

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

II

EL ARTICULO 811 COMO NORMA A INTEGRAR

(Continuación)

§ 3.º ANÁLISIS DE LA RESERVA PENDIENTE

Nos hemos referido a los dos momentos de la reserva: El de pendencia, que empieza al heredar el reservista y concluye a su fallecimiento, y el de consumación, iniciado en ese último momento a partir del cual los reservatarios pueden reclamar los bienes reservables.

Ahora vamos a analizar el primer momento, atendidas las disposiciones legales, interpretadas conforme el fin perseguido por el 811 y mediante la integración de este precepto en los términos anteriormente estudiados. Para ello, examinaremos las respectivas posiciones del reservista y los presuntos reservatarios, durante la situación de pendencia.

A) Posición del reservista.

18. La sujeción del reservista.

El art. 811 sólo expresa la situación del reservista al decir que «*se halla obligado a reservar*» con referencia a los *bienes* que el mismo precepto define como reservables.

¿Cuál es el sentido que debe atribuirse a esa expresión?

¿*Obligación personal*? Así lo entendió Gayoso Arias (317), que explicó la ineficacia respecto de los reservatarios de las enajenaciones verificadas por el reservista en virtud del precepto del art. 4.º del Código civil. A su juicio, «no hay una acción verdaderamente real, sino real *en cierto modo*, en cuanto puede darse contra terceros, como las antiguas acciones de *in rem scriptae* (de retracto, Pauliana, *quo metus causa*, etc.), que eran en nuestro concepto acciones virtualmente múltiples o combinaciones de varias acciones.»

(317) GAYOSO ARIAS: *Loc. cit.*, «R. D. P.», pág. 259, nota 2. Ver también *Nociones de Derecho hipotecario cit.*, vol. I, pág. 230 donde dice que el derecho de los reservatarios «es personal, con acreedores de cosas determinadas, en virtud de la ley que manda reservárselas».

¿Limitación de su titularidad *por un derecho real* de los reservatarios? Eso apreció la Sentencia de 1 de abril de 1914 con una evidente inconsecuencia ya subrayada (318).

¿Afección a una *sustitución fideicomisaria*? o ¿a una *condición resolutoria*? Hemos examinado anteriormente estas hipótesis, que hemos rechazado (319).

¿Equivalencia a una *prohibición de disponer*? Se ha estimado así a veces, pero sin coincidir en apreciar cuál es su ámbito y el sentido de su eficacia, estimados con muy distintos matices. La Sentencia de 16 de junio de 1862 había considerado que «a la obligación de reservar va íntimamente unida la prohibición de enajenar, deducción necesaria, a no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieran dar al mismo tiempo a aquél o a quienes la imponen medios de eludirla». Según Capo Bonnafous (320) en la reserva viudal hay «una limitación, que actúa sobre los bienes, y que afecta a una de las más importantes facultades del dominio cual es la disposición». Jerónimo González (321) opinó que las reservas se regulan «sobre esta base: Obligaciones y prohibiciones de enajenar, y se incurre, además, en error de estimar que la prohibición de enajenar afecta a la capacidad, cuando verdaderamente, a lo que afectan todas las prohibiciones es a la facultad de disponer; por eso no dan lugar a actos nulos, sino a actos que pueden tener consecuencias jurídicas válidas, y así sucede en las reservas, que no obstante su existencia, puede haber una serie de enajenaciones válidas, si bien afectadas por ella». L. Ceres (322) clasifica como prohibiciones de disponer las reservas de los artículos 811 y 968 del Código civil; a su juicio: «La regla general es la nulidad de dichas disposiciones hechas en contra de la prohibición de la ley; esos actos dispositivos son nulos, inexistentes para la ley, carentes de efectos jurídicos. Lo excepcional es la validez de ellos para aquellos casos en que la misma ley ordena su validez, así, por ejemplo, en materia de reservas, aunque la ley impone la obligación de reservar—la prohibición de disponer—, vienen los artículos 974 y siguientes del Código a reconocer en ciertos casos la validez de las enajenaciones hechas por el reservista.»

(318) Por TORRES MURCIANO: *Loc. cit.*, pág. 274: De «que frente a la obligación de reservar impuesta al búbuo, haya de surgir un *derecho correlativo* del reservatario o reservatarios, no puede sin más deducirse que tal derecho correlativo haya de ser precisamente real. Por el contrario, ni es, ni puede serlo».

(319) Ver § 2.º, núms. 11 y 12.

(320) CAPÓ: *Op. cit.*, pág. 451.

(321) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ en su intervención en la discusión del caso propuesto por OSSORIO y GALLARDO en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, ver «Rev. Gral. de Leg y Jur.», 148, pág. 455.

(322) L. CERES: *Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, en «Rev. Der. Priv.», XXX (marzo 1946), pág. 180.

¿Sujeción en sentido técnico? Recordemos que Carlenutti (323) separa entre las figuras de *deber* el concepto específico de *sujeción*, que define «como *impotencia de obrar*, o sea la impotencia de *determinar por uno mismo* la propia conducta; de ese modo la *sujeción* se resuelve en la *necessitas*, rectamente entendida como negación de libertad». Rubino (324) examina dos subhipótesis de *sujeción*: a) imposibilidad de impedir la producción de un efecto jurídico por otra persona, y b) imposibilidad de producir en la propia esfera una determinada modificación (*lato sensu*) por medio de determinado negocio jurídico. «La modificación imposibilitada puede ser la creación, la modificación en sentido estricto o la extinción de una relación, o en general de un efecto jurídico». En las reservas, la *sujeción* impedirá disponer de los bienes reservados en perjuicio de los reservatarios (no impide totalmente su disposición sino que la hace ineficaz con respecto a los reservatarios que lleguen a consumir su derecho) y determinará la responsabilidad (inevitable) del caudal relicto por el reservista con respecto a las consecuencias de la obligación de reservar en cuanto no vaya inmediatamente referida a bienes inmuebles determinados con lo que quede satisfecha.

Para precisar esta cuestión conviene acudir a las normas del Código civil que regulan el funcionamiento de la figura clásica de la reserva. Los artículos 975 y 976 del Código civil deben integrar, según anteriormente vimos (325), al artículo 811. Aquellos determinan el contenido esencial de lo que éste expresa al imponer para su supuesto específico la obligación de reservar.

La cuestión tiene reflejos *inter vivos* y *mortis causa*.

a) *Inter vivos*

Según el 976: «Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar.»

Conforme el 975: «La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o viuda después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero; sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

(*Mutatis mutandi* deben aplicarse estas normas a la hipótesis del 811, sustituyendo «el viudo o viuda después de contraer se-

(323) CARLENUTTI: *Teoría general...*, cit., núm. 70, págs. 261 y sigs.

(324) RUBINO: Op. cit., cap. III, 3, págs. 260 y sigs., especialmente 263, 268 y 269.

(325) II, § 1.º, núm. 4, en AN. DER. CIVIL, XI-III, págs. 665 y sigs. No obstante, MANRESA, al responder a una consulta en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (178, primer semestre 1891, pág. 365), estimó no aplicables a la reserva del 811 los artículos 974, 975 y 976 C. c. y los números 3.º y 4.º del 978. Empero sus Comentarios al Código civil rectifican, como vimos en la nota 11.

gundo matrimonio» por «el ascendiente reservista», e «hijos ni descendientes legítimos del primero» por «parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden»).

La Ley Hipotecaria, para la eficacia de la reserva respecto de tercero, exige que ésta conste expresamente en el Registro de la Propiedad. Dicha ley introdujo en esta materia un importante cambio legislativo paralelo al de la transformación en expresas y específicas de las antiguas hipotecas legales generales y tácitas. Para que la reserva afecte bienes inmuebles inscritos, bien sea sujetándolos a su restitución (los inmuebles reservables) o en garantía de la restitución de los muebles no enajenados, abono de los deterioros ocasionados por culpa o negligencia, devolución del precio de los muebles enajenados, del valor de los muebles donados y del valor de los inmuebles válidamente enajenados (326), tanto la hipoteca legal, que garantice esas restituciones, como la vinculación de los inmuebles respecto a terceros a la reserva, deben constar expresamente en el Registro de la Propiedad. En otro caso, no hay hipoteca ni sujeción contra terceros adquirentes.

Como dice el § 2.º del artículo 158: *«Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para garantía de su derecho.»*

El Reglamento Hipotecario en el § 2.º del artículo 265 remacha que: *«En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones.»*

β) *Mortis causa.*

La llamada *obligación de reservar* tiene también un reflejo *mortis causa*. El artículo 811 tampoco lo precisa. Sí, en cambio, para la reserva clásica, los artículos 972 y 973. De estos artículos resulta que el finubo está sujeto a no poder disponer válidamente fuera del ámbito de sus descendientes habidos de su anterior matrimonio con el premuerto. ¿Ocurre lo mismo en el artículo 811 o se le impide al reservista toda disposición, que la ley verifica

(326) Así declaró en la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria: *La comisión ha establecido reglas análogas a las que deja expuestas para garantir los derechos de la mujer casada. Estas son hacer constar la calidad de bienes reservables en las inscripciones respectivas del dominio para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles a constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre o madre que ofrezcan en garantía.*

por su propio ministerio? Hemos expresado repetidamente nuestra opinión en el primer sentido y rechazado sin vacilación el segundo (327). Ni la esencia institucional ni la mecánica funcional de las reservas, ni la finalidad perseguida por el precepto ni la redacción del 811 abonan la tesis de la directa atribución legal rígidamente preestablecida de los bienes reservables, sino la sujeción del reservista a no disponer fuera del ámbito determinado en la norma y del modo que sea necesario para el cumplimiento de su específica *ratio*.

19. *Sus obligaciones complementarias.*

Para la reserva viudal, los artículos 977 y 978 del Código civil las determinan en estos términos:

977. «El viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y tasar los muebles.»

978. «Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:»

«1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvierén al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada; o de su valor, si procediesen de dote estimada.»

«2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.»

«3.º La devolución del precio que hubiese 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.»

«4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.»

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de restitución recayentes sobre la herencia del reservista se exige a éste el cumplimiento de determinadas medidas de seguridad, reguladas en la Ley y el Reglamento Hipotecario en la sección de las hipotecas legales.

El artículo 184 de la Ley Hipotecaria dispone para una y otra reserva: «El viudo o la viuda que por repetir matrimonio esté obligado a reservar determinados bienes deberá, con intervención judicial, hacer inventario de todos ellos, inscribirlos, si ya no lo estuvieren, y en todo caso hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles, tasar los muebles y asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas por el artículo 978 del Código civil. Iguales obligaciones tendrán

(327) Ver especialmente I, § 1.º núm. 6, págs. 23 y sig. (AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.) y II, § 2.º, núm. 16, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 755 y sigs.

el cónyuge viudo en el caso del artículo 980 del Código civil y el reservista en el artículo 811 del mismo cuerpo legal, en cuanto les sean aplicables.»

Los artículos siguientes regulan la forma de dar cumplimiento a esta obligación. Y el § 2.º del artículo 198 prevé que: «*Si el reservista no tuviere bienes que hipotecar se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 186 con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía.»*

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 259 dice que: «*El viudo o viuda que, por repetir matrimonio o por tener en estado de viudez un hijo natural reconocido o declarado judicialmente como tal hijo y el ascendiente que estén obligados a reservar determinados bienes, inscribirán éstos a su nombre, si no lo estuvieren. Si a los documentos necesarios para la inscripción se acompañase la escritura a que se refiere el artículo 185 de la Ley, la calidad de reservables de los bienes se expresará en dicha inscripción. Si los bienes estuvieren inscritos, tal calidad se hará constar por nota al margen de la correspondiente inscripción.»* Y, en el § 1.º del artículo 265, admite que: «*Siempre que sin haberse procedido en la forma determinada en los artículos 185 a 187 de la Ley, los obligados a reservar hicieran constar expresamente en las escrituras de adjudicación de bienes, particiones hereditarias o en cualquier otro documento auténtico el carácter reservable de los bienes, se consignará en el fondo de la inscripción correspondiente dicha circunstancia y todas las demás que contribuyan a determinar los respectivos derechos.»* Antes hemos visto que su § 2.º ordena al Registrador que en otro caso se abstenga de hacer constar nada acerca del carácter reservable de los bienes aunque lo deduzca a través de datos o indicaciones de los documentos presentados. Y el § 3.º concluye que: «*Con posterioridad a la inscripción, la cualidad de reservable de los bienes, cuando proceda, se hará constar por nota marginal.»*

Al tratar de la integración del 811 con las reglas de la reserva clásica y concretamente de la aplicación a aquél de las medidas de los artículos 977 y 978 del Código civil (328) hemos visto que:

1.º Si el ascendiente sujeto a la reserva del 811 contrae segundas nupcias resulta evidente la plena aplicación de los artículos 977 y 978, como entendieron las Sentencias de 8 de noviembre de 1894 y de 30 de diciembre de 1897.

2.º Si el reservista del 811 carece de descendencia común al otro ascendiente también deben ser de aplicación las medidas de garantía previstas en dichos artículos, según entendieron la Sentencia de 6 de julio de 1916 y la Res. de 23 de julio de 1910.

3.º En caso de que el ascendiente, presunto reservista del artículo 811, tenga descendencia común al otro ascendiente, mientras aquél no contraiga nuevas nupcias no podrán dichos des-

cendientes exigir el cumplimiento de las medidas previstas en los artículos 977 y 978 del Código civil, según falló la Sentencia de 3 de noviembre de 1931. Las normas que abonan este criterio ya las referimos. Es más discutible si, en este supuesto, los parientes de grado más remoto, comprendido dentro del tercero, de la línea de procedencia, pueden exigir dichas medidas de seguridad. La Sentencia de 19 de enero de 1935 admitió que pudiera exigir las un medio hermano del descendiente, hijo de un matrimonio anterior del otro ascendiente y, por lo tanto, hijastro del reservista.

La Sentencia de 6 de julio de 1916 contempló un supuesto en el cual se reclamaba al ascendiente reservista la constitución de hipoteca en garantía de la devolución de valores reservables y, en defecto de bienes inmuebles que hipotecar, el depósito en el Banco de España u otro establecimiento oficial de los expresados valores. El Tribunal Supremo rechazó el recurso entablado contra la sentencia de la Audiencia de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de La Latina, denegatoria de la exigencia del depósito. Después de reconocer en su primer considerando que los artículos 977 y 978 son aplicables al 811, niega la posibilidad de exigir tal depósito, aunque falten inmuebles para garantizar con hipoteca la devolución de los valores reservables. Apoya su negativa el Tribunal Supremo en que: no hay identidad entre la sujeción a la reserva y la disgregación (329) de usufructo y nuda propiedad (tercer considerando); en que no resulta infringido el artículo 1.121 del Código civil, «porque ni puede ostentar tal carácter de acreedor, quien como el reservatario tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, sino expectante por lo inseguro e incierto; ni puede acudir a preceptos de carácter general cuando, como aquí ocurre, existan los antes mencionados [artículos 974, 975 y 976 del Código civil], que de manera especial y concreta resuelven lo procedente... (cuarto considerando); y que «no puede atribuirse a imprevisión u olvido del Código el que no se establecen más reglas de garantía con relación a los muebles reservables que las antes anotadas, aun en el caso de que el reservista carezca de bienes propios para constituir hipoteca, porque ya se cuida para suplir esa carencia de adoptar precauciones análogas a las que el recurrente señala, como lo evidencian sus artículos 1.355 y 1.388, pero es cuando se trata de asegurar derechos definidos y ciertos desde el momento en que se adquieren, como son los que tiene la mujer en sus bienes dotales y el marido en sus parafernales», y si no lo hace en las reservas es: porque «obedece con reflexivo propósito de una parte, a razones de orden social, limitando en lo posible los perjuicios que produciría la amortización

(329) MANRESA, en su respuesta a la citada consulta publicada en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 78 (pág. 365), para el caso de que el reservista careciera de inmuebles que hipotecar, había propuesto la aplicación análoga de lo prevenido para el usufructo en el artículo 494 C. c.

del capital mueble como uno de los efectos de la reserva, y de otra la necesidad de armonizar, atendiendo a su esencia jurídica, derechos tan contrapuestos como son los del reservista y del reservatario porque no se puede privar a aquél de que use y disfrute conforme a su naturaleza las cosas que tiene en reserva.»

La Sentencia de 8 de octubre de 1923 admitió que había habido tácita renuncia a exigir la constitución de hipoteca en garantía del precio de inmuebles vendidos y de los muebles reservables, por el hecho apreciado en la sentencia recurrida de no haber ejercitado el presunto reservatario demandante su derecho a exigir las en los veintiséis años transcurridos.

