ha establecido el fideicomiso, o se consolida en la persona del fiduciario (Art. 238).

Vemos aparecer aquí otro punto de vista, el que contempla al reservante como investido de un dominio fiduciario. En algunos fallos se habla de dominio fiduciario y de dominio revocable, como si fuesen expresiones sinónimas. Si bien es verdad que el primero puede depender del cumplimiento de una condición resolutive o del vencimiento de un plazo resolutive (Art. 2662 del C. C.), no existe sino cuando se adquiere en un fideicomiso singular, mientras que el segundo es el legislado por el Art. 2663 que rige situaciones distintas. Nos parece innecesario insistir en esta cuestión, suscitada tal vez por la similitud de efectos jurídicos de una y otra variedad de dominio imperfecto.

“El heredero fiduciario —dice Sánchez Román— tiene que conservar, reservar y transmitir a un tercero, heredero fideicomisario, el todo o parte de la herencia. . . . : ordeno que mis bienes los herede A, para que los conserve y transmita a B”. (89) Un dominio fiduciario de esta naturaleza se encuentra proscripto de nuestro derecho, como lo demuestran el Art. 3724 del C. C. y su nota. En el régimen adoptado por nuestra ley de fondo, se admite que un heredero sustituya a otro, cuando éste no quiera o no pueda aceptar la herencia, pero no se concibe que un heredero reciba la herencia con la obligación de conservarla para transmitírsela, después de su fallecimiento, a otra persona. Se trata del sexto caso expuesto en la nota al artículo citado.

En cuanto a la tesis del dominio revocable del bínubo, nos parece que es una mera inversión de la que defendía la escisión entre nuda propiedad y usufructo. Sus expositores se han limitado a volver del revés el guante. En efecto, según la teoría estudiada

(89) Obra citada. — T. VI, vol. II, pág. 984.

en el capítulo anterior, los reservatarios son titulares de un dominio revocable, pues está subordinado a la condición resolutoria de no sobrevivir al reservante; y éste, en cambio, es titular de un derecho subordinado a una condición suspensiva: la de sobrevivir a los reservatarios. Ahora, la teoría de que nos estamos ocupando sostiene que el bínubo es titular de un dominio revocable, sometido a la condición resolutoria de no sobrevivir a los reservatarios; mientras que éstos poseerán un derecho que existirá si se cumple la condición suspensiva de sobrevivir al reservante.

Volvamos a recordar la situación que ya hemos tenido ocasión de enunciar. Un viudo, con hijos del matrimonio disuelto, hereda bienes de uno de ellos. Su derecho de propiedad es perfecto e indiscutible. Contrae nuevo matrimonio y este hecho ¿tiene la virtud de convertir en revocable su dominio? Ninguna disposición de la ley así lo establece. El Art. 237 consagra solamente la obligación de conservar o reservar el dominio, pero sin aludir en forma alguna, a una transformación del mismo. Y si recurrimos al principio de orden general, al del Art. 2663, la respuesta negativa es incluíble. Esta disposición legal sólo prevé actos entre vivos, y actos bilaterales, contractuales, en que media el consentimiento de las partes. ¿Hay algún caso fuera de aquellos en que el enajenante titular de un dominio perfecto, lo transmite convirtiéndolo en revocable en poder del adquirente, a fin de poder recuperar la cosa, o en que el titular de un dominio revocable, adquirido del modo que queda dicho, lo transmite en las mismas condiciones, ya que no puede hacerlo en otras?

Y en la segunda situación, o sea, cuando la herencia del hijo de primeras nupcias es recibida por el padre o madre después de haber contraído un nuevo matrimonio, querría decir, según la tesis de que tratamos, que se ha adquirido el dominio revocable de lo heredado. Aunque orillemos el peligroso escollo del dominio fiduciario, siempre nos encontraremos ante algo que repugna al régimen sucesorio, ante un heredero forzoso cuya calidad de tal está subordinada a una condición resolutoria. Y decimos su calidad de tal puesto que, si la condición se cumple, se considera como si el heredero forzoso, el bínubo, no hubiera sido jamás heredero. Tal es y no puede ser otro el efecto de la revocación. ¿Puede haber

algo más inconcebible en materia de sucesiones? ¿Puede haber algo más inconcebible que considerar a los reservatarios como herederos bajo condición suspensiva de sus hermanos, mientras está vivo el progenitor común, que es heredero único y exclusivo?

Si hay tantas afinidades entre la teoría del dominio revocable y la de la desmembración del dominio, no es de extrañar que se encuentren ante problemas análogos. No nos esforzaremos en planear casos hipotéticos. Nos bastará recurrir a hechos reales, como que han estado sometidos a la decisión judicial. Un viudo hereda a uno de sus hijos y contrae después segundas nupcias. Un acreedor, haciendo uso de un crédito anterior al nuevo matrimonio, ejecuta los bienes reservados. Se ha resuelto que, en tal caso, aquellos son ejecutables, por haber nacido el crédito antes de que existiera la obligación de reservar. No hay solución posible, sin embargo, según los dos puntos de vista a que hemos aludido, porque, a estar al primero, cuando se promueve la ejecución ya no pertenece la propiedad al ejecutado; y de conformidad al segundo, siendo como es el deudor, titular de un dominio revocable, quien compra los bienes ejecutados lo hará sometido a las mismas condiciones de revocabilidad.