La Sentencia de 10 de noviembre de 1953, que rechazó los recursos de las dos partes demandante y demandada, contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona, contempló la reclamación de aquella parte fundada en que se había desestimado su petición de que se decretara la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad de la escritura de venta otorgada por el ascendiente y se ordenase su total cancelación y la extensión de otras nuevas en las que se hiciere constar la condición resolutoria a que la venta se hallaba afecta por la calidad de reservables de las fincas o, en otro caso, la anotación marginal en los correspondientes asientos registrales. El Tribunal Supremo entendió que la cita hecha por la parte actora al articular su recurso, de los preceptos que estimaba infringidos, carecía de la precisión y claridad necesarias y que se omitía en absoluto la expresión del concepto en que lo hubiesen sido, lo cual consideró falta de requisito esencial de forma, y por ello desestimó el recurso sin penetrar en la cuestión de fondo.

20. *Disposiciones inter vivos de bienes reservables por el reservista.*

La clave para determinar la exacta posición jurídica del reservista y hallar la medida de su sujeción y, por lo tanto, para calificar *a posteriori* la naturaleza jurídica de su derecho, la tendremos en la mano si precisamos el ámbito de sus facultades dispositivas *inter vivos* y *mortis causa*. Ahora intentaremos ocuparnos de las primeras, es decir, de la facultad del reservista de disponer entre vivos de los bienes reservables, refiriéndonos separadamente, por este orden, a las relativas a bienes muebles y a los inmuebles. ¿Cuál es su eficacia, cuáles sus límites, cuál su ineficacia?, es lo que trataremos de aclarar.

1.º *Facultades dispositivas del ascendiente reservista respecto bienes muebles reservables.*

Hemos visto que el artículo 976 declara la validez de las enajenaciones de bienes muebles por el bínubo, hechas antes o después de contraer segundas nupcias, salvando siempre su obligación de indemnizar. Doctrina que, al integrar el 811 con la mecánica funcional que la reserva clásica tiene en el Código civil, debe aplicarse en la reserva lineal a todas las enajenaciones de bienes muebles realizadas por el ascendiente reservista.

No han faltado autores—Barrachina (330), Angel Sanz (331), Hernández Gil (332)—que han estimado el 976 del Código civil como una aplicación del artículo 464 del mismo, según la concepción germánica de esta norma por ellos defendida. Quien de buena fe adquiriese bienes muebles al reservista—según esta tesis—obtendría *a non domino* su titularidad por aplicación del principio germánico *Hand wahare Hand*, en su versión consuetudinaria francesa *en fait de meubles possession vaut titre*. Pero, aparte de que no creemos admisible esa interpretación del artículo 464 (333), estimamos que el artículo 976 reconoce sin limitación la plenitud de facultades dispositivas al reservista respecto de los bienes muebles, a salvo su obligación de indemnizar (334). Y así lo han aceptado incluso autores partidarios de la interpretación germanista del artículo 464, como Jordano Barea (335), Ladaria Caldentey (336) y Carlos Melón Infante (337).

La facultad de disponer libremente de los bienes muebles (sin perjuicio de dar lugar al morir el bínubo a la devolución de su precio a los descendientes comunes) ya correspondía al reservista

(330) FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR: *Derecho hipotecario notarial*, tomo II (Castellón, 1911), cap. XII, pág. 331.

(331) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *La prenda sin desplazamiento*, en «An. de la Acad. Matr. del Not.», vol. II, pág. 153.

(332) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, en «Rev. Der. Prix.», XIX (julio-agosto 1945).

(333) Ver especialmente *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil* (Madrid, 1956) y en ANUARIO DERECHO CIVIL, IX-II, págs. 361 y sigs., donde defendimos que ese precepto de nuestro Código no se ocupa de la *adquisitio a non domino* ni de una mera presunción de título a efectos de la usucapión de muebles, sino de la reivindicación de bienes muebles que sólo es posible, dada la dificultad de demostrar el título adquisitivo, si el actor prueba haber sido privado ilegalmente de la posesión.

(334) Lo sustuvimos así, objetando a SANZ y HERNÁNDEZ GIL, en *La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública*, en «Rev. Der. Priv.», XXXI (diciembre 1947), nota 13, pág. 976.

(335) JUAN B. JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente y la protección de terceros*, en AN. DER. CIV., III-III (julio-septiembre 1950), págs. 701 y sig.

(336) LADARIA CALDENTAY: *Legitimación y apariencia jurídica* (Barcelona, 1952), págs. 47 y 153.

(337) CARLOS MELÓN INFANTE: *La posesión de los bienes muebles. Adquirida de buena fe, equivale al título* (Barcelona, 1957), pág. 38, donde dice: «En el artículo 464 el tercero adquiere de un *non dominus*; en el 976 adquiere de manos de un *tradens* a quien la Ley concede de una manera expresa la facultad de disponer.»

en Derecho romano (Código V-IX, 6, § 1.º, vers. *Mobilium vero rerum*) desde la creación de las reservas, es decir, muchísimo antes de ser recibido el principio *Hand wahare Hand*.

Y, además, en el actual régimen está claro que los reservistas pueden disponer intervivos de los bienes muebles, no sólo a título oneroso, sino también gratuitamente, como resulta del artículo 978 n.º 3 del Código civil, que concreta cuál es la obligación de indemnizar impuesta en el artículo 976 al reservista, al precisar su obligación de asegurar con hipoteca: «3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega de valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.» La eficacia de estas disposiciones gratuitas quedaría sin explicación si el artículo 976 sólo convalidara adquisiciones *a non domino*.

Estas dos razones, que por lo demás apoyan el texto literal del 976, nos parecen definitivas.

2.º La facultad del reservista de disponer de los inmuebles reservables.

Recordemos que antes de la Ley Hipotecaria, en la reserva clásica las enajenaciones de inmuebles reservables hechas por el reservista no eran nulas *ipso iure*: Se convalidaban totalmente si le premorían todos los descendientes del anterior matrimonio (Nov. II, cap. II, pr. y Nov. XXII, cap. XVI). Y en vida de aquel carecían éstos de acción para impugnar sus disposiciones; de modo que sólo después de su muerte podían reivindicar los inmuebles enajenados (Nov. XXII, cap. XXIV) (338).

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 examinaron este sistema con la misma preocupación con que miraron las antiguas hipotecas legales generales y tácitas (339). Se quiso evitar la incertidumbre, advertir a los adquirentes y proteger a los reservata-

(338) Ver II, § 2.º b, 7, 3.º, en AN DER. CIV., XI-III, págs. 681 y siguientes.

(339) «Aunque es generalmente conocida por todos la poca expresión de nuestras leyes en lo que concierne a los bienes reservables, no se nota, sin embargo, en ellas la omisión de consignar que los hijos del primer matrimonio tienen una hipoteca tácita para su restitución en los bienes del consorte que sobrevivió y pasó a segundas nupcias. Pero como la hipoteca es general sobre todos los bienes del cónyuge obligado a restituir, puede conocerse su frecuente ineficacia y la necesidad de armonizarla con los principios que dominan en todo el proyecto. Hay en este caso una razón más: no definido de una manera terminante en la Ley el derecho que después del segundo matrimonio tiene el cónyuge superviviente en los bienes reservables, pareciendo por una parte dueño de ellos y por otra un mero usufructuario, se ha suscitado la duda de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse, en su caso, nulas desde luego, o si ha de esperarse a su fallecimiento para que la declaración de nulidad pueda tener efecto. Esta última opinión es generalmente la seguida, porque no obliga a anular la enajenación cuando aún no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitución, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir a su padre o madre.»

rios. Todo a la vez, quiso salvarse con esta medida, que copiamos de su Exposición de Motivos: «hacer constar la cualidad de bienes reservables en las adquisiciones respectivas de dominio, para que, apercebidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles».

Como hemos visto, el Código civil, respecto la enajenación de inmuebles reservables por el viudo, dice en su artículo 975 que *subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*.

Disposición que obliga al sucesivo examen: a) de los grados de eficacia y de ineficacia de las disposiciones de inmuebles reservables hechas por el reservista cuando la Ley Hipotecaria no entre en juego: y b) del reflejo registral de la reserva lineal y las consecuencias de su no constatación expresa si se trata de inmuebles inscritos.

a) *Grado de eficacia de la disposición de inmuebles reservables verificada por el reservista cuando se trata de bienes no inscritos en el Registro de la Propiedad o bien de bienes inscritos si en la inscripción de éstos de forma expresa se ha hecho constar su condición de reservable del modo previsto en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento.*

La posibilidad admitida por el artículo 975 C. c., de que dicha disposición sea plenamente eficaz, ha sido diversamente explicada por los autores.

¿Qué situación se da en el período de pendencia? La cuestión es de interés práctico: Si se tratase de una situación rescindible al consumarse la reserva, no podría ejercitarse la acción rescisoria sin hacer previa excusión de los bienes del reservista (art. 1.294 Código civil) y caducaría a los cuatro años del fallecimiento de éste (art. 1.288). De tratarse de una anulabilidad se daría el mismo plazo de caducidad (art. 1.301 C. c.).

a) Valverde Maruri (340) entendió que se trata de una *acción rescisoria* que, como subsidiaria que es, solamente cabe utilizarla en defecto de otra acción para reparar su perjuicio (art. 1.295 C. c.) y no alcanza los bienes si del primer adquirente han pasado a otro de buena fe (art. 1.295, § 2.º), aunque se trate de inmuebles no inscritos.

β) Falcón (341) la estimó como *nulidad relativa*. «El cónyuge viudo—dice—puede volver a enviudar sin tener sucesión de su segundo matrimonio: el cónyuge viudo puede morir, cuando ya habían muerto sus hijos del matrimonio anterior. En ambos casos, la

(340) VALVERDE MARURI: *Op. cit.* (cita de MUCIUS SCABVOLA: *Op. cit.*, vol. XVII, pág. 288). Esta tesis fué defendida por el Derecho anterior del Código civil por DOMINGO DE MORATÓ (*Op. y vols. cit.* núm. 1.485, página 251).

(341) MODESTO FALCÓN: *Op. y vol. cit.*, pág. 407.

reserva carece de objeto alguno, y las enajenaciones hechas convalencen. No existe en nadie derecho ni acción para reclamar la nulidad.» Ese criterio de apreciar una *nulidad relativa y convalidable* lo vemos en Mucius Scaevola (342), Gayoso Arias (343), Castán (344), De Buen (345), Vicente Jaén (346). Este último autor vacila entre calificar estos actos de *nulos* o *anulables*. Mucius Scaevola se había inclinado por la nulidad: «El artículo 975—dice—parece que no deja duda sobre la nulidad de las enajenaciones a que se refiere y la consecuencia primera de esta nulidad sería la posible reivindicación de las cosas enajenadas.» E igualmente Gayoso, apoyándose en el artículo 4.º Código civil.

γ) L. Ceres (347) cree que *la nulidad es absoluta*; que los actos dispositivos del reservista jurídicamente son inexistentes salvo en los casos en que los artículos 974 y siguientes reconocen expresamente la validez de dichas enajenaciones.

δ) López R. Gómez (348), Manresa (349), Morell y Terry (350), Ureña (351), Sánchez Román (352), Barrachina (353), Valverde Valverde (354), Roca Sastre (355), De Motta (356), Royo

(342) MUCIUS SCAEVOLA: Op. cit., vol. XVII, art. 976 B, págs. 287 y sigs.

(343) GAYOSO ARIAS: *Nociones de Legislación hipotecaria*, vol. cit., lección 49, pág. 230, y en «Rev. Der. Priv.», II, pág. 259, nota 2, donde estima aplicables el artículo 4.º del C. c. y el principio *quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus*.

(344) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, vol. cit., Lec. LXXV, págs. 477: «Del texto del artículo 975 parece, no obstante, desprenderse que la acción a ejercitar será más bien la de *nulidad*, pues al disponer que las enajenaciones subsistirán si no sobreviven los descendientes, da a entender que el principio general es el de nulidad del acto o contrato de enajenación, el cual, por excepción, puede convalidarse en virtud de la prelación de los reservatarios.»

(345) DE BUEN: *Notas...*, vol. cit., pág. 392.

(346) VICENTE JAÉN: *Op. cit.*, pág. 28. Dice que «esta clase de actos o contratos son siempre *nulos* o *anulables*, no *rescindibles*, aunque sean susceptibles de convalidación».

(347) L. CERES: *Loc. y pág. cit.*

(348) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: Op. y vol. cit., cap. VIII, núm. 10, pág. 241.

(349) MANRESA: *Comentarios...*, vol. IV, art. 814, IV, B, págs. 306 y sigs. A su juicio, el reservista, al enajenar bienes reservables, transmite el usufructo puramente y la nuda propiedad condicionalmente.

(350) MORELL: *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82 (primer semestre 1893), págs. 133 y sigs.; en *Estudios...*, págs. 269 y sigs.

(351) RAFAEL DE UREÑA: *Loc. cit.*, págs. 102 y 106.

(352) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, VI-II, n. 153, pág. 1031.

(353) BARRACHINA: *Derecho hipotecario...*, t. I, cap. XIV-II, pág. 274 y t. III, cap. XII, págs. 330 y sigs.

(354) CALIXTO VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., pág. 476.

(355) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, vol. IV, tema LXXIV, página 68, y tema LXI, págs. 247 y sigs.

(356) CARMELO DE MOTTA MONREAL: Op. cit., págs. 123 y sigs.

Martínez (357), Borrell y Soler (358), estiman sometidas a condición resolutoria las enajenaciones hechas por el reservista, en virtud de la cual serán revocables en el caso de que los reservatarios sobrevivan a aquél. También Capó Bonnafous (359), a pesar de negar que la propiedad del reservista se halle sometida a condición resolutoria, admite—respecto la reserva viudal—que el único efecto «de verdadera condición resolutoria que el supuesto estimado tal produce, es el que consigna el artículo 975, respecto a los bienes inmuebles enajenados con posterioridad al segundo matrimonio».

e) Marín Monroy (360) ha afirmado que se produce una *reducción temporal del dominio adquirido al reservista, que queda limitado a la vida de éste*. A su juicio, «la venta por el reservista es válida en principio, no ya del derecho de usufructo, sino del dominio pleno, no siendo posible sostener que la enajenación es nula en sí»; pero el adquirente del reservista sufre «que la transmisión por la ley del dominio al reservatario sobreviviente le afecta, convirtiendo su dominio en temporal, especie de dominio vitalicio dependiente de la vida del reservista».

La sentencia de 30 de noviembre de 1953 acepta la cuarta posición al estimar, en su segundo considerando, que la venta de bienes reservables otorgada por el reservatario se hallaba sujeta a condición resolutoria. Igualmente la Sentencia de 9 de febrero de 1924 dice que el reservista tiene derecho a disponer como nudo propietario condicional. El mismo criterio, de entender sometidas a condición resolutoria la venta de inmuebles reservables verificada por el reservista, preside las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1892, 10 de junio de 1924 y 29 de diciembre de 1931; así como, con relación a la hipoteca de bienes sujetos a reserva viudal, la Resolución de 25 de febrero de 1862.

Casi todas estas posiciones ofrecen algún aspecto que inclina a seguir las: La de Marín Monroy expresa el resultado fáctico producido por la imposición de la reserva a la enajenación que el reservista había otorgado. La tesis de la resolución refleja el efecto óptico que, a primera vista, produce esa incertidumbre inicial y el resultado final que consume o desvanece la eficacia definitiva de la enajenación. La opinión que defiende la anulabilidad convalidable y relativa, exigible únicamente por los reservatarios sobrevivientes y tan sólo después de fallecer el reservista, contempla la cuestión, enfocando preferentemente, para su sanción y corrección, el hecho de incumplirse la obligación legal de reservar.

(357) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ: Op. cit., pág. 233.

(358) BORRELL Y SOLER: *Derecho civil español*, vol. cit., 349, páginas 327 y sigs.

(359) CAPÓ BONNAFOUS: Loc. cit., págs. 448 y sigs.

(360) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Cr. de Der. Inm.», VI, pág. 778.

El criterio de la rescisión mira fundamentalmente la subsanación del perjuicio sufrido por el interés legalmente protegido de los reservatarios.

Pero ninguna de ellas resulta plenamente satisfactoria.

La simple explicación de la limitación temporal—al premorir el reservista—del dominio transmitido, expresa un resultado pero no soluciona *cómo* ni *por qué* ha sido logrado.

La técnica de la resolución no expresa más que una imagen aproximada, pero no rigurosamente exacta del fenómeno ocurrido, pues la no subsistencia de la enajenación depende de la sujeción que sufre el sujeto disponente. La enajenación no subsiste porque se lo impide la sujeción que limita el poder dispositivo del sujeto, es decir, un elemento intrínseco y no meramente marginal del acto dispositivo, y depende sólo mediatamente—y no inmediatamente, como en la condición—del hecho ulterior de premorir el reservista. Además, tampoco los efectos corresponden a los de la resolución: fundamentalmente porque la enajenación del reservista no se deshace (resuelve) sino que termina su eficacia (*no subsiste*)—sin perjuicio de las acciones que al adquirente, perjudicado por la no subsistencia le correspondan en cada caso contra los herederos del reservista transferente—, lo cual da lugar a efectos diferentes a los de la resolución, v. gr., en cuanto al abono de expensas que no se debe regir por el artículo 1.122, núm. 6, según luego veremos.

La nulidad ni la anulabilidad, aunque se califiquen de relativas—es decir, sólo reclamables por los reservatarios—y de convalidables—esto es, susceptibles de subsanarse—tampoco reflejan con exactitud el resultado, que no consiste en anular la enajenación sino en impedir su subsistencia, esto es, en hacer cesar su eficacia al consumarse la reserva. El resultado previsto en el artículo 1.303 no es aplicable (361), ya que no hay que devolver los frutos anteriores a la muerte del reservista, ni base legal para exigirlos puesto que los reservatarios no tienen derecho a ellos. Ciertamente que esto quieren explicarlo algunos autores rompiendo la unidad de la venta, entendiéndolo que sólo se anula la venta de la nuda propiedad, mientras la del usufructo se consuma y extingue por finalizar su término, ligado a la vida del reservista transmitente. Pero entonces no se explicaría el derecho a las expensas, que con mayor razón—como luego veremos—que al heredero gravado de fideicomiso (art. 783, 2.º) o al comprador con pacto de retro (art. 1.518, número 2), debe corresponder al reservista, y por ende también a quien sea derechohabiente suyo.

La rescisión parece una protección algo débil para el interés de los reservatarios, en especial, porque no les permitiría ni aun

(361) Tampoco hay devolución del precio y sus intereses en virtud del artículo 1.303, sino, en su caso, evicción, de acuerdo con el artículo 1.478, si el comprador no hubiese renunciado a ella, conforme al artículo 1.477, y no se hubiese vendido asumiendo el comprador el riesgo de la reserva.

en caso de constatación registral de la reserva, la recuperación *in natura* de los bienes lineales, si se les pudiera indemnizar en dinero—dada la subsidiariedad de la acción rescisoria con arreglo al artículo 1.294 C. c.—, indemnización que habría de estimarse posible mientras no se hiciera exclusión de la herencia no reservada del reservista. De ese modo esa constatación registral sólo significaría una afección subsidiaria y cuasi-hipotecaria de los inmuebles reservables. Ninguno de estos resultados conjuga con el texto de los artículos 975—palabras *subsistirá únicamente*—y 978 número 4 —*El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados*, expresión que se ha de relacionar con el texto del artículo 974 y con los incisos *subsistirá únicamente...* y *sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*, que nos indican que hay disposiciones que no subsisten, que no resultan válidas, porque la reserva se consuma—civilmente o hipotecariamente—sin que en sus textos se salve su subsistencia por la circunstancia de que sea posible indemnizar en dinero a los reservatarios.

Morell (362) observó: que «las palabras del Código civil no declaran las enajenaciones de inmuebles hechas por el bñnubo, ni nulas, ni rescindibles; pero sí expresan que esas enajenaciones sólo subsistirán si no quedan hijos. Subsistir es continuar existiendo, permanecer, quedar estable, conservarse; lo que subsiste es que existía antes, y viceversa, lo que existía y deja de existir lo que existiendo no permanece ni se conserva, es lo que no subsiste. Si, pues, las enajenaciones subsisten cuando no sobreviven al bñnubo hijos del primer matrimonio, es que ya antes se reconocía su existencia, luego ya antes eran válidas. Podrá decirse que no es lo mismo existir que tener validez; pero claro es que la Ley no se refiere en la palabra subsistir a la realidad material del hecho de la enajenación, sino a su existencia y realidad legal, y siendo esto así, como lo que es nulo en su origen no puede llegar a ser válido por el transcurso del tiempo, si el Código considerase nulas esas enajenaciones, no las consideraría después subsistentes por el hecho incierto y casual de que no quedasen hijos. Viceversa, cuando quedan hijos y no subsisten, no es que se reconozca su nulidad, lo cual sería una consecuencia, sino que actos válidos dejan de producir sus naturales efectos mediante la circunstancia de quedar hijos y contando con la voluntad de éstos». (Concluye Morell «que estos actos se rescinden»; pero en esa conclusión ya no estamos de acuerdo por razones que hemos anticipado, aparte de no ser lógicamente correcta, pues *no ser nula y no subsistir* no equivale a ser rescindible.)

Al intentar pasar de la crítica a la elaboración, podemos estimar como datos ciertos los siguientes:

(362) *Bienes reservables*, en «Estudios...», pág. 270, y en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 134.

I) Las enajenaciones de inmuebles por el reservista (a salvo la cuestión hipotecaria) *no pueden perjudicar a los reservatarios al consumarse la reserva*. Por ello en ese caso *no subsistirán* (artículo 975 C. c.).

II) *Los reservatarios no podrán accionar contra esas enajenaciones en vida del reservista* y sólo podrán reclamar los bienes al consumarse la reserva. Se trata de un simple corolario de la conclusión anterior, al cual ya llegaba también la doctrina antes del Código civil (363), circunstancia que avala su exactitud.

III) *Sólo los reservatarios, que consumen su derecho, podrán reclamar los bienes inmuebles enajenados*. Conclusión que resulta claramente del carácter, que los reservatarios monopolizan, de beneficiarios exclusivos de la norma que impone la sujeción al reservista, como resulta de los arts. 970 op. 1.º y 972.

IV) *La adquisición de los bienes por los reservatarios no supone retroacción de la enajenación, sino únicamente su ineficacia a partir de la muerte del reservista*, en cuanto sea reclamada por los reservatarios (364). Ese resultado basta para satisfacer el interés legalmente protegido de éstos y se halla de acuerdo con la expresión literal —«subsistirá únicamente» [la enajenación del reservista]— del artículo 975.

Con realismo jurídico, *esos datos llevan a la conclusión de que la enajenación de inmuebles por el reservista puede ser relativamente ineficaz*. Relatividad triple. En cuanto al supuesto: *si la reserva se consume*; en cuanto a las personas respecto las cuales será ineficaz la disposición: *los reservatarios que consoliden su derecho*; y en cuanto al tiempo: *desde la muerte del reservista*. Se trata de un efecto de la sujeción del reservista, que limita su facultad de disponer eficazmente impidiéndole traspasar los límites de la reserva. Por eso: *si ésta no tiene lugar, la sujeción se desvanece y la disposición es plenamente eficaz. Y si la reserva se consume, la enajenación sólo es ineficaz en el mismo ámbito de la sujeción, es decir, relativamente, en cuanto afecte al derecho de los reservatarios y desde que éste nace al fallecer el reservista*.

Nos quedan varios problemas a resolver, previos a la total delimitación de esa ineficacia relativa. Son: su repercusión en la liquidación de expensas, mejoras y deterioros, de la que nos ocuparemos seguidamente (en el núm. 21); la determinación del plazo de prescripción de la acción de los reservatarios dirigida a la

(363) Ver II, § 2.º, A, b, núm. 7, 3.º, en AN. DER. CIV.

(364) Cuestión dudosa es la relativa a si el adquirente a quien el reservista enajenó como libres inmuebles reservables y que resulte afectado por la reserva impositiva de la subsistencia de su adquisición, podrá pedir su anulación por dolo del reservista. MORELL (Op. últ. cit., en «Estudios...»), pág. 274, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 138) admitió esa posibilidad que con arreglo al artículo 1.302 sólo el adquirente puede utilizar, pero no el reservista ni los reservatarios.

reclamación de los bienes y la vieja cuestión relativa a la posibilidad de que el adquirente oponga al reservatario reclamante la circunstancia de ser éste heredero del reservista, si lo es y ha aceptado su herencia, de las que tendremos que ocuparnos más adelante (en los núms. 41 y 44, respectivamente).

b) *Disposición por el reservista de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad.*

La coletilla final del artículo 975 del Código civil *sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria* necesita ser explicada. Tal vez no tanto como le pareció a López R. Gómez (365) al hacer la serie de consideraciones a que le movió su apreciación de que: «Esta referencia tan genérica por la forma en que es expresada aumenta mucho más la confusión...» Pero, quizá, algo más de lo que se ha creído en general por la doctrina.

Hay autores que refieren los efectos hipotecarios de modo general a lo previsto en los que hoy son artículos 32, 34 y 37 del vigente texto. Así Manresa (366), que los refirió a los antiguos artículos 23, 34, 36 y 37 (hoy 32, 34 y 37); Barrachina (367), que aludió a los antiguos 34, 36 y 37 (hoy 34 y 37); Marín Monroy (368), Roca Sastre (369), De Motta (370), que han invocado los artículos 34 y 37. También, al parecer, Sánchez Román (371), pues alude al artículo 34 y *demás concordantes de aplicación*.

Otros, como López Mazón (372), Díaz Cobeña (373), de Diego (374), Castán (375), Casso (376), Borrell (377), Royo Martínez (378), Ladaria Caldentey (379), Espín Cánovas (380), sólo se apoyan en el artículo 34.

-
- (365) N. LÓPEZ R. GÓMEZ: Op. vol. y cap. últ. cit., págs. 241 y sigs.
 (366) MANRESA: *Código civil...*, vol. VI, art. 811, IV, B, 2.º pág. 307, y vol. VII, arts. 968 a 980, III, II, C, f. págs. 298 y sigs.
 (367) BARRACHINA: Loc. últ. cit., págs. 272 y sigs.
 (368) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 779 y 820.
 (369) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, vol. IV, tema LXXIV, página 683.
 (370) CARMELO DE MOTTA: Loc. cit., pág. 123.
 (371) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, VI, 3.º, cap. XXVII, art. II, § 3.º, C, núm. 27, pág. 1910.
 (372) LÓPEZ MAZÓN: Informe emitido en el Congreso de Registradores de Santiago (citado por MORELL y TERRY en el texto que después nos referiremos).
 (373) DÍAZ COBEÑA: Op. cit., Dict. XV, D, pág. 242.
 (374) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 390.
 (375) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, vol. cit., loc. LXXV, pág. 477.
 (376) IGNACIO DE CASSO: Op. y vol. cit., pág. 614.
 (377) ANTONIO M. BORRELL Y SALAS: *Miscelánea jurídica*, en «Rev. Jur. de Cataluña», XXXII (julio-agosto 1926), pág. 312.
 (378) ROYO MARTÍNEZ: Op. cit., pág. 233.
 (379) LADARIA CALDENTEY: Op. cit., pág. 47.
 (380) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: Op. y vol. cit., pág. 86.

En fin, Morell (381), Mucius Scaevola (382), Bonel (383), De Buen (384), Jaén (385) y La Rica (386), invocan los antiguos artículos 36, 37 y 38 o el actual artículo 37.

No obstante, más que el precepto citado nos interesa examinar una importante dualidad que se observa en las razones que los autores alegan para fundamentar su cita y explicar la llamada que el artículo 975 hace a la Ley Hipotecaria.

α) Unos autores—todos los que invocan el art. 34 de la Ley Hipotecaria, unido o no a otros preceptos de esa Ley—explican la salvedad final del artículo 975 del Código civil por el *juego de la fe pública registral*. Así Roca Sastre (387) dice que: «Si no consta registrada la [reserva], entonces habrá que distinguir según que el adquirente, en la enajenación o gravamen, sea *tercero protegido por la fe pública registral* o no, pues en el primer caso, su adquisición es firme y no puede ser perjudicado por los efectos resolutorios de la reserva; en cambio, si no reúne los requisitos de la protección registral, al surtir efectos la reserva perderá su adquisición o derecho real, como en el caso en que los inmuebles reservables no figuren inscritos.» Y Manresa (388) explicó que, «cuando no consta ni por nota, ni por la inscripción de enajenación que los bienes enajenados son reservables, el tercero que inscriba, inscribe bien y perjudica a los hijos, y esto aunque el acto inscrito se considere nulo por mediar engaño al ocultar la verdadera naturaleza de los bienes o por transmitir el dominio absoluto el que no es dueño, siempre que la adquisición hubiese sido motivada por un título oneroso; pues si bien la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo a derecho, ese tercero adquirirá de quien según el Registro tenía derecho a ello, y su título no puede invalidarse, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque después se anulase o resolviese el derecho del enajenante, por causas que no resultaban claramente del mismo Registro».

β) Pero en contra se ha afirmado que la referencia del artículo 975 apunta a la ineficacia en perjuicio de tercero de las acciones rescisorias o resolutorias que deban su origen a una causa que no consten explícitamente en el Registro. Morell (389), con este

(381) MORELL: *Reservas*, en «Estudios...» págs. 272 y sigs., y «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, págs. 135 y sigs.

(382) MUCIUS SCARVOLA: Op. cit., XVII, arts. 974, 975 y 976, III, B, pág. 288 (si bien no cita el precepto; su doctrina es deducible del art. 37 Ley Hipotecaria).

(383) BONEL Y SÁNCHEZ: Op. y vpl. cit., art. 975, pág. 634.

(384) DE BUEN: *Notas citadas*, vol. cit., págs. 388 y sigs.

(385) VICENTE JAÉN: Op. cit., pág. 827.

(386) RAMÓN DE LA RICA: *Comentarios ad Nuevo Reglamento Hipotecario*, vol. II (Madrid, 1949), pág. 296.

(387) ROCA SASTRE: Op. y vol. últ. cit., pág. 686.

(388) MANRESA: *Código...*, VII, arts. 968 a 980, III, II, C, f, pág. 299

(389) MORELL: Op. y locs. últ. cit., *Estudios...*, págs. 272, in fine, y 273 y «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 82, págs. 136 y sigs.

criterio, entendió que si la reserva no consta de modo alguno en el Registro, «el que adquiere inscribe puramente, y su título perjudica a tercero según el artículo 23 [hoy 32]; por lo que la enajenación subsiste, y no puede entablarse contra él la acción resolutoria, según terminantemente preceptúa el artículo 36 [hoy 37]. A este caso parecen referirse principalmente las palabras «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» porque es la verdadera excepción de la regla general». Y Mucius Scaevola (390) precisa que: «Si, pues, el comprador del inmueble enajenado, no estando el mismo anotado marginalmente como reservable, inscribió oportunamente su derecho, en nada podría perjudicarle la facultad de anulación que se establece en el artículo 975 del Código, a excepción de los dos casos que menciona la mentada ley: el haberse rescindido la enajenación como hecha en fraude de acreedores, habiéndolo sido a título gratuito, y el haber sido cómplice del fraude el tercero contra quien se ejercite la acción.» Es decir, que *no basta el conocimiento por el tercero—como en el supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria—sino que hace falta su complicidad en el fraude*, para que le afecte la reserva que no consta en el Registro.

γ) Navarro Amandi (391) había afirmado—al comentar los artículos 975 y 976 del Código civil—que el derecho de los reservatarios «no es real sino bajo cierto aspecto, haciéndose propiamente real mediante la hipoteca» y que el reservista «es en todo tiempo dueño absoluto de los bienes reservables». Esta opinión nos acompaña a una tercera posibilidad—avalada por el texto de la Exposición de Motivos y por la sistemática de la Ley—, planteada así: en la propiedad inscrita la reserva no es eficaz respecto a tercero—conozca o no las causas de su existencia—si no se halla constatada expresamente, como ocurre con la mayor parte de las hipotecas legales que han sustituido a las antiguas generales y tácitas.

Concretamente, la clave de la cuestión que examinamos radica en precisar si la referencia final del artículo 975 del Código civil alude: a) a la específica protección al tercero hipotecario; b) o bien, diversamente, al especial régimen de las reservas en la propiedad inscrita, consistente en la ineficacia de éstas respecto los adquirentes, fuera del caso que el reservista, los reservatarios o quienes legalmente ostentan la defensa de los intereses de éstos reclamen y obtengan su expresa constatación en debida forma, y bien entendido que su no exigencia significa la renuncia tácita a toda acción contra tercero a título no gratuito que no sea cómplice de una transmisión fraudulenta.

Para aclararlo es conveniente examinar con algún deteni-

(390) MUCIUS SCAEVOLA: Op., vol. y pág. últ. cit.

(391) MARIO NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código civil*, vol. cit., artículos 974, 975 y 976, pág. 420.

miento la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

De las sentencias del Tribunal Supremo interesan al objetivo que perseguimos (392) las de 20 de diciembre de 1904 y 8 de octubre de 1923, relativas a la reserva lineal, y la de 8 de octubre de 1910, referente a la clásica.

La de 20 de diciembre de 1904, en supuesto de reclamación a un comprador, estimó que «si por omisión o negligencia no se hace constar en el Registro la cualidad de reservable, al tercero que los adquirió no se le puede imponer responsabilidad por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de aquéllos permite sospechar o deducir la cualidad que les afecta» y que «tal omisión permite suponer también que el interesado en la reserva no quiere hacer uso de su derecho, por cualquier causa o razón que para ello tenga».