Es necesario que el carácter revocable del dominio conste de modo explícito en el título adquisitivo del mismo. Es lo que expresa nuestro codificador en la nota al Art. 2663, cuando dice que las cláusulas revocatorias deben constar del mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite. “Hablamos de escrituras públicas —manifiesta el Dr. Vélez— porque sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces”. Se comprueba, de este modo, que la revocabilidad del dominio no reconoce otro origen que el contractual. Por lo menos en el caso del viudo que ha heredado bienes de uno de sus hijos legítimos, es imposible que conste algo, al efectuarse la adjudicación de los bienes hereditarios, con respecto a una revocación ulterior del dominio, puesto que nada impone todavía la obligación de reservar.

Los mismos argumentos que hemos hecho valer en contra de la teoría de la desmembración del dominio, son aplicables en esta circunstancia. La tesis del dominio revocable no se ha desprendido de la frialdad de los libros o de los fallos judiciales para incorpo-

rarse al fluír animado de la vida. Nadie ha intentado hacer anotar en los registros de la propiedad raíz, el carácter revocable del dominio del bínubo. Ningún acreedor de reservatarios ha tratado de llevar ejecución contra los derechos de éstos que, no obstante estar subordinados a una condición suspensiva, siempre representan una posibilidad de aumento patrimonial y son transmisibles por herencia (Art. 544 del C. C.). Tampoco los reservatarios han efectuado una cesión, la que está permitida, en estos casos, por el Art. 1446 del C. C. La cesión a que se refirió la sentencia mencionada con la letra b en el presente capítulo, tuvo por objeto los derechos sobre la nuda propiedad de que se creían titulares los cedentes, pero no aquellos derechos que, de conformidad a la teoría que comentamos, dependen del cumplimiento de la condición suspensiva de sobrevivir al reservante.

Hacemos notar nuevamente lo que ya se dijo, con respecto a la otra tesis, a propósito de lo expresado en el Art. 3590 y en su nota. La reserva es sólo para los hijos y demás descendientes legítimos del primer matrimonio. Fuera de ellos, los herederos de los beneficiarios de la reserva no tienen derecho alguno. No puede tratarse en consecuencia, de los derechos que existen *pendente conditione*, los que se transmiten a todos los herederos en general, según el Art. 544 antes citado.

Recordaremos, para terminar, que si el derecho de los reservatarios a los bienes reservables depende del cumplimiento de una condición suspensiva, estarían ellos facultados, en vida del reservante, vale decir, mientras esté pendiente la condición, a reclamar todas las medidas conservatorias que acuerda el Art. 546 del C. C. Pero ya se ha visto que ni los criterios más estrechamente conservadores han admitido que los reservatarios ejerzan algún derecho, de cualquier naturaleza que sea, mientras viva el reservante.

En contradicción, finalmente, con lo que ha establecido el Código (Art. 3590), se hace adquirir el dominio a los reservatarios por el mero cumplimiento de una condición resolutoria, y no en virtud de una transmisión hereditaria. De esta cuestión nos ocuparemos más detenidamente en el capítulo que sigue.

## XIV

Tanto se ha hablado de condiciones suspensivas y resolutorias, que se ha llegado a ubicar esta materia dentro del campo del derecho de las obligaciones. El Art. 237 dice que el bínubo “está obligado a reservar”, y el 238 que “cesa la obligación de la reserva”. Se recuerda, con tal motivo, que se trata de una obligación y que, dado lo dispuesto por el Art. 497, toda obligación es personal, sin que pueda nunca corresponder a un derecho real. Son los partidarios del dominio revocable quienes, en primer término, han hecho una aplicación literal del vocablo “obligado”.

Se ha atribuído después a la institución de la reserva un carácter eminentemente personal. El reservante no está incapacitado para disponer de los bienes reservables. Todas las enajenaciones que realice son válidas e inenajenables. Tiene a su cargo una mera obligación y sólo él (mejor dicho su patrimonio, una vez producida su muerte) responde por el incumplimiento. Si no cumple el reservante, si viola la obligación y transfiere a terceros los bienes reservables, los reservatarios no pueden recuperar lo enajenado; y se limitarán a hacerse reembolsar su valor con los demás bienes de la sucesión del reservista. (90)

Se nos invita, de esta manera, a apreciar una obligación que existe recién cuando el deudor de ella ha muerto. Fácil es colegir que no puede haber nada más reñido con la naturaleza de la institución que estudiamos, y hasta con la esencia misma de los derechos personales, porque la llamada obligación de reservar debe considerarse, previo a todo, si de una verdadera obligación se trata, en cuanto a los sujetos activos y pasivos de ella. Si se hace efectivo el cumplimiento de una obligación en los bienes dejados al morir por una persona, es porque ésta fué deudora de aquélla mientras vivía, y si el autor de la sucesión no fué deudor de una sola obligación hasta su muerte ¿a título de qué deben responder sus bienes?