En la de 8 de octubre de 1923 se rechazó un recurso derivado de una reclamación formulada inicialmente a la vez contra el comprador y contra la reservista vendedora de unos inmuebles, que ésta previamente había inscrito por expediente de dominio sin hacer constar su condición de reservable (es de notar que en dicho expediente había sido oído un presunto reservatario, el padre del reclamante, premuerto en la fecha de la reclamación). En el recurso solamente se reclamó la constitución de hipoteca en ga-

(392) No interesa, en cambio, la Sentencia de 21 de noviembre de 1902, porque se ocupó de un caso de reclamación dirigida contra un heredero del reservista. Por ello no se refería al supuesto que nos preocupa, cuando consideró que el 811 «produce en cierto modo una acción real persecutoria de los propios bienes, debe obtenerlos [la reservataria] sin que a ello obste que se hallen materialmente en poder de persona no obligada a reservarlos, puesto que así lo dispone aquel artículo, que no puede interpretarse de manera que se dé lugar a que se haga imposible por medio de cualquier transferencia la efectividad de sus preceptos». Ello, aun sin profundizar en las juiciosas observaciones de MORELL (*Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 107, segundo semestre 1905, págs. 143 y sigs.) que al comentar esta sentencia escribió: «¿Sobre qué podía recaer en ese caso la acción real que se concedió? No era sobre los bienes en que consistió la dote, como sería lógico en tales acciones que han de recaer en cosas *determinadas*, ni era sobre el crédito dotal, porque ni esos bienes ni ese crédito los tenía la demandada.»

Tampoco nos interesa el segundo considerando de la Sentencia de 10 de noviembre de 1953, antes referido, porque la venta del inmueble que se declaró reservable había sido hecha a un hijo del reservista en quien podía concurrir la condición de heredero de ésta y la de ser uno de los posibles reservatarios. Aunque, como vimos en la primera parte de este trabajo (I, § 4.º núms. 31 a 34, págs. 112 y sigs., AN. DER. CIV., X-III, págs. 736 y sigs.) no estamos de acuerdo con ese considerando por creer que no se daba la reserva y que por la venta definitiva a un descendiente común no quedaba infringido el 811, debemos reconocer que la compradora nunca pudo considerarse como tercero, ni siquiera civilmente, en la relación de reserva. Por eso esta sentencia no interesa para la investigación que ahora realizamos.

ranía del precio de la venta. El Tribunal Supremo confirmó el criterio de la Audiencia de apreciar renuncia tácita del reservista a exigir garantías no reclamadas en el transcurso de los veintiséis años discurridos hasta la interposición de la demanda.

La Sentencia de 8 de octubre de 1910 se refirió a un caso en que el bñuvo inscribió por información posesoria (y, como en estos casos de inmatriculación, con la fórmula «sin perjuicio de tercero de mejor derecho») una finca que, hipotecada por el mismo, fué ejecutada en pública subasta. El Tribunal Supremo desestimó la reclamación contra los adquirentes, considerando que habían adquirido por título oneroso é inscrito su derecho en el Registro, en el que nada constaba respecto las causas que pudieran invalidar la inscripción de su causante (el bñuvo).

La doctrina del Tribunal Supremo, dimanante de estas sentencias, cabe explicarla desde los tres puntos de vista anteriormente definidos. Así:

Con el criterio de que es el principio de la fe pública registral el determinante de la ineficacia de la reserva respecto los adquirentes que sean terceros hipotecarios, se explica esta doctrina, según Roca Sastre (393), porque «no basta para hacer perder la situación de buena fe, el que el adquirente se halle en presencia de presunciones o vagos indicios que, a lo sumo, le permitirán sospechar la existencia de las causas de invalidación o ineficacia».

Quiénes sitúan en distinto ámbito posicional al tercero protegido por el artículo 34 y al salvaguardado en el artículo 37, tienen otra explicación que dar a esta doctrina jurisprudencial. Barrachina (394) advirtió en la redacción de los anteriores artículos 34 y 37 estas diferencias: «En el artículo 34 se dice que no se invalidarán los ..., aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no resulten claramente del mismo Registro» [en la actual redacción dice que no consten en el mismo Registro], mientras el 37 exceptúa de la regla general de la ineficacia respecto tercero de las acciones rescisorias y resolutorias las «que deban su origen en causas que consten explícitamente en el Registro.» Por lo cual preguntó y respondió: «¿Son sinónimos los adverbios «claramente» y «explícitamente»? ¿Son sinónimos los neutros o impersonales «resultar» y «constar»? No vemos sinonimia.» El adverbio *explícitamente*—prosigue—tiene sentido y alcance superior y, por ende, es más absoluto que *claramente*, porque a la claridad se añade la expresión, o, como diríamos, la concreción de la causa o circunstancia que da la voz de alerta, para que no se llame a engaño quien de buena fe vaya a contratar sobre la finca afecta-

(393) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo I, tema XII, III, página 539.

(394) BARRACHINA: Op. y vol. ult. cit., pág. 272.

da.» Aparte de que se pueda alegar, por quienes crean en tal diferencia, que en el artículo 34 la buena fe equivale a desconocimiento, que no puede comprender el de la ley—por no ser nunca excusable, según el art. 2.º C. c.—, mientras en el artículo 37 es el reverso de la complicidad en el fraude.

Pero también es llano afirmar que el criterio jurisprudencial se apoya básicamente en la ineficacia de la reserva frente a tercero, tratándose de propiedad inscrita, si expresamente los reservatarios, o el reservista *motu propria*, no hicieron constatar registradamente la reserva, prescindiendo del conocimiento que de la situación tenga quien adquirió del reservista.

Las Resoluciones de la Dirección creemos que pueden ayudar eficazmente a resolver esta duda. Interesan, al respecto las de 25 de junio de 1892, 5 de enero de 1893, 5 de marzo y 23 de julio de 1910, 8 de agosto de 1918 y 29 de diciembre de 1931 (395), relativas a la reserva del 811, y la de 10 de agosto de 1939 referente a la reserva clásica.

Ante todo diremos que la Dirección General comenzó admitiendo que la existencia de la reserva del artículo 811 pudiera inferirse o deducirse de los datos que constaban en el Registro. Así la Resolución de 25 de junio de 1892 revocó la denegación del Registrador a inscribir la venta de una finca que por deducción obtenida de los datos registrados éste estimaba reservable, sin que constare expresamente en el Registro su carácter, y afirmó—la Dirección—que el Registrador debió inscribir la venta. (396) ha-

(395) En cambio, para nuestro estudio, no importan las Resoluciones de 20 de febrero de 1914 y 28 de julio de 1930, referentes a supuestos de reservas lineal y vidual, respectivamente. La segunda confirmó la nota denegatoria de inscribir una agrupación practicada por quien reconocía que una de las fincas estaba sujeta a reserva, estimando contradictorio este reconocimiento con el hecho de agruparla a otra finca no reservable. La primera contempló un supuesto de donación que se declaraba perfecta por sus otorgantes, a pesar de reconocer que la finca donada tenía carácter reservable, por estimar la Dirección contradictorios estos reconocimientos y aquella declaración de ser perfecta. Pero en ésta la cuestión de fondo, que, como luego veremos, creemos que fué resuelta equivocadamente, estribaba en que el donatario era, en el momento de la donación, el pariente más próximo de la línea de procedencia de los bienes y por eso estimaron los otorgantes—creemos que con razón—que la donación era perfecta.

(396) Esta Resolución de 25 de junio de 1892 es, por otra parte, interesante, porque declaró aplicables los arts. 974 y 975 al artículo 811, rechazando el criterio del Registrador de Algeciras que había estimado inalienable la finca sujeta a esa nueva reserva. Según la Resolución, «el Código estima suficiente garantía para los hijos de un primer matrimonio la condición resolutoria que envuelve el artículo 975, por lo cual los parientes colaterales, en el caso de la reserva troncal, no pueden aspirar a mayor derecho en términos de estricta justicia...» «que otra cosa fuera hacer de mejor condición a los colaterales en el caso del artículo 811, que a los hijos de un primer matrimonio, coartando en aquél las facultades dominicales cual en ésta se restringen, e interpretando extensivamente una prohibición odiosas».

ciendo constar el carácter reservable de la finca vendida deduciéndolo de los hechos y antecedentes que debió tener en cuenta para calificar. Y la de 5 de enero de 1893, ante una adjudicación como libres al padre de la causante de bienes heredados abintestato de ésta que a su vez los había heredado de su madre, por lo cual el Registrador había denegado la inscripción, revocó la nota de éste declarándola inscribible, por estimar que «para que el tercero no pueda ser inducido a error ni, por ende, perjudicado, basta con que al verificarse la inscripción solicitada se haga constar con la debida claridad la procedencia de los bienes».

Pero después de la Sentencia de 20 de diciembre de 1904, la Dirección aceptó el criterio de ésta. Ya la Resolución de 5 de marzo de 1910, ante la negativa de un Registrador a inscribir la cancelación de una hipoteca otorgada por quien dicho funcionario estimaba debía reservarla, declaró que «no pueden imponerse a los terceros las responsabilidades que la misma [la reserva del 811] entraña por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de los bienes permita deducir la cualidad que les afecta». La Resolución de 29 de diciembre de 1931 rechazó una nota que denegaba la inscripción de una adjudicación hecha en pago de deudas a un acreedor en la testamentaria del descendiente de quien era heredero su ascendiente, al cual el Registrador estimaba sujeto a reservarla, considerando la Dirección que «para que esta condición [la de reservable] pueda surtir cualquier clase de efectos hipotecarios y especialmente perjudicar a terceros por actos o contratos que se celebren sobre inmuebles o derechos reales en ellos constituidos, es preciso que estos bienes o derechos estén cualificados como reservables en el Registro de la Propiedad en la forma que previenen los artículos 191 de la Ley Hipotecaria y 225 del Reglamento para su aplicación» [los entonces vigentes]. Y en la Resolución de 10 de agosto de 1939, ante la negativa a inscribir como libre una adjudicación de bienes que el Registrador estimaba sujetos a la reserva del artículo 968 C. c., la Dirección revocó esa denegación por considerar que únicamente «la condición de reservables produce determinados efectos hipotecarios y especialmente puede perjudicar a terceros cuando los bienes estén especialmente calificados como tales en el Registro».

Queda, pues, claro que, a pesar del principio fundamental ordenado en el artículo 2.º C. c. de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y no obstante resultar de datos del Registro los hechos constitutivos de la reserva, ésta no afecta a los adquirentes de bienes inscritos si su existencia no consta de modo expreso en el Registro. Nótase en ello una evidente diferencia con respecto a lo que ocurre con los retractos legales (397), amparados por la publicidad legal sin necesidad de inscripción, se-

(397) Ver MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «R. C. D.», I, VI, págs. 779, 780 y 817.

gún acepta la excepción segunda del artículo 37 L. H. Se ha dicho que, aunque en el Registro aparezcan todas las circunstancias de hecho necesarias para que haya reserva, lo que no resulta del mismo, en dicho caso, es la existencia de reservatarios. Pero esta razón no convence, porque tampoco resulta del Registro la existencia de parientes con derecho al retracto gentilicio, que, como legal que es, afecta a cualquier adquirente; ni tampoco puede deducirse del mismo la pervivencia de las personas llamadas a un fideicomiso, en especial cuando los fideicomisarios están referidos de modo tan genérico como los reservatarios en el 811. La razón, pues, del criterio expresado no puede ser ésta, sino otra de mucho más fondo. El retracto lo impone la ley a cualquier adquirente; la reserva, tratándose de bienes inscritos, no la impone más que cuando su existencia se halle constatada en el Registro. No basta, de ese modo, que de los datos del mismo resulten los hechos constitutivos de su existencia jurídica.

Ante la insuficiencia, frente a terceros adquirentes, de que los hechos constitutivos de la reserva resulten de los títulos inscritos, se planteó a los Registradores un interesante problema de actuación práctica. Por ser éstos técnicos en Derecho se deben percatar, sin duda, perfectamente al ejercer la función calificadora de la existencia de dicho supuesto de hecho de las reservas, y siendo así, ¿cuál debe ser su postura al apreciar tal existencia de los hechos constitutivos de una u otra reserva? Hipotéticamente cabría que dicho funcionario, al encararse con esta cuestión, adoptare cualquiera de estas tres posiciones: una, la de denegar la inscripción del título que no respetase la reserva; otra, hacer constar de oficio la existencia de la reserva y, finalmente, la de inscribir la transmisión, sin aludir a su persona; apreciación ni verificar salvedad alguna.

Las Resoluciones de 25 de junio de 1892, 5 de enero de 1893, 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1917, 29 de diciembre de 1931 y 10 de agosto de 1939 declararon que el Registrador no podía denegar ni suspender la inscripción por tal motivo (398). Note-

(398) CARMELO DE MOTA (loc. cit., pág. 126), en cambio, cree que esta solución «hubiera sido la más correcta, la más fácil y la más práctica». A su juicio (pág. 127) «la alegación de que—puesto que los presuntos reservatarios no han creído conveniente instar la consignación en el Registro de la reserva—el reconocimiento expreso de su existencia no debe ser impuesto al reservista, no puede ser admitida. Esta argumentación es lógica en las verdaderas hipotecas legales, porque éstas sólo quedan constituidas mediante una expresa declaración, con la sola salvedad de las de carácter tácito todavía mantenidas con un carácter excepcional. Por el contrario, la obligación de reservar es impuesta por la Ley y existe siempre, con independencia de que los interesados—reservistas o reservatarios—hayan querido o no hacer uso de los medios concedidos para garantizar su posible eficacia. La sujeción a la reserva es un carácter inseparable de la adquisición por el reservista, impuesta directamente por la Ley y cuya omisión en el título adquisitivo debe suponer siempre su inexactitud e imposible inscripción. No admitirlo así equivale a autorizar al reservista, ante la de los posibles re-

mos que la Resolución de 8 de agosto de 1918 revocó la nota del Registrador tratándose no ya de una venta, sino de la adjudicación de los bienes a los herederos del reservista al practicarse la división de la herencia de éste.

La primera de las citadas resoluciones se había inclinado a que el Registrador hiciera constar de oficio la existencia de la reserva. Pero ese criterio fué revisado por las Resoluciones de 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1918 (399), 29 de diciembre de 1931 (400) y 10 de agosto de 1939 (401), que estimaron inoficiosa la calificación de reservables hecha por el Registrador y declararon que no es de la competencia de éste el hacerla ni el constatarla de oficio. Posición que ya había sustentado, en su punto 6.º, la Resolución de 12 de diciembre de 1862 respecto la reserva viudal (402). La Resolución de 23 de julio de 1910, paralelamente, declaró que el Registrador no podía dejar de inscribir la herencia a favor del reservista por el hecho de no constituirse las garantías previstas en los arts. 977 y 978 C. c., que sólo pueden exigirlas aquellos a quienes la ley legitima al respecto.

Pero, es más, aparte de la ineficacia hipotecaria de la reserva que sólo resulte meramente deducible de datos registrales y, además, de la abstención ordenada a los Registradores al calificar do-

servatarios, a inscribir como libres bienes que no lo son y disponer de ellos en tal concepto en favor de terceros y en perjuicio de los beneficiarios de la reserva».

No estamos de acuerdo con estos argumentos, que creemos encierran una petición de principio. La Ley Hipotecaria—a través de la llamada del artículo 975 del C. c.—pudo perfectamente equiparar la garantía de las reservas a su reglamentación de las hipotecas legales expresas, y a esta solución inclinan las palabras de su Exposición de motivos. Tampoco vemos razón para presuponer la inseparabilidad de la reserva y sus garantías.

(399) Consideró esta resolución que: «Resulta inoficiosa la intervención del Registrador cuya finalidad sea alterar los pactos convenidos por todos los interesados en una herencia y llevar al Registro declaraciones históricas y modalidades retrospectivas que sólo pueden reclamar las personas a quienes taxativamente atribuye la ley tal facultad.»

(400) Que dice: «No es admisible que el Registrador, por conjeturas más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes, porque aquella cualidad no depende exclusivamente de la procedencia inmediata de los bienes en el patrimonio del descendiente, ni del título adquisitivo por parte del ascendiente que se supone reservista, sino también de la existencia de parientes de tercer grado en la línea de procedencia y aun de otras circunstancias, cuya apreciación no corresponde al Registrador.»

(401) Declaró que la calificación de reservables no es competencia del Registrador, sino de la incumbencia de los interesados o de quienes taxativamente determina la ley.

(402) Según concluye «esa anotación [marginal de ser reservables los bienes] no debe hacerse sino en virtud de mandato judicial, previa instrucción de expediente, el cual no puede incoar de oficio el Juez, atendido a lo que pide el párrafo 3.º, sección 3.ª, título V de la Ley, pudiendo hasta darse el caso de que ni aun se incoe el expediente, porque los hijos mayores de edad, en cuyo favor se ha establecido el derecho a la obligación de reservar no exijan la constitución de hipoteca».

cumentos en orden a valorar o constatar sus apreciaciones sobre el carácter reservable de los bienes que, como técnicos en Derecho, no pueden escapárseles, resulta que si no ha sido expresamente verificada y rogada por aquellos a quienes corresponda ni siquiera es eficaz la declaración de carácter reservable de los bienes que conste en el Registro, sea por haberse transcrito del testimonio del auto de declaración de herederos abintestato del descendiente—según estimó la Resolución de 29 de diciembre de 1931—o bien por haberla hecho constar oficiosamente el Registrador—según reiteraron las Resoluciones de 5 de marzo de 1910 (403) y de 8 de agosto de 1918.