Lo elemental del asunto nos evitará otros comentarios. Bástenos agregar que si se toma la obligación como existente durante la vida del obligado, vale decir, del deudor, será forzoso que com-

(90) El Dr. *Sisto F. Ricci*, en una nota de *Jurisprudencia Argentina* (T. III, págs. 311 y sigs.) expone este nuevo aspecto de la cuestión, sin otros fundamentos que las expresiones literales de los Arts. 237 y 238, mencionados en el texto.

pletemos el cuadro con los acreedores, con los reservatarios. Pero como el derecho de estos últimos no es actual y depende de la circunstancia de sobrevivir al reservista, volveremos a caer en los sistemas fundados en el juego de las condiciones suspensivas y resolutorias, sistemas que combate, precisamente, el autor de la novísima teoría que analizamos.

Si los sistemas expuestos ofrecen tanto blanco a las críticas ¿cuál es, en definitiva, el adoptado por nuestra legislación? Creemos que se mantiene en el Código, en toda su pureza, la concepción primitiva de los bienes reservables y que ella puede explicarse, con la mayor sencillez, porque es, a nuestro juicio, una variedad o particularización de otra institución civil, que no es, por supuesto, la del dominio revocable o la del derecho real de usufructo.

La idea original que se ha mantenido hasta ahora, es la de imponer al viudo que contrae nuevas nupcias el deber de conservar ciertos bienes, afectados a la finalidad de transmitirlos a personas determinadas, mientras subsistan los hechos que han motivado la imposición de ese deber.

En el Apéndice que hemos formulado al finalizar el Capítulo VIII, se habrá visto que algunas veces fué solamente la mujer bínuba la obligada a reservar, y otras veces también el hombre colocado en idéntica situación; que los bienes afectados a la reserva han variado, según el origen que la diversas legislaciones han tenido en vista; y que los beneficiados con la reserva han sido los hijos legítimos del matrimonio anterior tan sólo, y en otras ocasiones todos los descendientes legítimos en general. Han experimentado, pues, algunos cambios, diversos aspectos de la institución, pero el concepto fijo, inmutable, que forma el esqueleto de aquella, es el expuesto en el párrafo anterior.

Una gran mayoría de esas legislaciones —ley 3 varias veces citada, § 1 de la misma ley, Novela 98, § 1 de la ley 6 y Código Sardo— a todo lo cual debe agregarse el proyecto de García Goyena, han establecido el deber de reservar, sin conferir a los beneficiarios la propiedad de los bienes. Si bien tal o cual expresión usada en el antiguo derecho español, hizo opinar a sus comentadores que el dominio pertenecía a los reservatarios, las ventas efectuadas por el bínubo eran válidas, si éste sobrevivía a aquéllos; y si eran váli-

das, quiere decir que había podido transmitir el dominio y que estaba investido del mismo. No quedan, entonces, sino la ley 5 y el proyecto de Acevedo, acordando, en forma expresa, el derecho de propiedad a los beneficiarios de la reserva; pero la primera también subordina el ejercicio de ese derecho a la muerte del reservante. Únicamente el proyecto de Acevedo, en consecuencia, ha acordado el dominio a los reservatarios, de inmediato, sin ninguna restricción, y se ha visto que el Dr. Vélez no lo ha seguido en esa parte.

Nuestro Código se inspira, por tanto, en la orientación que predomina en las fuentes, de la retención del dominio en cabeza del bínubo, con la finalidad antedicha. *Transmitir* a los hijos *intacto y tal como se ha recibido*; o *dejar* a los mismos todo lo que recibió el reservista; o *reservar* o *conservar* la propiedad, son expresiones usadas en las fuentes que tienen un solo y mismo significado: deber de conservar, de retener, de mantener el dominio en poder del mismo titular, para transmitirlo a los beneficiarios después de la muerte del constreñido a retener.

El Dr. Vélez Sársfield, cuando ha hablado de “obligación de la reserva” o cuando ha dicho que el bínubo está “obligado a reservar”, no ha empleado, indudablemente, el vocablo “obligación” con el sentido estricto que tiene en materia de derechos personales. Esta palabra, entre sus diversas acepciones (el mismo codificador la usa como equivalente a documento o título, en el Art. 500), tiene la del sustantivo “deber”.<sup>(91)</sup> El Dr. Colmo, que en forma tan enérgica acentúa la separación entre el derecho real y el personal<sup>(92)</sup>, cuando se ocupa de las obligaciones de no hacer y se refiere a la directa y personal omisión del deudor, “que es la más frecuente y la única que aquí contempla el legislador”, agrega: “las restantes son frecuentes en las servidumbres, como las de vista, recibir aguas, acueducto, tránsito, etc., por más que al respecto no quepa propiamente el concepto de obligación”.<sup>(93)</sup> No cabe, en realidad, pero el civilista nombrado no ha podido prescindir, según se vé, de mencionar los casos en que hay obligaciones o deberes de omisión, sin que haya obligación en el sentido técnico de la palabra.

(91) Véase: *Vittorio Polacco*. Le *Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*. 2ª ed., Athenaeum, Roma, 1914. N° 4.

(92) *De las Obligaciones en General*. Buenos Aires, Lib. y casa ed. de J. Menéndez, 1920. N° 66.

(93) *Obra cit.* N° 363.



Pero encontramos otro caso en el Código que se aproxima bastante al que estudiamos. El Art. 2612 dice que el propietario de un inmueble no puede *obligarse* a no enajenarlo; pero el Art. 2613 permite a los donantes y a los testadores que impongan esta obligación o deber siempre que lo limiten a un plazo no mayor de diez años. Empleando el vocabulario del Art. 2612, podemos muy bien afirmar que el Art. 1364 tolera que el comprador se *obligue* a no transferir el inmueble adquirido a una persona determinada.

Los Arts. 3036 y 3042 mencionan expresamente la obligación en materia de servidumbres; los Arts. 2726 y 2727, en lo que respecta al condominio de muros, cercos y fosos; y los Arts. 2630 y 2633, al tratar de las restricciones y límites del dominio. En los Arts. 481 del C. C. y 50 de la ley de M. C., el vocablo aludido es sinónimo del nombre “deber”, y en el Art. 911 del C. C., “deber” se usa como sinónimo de “obligación”.

Por lo que hace a los vocablos “reserva” y “reservar”, ellos no ocasionan dificultad alguna. El verbo citado, de notorio origen latino, significa, según el Larousse, guardar una parte de alguna cosa; y según la Real Academia Española, entre otras acepciones, guardar para en adelante, o para cuando sea necesaria, una cosa de las que actualmente se manejan; o exceptuar, dispensar de una ley común; o separar o apartar uno algo de lo que se distribuye, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro. La acepción de “reserva”, según la misma autoridad del idioma, concordante con las que se ha mencionado del verbo, es “guarda o custodia que se hace de una cosa o prevención de ella para que sirva a su tiempo; y bienes reservables o reservativos son “los que el viudo o la viuda que se vuelve a casar *está obligado a reservar* o guardar para los hijos que tuvo en el primer matrimonio”. Hemos subrayado la expresión en que nuestro codificador ha coincidido exactamente con el Diccionario de la Lengua. Se habrá notado que “reservar” se menciona como equivalente a “guardar”.

De lo que antecede podemos deducir que, en el terreno jurídico, reservar significa separar o apartar algo que se retiene, se conserva o se guarda. Con este significado encontramos que el Código hace uso del vocablo en los Arts. 658, 803, 804, 1217 inc. 2, 1226, 1495, 1671, 1800, 1801, 2814, 2815, 3190 y 3517. Sólo en el Art. 1938

se emplea con una de las otras acepciones que tiene: la de “encubrir, ocultar, callar una cosa”.

Otro artículo, el 1257, expone un principio análogo al sustentado en el 237; y si se lee el Art. 1376, la similitud de conceptos, puesto que se alude a reserva del dominio, nos eximirá de otros comentarios.

Impuesto como está el deber de reservar el dominio de los bienes adquiridos por herencia de un hijo del primer lecho, no admite discusión el punto de que sólo se puede cumplir ese deber con la limitación de las facultades que corresponden a todo propietario en general: el reservante deberá abstenerse de disponer de los bienes reservables. Se le priva del derecho de disposición, se lo inhabilita o incapacita para enajenar o gravar, y no le queda sino el derecho de usar y gozar, o sea el de libre aprovechamiento. Esta idea es la que predomina en las fuentes. (94)

El fin que persigue la ley, con la imposición del deber de reservar no es “deslindar la situación legal de hermanos bilaterales y unilaterales, haciendo en definitiva que los primeros excluyan en absoluto a los segundos, y evitando que los hijos de un segundo matrimonio hereden lo que, de no haberse contraído, hubieran heredado los del primero”. (95) No es ésto lo esencial, puesto que no sólo se excluye de los bienes reservables a los hijos de segundas nupcias (y a quien se case con el bínubo, debemos agregar), sino también a cualquier otra persona que no sea de las que la ley designa como beneficiarias de la reserva. Por otra parte, cesa el deber de reservar cuando ya no hay hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio; y en este caso, el legislador mira con indiferencia el hecho de que los bienes vayan a poder del padrastro o de la madrastra de los reservatarios extintos, o de los hermanos unilaterales o de cualquier tercero.

El mantenimiento en poder del bínubo de los bienes reservables, sin poder disponer de ellos, no tiene otra finalidad, según así resulta de todos los antecedentes expuestos, que la transmisión de dichos bienes a los reservatarios, una vez producida la muerte del reservante. Ya se ha demostrado, hasta la evidencia, que antes de

(94) Véase el Apéndice a los Capítulos I a VIII.

(95) Sentencia del Dr. Casabal. — *Gaceta del Foro*, mayo 7 de 1920, pág. 34.

fallecer el bínubo no tienen los reservatarios derecho ni acción de naturaleza alguna que hacer valer; y que el reservatario, en realidad, dada la necesidad imprescindible de su supervivencia con relación al reservista, está supeditado, en lo que respecta al nacimiento pleno de sus acciones y derechos sobre los bienes objeto de la reserva, al hecho del fallecimiento de la persona obligada a reservar. Nos encontramos, por tanto, en presencia de una transmisión de bienes por causa de muerte, de una sucesión en los derechos del propietario, como consecuencia del fallecimiento de este último; y el sucesor es, ni más ni menos, que un heredero del *de cuius* en grado sucesible; más aún: es un heredero forzoso.