Es decir, la reserva sólo puede ser constatada o anotada en el Registro de la Propiedad si su constatación o anotación es pedida por el reservista, por los reservatarios o por aquellos a quienes en su caso corresponda la defensa de los intereses de éstos en la forma determinada en los artículos 185 a 187 de la Ley Hipotecaria o en la prevista en el párrafo 1.º del artículo 265 de su Reglamento. Y sólo así, especialmente rogada y expresamente constatada, puede surtir efectos hipotecarios y, por ende, perjudicar a terceros, según las Resoluciones de 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1918, 29 de diciembre de 1931 (404) y 10 de agosto de 1939 (405). En otro caso la constatación es ineficaz.

Esa doctrina fué recogida en el Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1942, en el párrafo 2.º del artículo 265, que dice así:

«En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones.»

Como advierte La Rica (406), esto no quiere decir que queden desamparados los derechos de los reservatarios, aunque el Registrador no deba—ni pueda—defenderlos de oficio, pues «para salvaguardia y eficacia de los derechos respectivos de los reser-

(403) «Considerando que la inoficiosa indicación consignada en el Registro de la Propiedad al inscribir la aludida adjudicación, de hacerse sin perjuicio de los derechos que correspondiesen a los parientes, según el artículo 811 del Código civil, no debe estimarse como una verdadera reserva, por ser ésta un beneficio personalísimo que sólo pueden ejercitar o reclamar aquellas personas a quienes le ha reconocido la ley taxativamente».

(404) Concluye que «aquella calidad [de reservable] sólo puede establecerse eficazmente a los fines hipotecarios por declaración del reservista, por acuerdo de los interesados o por providencia judicial, en uso de las facultades privativas de los Tribunales de Justicia».

(405) Dice que «la condición de reservable produce determinados efectos hipotecarios y especialmente puede perjudicar a terceros cuando los bienes están especialmente calificados como tales en el Registro, y su constatación es sólo de la incumbencia de los interesados «a quienes taxativamente determina la Ley».

(406) LA RICA: Op. y vol. cit., págs. 294 y sigs.

vatarios durante la vida del ascendiente reservista, la legislación Hipotecaria confiere medios de declaración de la cualidad de bienes reservables y de aseguramiento hipotecario de los mismos, que los interesados o sus representantes e incluso el Ministerio Fiscal pueden utilizar libremente cuando quieran amparar aquellos derechos» (407). Realmente el apartado 1.º del artículo 185 de la Ley, claramente sienta que: *«Cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones [del reservista] contenidas en el artículo anterior [de hacer constar en el Registro la cualidad de reservables de los inmuebles y asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas por el artículo 978 C. c.] ; si fueren menores o incapacitados, lo exigirán en su nombre las personas que deban representarlos legalmente.* El artículo 187 añade que *«Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores, los derechos reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes cualquiera que sea su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.* El § 2.º del artículo 265 del Reglamento—como la jurisprudencia hipotecaria anterior—no es sino aplicación concreta de estas normas legales.

Entre los datos que el Registrador no debe tener en cuenta y que aun transcritos en el Registro serían hipotecariamente ineficaces, se cuentan, sin duda, las calificaciones de reservables hechas por los Notarios en las escrituras por ellos autorizadas, si los otorgantes no las reconocen y asumen expresamente. Si bien creemos que el Notario está obligado, por su ministerio, a advertir a quienes otorgan manifestaciones o particiones de herencia del carácter reservable de los bienes que tengan esa cualidad y de sus respectivos derechos y obligaciones, en cambio—en contra de lo que dice Motta (408)—estimamos que debe abstenerse de hacer constar su criterio personal al respecto si los otorgantes no lo quieren y asumen sus consecuencias. Si éstos—advertidos por el Notario de la existencia de la reserva—no declaran el carácter reservable de los bienes, será inoficiosa toda calificación que el Notario hiciera constar en la escritura a este respecto. Todo lo más podrá expresarlo al hacer y constatar las advertencias legales; pero estas advertencias, aunque se expresen específicamente serán ineficaces contra terceras personas y no podrán ser tenidas en cuenta al practicarse la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 apartado 1.º de la Ley Hipotecaria y en el repetido § 2.º del artículo 265 de su Reglamento.

(407) Por el contrario, DE MOTTA (loc. cit., págs. 127 y sigs.) se muestra en desacuerdo con esa solución por las razones que antes hemos recogido y comentado en nuestra nota 398.

(408) MOTTA: Loc. cit., pág. 128.

En conclusión: la reserva de inmuebles inscritos sólo afecta a quienes los adquieren por actos *inter vivos*: cuando expresamente haya sido constatada o anotada marginalmente a petición de los reservistas, de los reservatarios o de quienes en defensa de los intereses de éstos legalmente puedan solicitarla. No es necesario para gozar de dicha inmunidad que los adquirentes renuncen los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige a los terceros para gozar de la protección hipotecaria. La reserva de bienes inmuebles no inscrita es de efectos meramente obligacionales—como lo es siempre la de los bienes muebles—de igual modo que las hipotecas legales mientras no hayan sido inscritas sobre inmuebles determinados. La enajenación de bienes inmuebles inscritos cuando su reserva no se hallare anotada o constatada debidamente en su inscripción, transformará esa reserva de bienes en reserva de valor, fenómeno igual al que ocurre con la enajenación de bienes muebles reservables. El reservatario que no haya exigido su anotación habrá aceptado esa metamorfosis, sea conscientemente o, por lo menos, pacientemente con su omisión. La obligación de reservar el inmueble enajenado se convertirá en la de reservar su valor y asegurarla con hipoteca de conformidad a lo dispuesto en el número 4.º del artículo 978 Código civil.

No obstante, la reserva afectará a los adquirentes por acto *inter vivos* de inmuebles inscritos, aunque no se hubiera constatado en forma en el Registro, en los siguientes casos:

I) Si la transmisión se hubiera celebrado en fraude de los reservatarios, es decir, no sólo con el fin de burlar su expectativa de adquirir los bienes sino también con respecto al valor de los mismos, y el adquirente hubiera sido cómplice en el fraude, e incluso contra el subadquirente que fuera *concius fraudi*; es decir, si se dieran los requisitos para el ejercicio de la acción Pauliana (arts. 1.291 núm. 3, 1.295 § 2.º C. c. y Sentencias de 21 de marzo de 1900, 10 de julio de 1928 y concordantes).

II) Si se hubieran otorgado a título gratuito, por la regla «donación equivale a fraude» (expresada como presunción *iuris et de iure* en el artículo 1.227, § 1, C. c.). Así lo creemos, pues la doctrina que resulta del artículo 987, número 3.º, inciso final, que consagra el reconocimiento de la validez de las enajenaciones de bienes muebles reservables aun hechas a título gratuito, no parece que pueda extenderse a los de bienes inmuebles. Pero, no porque el número 4.º del mismo artículo no contenga igual previsión respecto los inmuebles (razón que por sí sola no sería convincente, en especial porque el número 4 sigue el criterio de la reserva del valor y no el del precio, es decir, generaliza el aplicado a los muebles donados y no el dispuesto para los muebles enajenados a título oneroso), sino porque el criterio aplicado a los bienes muebles excepcionalmente respecto al principio general de presuposición de fraude en los actos gratuitos—no creemos que sea posible generalizarlo, ni cabe aplicarlo extensivamente.

III) También cabría defender que si la enajenación se hubiere verificado dentro del plazo de ciento ochenta días previsto en el artículo 187 Ley Hipotecaria y computado con arreglo al artículo 261 del Reglamento, el adquirente resultaría afectado por la reserva con tal de que ésta se constatare en debida forma en ese plazo. Negativamente opinó Marín Monroy (409), respecto al plazo de noventa días que prevenía el artículo 193 de la anterior edición de la Ley Hipotecaria, pues estimó que aquella responsabilidad sería tanto como ir contra toda la doctrina de la ley, lo cual no le pareció admisible sin una expresa disposición que consagrara la excepción. No obstante no dejó de apreciar y preocuparle el evidente daño que al reservatario podría acarrear la aplicación del criterio general.

Inversamente, creemos que en ciertos casos la reserva de inmuebles incritos, aun cuando esté debidamente constatada en el Registro (e igualmente la referente a bienes no inmatriculados), no debe afectar a los adquirentes a título oneroso. Se trata de los siguientes supuestos:

I) Si el bien reservable es enajenado en virtud de un derecho anterior a la reserva. Así v. gr.: por ejecución forzosa de una hipoteca existente en el momento de nacer la reserva, por comiso derivado de una enfiteusis también anterior a la reserva, retracto u opción constituidos por el descendiente o sus causantes, o bien en virtud de resolución del derecho de éstos; así como por ejecución forzosa de deudas de los mismos, pues la reserva corresponde a un activo líquido que presupone la preferencia de los acreedores del descendiente a los reservatarios como corolario del principio que dice que *antes es pagar que heredar*. Preferencia que resulta reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que reiteradamente ha declarado que antes de determinar los bienes reservables hay que deducir las deudas del descendiente (Sentencias de 29 de septiembre de 1905, 30 de abril de 1906, 4 de mayo de 1910 y 8 de octubre de 1910).

II) Si los bienes son expropiados, dado el rango superior de la facultad expropiatoria, basada en el interés público, y porque significa una limitación insita a la misma esencia medular del derecho de propiedad.

III) Cuando la reserva recaiga en alguna participación indivisa, si el bien total se enajena en virtud del ejercicio por otro condueño de la acción *comuni dividundo*, pues a diferencia de lo que ocurre con los derechos referidos a la cosa común, en cambio los que solamente se refieren a la participación o derecho de uno o varios de los condóminos no pueden afectar a los demás, y ciertamente les afectarían si persistiera el gravamen de una cuota a pesar del ejercicio de la acción *comuni dividundo* y de la consiguiente ven-

(409) MARÍN MONROY: Op. últ. cit., «R. Cr. Dr. Inmob.», VI, página 819 y sigs.

en pública subasta de la cosa indivisible. Así resulta al comparar el artículo 405 C. c.—determinante de que la división de la comunidad no afectará a los titulares de *derechos reales en la cosa*—y los artículos 399 apartado final y 403 C. c.—de los que resulta que a los cesionarios o titulares de un derecho limitativo del derecho de uno o varios de los condóminos, así como los acreedores particulares de éstos, al disolverse la comunidad, se les concreta su derecho en la porción adjudicada al condómino gravado y, por ende, si a éste no se le adjudica porción alguna de la cosa sino dinero, por haberse vendido aquélla en pública subasta por ser indivisible, a ese dinero se contraerá—por subrogación—el derecho de aquellos cesionarios o titulares de un derecho limitativo del de uno o varios partícipes (410).

En dichos casos, al ser válida la enajenación: la reserva se concretará al valor de la cosa—en los supuestos I y II—o al de la cuota en el supuesto III—a que la reserva se refería; dejará de afectar a la cosa y a la cuota, y entrará en juego lo preceptuado en el artículo 978, número 4.º Código civil.

21. *Subrogaciones, aumentos y deterioros.*

Se ha afirmado por algún autor (411) que la reserva lineal del artículo 811 es una reserva de cosas determinadas o bienes concretos, mientras la clásica o vidual es una reserva de capital. En cambio, contrariamente, también se ha dicho (412) que la reserva del 811 se refiere a un patrimonio, ya que su objeto «no debe olvidarse que se trata siempre de patrimonios, no de cosas concretas».

Lo cierto es, que en principio, conforme los términos de su propia norma se refiere a bienes—específicos o genéricos (413)—incluso cuando formen una masa de la que haya que deducir deudas del descendiente (414), si bien será susceptible de alteración su contenido objetivo, por subrogación real o por su equivalencia de valor (415), con lo que podrá llegar a constreñirse sólo una cifra de valor (416).

(410) Sobre la diferencia entre los artículos 405 y 409 del C. c., de una parte, y 399 ap. final y 403, de otra, ver MUCIUS SCAEVOLA (Op. cit., t. VII, 4.ª ed., Madrid, 1943, revisada por ORTEGA LORCA, págs. 475 y sigs.) y nuestra obra *La hipoteca del derecho arrendaticio* (Madrid, 1951), págs. 101 y 102, nota 241.

(411) CALDERÓN NEIRA: Lcc. cit., pág. 487, y RAMÓN NOVOA SEOANE: *Cuestiones prácticas... Un supuesto caso de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.», VI (diciembre 1919), pág. 371.

(412) JERÓNIMO GONZÁLEZ: Loc. cit., «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 148, página 455.

(413) Sentencias de 8 de noviembre de 1894, 21 de noviembre de 1902, 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, 20 de abril de 1917. Ver I, § 3.º, número 20, a), págs. 53 y sigs. y AN. DER. CIV., X-II, págs. 277 y sigs.

(414) Sentencias de 29 de septiembre de 1905, 30 de abril de 1906, 4 de mayo de 1910 y 8 de octubre de 1910.

(415) Sentencias de 21 de noviembre de 1902, 30 de abril de 1907, 7 de noviembre de 1912, 20 de abril de 1917, 24 de mayo de 1945. Ver I, § 3.º núm. 20, b), 57 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 381 y sigs.

(416) Así vemos cómo la Sentencia de 20 de abril de 1917 la aplica al

Como dijo Antonio Maura (417): «Refiriéndose el precepto [el 811] a bienes, sin hacer distinción entre sus diversas clases, ni entre las especificaciones reales que caben dentro de una clase misma, va sobrentendiendo por consecuencia lógica que las transformaciones, realizaciones, reinversiones del producto y demás pericias que sin cesar concurren en todos los caudales privados, no pueden cancelar ni rebajar, ni en modo alguno variar los efectos del artículo 811; ora acontezcan ellas de manera gratuita, ora proengan de la voluntad de persona interesada.»

Este tema ha de examinarse de modo separado en dos momentos distintos. Primero, para determinar en la herencia o cuota de la herencia del descendiente que corresponda al reservista cuál es la parte o la porción que éste debe reservar; para lo cual deberá apreciarse en el período comprendido desde que el descendiente hubo los bienes a título gratuito de otro ascendiente o de un hermano hasta su fallecimiento, es decir, en un tiempo previo a la reserva caracterizado por la libre disponibilidad del descendiente. Segundo, para concretar los bienes reservables y el importe de la reserva en la herencia del reservista, para lo cual habrá de atenderse al período que media entre la muerte del descendiente y la del reservista, fase de pendencia de la reserva, caracterizada por las limitaciones dispositivas sufridas por el ascendiente reservista.

El primer momento o tiempo previo a la reserva, la cuestión ya fué examinada en la primera parte de este trabajo (I, § 3.º, número 20). Ahora debemos ocuparnos del segundo, es decir, del período en que existe la obligación de reservar o sujeción del reservista. El título que encabeza este epígrafe nos señala los tres aspectos fundamentales que puede ofrecer la modificación objetiva que, en manos del reservista, pueden sufrir los bienes reservables. A saber: el cambio, el aumento o la disminución de su contenido; correspondientes a los problemas de las subrogaciones de bienes o de valor, de las mejoras y de las pérdidas y deterioros.

a) *Subrogaciones.*

Se trata de un tema del que la doctrina, que tanto se ha ocupado de analizarlo en la fase preliminar o previa, es decir, en el patrimonio del descendiente, en cambio, apenas lo ha tratado al ocuparse de la fase de reserva pendiente, es decir, en el patrimonio del reservista.

Para aclararlo debemos distinguir cuidadosamente, de una parte, la *estricta subrogación real*, bien sea de cosa por cosa (*res suc-*

haber efectivo y originario» (en el sentido de valor, puesto que el descendiente ya no dejó bien alguno de los que había heredado de su padre), pero no «al mayor producto que utilizándolo, obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propios de la vida contractual», con lo cual de hecho la refiere a una equivalencia de valor.

(417) ANTONIO MAURA: *Dictámenes...*, tomo IV, dictamen núm.: 5, II. pág. 78, y en *Perspectivas...* «Rev. Graf de Leg. y Jur.», 144, pág. 21.

cedit in loco rei) o bien de la cosa por el crédito de su precio pendiente, o por importe de la indemnización, seguros o expropiación a percibir (*pretium succedit in loco rei*) y, de otra, la *subrogación de su valor*, en virtud de la cual la reserva queda referida a una suma de valor, bien sea el importe del precio de los bienes vendidos o el valor de éstos.

a) La subrogación real *res succedit in loco rei* tendrá lugar, tratándose de inmuebles reservables:

1.º Cuando el cambio de cosa reservable por otra se haya producido forzosamente para el reservista en virtud: de disposición legal, como ocurrirá en los supuestos previstos por la ley de Concertación Parcelaria, según su texto refundido aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955, y por la de Permutas forzosas de 11 de mayo de 1959; o bien por un previo convenio contraído por el descendiente o sus causantes, v. gr. compromiso o precontrato de permuta; e incluso por alguna forma de accesión natural o por industria de tercero (en especial, arts. 370, 382 y 383, § 2.º Código civil).