Nuestro Código define la sucesión (por causa de muerte, *ab intestato* y testamentaria, no la sucesión en sentido amplio de los Arts. 3262 y siguientes), como la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. (Art. 3279). En el presente caso, no se trata de la transmisión a título universal del patrimonio del causante (tal es el concepto general que ha acogido la ley en su definición), sino de una variedad especial a que la misma ley ha dado cabida, en forma expresa, precisamente en el Libro IV, Sección Primera, del Código. Hay aquí una verdadera excepción a las normas generales que rigen la herencia *ab intestato*; pero así como las teorías de la desmembración del dominio y del dominio revocable están construídas a base de analogías o comparaciones con otras situaciones jurídicas, sin que haya algún precepto legal que les sirva de apoyo, así como su artificiosidad las hace inaplicables a muchos casos de la vida diaria, estimamos que nuestro criterio de apreciación de la institución de los bienes reservables, a la que contemplamos simplemente como una variedad de la transmisión hereditaria *ab intestato*, se apoya con firmeza en disposiciones de la ley de fondo y puede solucionar todas las dificultades que se presenten.

En efecto: el Título IX de la expresada Sección Primera del Libro IV, regla el orden de las sucesiones intestadas; y su último capítulo trata de la "sucesión de los bienes reservados". El Art. 3590, incluído en esa parte, interpretado a *contrario sensu*, claramente acuerda a los hijos y descendientes legítimos del primer ma-

trimonio el derecho de suceder en los bienes reservables. Esta interpretación está corroborada por el texto del Art. 237, que es el que designa cuáles son los beneficiarios de la reserva. El carácter de esta sucesión —herencia *ab intestato*— se confirma: a) con la ubicación del Art. 3590; b) con el reingreso de los bienes reservables al patrimonio del de *cujus*, para ser distribuídos de acuerdo a las normas comunes, si no ha sobrevivido ningún reservatario al autor de la sucesión (Arts. 3590 y 238); y c) con la circunstancia de que el hecho jurídico de la muerte del reservante es lo que contempla la ley para decidir quiénes son los llamados a suceder en los derechos del mismo (Arts. cit.).

Bajo el punto de vista estrictamente personal, no hay diferencia alguna entre los reservatarios y los demás herederos *ab intestato*. Por lo pronto, ya se sabe que los primeros —hijos o descendientes legítimos del reservante— son herederos forzosos y concurren con los demás a recibir su porción hereditaria de la masa general de bienes dejada por el causante. En cuanto a la sucesión especial en los bienes reservables, que es la que nos interesa, encontramos estos caracteres que son comunes a todos los herederos legítimos: son parientes del difunto en grado sucesible, siendo llamados a recibir la herencia por disposición de la ley y no por la voluntad del *de cuius*; deben estar concebidos el día del fallecimiento del reservante (caso del hijo del primer lecho, que fallece antes que el reservista y deja un hijo póstumo); su derecho a los bienes surge recién cuando se produce la muerte del autor; hay el derecho de representación, puesto que los bienes reservables no se dividen por cabeza sino entre los hijos del reservista, concurriendo los nietos por estirpe, a recibir la parte que correspondía al padre o a la madre; y así como en la hipótesis de un hijo que fallece, sin dejar descendencia, antes que sus padres, la porción que le habría correspondido, si hubiera llegado a sobrevivir a su autor, aumenta la de sus hermanos, también en el caso del reservatario que fallece antes que el bñuvo, sin dejar descendientes legítimos, la parte a que tendría derecho en los bienes reservables pasa a sus hermanos bilaterales. Si los reservatarios, por ejemplo, eran dos, y uno de ellos fallece siendo soltero, antes que el reservista, la totalidad de los bienes reservables pasa al otro que sobrevivió o a sus descendientes legítimos.

Mientras vive el reservante, se encuentran los reservatarios, frente a los bienes reservables, en la misma situación que un pariente en grado sucesible frente a los bienes de una persona a quien heredará, por supuesto, recién cuando fallezca. Ni en uno ni en otro caso se puede afirmar que los herederos tienen un derecho subordinado a una condición suspensiva, o que el dominio del padre concluirá con el cumplimiento de la condición resolutoria de que sus herederos le sobrevivan, porque éstos no entran en posesión de la herencia en virtud de haberse cumplido una condición, sino porque la ley los ha designado herederos y los ha llamado para que reemplacen al difunto y ocupen su lugar. No se ha revocado el dominio del autor. Por el contrario: subsiste y se mantiene. Se prolonga al través del tiempo mediante la herencia. Estimamos obvio hacer notar que si en el preciso momento de la muerte del bñubo se revocara su derecho real de dominio, nada tendrían que hacer los herederos legítimos con los bienes objeto de la revocación.