2.º Si el reservista permutó un bien reservable con autorización de los reservatarios que admitieron o exigieron el efecto de la subrogación al conceder dicha autorización.

3.º Aunque sea más discutible, en caso de que el reservista, ilícita pero eficazmente, permute por otro inmueble un inmueble reservable inscrito en el Registro sin constancia de su calidad. En este caso creemos que, dada la ilicitud cometida por el reservista, los reservatarios podrán optar entre admitir la subrogación o exigir la equivalencia en metálico del valor del bien reservable permutado. Así lo había admitido la Audiencia de Madrid en la sentencia que dió lugar al recurso de casación que rechazó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1952.

Tratándose de bienes muebles, dada la libre disponibilidad que de ellos viene el reservista (art. 976 C. c.), creemos que en principio no se puede operar la subrogación *res in loco rei*, sino únicamente la subrogación de valor prevista en los artículos 976 y 978 del C. c., que luego estudiaremos.

3) La subrogación real *pretium succedit in loco rei*, tendrá lugar en todo caso de enajenación de bienes muebles, así como en las enajenaciones válidas de bienes inmuebles—por tratarse de bienes inscritos sin constatación registral de su carácter reservable—, cuando todo o parte del precio esté pendiente, y en los casos de expropiación pendiente de cobro o de indemnización o seguro debidos por su pérdida de destrucción. En todos estos casos, los reservatarios se subrogarán en el crédito por el precio o indemnización pendientes al consumarse la reserva, operándose de conformidad al principio general—recogido en el artículo 1.186 del Código civil—de subrogación de la cosa perdida para el acreedor por todas las acciones que el dador tuviere contra terceros por razón de ella.

7) La *subrogación de valor*, es decir, del bien reservable por su valor en moneda—sea en venta (precio) o de tasación computando de una u otra forma, según luego trataremos—, es el medio normal de dar satisfacción, más o menos completa, a los reservatarios cuando los bienes que debían reservárseles han quedado fuera de su alcance. Así resulta de los artículos 976 y 978 números 3 y 4. Y esa generalidad es reconocida en el 2.º considerando de la Sentencia de 8 de julio de 1942, al decir que la reserva del 811 *recae sobre bienes específicos* y en caso de haber desaparecido estos bienes *subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos*.

Notemos que esta subrogación de valor podrá alcanzar el de la totalidad de la cosa o tan sólo la parte de su valor no cubierto en virtud de la verdadera subrogación real, propiamente dicha, de que acabamos de ocuparnos.

Pero el número 3.º del artículo 978 C. c. habla de la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados y de la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiese hecho a título gratuito; y el número 4.º, más genéricamente, sólo alude al valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Ello plantea la cuestión de decidir cuál será el valor de los inmuebles que se debe tener en cuenta a efectos de determinar el montante de esa subrogación de valor. ¿Será su valor en venta o el que arroje su peritación? ¿Cuál será el momento a que ésta deberá referirse? Y, asimismo, exige, tanto respecto estos inmuebles como a los muebles donados, la determinación del modo como habrá de verificarse esa peritación.

Hace años nuestro compañero Muñoz Casillas (418) publicó un interesante trabajo acerca de estas cuestiones. Observó con perspicacia que «existen dos criterios en la Ley: uno en caso de venta previa de muebles al momento de constituirse la hipoteca, en que se garantizará el valor en venta; otro, en caso de no haberse vendido los muebles al momento de constitución, en que el valor se determinará por el Juez, teniendo en cuenta los datos del artículo 221 del Reglamento de 1915, pero fijando el valor en relación al que tuvieran al momento de hacerse la partición». De lo que dedujo: «No existe más que una diferencia accidental, haber sido enajenados o no en el momento de constituir la hipoteca que ha de garantizar la indemnización de su valor a los reservatarios».

Naturalmente, no se le escapó esta otra cuestión: «Esos dos valores fijados por la Ley, ¿suponen valor de garantía para el reservatario, aunque imperfecto, o es el valor que ha de recibir por vía de indemnización, en caso de venta de los muebles de

(418) JOAQUÍN MUÑOZ CASILLAS: *Momento en que se ha de fijar el valor de los bienes vendidos que el reservista ha de entregar a los reservatarios*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», II (febrero, 1926), págs. 100 y sigs.

la reserva?» Su respuesta se inclinó por lo último. Aunque opinaba que «debiera ser simple medio de garantía», estimó que, si bien es cierto «que los preceptos legales hablan de que la hipoteca ha de garantizar el valor de los muebles de la reserva; por garantizar ha de entenderse precisamente lo que ha de recibir el reservatario, si no sería forma imperfecta de garantía la misma disposición de la Ley».

Para los casos de venta de muebles no garantizados con hipoteca o venta de inmuebles, consideró que la ausencia de preceptos legales es completa. A su juicio: «No existe posibilidad de que el valor de indemnización sea fijado por el Juez en el momento de la constitución de la hipoteca, porque la hipoteca no existe, y hasta ese momento no es fijado por el Juez el valor de los muebles de la reserva; sólo queda la otra base de determinación: el valor en venta de muebles e inmuebles». Pero eso no le parece justo, porque: «el valor en venta es un hecho incierto, de demostración difícil, en que no tiene intervención nadie, a no ser el reservista, precisamente el que tiene la obligación de restituir el precio a los reservatarios». Y le pareció que: «Más justo, más equitativo, menos expuesto a error, sería establecer que el reservista debiera al reservatario, por los bienes de la reserva vendidos, el valor que tuviesen en el momento de cumplirse la condición resolutoria de la reserva, valor fijado por el Juez después de oír a las dos partes, como hoy se debe hacer en el momento de la constitución de la hipoteca.»

Penetrando en el terreno constituyente, el mismo Muñoz Casillas, estimó que esa norma debiera aplicarse a muebles e inmuebles, «salvo tratarse de muebles que por su naturaleza han de venderse en época determinada, para evitar la posibilidad de perjuicio al reservista, que tiene por la naturaleza de la cosa, necesidad de venta en un momento determinado». «Con ello—decía—se evita que el reservista pueda perjudicar al reservatario dándole, al cumplirse la condición resolutoria de la reserva, valor en venta, que puede ser inferior al que la cosa tuviese, de no haber sido vendida, lo que sólo podía haber hecho supeditando la venta a la condición resolutoria de la reserva.» «El reservatario recibe en dinero lo que valdrían las cosas, muebles o inmuebles, de no haber sido vendidas. Claro es—reconocía—que tiene que admitirse la posibilidad de que la cosa vendida haya podido disminuir de valor desde el momento de la venta, y, en ese caso, para evitar que el reservista haga un negocio a expensas del reservatario, haciendo al mismo tiempo que el reservatario reciba la mayor indemnización por la cosa que debió conservar el reservista, ha de ser complemento de la mejor interpretación de la Ley la concesión al reservatario de la facultad de optar entre el precio de tasación en el momento de cumplirse la condición resolutoria de la reserva, o el de venta, si aquél resultase inferior a ésta.»

A su juicio, esa tesis puede apoyarse de modo explícito en la

Sentencia de 6 de junio de 1916, determinante de que el reservista debe indemnizar al reservatario el deterioro que por su culpa o negligencia hubiesen experimentado los bienes de la reserva. «El reservista vende, y al vender—especialmente los inmuebles—tiene, por disposición de la ley, el deber de hacer la venta sujetándola a la suerte de la misma reserva. No lo hace, realiza un acto de culpa al olvidar la Ley, culpa que ocasiona un daño al reservatario si el valor de venta es inferior al valor que tuviere la cosa de no haber sido vendida; lo menos que puede hacer el reservista es entregar la diferencia de valor al reservatario, por vía de indemnización al realizar un acto culposo por su exclusiva voluntad. Esa teoría no tiene tan perfecta aplicación tratándose de muebles, porque el reservista, aunque no debe poder vender, son válidas las ventas, sin más obligación que indemnizar al reservatario por las ventas realizadas.»

La tesis enunciada invita a replantear una serie de cuestiones que vamos a intentar poner en orden:

1.º Tratándose de bienes muebles de los que se haya garantizado con hipoteca el valor que tenían en el momento de su constitución, ¿cabrá exigir que se aumente el valor garantizado si se hubiese acrecentado el que tuvieran o si se vendieren por precio superior?

2.º En caso de enajenación de bienes muebles reservables por menor valor del que corrientemente les correspondería en la fecha de su enajenación, ¿será posible exigir como indemnización por menoscabo la diferencia en menos de lo percibido? Este supuesto cabe examinarlo referido a cualquiera de las hipótesis en que al valor no esté asegurado con hipoteca o bien lo esté por un valor inferior al que realmente le corresponda en el momento de su enajenación e inferior o igual al precio percibido, y en el caso de que, aun estando asegurado con hipoteca un valor superior a dicho precio, aquél sea igual o inferior al que realmente tuviese en dicho momento.

3.º En caso de estar asegurados los muebles reservables por valor mayor que el precio de la venta, ¿podrá, inversamente, admitirse que el valor reservable se concrete y reduzca al montante de dicho precio, o, por lo menos, en el caso de que se pruebe que dichos bienes muebles hayan sufrido depreciación después de haber sido valorados a efectos de su hipoteca?

En la respuesta a estas tres preguntas creemos que puede hallarse la clave de todo el problema de que nos ocupamos y, por tanto, la solución de las demás cuestiones que puedan suscitarse en torno a la subrogación de valor de los bienes reservables, enajenados o perdidos por dolo o culpa del reservista, incluidas las relativas a bienes inmuebles.

Pero, antes de formular respuesta alguna, conviene que nos ocupemos de otra cuestión previa, la referente al modo de reali-

zar el aprecio o avalúo de los bienes muebles existentes en el momento de constituirse la garantía de los bienes donados y de los inmuebles enajenados con anterioridad a dicha constitución:

Respecto a los primeros el artículo 184 Ley Hipotecaria habla de *tasar los muebles*; para los segundos, en el número 3.º del artículo 918 C. c., *del valor que tenían al tiempo de la enajenación*, y el de los terceros, el número 4.º del mismo artículo tan sólo alude a *el valor*, sin determinar el tiempo—entre las fechas del nacimiento de la reserva, de la enajenación y de constituirse la garantía—al que deba referirse la valoración.

El artículo 165 Ley Hipotecaria, al regular el procedimiento judicial promovido a instancia de quien tenga derecho a exigir su incoación para *constituir o ampliar* cualquiera de las hipotecas legales—aplicable a la constitúible en garantía de bienes reservables, en virtud de la llamada que el artículo 187 Ley Hipotecaria hace al 165—, en su regla quinta, determina que: «Si no se avinieren [«todos los interesados en la constitución de la hipoteca»], ya sea... o ya *en cuanto a la cantidad que deba asegurarse* o a la..., se hará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento civil». Indudablemente, al tramitarlos deberá acudirse a la tasación pericial para determinar esa discutida *cantidad que deba asegurarse*, cuando el desacuerdo se concrete a la exactitud de la valoración, es decir, siempre que la discrepancia no se refiera como cuestión previa a si debe asegurarse el precio obtenido por los bienes enajenados o su valor de tasación, lo cual habría que dilucidar previamente.

Y el artículo 260 del Reglamento hipotecario, que regula el procedimiento para constituir la hipoteca legal en garantía de la restitución de bienes reservables tramitado a instancia de la persona obligada a reservar, en el párrafo segundo de su regla primera dice que: «El inventario y tasación de los bienes reservables serán los que judicial o extrajudicialmente se hubieren practicado en operaciones particionales, y si no existieren de esta especie, los que el viudo, la viuda o el ascendiente formen al efecto por el orden fijado en el artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento civil, haciendo constar el valor de los bienes y acompañando los datos y documentos que para fijarlo hubieren tenido presentes.» La regla tercera, dispone que: «Si el Juez dudare de la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el reservista, podrá mandar que éste practique las diligencias o presente los documentos que juzgue convenientes, a fin de acreditar aquella circunstancia.» Creemos que si la duda fuere determinada por el valor de los bienes a asegurar—existentes o enajenados o perdidos por culpa o dolo del reservista—entre los documentos que el Juez podrá exigir que el reservista presente, estarán los que acrediten la tasación o peritación de tales bienes.

Díaz Cobeña (419), con referencia al antiguo artículo 191 de la Ley Hipotecaria de 1909—del que es desarrollo el actual artículo 260 del Reglamento vigente—, afirmó que confiaba al Juez o Tribunal que interviniera en la tramitación de esta clase de expedientes: «el apreciar la exactitud de la relación de bienes y la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el obligado a prestarla, y es claro que ni lo uno ni lo otro lo puede hacer con acierto sin oír las observaciones que acerca de ambos extremos y de todos los demás relativos al asunto formule el reservatario». «Además—añadió—, desde el instante en que la Ley autoriza en sus artículos 192, 195 y 199 [de la Ley Hipotecaria de 1909, hoy 185 y 187], que dichos expedientes se incoen y tramiten a solicitud de las personas que tienen derecho a la reserva o sus legítimos representantes, no puede negarse a las mismas el carácter de parte legítima en los procedimientos consiguientes.» A su juicio: «Suponer otra cosa, admitir que todo haya de hacerse con elementos que espontáneamente suministre el reservista, sin más contraste que el que de oficio pudiera hacer el Juzgado o Tribunal correspondiente, sería tanto como dejar los legítimos intereses del reservatario entregados a la voluntad de aquél, convirtiéndolo en una mera fórmula esas garantías con que la ley ha querido asegurarlos mediante la tramitación de un expediente judicial.»

Creemos que sólo en parte tiene razón Díaz Cobeña. Hoy parece claro que con arreglo al artículo 186 de la Ley Hipotecaria el reservista puede «sin el concurso de los reservatarios o de sus representantes legales, hacer constar en el Registro la calidad de reservable de los inmuebles o constituir hipoteca especial suficiente para asegurar las restituciones exigidas por la Ley, acudiendo al Juez competente con sujeción a los trámites determinados en el Reglamento Hipotecario». Es decir, los que regula su artículo 260, el cual consecuentemente no requiere la intervención de los reservatarios, ni de quienes representen sus intereses. Pero, en cambio, éstos tendrán siempre abierto el camino del procedimiento regulado en el artículo 165 de la Ley Hipotecaria, si les pareciere insuficiente la valoración asegurada a través del procedimiento voluntario, puesto que este artículo lo reglamenta no sólo para constituir, sino también para *ampliar* la hipoteca legal.

Preguntó Díaz Cobeña (420) si: «La valoración de los bienes de la herencia [los reservables], ¿deberá hacerse por peritos o por capitalización al tipo que se acostumbra en cada lugar?» Su respuesta la precisó en una regla general y su excepción. *Regla general*: «Ateniéndose literalmente al texto del artículo 191 de la Ley Hipotecaria [de 1909], debe hacerse por peritos, puesto que en el número primero de aquél se dice que el reservista «presen-

(419) DÍAZ COBEÑA: *Dicámenes*, dict. XV, H, segunda pregunta, b, página 275.

(420) DÍAZ COBEÑA: *Dict. últ. cit.*, pág. 276.

tará al Juzgado o Tribunal el inventario y tasación pericial de los bienes que deba asegurar». *Excepción*: Pero, no halló inconveniente alguno «en que se haga por capitalización si en ello convienen las dos partes interesadas y están de acuerdo en el tipo a que haya de verificarse». Aunque insistió en que «no existiendo tal conformidad y acuerdo, se impone la tasación por medio de peritos que aquéllos designen, y tercero en caso de discordia, como único medio legal de resolver las dificultades de esa especie». Resultado al que hoy, sin duda, también llevarán los trámites de los incidentes a los que, en caso de desacuerdo, conduce, la regla quinta del vigente artículo 165 de la Ley Hipotecaria.

De lo expuesto, acerca de la tasación de los bienes muebles reservables a asegurar con hipoteca legal, resulta que la Ley y el Reglamento Hipotecario tienden a que sea garantizado su valor real; y no sólo el que tuvieran al constituirse la reserva sino el que alcancen en cualquier momento en que se exija la *ampliación* de la garantía. Siendo así, parece lógico que el *valor a devolver* no debe diferir, por regla general, del *valor asegurado*, y, por tanto, aquél deberá tender a equipararse al *valor real* que tengan los bienes, aunque no sea igual al que se les asignó o tenían al verificarse las operaciones particionales del descendiente (aparte de que, por no concederse intervención en las mismas a los reservatarios (421), éstos no tendrían tampoco realmente garantizada ni siquiera la exacta valoración de dichos bienes en aquel momento). Pero como quiera que, aun después de ampliado el valor asegurado, la desvalorización de la moneda o el aumento intrínseco del valor de aquéllos puede seguir acentuándose, sin que se inste una nueva ampliación de la garantía, creemos que, en este caso, la valoración de la cosa mueble donada, o perdida por culpa del reservista, no podrá ser mayor que la que le correspondiera—según tasación—en dicho momento de la donación, como resulta del número 3.º del artículo 978 C. c., y análogamente, en el de su pérdida culpable.

Ahora bien, como el artículo 978 C. c., en su número 3, concreta la garantía de los muebles enajenados al montante de su precio, si éste fuera inferior al valor real que pueda demostrarse que tenían en el momento de la venta, e incluso del previamente asegurado con hipoteca legal, ¿cabrá deducir alguna consecuencia de esa circunstancia?: Sin duda, el Código civil se refiere al verdadero precio de la venta, a veces difícil de probar, y, por otra parte, tampoco dudamos en que el reservista sea responsable del menor precio obtenido por su culpa o negligencia. En consecuencia, nos parece indudable que podrá ser exigida la comparación entre el precio de la venta y el verdadero valor que tenían los bienes en el momento de la enajenación, y, en caso de ser aquél inferior, deberá presumirse—por aplicación de la doctrina del ar-

(421) Sentencias de 21 de marzo de 1912 y 7 de noviembre de 1912.

artículo 1.183 C. c.—la culpa o negligencia del reservista, si bien éste—a tenor del mismo precepto—podrá probar que el menor precio obtenido fué debido a circunstancias no dependientes de culpa ni negligencia suyas.

Lo que ciertamente nos demuestra el número 3.º del artículo 978 C. c. es que en el momento de la enajenación queda fijado el valor reservable—precio o valor—subrogado en lugar de los bienes enajenados. No puede, pues, invocarse su aumento, efectivo o previsible, posterior a la enajenación. Esta no puede ser considerada ilícita, sino como un derecho del reservista a subrogar la cosa por su precio o valor real reconocido en el artículo 976 Código civil. Tan sólo en el caso de que se demuestre que la enajenación fué hecha dolosamente, para perjudicar a los reservatarios o con el fin de defraudarles, cabría aplicar el artículo 1.107 Código civil y exigir ese incremento de valor frustrado.

Después de lo concluído respecto a los bienes muebles, podemos plantear con mayores datos la cuestión con relación a los inmuebles, de los cuales el número 4 del artículo 978, sólo exige, sin mayor determinación de tiempo y modo, que se asegure *el valor* de los válidamente enajenados. Debe entenderse que esa expresión *válidamente enajenados* equivale a *válidamente adquiridos por persona a la cual los reservatarios no pueden reclamárselos*. Esa imposibilidad de exigir la devolución a los adquirentes puede deberse; a tratarse de una enajenación forzosa; a no estar debidamente constatada la reserva en el número registral que corresponda al bien reservado inscrito; a autorización de la venta por los reservatarios, o a ser éstos herederos del reservista (cuestiones estas dos últimas de las que más adelante deberemos ocuparnos). Sin duda, en el primer caso la reserva se concretará al precio obtenido y en el tercero al admitido por los reservatarios, si éstos y el reservista de común acuerdo no determinaran otro.

Pero, en los otros dos supuestos, qué valor deberá estimarse reservado: ¿el precio obtenido?, ¿el valor del inmueble enajenado en el momento de su disposición?, ¿el que tuviere al consumarse la reserva, es decir, al fallecer el reservista? ¿Cabe defender esta última opinión con el argumento, que esgrimió Muñoz Casillas, de que al realizar la enajenación el reservista, por su desobediencia a la ley, es culpable del daño sufrido por los reservatarios en el importe de la diferencia del valor obtenido y el que correspondiere a los reservatarios al consumarse la reserva?

Parece que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General—antes examinadas—, que han apreciado renuncia de los reservatarios a sus garantías, no autorizan esta opinión, sino que por el contrario inclinan a estimar que los reservatarios, que—por sí o por quienes legalmente deban defender sus intereses—pudieron exigir la constatación de la cuantía reservable de los inmuebles inscritos y no la reclamaron, permitieron—al no cumplir las formalidades que la ley les concedía

para salvaguardar sus derechos—la subrogación de los bienes reservables por su valor. Solamente en caso de que se demuestre el dolo del reservista dirigido a burlar los derechos de los reservatarios, cabrá—por aplicación del artículo 1.107 § 2.º C. c.—que los reservatarios exijan en su día el mayor valor experimentado por los bienes enajenados sea intrínsecamente o por desvalorización monetaria. En otro caso, creemos que el valor a asegurar y a devolver no podrá ser otro que el mayor entre el precio de la venta y el que realmente apreciado al bien reservable vendido con referencia al instante de su enajenación. Salvo que se probare que aquél fué menor por causas independientes de la voluntad del reservista que le eximan de culpa o negligencia (que, en este caso, creemos sólo podrá excusársele en caso de enajenación forzosá). Esta doctrina, avalada por las razones que antes hemos expuesto al ocuparnos de la venta de los bienes muebles reservables, creemos que debe aplicarse a los inmuebles con mayor razón, por hablar el número 4 del artículo 978 C. c. del *valor* y no del precio.

b) *Deterioros.*

Indudablemente los deterioros sufridos por los bienes muebles o inmuebles reservables y debidos a culpa o negligencia del reservista se deben a los reservatarios, puesto que aquél se halla obligado a asegurarlos con hipoteca a tenor del número 2 del artículo 978 C. c. Ese deterioro puede llegar a equivaler a la pérdida del bien si prácticamente anula su valor. Como explicó Manresa (422): «Será raro que los bienes reservables desaparezcan, pero es posible. Si consisten sólo en determinadas alhajas que fueron robadas, en el derecho de superficie sobre una casa devorada por el incendio; en varias cabezas de ganado que mueren sin culpa del ascendiente; en terrenos o casas que desaparecen en un terremoto, etc., no hay bienes que entregar y muere la reserva si nada queda. En caso de incendio, expropiación, etc., a la cosa puede sustituir un equivalente que será reservable. Ténganse presentes las disposiciones relativas a la terminación del usufructo» (423).

Con arreglo al artículo 1.183 se deberá presumir que el reservista es culpable del deterioro o de la pérdida, salvo prueba en contrario. Y, de conformidad al número 2 del 978, en relación al 1.107 del Código civil, deberá reservar el valor del bien perdido o el montante del deterioro valorado en el momento de producirse, a no ser que se debiera a dolo del reservista, pues entonces se estará a lo dispuesto en el § 2.º de este último precepto.

(422) MANRESA: Op. cit., vol. VI, art. 811, IV-C, 3.º, pág. 314.

(423) Análogamente, SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-II, núm. 161, pág. 1041) dice «que la extinción total de las cosas reservables o la de su derecho por causa imputable al causante o descendiente de quien los heredó el ascendiente es motivo suficiente para la extinción de la obligación de reservar, si sobreviene antes de la muerte del reservista».

c) *Aumentos.*

Los incrementos de valor de los bienes reservables pueden ser aparentes—debidos a disminución del valor de la moneda—o reales, y éstos, a su vez, intrínsecos o extrínsecos. El plusvalor aparente y el real intrínseco indudablemente seguirán el curso y los eventos de la reserva. En cambio, surgen interesantes cuestiones con referencia al plusvalor extrínseco de los bienes reservables, es decir, debido a mejoras del reservista.

No ofrece duda que las mejoras hechas por el reservista deberán seguir el principio de la accesión, entendiéndose que lo dispuesto en el artículo 358 C. c. se refiere, no sólo a la propiedad actual sino a las peripecias ulteriores de ésta derivadas de causas anteriores al hecho que produjo la accesión. Pero la cuestión se plantea al tratar de determinar si el reservista tendrá derecho no sólo a las impensas necesarias (que corresponden incluso al poseedor de mala fe, según el art. 453, § 1.º) y al *ius tollendi* de las suntuarias (art. 454), sino también a las útiles o mejoras. Y, asimismo, en precisar si en estos supuestos los reservatarios tendrán en su día la misma opción que al propietario concede el apartado final del § 2.º del artículo 453 entre satisfacer el importe de los gastos útiles o abonar el aumento de valor que por razón de ellos haya adquirido la cosa.

El derecho del reservista a las mejoras puede plantearse dogmática o teleológicamente.

Por el primer camino—que insistimos en repetir que no aceptamos por estimarlo jurídicamente incorrecto—podría discutirse la asimilación del reservista: al usufructuario (en virtud de la cual, conforme al artículo 487 C. c. no tendría derecho a ser indemnizado, sino únicamente a retirar las mejoras «si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes»); al obligado bajo condición suspensiva (que llevaría a igual resultado, por la remisión que hace del art. 1.122, núm. 6, C. c. a los derechos correspondientes al usufructuario) o bajo condición resolutoria (con igual solución por la remisión del art. 1.123 § 2 al 1.122); al comprador bajo pacto de retro (que le daría derecho a ellas, según el art. 1.518, número 2.º), o al heredero gravado con sustitución fideicomisaria (que también le conferiría el derecho a deducir las mejoras, conforme al art. 783, § 2.º C. c.).

Teleológicamente fué correctamente resuelta esta cuestión por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de diciembre de 1933, que después de rechazar la asimilación de los derechos del reservista y del usufructuario, y de proclamar la mayor densidad de aquél, señaló como razón fundamental para conceder a los herederos del reservista derecho a las mejoras y gastos útiles hechos por éste en los bienes reservados, e incluso el derecho de retención de estos bienes mientras aquellos gastos no les fueran abonados, «en primer lugar, porque aún en el caso de ser conocidos los reser-

vatarios [al hacerse las mejoras], no será fácil obtener de los mismos, dado lo condicional de su derecho, los capitales necesarios para la subsistencia [«y mejora», debiera haber añadido] de la cosa; en segundo término, porque ha de evitarse el desamparo de los bienes por el titular aparente, con daño de la economía nacional, y en fin, porque, dada la íntima unión existente entre la reserva troncal y el derecho hereditario, podría, con la solución contraria, favorecerse el enriquecimiento ilícito de los reservatarios» (424).

Por otra parte, por éstas y parecidas razones estimativas—no dogmáticas—, nos parece indudable que el derecho de los reservistas a las mejoras no puede valorarse menos que las del heredero sujeto a sustitución fideicomisaria o del comprador vinculado por el pacto de rétro.

La Academia Matritense del Notariado, en su sesión académica de 30 de mayo de 1894, había adoptado por mayoría el acuerdo de estimar aplicable al reservista respecto a las mejoras lo dispuesto en el Código civil para el poseedor de buena fe, lo cual también le conferiría derecho al abono de las correspondientes impensas (425).

La opción del § 2 del artículo 453 C. c. creemos que corresponde a la regulación general sobre las mejoras y que, por tanto, debe aplicarse en todo caso cuando otra regla más específica no la derogue o una *ratio* más concreta no elimine su *ratio legis* genérica.

d) *Ejercicio de derechos o facultades de adquisición preferente.*

Otro tema a tratar sería el relativo a determinar la repercusión de la reserva con relación a las opciones, tanteos y retractos y al derecho de suscripción preferente de nuevas acciones o participa-

(424) La Sentencia de 7 de febrero de 1952 pudiera haber reiterado la de 4 de diciembre de 1944 si el recurso hubiera sido bien planteado y si en las instancias hubiese discutido la cuestión. Ni una ni otra cosa ocurrieron, según el segundo considerando, a juicio de la Sala primera del Tribunal Supremo, pues declaró «que igualmente procede la desestimación del segundo motivo, porque alegándose en él, al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el fallo recurrido no contiene declaración alguna sobre el derecho que corresponde a uno de los demandados, como poseedor de buena fe, a retener los bienes reservables que posee, en tanto no se le abonen los gastos y mejoras útiles realizadas en ellos, no se hace cita, como para la casación por esta causa exige una jurisprudencia reiterada del artículo 359 de la Ley Procesal, relativa a la incongruencia, en la que no puede haber incidido el Tribunal de instancia, puesto que en ninguno de los escritos fundamentales del pleito fué requerido para el pronunciamiento en cuya omisión fundan los requirentes el motivo».

(425) Fol. 134 del correspondiente libro de actas. Dice su conclusión 20.ª: «Respecto a las mejoras de los bienes reservables tendrá el ascendiente o sus causahabientes los derechos que el Código concede en el capítulo 3.º, título 5.º del lib. 2.º» Y antes, paralelamente, la conclusión 19.ª que: «La liberación de cargas de los bienes sujetos a reserva realizada por

ciones sociales, cuando aquellos derechos hubiesen formado parte del caudal reservable o bien, aquéllos o éstos, dimanen *ob rem* de la titularidad de bienes reservables. Pero su examen requeriría un estudio aparte, pues no sólo habría que analizarlo desde el ángulo de la reserva, sino también enfocándolo a través de los derechos de adquisición referidos y del mismo objeto al cual ésta se refiera.

Únicamente trataremos, por tanto, de precisar brevemente el panorama que desde la reserva nos ofrece la cuestión.

Desde este punto de vista hemos de distinguir: a) Los derechos o facultades de adquisición integrantes del caudal reservable (verbi-gracia, un derecho de opción o un derecho a retraer un bien vendido con pacto de retro, que el descendiente hubiere habido a título gratuito de otro ascendiente y que de aquél hubiere heredado por ministerio de la ley el ascendiente reservista); b) Los derechos de dicha especie derivados *ob rem* de la titularidad de bienes reservables (v. gr., retracto de comuneros o de colindantes derivados de la titularidad de alguno de los bienes integrantes del caudal reservable, o derecho de preferente suscripción o preferente compra de acciones o participaciones sociales integrantes de la reserva) y nacidos después de heredados dichos bienes por el reservista.

De los varios problemas, que en uno y otro caso se plantean:

I) No nos ofrece duda que el reservista, *como propietario*, pleno aunque sometido a las limitaciones dispositivas que la reserva implica, es el único que podrá decidir el ejercicio o no de todos dichos derechos de adquisición preferente.

II) En cuanto a la sujeción o no a la reserva del bien adquirido por el ejercicio de dichos derechos o facultades, creemos que la solución debe ser afirmativa en los supuestos a), y nos inclinamos a estimar que debe ser negativa en la hipótesis b). En aquéllos, la titularidad misma del derecho o facultad está sujeta a la reserva. En éstos, su ejercicio dimana de la propiedad de un bien reservable que actualmente sólo al reservista corresponde, y entendemos que la limitación de la reserva no puede extenderse al bien adquirido. 1.º) por el carácter restrictivo con el cual debe interpretarse la limitación que el **811** implica; que impide su extensión a nuevos bienes no originariamente sujetos a ella, ni resultantes de derechos ya nacidos al nacer la sujeción, aunque luego deriven *ob rem* de la titularidad de algún bien reservable; 2.º) porque el riesgo de la adquisición debe recaer en el único sujeto que puede ejercitar esos derechos preferentes a realizarla y, es lógico que, correlativamente, sólo a él correspondan los resultados favorables. Exceptuamos de esa solución los supuestos en que la adquisición la verifique el reservista con importe reservable atribuyendo a la adquisición efectos subrogatorios.

el ascendiente hace a éste y, por tanto, a sus causahabientes, acreedores de su importe para con los parientes dentro del tercer grado que obtengan los bienes reservados».

III) En las hipótesis a), es decir, cuando el bien adquirido queda sujeto a reserva, no ofrece duda—por lo dicho al hablar de los incrementos—que el reservista tendrá derecho a la restitución del precio pagado y gastos realizados de su propio peculio en ejercicio del derecho o facultad de adquisición reservable.

IV) En las hipótesis b), es decir, cuando el bien adquirido no queda sujeto a reserva, habrá que apreciar si el derecho de adquisición preferente lleva consigo su adquisición a precio inferior al valor real, lo cual supondría la transfusión de parte del valor que tenía la cosa reservada al de la adquirida por razón del derecho preferente derivado de la titularidad real de aquélla (v. gr., en el caso de titularidad de una acción y derecho de preferente adquisición de otra u otras por precio inferior a su real valor, el ejercicio de éste supone la transfusión de parte del valor representativo del patrimonio social, correspondiente a aquélla, a la adquirida más barata). Creemos que, en ese caso, deberá ser reservado ese valor transfundido, concretado en el número de acciones o participaciones que lo representen con relación al total adquirido, en la proporción existente entre el precio pagado y el valor adquirido. Esta solución es más justa, pues evita los problemas que por la inestabilidad monetaria se originarían si hubiere que compensar en metálico aquel valor transfundido.

Lo que en caso alguno estimamos admisible es la pretensión de aplicar a la reserva, por pretendidas analogías dogmáticas, las soluciones aplicables al usufructo o a la titularidad de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria (426).