Esta calidad de heredero legítimo con que obra el reservatario, es la que explica la primera cuestión que ha sido reconocida por todos, pero que no se justifica a la luz de las otras teorías: que, en vida del reservante, a los reservatarios no se les reconoce acción alguna. Esto es porque se encuentran en la misma situación que cualquier persona con respecto a una herencia futura: con un derecho puramente incierto o eventual, que se establecerá o determinará recién al abrirse la sucesión del propietario de los bienes.

Debemos ahora analizar la situación de los reservatarios con respecto a los bienes objeto de la reserva. Se ha visto que la ley, al imponer el deber de reservar la propiedad de dichos bienes, ha sancionado su inenajenabilidad, ha impuesto al bñubo una incapacidad para disponer; y ha limitado, restringido, por consiguiente, el dominio del reservante. ¿No ha permitido el Código Civil, en el Art. 1364, que el vendedor prohíba al comprador vender la cosa objeto del contrato a una persona determinada? ¿No ha permitido también que el donante o el testador prohíban a los donatarios o sucesores que enajenen los bienes transmitidos, a cualquier persona que sea, durante el término de diez años, en el Art. 2613? Pues, del mismo modo, la ley en el presente caso y no la voluntad individual, ha impuesto aquí la incapacidad para disponer.

Se ha visto, además, que esta restricción legal del dominio del bínubo, obedece a la finalidad de transmitir a los reservatarios la integridad de los bienes reservables. ¿No podemos afirmar entonces que dichos bienes constituyen una legítima de los herederos forzosos que son los reservatarios? En el Art. 3591 del C. C., se define la legítima de los herederos forzosos como “un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”. Para los Sres. Baudry-Lacantinerie y Colin, es “una parte de la sucesión, de la cual los herederos en línea directa no pueden ser privados, con las disposiciones a título gratuito hechas por el difunto”. (96) Por una feliz coincidencia, en derecho francés se le llama “reserva” a la porción legítima; y “herederos reservatarios” a los herederos forzosos.

El *de cujus* se ha encontrado, en presencia de la legítima de sus herederos forzosos, con una incapacidad para disponer, análoga a la que restringe su dominio sobre los bienes reservables. “El primer carácter jurídico de la reserva que nosotros vamos a destacar —dicen los Sres. Colin y Capitant— (y que no está expuesto a objeción alguna) es que ella consiste en una parte de la sucesión *entera y absolutamente substraída a la voluntad del de cujus*, por lo menos en el sentido de que ella debe ser transmitida *ab intestato* a los herederos designados por la ley, sin que esta transmisión pueda ser, en forma alguna, modificada por el efecto de los actos a título gratuito emanados del difunto”. (97) Por supuesto que en el pasaje transcripto se denomina “reserva” lo que, en nuestro derecho, se conoce como “legítima”.

Ahora bien, establecido como está que los reservatarios suceden como herederos forzosos en los bienes reservables, es natural que éstos constituyan una verdadera legítima de la que nadie puede privar a aquellos. Ya hemos expuesto los motivos que fundan nuestra tesis; y nos falta precisar la especialidad o modalidad que distingue esta especie de legítima de la ordinaria o común.

En la institución de los bienes reservables, los caracteres de la legítima están más agudizados, pues se lleva el principio hasta su más extrema expresión. Así, mientras que, en el caso de la legítima

(96) Des Donations entre Vifs et des Testaments. T. I, N° 680.

(97) Obra citada, T. III, pág. 709.

tima común, hay sólo una incapacidad para disponer a título gratuito, tratándose de los bienes afectados a la reserva esa incapacidad es total, porque comprende también los actos a título oneroso.

Otras diferencias que podemos precisar son las siguientes: a) en tanto que los derechos del heredero forzoso a su legítima se traducen en una cuota proporcional, en la masa de bienes dejados por el autor de la sucesión, prescindiendo de la determinación de los bienes en particular (las 4 quintas partes o el 80 por ciento si se trata de descendientes legítimos), el reservatario tiene derecho a la totalidad de ciertos bienes perfectamente individualizados; y b) mientras el heredero forzoso, al respetarse su porción legítima, puede compartir los bienes con personas que no revisten esa calidad y que tienen derecho a la porción disponible del causante (naturalmente que en el período de indivisión de la herencia), el reservatario no comparte con nadie la propiedad de los bienes reservables, porque con respecto a éstos no hay porción disponible.

Como consecuencia de lo expuesto, tenemos que los bienes reservables constituyen una legítima de herederos forzosos que son los reservatarios; pero la sucesión en dichos bienes tiene la peculiaridad de ser a título singular, desde que no se trata de la transmisión de todo el patrimonio del causante o de una parte alicuota del mismo. He aquí porqué el reservatario ocupa una situación en verdad extraordinaria, con relación a los bienes reservados, los que revisten, a un mismo tiempo, algunos de los caracteres de la herencia y del legado.

El Código menciona, expresamente, en el Art. 3955, la acción reivindicatoria del heredero forzoso, encaminada a obtener la integración de su legítima. Nada se ha dicho en cuanto a los reservatarios en particular. Sin embargo, aparte del principio general del Art. 3270, encontramos otros cuya aplicación surge, con toda evidencia, del texto del Art. 237 que, al forzar al bínubo a conservar el dominio y al reconocerle tan sólo el derecho de usar y gozar de los bienes afectados a la reserva, le priva de la facultad de disponer. Luego, no puede vender (Art. 1357), ni permutar (Art. 1490), ni donar (Art. 1799), ni constituir usufructo (Art. 2831), ni hipotecar (Art. 3119). Puede, eso sí, arrendar (Art. 1510) y efectuar todos los actos de aprovechamiento, de uso y de goce a que tiene

derecho un propietario, a quien se le retira únicamente la facultad de disponer.

Siendo nulos los actos de disposición realizados (Art. 1043 del C. C.), los reservatarios tienen la acción reipersecutoria contra los terceros (Art. 1051). La prescripción empezará a correr en la forma prescrita por el Art. 3953.

En conclusión: *son bienes reservables aquellos que una persona, casada en segundas o ulteriores nupcias, antes o después de contraerlas, hereda de un hijo del matrimonio anterior. Esta especie de bienes existe mientras haya hijos o descendientes legítimos de dicho matrimonio, pues en exclusivo beneficio de éstos la institución se ha creado, para que reciban los bienes afectados a la reserva, con exclusión de toda otra persona, una vez producido el fallecimiento del bñnubo. Carece éste de la facultad de disponer de tales bienes y sólo puede usar y gozar de ellos.*

*Antes o después de contraerlas. . . . .* Por el tiempo de verbo usado en el Art. 237 (“hubiese heredado”), Llerena sostuvo que estaban excluidos de la reserva los bienes heredados después de contraerse las segundas o ulteriores nupcias (Comentario al Art. 3590, nota 4). Pero ésto es un contrasentido, porque mayor motivo hay para afectar a la reserva los bienes heredados después del nuevo matrimonio, que los heredados antes, de los que se pudo libremente disponer durante el estado de viudez. Cuando la jurisprudencia ha debido dilucidar el caso, se ha pronunciado en forma opuesta a lo sostenido por el Dr. Llerena. (98)

En el Art. 800 del Proyecto de García Goyena y en el 968 del Código Civil de España, se emplea una expresión semejante a la de nuestro Código (“que haya adquirido”); pero no hemos podido encontrar antecedente alguno que indique una controversia o dudas sobre el particular, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

*Hereda de un hijo. . . . .* Basta hablar de herencia para significar que el bñnubo sucede en el dominio al hijo fallecido.

*Esta especie de bienes existe. . . . .* La institución de los bienes reservables encuentra su origen en dos hechos: que un viudo o

(98) a) Fallo del Juez, Dr. Giménez Zapiola, *Gaceta del Foro*, abril 23 de 1919, pág. 313. b) Juez Dr. Casabal, *Pub. cit.*, mayo 7 de 1920, pág. 34. c) *Cámara Civil Segunda*, Capital Federal (Dres. Salvat, Gigena, Helguera y Zapiola), *Jurisprudencia Argentina*, T. V, pág. 527.



una viuda contraiga segundas o ulteriores nupcias teniendo hijos del matrimonio anterior, y que estos hijos o sus descendientes legítimos sobrevivan al bñubo. No mediando estas circunstancias, una tercera, por sí sola, como es la de heredar el bñubo a un hijo del matrimonio anterior, no es suficiente para calificar de reservables los bienes heredados. Previo a todo, es claro que deben existir los bienes que se afectarán a la reserva, ya que de una variedad especial de bienes se trata, pero para que se produzca y se mantenga la afectación es indispensable la reunión de los dos hechos ya indicados.

*En exclusivo beneficio de éstos.....* Hemos expresado que esta es la verdadera finalidad de la institución, antes que el propósito de excluir a los padrastros o a los hijos de segundas nupcias.

*Para que reciban los bienes..... con exclusión de toda otra persona, una vez producido el fallecimiento.....* Con ésto se caracteriza la sucesión forzosa, semejante a una legítima, en los bienes reservables.

*Carece éste de la facultad de disponer..... etc.* Es la concreción del precepto contenido en el Art. 237 del Código.

Los problemas inexplicables para las teorías que hemos combatido, no ofrecen dificultades a la solución que proponemos. Esta, por lo pronto, armoniza en un todo con las disposiciones de los Arts. 237, 238 y 3590. Antes de pasar a nuevas nupcias, el viudo puede disponer de los bienes que heredara de algún hijo. Después no, porque la ley lo ha incapacitado para disponer, mientras existan, se entiende, los hechos que dan origen a la reserva, y que ya hemos puntualizado. Los terceros no pueden sufrir perjuicios sino a sabiendas. Si alguien trata de comprar o de facilitar dinero con garantía hipotecaria, y el inmueble objeto de la operación ha sido heredado, por el vendedor o por el que solicita dinero en préstamo, de uno de sus hijos, para poder labrar la escritura de compraventa o de constitución de hipoteca, es necesario conocer el estado civil de quien figura como propietario. Si éste, al concertarse la operación, aparece casado en segundas nupcias, por ejemplo, y el inmueble de que se trata fué adquirido por herencia de un hijo del matrimonio anterior, es indudable que será un bien reservable del que no se puede disponer. La primera institución de crédito del país, el Ban-

cc Hipotecario Nacional, no acuerda préstamos en estas condiciones.

Debemos, para concluir, ocuparnos de algunas cuestiones que pueden presentarse en la práctica, como serían las relativas a inmuebles reservables en condominio, a los derechos de los acreedores del bínubo, al pago del impuesto a la herencia, a la renuncia de la herencia del reservante, y a los actos de disposición de los muebles reservables.

A. Cuando lo reservable consiste en derechos indivisos sobre un inmueble que está en condominio, se ha resuelto que la obligación de la reserva no importa establecer la indivisión forzosa de la propiedad; y que no es defectuoso, por consiguiente, el título de un inmueble, del cual fué reservable una parte, habiéndose vendido la totalidad del bien, para hacer cesar el condominio en que se encontraba. (99)

B. Los bienes heredados por un padre de uno de sus hijos legítimos pueden gravarse o venderse. Si un segundo matrimonio convierte en reservable el bien gravado, la hipoteca subsiste y el inmueble podrá ser ejecutado. (100) Podemos extender el mismo principio a todas las obligaciones contraídas antes de las segundas nupcias; pero no será aplicable a las obligaciones nacidas después del segundo matrimonio. (101) Es justo pensar que los acreedores podrían contar con un bien para cuya disposición estaba capacitado el deudor; pero no así cuando han contratado con él, sin poder contar con bienes de los que él estaba inhabilitado para disponer.

C. No procedería el pago del impuesto a la herencia, al fallecer el bínubo, según la teoría de la desmembración del dominio, porque los reservatarios ya tenían la propiedad; y según la tesis del dominio revocable, porque estos últimos adquieren el dominio en virtud del cumplimiento de una condición, y no por herencia. De conformidad a lo que hemos expuesto, dado que se trata de una transmisión por causa de muerte, corresponde el pago.

(99) Sentencia del Juez Dr. Klappembach (*Gaceta del Foro*, 1918, T. I, pág. 60); confirmada por la *Cámara Civil primera* de la Capital Federal. (Pub. cit., mayo 17 de 1919, pág. 107).

(100) *Fallos Cámara Civil*, Capital Federal, T. 71, pág. 367.

(101) *Fallos Cámara de Comercio*, Capital Federal. T. 40, pág. 73.

*D.* En vista de la situación en que se encuentran los reservatarios frente a los bienes reservables, es indudable que no pueden renunciar a ellos en vida del reservista (Arts. 1175 y 3311 del C. C.). La aceptación de la herencia del bñnubo, a mérito de lo dispuesto por los Arts. 3342 y 3343, impediría a los reservatarios reclamar contra los actos de disposición de los bienes reservables realizados por el causante, desde que tendrían que responder por la evicción. Creemos, en cambio, que puede renunciarse a la herencia del bñnubo, dejando a salvo los derechos sobre los bienes reservables cuya sucesión, como se ha dicho, no es a título universal. A mérito de que nos ocupamos de una sucesión especial en bienes individualizados de antemano, nada tiene que hacer, a nuestro juicio, la renuncia a la herencia (o sea, al patrimonio del causante *in integrum*) con la renuncia a bienes singulares, que estaban aislados, separados, por decir así, del patrimonio del *de cujus*, para ser transmitidos a los reservatarios. (102)

*E.* Si el bñnubo ha dispuesto de bienes muebles reservables, nada podrán hacer los reservatarios contra los adquirentes (Arts. 2767, 2412, 2413 y 3271 del C. C.). No tendrán otro recurso aquéllos que hacerse reembolsar el valor de lo enajenado con la sucesión del reservista. De lo que resulta aquí también de interés, establecer los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia del *de cujus*.

*F.* ¿Puede el bñnubo mejorar con el quinto de los bienes reservables a cualquiera de los reservatarios? El Dr. Loza, en el trabajo ya recordado, (103) sostuvo la existencia de un verdadero derecho de sucesión, acordado a las personas favorecidas con la reserva por la ley. No se fundó, para ello, en otro argumento que el extraído del texto del Art. 3590, sin determinar la índole de esta sucesión; y opinó que tenían imperio las prescripciones relativas a la porción disponible, en beneficio siempre de los titulares de la reserva. Nosotros hemos destacado los caracteres peculiarísimos de

(102) Se ha sancionado un principio contrario al del texto, en la sentencia del ex-juez Federal de Córdoba, Dr. Julio B. Echegaray, de julio 28 de 1925. (Autos "Cuestas Garzón contra Joraiatzat - Reivindicación").

(103) Págs. 92 y 93.

la institución, diferenciándola de la sucesión hereditaria ordinaria, después de precisar sus lineamientos comunes. No podemos, por tanto, a falta de una disposición de la ley que así lo establezca —disposición que se encuentra en algunas de las fuentes estudiadas— hacer aplicación de las normas que rigen la transmisión hereditaria *ab intestato* en general.

DR. PEDRO LEÓN

Profesor Suplente de Derecho Civil  
en la Universidad Nac. de Córdoba.

---