(426) Respecto al derecho preferente de adquisición de acciones usufructuadas o fideicomitidas tenemos interesantes trabajos, verbigracia, limitándonos a algunos españoles: LARRAZ: *El usufructo y sustitución fideicomisaria sobre títulos valores*, en «Rev. Der. Mercantil», vol. IV, 1947, págs. 7 y sigs.; JULIO MARTÍNEZ DE LA FUENTE: *El derecho del usufructuario de acciones de sociedades sobre las reservas sociales y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones*, «Rev. Der. Merc.», II, págs. 71 y sigs.; F. SUÁREZ DE FIGUEROA: *Comentarios sobre el derecho del accionista de compañías mercantiles a suscribir nuevas emisiones cuando están separados el usufructo y la nuda propiedad*, «Rev. Der. Merc.», IV, págs. 249 y sigs.; MANUEL DE BOFARULL Y ROMANA: *El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios*, discurso de recepción a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (14 junio 1947); BORRELL MACIÀ: *Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo*, en «Rev. Der. Priv.», XXXIII (1949), págs. 1061 y sigs.; ANTONIO BOUTHELIER: *El derecho de suscripción preferente de nuevas acciones*, en «Rev. Der. Merc.», X, 30 (1950), págs. 340 y sigs.; GABRIEL GARCÍA CANTERO: *Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas*, en AN. DER. CIV., V-III, (1952), págs. 996 y sigs.; FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, en AN. DER. CIV., V-IV, págs. 1200 y sigs. Ver también JOAQUÍN DE DELMASES: *El usufructo de derechos* (Madrid, 1932), págs. 220 y sigs.; ELOY SÁNCHEZ TORRES: *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles* (Madrid, 1946), págs. 77 y sigs.; RODRIGO URÍA, en los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas de GARRIGUES y URÍA* (Madrid, 1952), vol. I, págs. 432 y sigs.

§ 4.º ANÁLISIS DE LA RESERVA PENDIENTE (continuación).

B) Posición de los reservatarios.

22. *Expectativa*, como hemos deducido antes (II, § 2.º, números 13 a 16), es la posición de los reservatarios durante la pendencia de la reserva. Pero ese concepto de la expectativa de los reservatarios es necesario delimitarlo. Como datos comprobados estimamos, que:

a) *Se trata de una expectativa jurídica, jurídicamente protegida.* Acabamos de ver el lado pasivo de esa protección, básicamente constituido por la sujeción del reservista; seguidamente deberemos analizar su lado activo, definido por las medidas de seguridad tendientes a evitar que la expectativa se frustre y que la ley pone en manos de los presuntos reservatarios o de quienes están legitimados para la defensa de sus intereses.

b) *No supone derecho actual alguno «sobre» los bienes.* Gramatical y lógicamente los dos términos que integran la expresión *derecho expectante* se repelen e igualmente los que comprenden la expresión *derecho futuro*. Se es o no se es; *lo expectante, lo futuro, se espera que llegue a ser, pero no es aún.* También hemos visto que conceptualmente *la teoría dogmática del derecho condicional se diluye en un «no derecho» actual*; en una expectativa a llegarlo a ser, jurídicamente protegida por una sujeción del titular actual y por el poder de exigir medidas de seguridad que protejan su contenido futuro. No hay ni puede haber actualmente derecho real, ni siquiera se sabe cuál será su sujeto y éste puede no existir todavía. La protección actual de la expectativa de derecho futuro y eventual, ni tampoco su contenido, cabe equipararlas a un *ius in re* actual. El razonamiento de la Sentencia de 1 de abril de 1914 no puede ser más inconsecuente. La deducción de que la limitación actual del derecho del reservista sobre los bienes, implica necesariamente la existencia actual de un derecho de los reservatarios sobre los mismos bienes, parte de la visión individualista del derecho formulado por Kant (427):

«El concepto del Derecho, en tanto se refiere a una vinculatoriedad derivada de él..., tiene por objeto, en primer término, sólo la relación externa y práctica de una persona con otra, y en tanto que sus acciones puedan tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente.» De lo que Winscheid (428) derivó que el Derecho sólo conoce deberes como correlativos de derechos. Pero como ha observado nuestro querido profesor de Castro (429):

(427) I. KANT: *Introducción a la teoría del Derecho*, § B, en versión española de FELIPE GONZÁLEZ VICÉNS (Madrid, 1954), pág. 79.

(428) BERNARDO WINSCHIED: *Il Diritto delle Pandette*, traducción italiana de FADDA y BENZA, tomo II (Turín, 1925), § 287, nota 6, pág. 125.

(429) FEDERICO DE CASTRO: *Op. y vol. cit.*, parte V, cap. I, II, 2, c. pág. 385.

«Las necesidades de la técnica jurídica hicieron reconocer ya la independencia y la primacía del deber jurídico respecto al derecho subjetivo.» La irrevocabilidad de las situaciones de dependencia no presupone la existencia actual de derecho en la persona o personas a quienes pueda beneficiar. Lo que supone es una *sujeción* de una o de las dos partes *para proteger* un interés de la otra, de ambas o de terceras personas, determinadas o no específicamente (supuestos de interés público, familiar, etc.). Protección que es distinta a la del derecho subjetivo, pues no requiere actuación volitiva del sujeto protegido (salvo en la formalización o renovación) para que la sujeción nazca o para que sea eficaz *erga omnes*, y es más fuerte que ella, pues no puede ser violada, ya que cualquier negocio de disposición contrario a la sujeción será ineficaz respecto a ella (430).

c) *Tampoco supone un crédito actual* «a» los bienes, como *reverso da la obligación de reservarlos*, pues no sólo lo impide la futuridad del derecho sino también la incertidumbre, indeterminación e, incluso, posible inexistencia actual del sujeto que en su día podrá exigir su transmisión y entrega. Hay, por tanto, en este caso, mayores razones que las esgrimidas por Planiol, Ripert y Esmein (431) para negar la actualidad de la obligación condicional: «La condición—dicen—a diferencia del término, suspende la formación del derecho en sí mismo. En tanto la condición suspensiva está aún pendiente, se puede decir que la obligación no existe. Se tiene únicamente la esperanza de verla nacer un día. *Nihil adhuc debetur, sed spei est debitum*. Por consiguiente, ninguno de los efectos propios de la obligación debe producirse.»

En la reserva pendiente puede haber sujeción, pero no obligación actual, y menos aún crédito, si ni siquiera se conoce el sujeto, que tal vez aún no exista y quizá no llegue jamás a existir. Mal puede existir un crédito a los bienes, si se desconoce a quién corresponderá y se ignora si ese futuro sujeto ya existe físicamente o si aún ha de nacer. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 1916, que en su cuarto considerando afirmó que no puede ostentar carácter de acreedor «quien como el reservatario tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, sino expectante por lo inseguro e incierto».

d) *Hay unas personas estimadas como posibles destinatarios del derecho futuro y otras personas obligadas o facultadas para velar para que no se frustre su expectativa y la de los posibles futuros sujetos que aún no existen o que aun existiendo carecen de capacidad para ello, todas las cuales están legitimadas para exigir al reservista el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los artículos 977 y 978 C. c. y 184 L. H.* Así resulta de los artículos 185 y 187 Ley Hipotecaria, que llevan a la consecución del resultado de asegurar *erga omnes* la eficacia de la sujeción del reservista,

(430) Ver RUBINO: Op. cit., págs. 268 y sigs. y en especial al 275 *in fine* y sigs.

(431) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: Op. cit., VII, núm. 1.030, pág. 379.

la cual se obtiene mediante la constatación del carácter reservable de los inmuebles y de la formalización de hipoteca que garantice las restituciones que, en su caso y en su día, se deberán a quienes lleguen a consumir la reserva.

Del examen de esta posibilidad de exigir dichas medidas, resulta que *en sí misma* no tiene como reverso una vinculación real (432), ni tampoco una obligación de transmitir, *sino una simple obligación de asegurar, de garantizar una eventual y futura restitución*. No puede ser, pues, el lado activo de un derecho *en la cosa (in re)*, sino únicamente un poder jurídico subordinado, dirigido a que no se malogre previamente el contenido económico, ya existente, que deberá corresponder, en su día, al derecho, actualmente aún no nacido, de los definitivos reservatarios. *La potestad de exigir las medidas de seguridad sólo corresponde como anverso a la obligación de asegurar previamente, por si llega a nacer, ese derecho que se ha previsto pero que aún no existe*. Como ya observaron Díaz Cobeña (433), Sánchez Román Gallifa (434) y Felipe Clemente de Diego (435), en vida del reservista la única facultad de los reservatarios presuntos es la de ejercitar las acciones de garantía y aseguramiento previstas por la ley.

e) *No se trata de una expectativa-germinal, sino de una expectativa puramente especulativa*. Es decir, no corresponde a un concepto genético, sino a un simple cálculo de posibilidades y probabilidades. Una y otra especie de expectativa pueden ser jurídicamente protegidas, pero aun en ese caso sólo se asemejarán en esa protección, nunca en su esencia intrínseca.

La expectativa de los reservatarios se contempla *desde* la muerte del descendiente y *por razón* del parentesco con éste, pero no

(432) El anverso de la vinculación real del reservista se halla en el futuro. La sujeción se anticipa al derecho para evitar la desaparición del contenido económico que ha de corresponderle y proteger así a sus posibles futuros titulares en atención de un interés que es familiar más que individual.

(433) DÍAZ COBEÑA (Op. cit., dic. XIV, C, pág. 237) observó «que se confunden como si fueran una misma cosa, dos que en realidad son diferentes, a saber: la obligación de reservar ciertos bienes a favor de personas llamadas a heredarlos en su día y el derecho de éstas a exigir ciertas garantías que aseguren la conservación de los mismos, y el derecho respectivo de aquéllas para participar todas o sólo algunas con exclusión de las otras, de los bienes reservados, el cual como sucesorio no adquiere efectividad ni puede apreciarse hasta el momento de fallecer el que viene obligado a la reserva».

(434) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA (Discusión citada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, ver en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 148, pág. 457) observó que «hasta la muerte del reservista, el reservatario sólo tiene una esperanza de derecho, y por eso no está facultado sino para exigir la adopción de medidas de precaución».

(435) DE DIEGO: *Instit...*, vol. cit., pág. 201) aseveró que, mientras vive el reservista, los reservatarios «sólo tienen una expectativa o esperanza de derecho que les autoriza para tomar medidas conservatorias o de garantía».

deriva de ese descendiente. No puede decirse que la expectativa deriva de su voluntad ni de su patrimonio. Mientras en las sustituciones fideicomisarias la expectativa del fideicomisario, en vida del fiduciario, y su derecho, al morir éste, derivan de la voluntad del fideicomitente, nada de esto ocurre en las reservas que no nacen de la voluntad expresa ni tácita del descendiente, sino de una estimación objetiva hecha por la ley en ausencia de esa voluntad. Por ser puramente una previsión y no un germen, la expectativa de los reservatarios tampoco puede decirse que dimana del patrimonio del descendiente, en el que no se hallaba, ni que esa expectativa se transforme genéticamente en el derecho que los reservatarios obtienen al fallecer el reservista. La expectativa se confirma y el derecho nace del mismo modo como el mero cálculo de probabilidades precede a su realización y con ella se confirma como exacto; muy diversamente de como el germen se transforme en ser o fruto o el feto en parto, e incluso de como se produce una transformación química.

f) *Objetivamente la expectativa se refiere en principio a bienes específicos o genéricos, aun cuando formen una masa de la que haya que deducir las deudas del descendiente, pero susceptibles de alteración objetiva, hasta poder llegar a transformarse en una cifra de valor.* Así lo observamos en el epígrafe anterior, al que nos remitimos.

23.—*Medidas de protección que el Derecho brinda a los reservatarios.*

Con respecto a la reserva viudal, de los artículos 977 y 978 del Código civil y del § 1.º del 184 L. H. resulta que el viudo o viuda obligado a reservar por repetir matrimonio debe:

- a) Hacer inventario de los bienes.
- β) Inscribirlos, si ya no lo estuvieren, y, en todo caso, hacer constar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles.
- γ) Tasar los muebles.
- δ) Y, asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas en el artículo 978, es decir:
 - 1.º «de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales o procedieran de dote inestimada; o el de su valor, si procediesen de dote estimada»;
 - 2.º «de los deterioros ocasionados o que se ocasionen por su culpa o negligencia»;
 - 3.º «del precio que hubiese 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.
 - 4.º «el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados».

En los epígrafes inmediatos anteriores hemos intentado interpretar esas disposiciones en cuanto al contenido de la obligación

del reservista. Ahora tratamos de ver su reverso, es decir, la facultad de exigir su cumplimiento por los reservatarios o por quienes representen sus intereses.

Bajo este prisma, la primera cuestión a dilucidar es la medida en que los reservatarios del artículo 811 pueden exigir al descendiente reservista que dé cumplimiento a esas obligaciones. Enfocando su reverso, el artículo 184 L. H., después de haberse remitido, respecto los deberes del binubo reservista, al artículo 978 Código civil, agrega en su § 2.º que: «Iguales obligaciones [a las indicadas en su § 1.º respecto al binubo] tendrán el cónyuge viudo en el caso del artículo 980 del Código civil y el reservista en el del artículo 811 del mismo cuerpo legal, en cuanto les sean aplicables.»

¿En qué medida se da esa aplicabilidad al supuesto del 811? Al comenzar la segunda parte de este trabajo (II, § 1.º, número 4.º, c) y tratar de la integración del 811 por las normas reguladoras de la reserva clásica, nos ocupamos de esa cuestión. Conviene que ahora recordemos las conclusiones obtenidas, remitiéndonos en cuanto al detalle del razonamiento allí referido. Sintetizadas son:

1.º Si el ascendiente sujeto a la reserva del artículo 811 contrae segundas nupcias, resulta evidente la aplicación integradora de los artículos 977 y 978, como se estimó en los casos contemplados en las Sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897.

2.º Si el reservista no tiene descendencia común al otro ascendiente, también debe imponérsele el cumplimiento de tales obligaciones de acuerdo con la Sentencia de 6 de julio de 1916 y la Resolución de 23 de julio de 1910.

3.º Si aun teniendo descendencia sólo íntegramente común al otro ascendiente, este otro, a su vez, dejó descendientes no comunes, éstos pueden exigirle el cumplimiento de dichas obligaciones—sin que ello prejuzgue si tendrán o no derecho a la reserva si al fallecer el reservista sobrevive algún descendiente común. La Sentencia de 19 de enero de 1935, con esa salvedad, lo reconoció a un medio hermano del descendiente, hijo del otro ascendiente pero no del reservista.

4.º Si los descendientes de ambos ascendientes son íntegramente comunes, no cabe que éstos, mientras el reservista no contraiga nuevas bodas, le exijan el cumplimiento de las medidas de seguridad en cuestión, según la Sentencia de 3 de noviembre de 1931.

Aparte de la facultad de exigir el cumplimiento de las referidas obligaciones al reservista, que los reservatarios podrán ejercitar de acuerdo con el artículo 185 L. H., la jurisprudencia les ha negado toda otra facultad en vida del reservista.

Así tenemos:

Las Sentencias de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912 negaron a los reservatarios el derecho a intervenir en las operacio-

nes de la partición de la herencia del descendiente, practicadas por el reservista, y sólo les reconocieron el derecho a exigir las medidas de garantía y aseguramiento de la entrega, en su día, de los bienes o de su verdadero valor. La citada Sentencia de 7 de noviembre de 1912, en su segundo considerando, razonó que «hasta la muerte del reservista, no puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectativa de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele para ejercitar otras acciones que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión» (436).

Y la Sentencia de 6 de julio de 1916—de la que ya nos hemos ocupado—negó a los reservatarios el derecho a exigir de un reservista, carente de inmuebles con que asegurar con hipoteca la reserva de unos valores, que los depositara en el Banco de España o en otro establecimiento oficial de crédito. En su quinto considerando declaró que «no puede atribuirse a imprecisión u olvido del Código el que no se establecen más reglas de garantía con relación a los bienes muebles reservables que las antes anotadas aun en el caso de que el reservista carezca de bienes propios para constituir su hipoteca, porque ya se cuida para suplir esa carencia de adoptar precauciones análogas a la que el recurrente señala, como lo evidencian sus artículos 1.355 y 1.388, pero es cuando se trata de asegurar derechos definidos y ciertos desde el momento en que se adquieren, como son los que tiene la mujer en sus bienes dotales y el marido en los parafernales».

Ese repaso nos hace reafirmar en la apreciación de que los presuntos reservatarios en vida del reservista carecen de todo derecho *en los bienes y a los bienes* reservables y que sólo pueden exigir de éste el cumplimiento de las medidas de seguridad, previstas en los artículos 977 y 978 del Código civil, que sean de aplicación, como dice el artículo 184 de la Ley Hipotecaria, para evitar la pérdida del contenido económico que, en su día correspondiere al derecho de quienes en definitiva resultaren favorecidos por la reserva si ésta llegare a consumarse.

24.—¿ Quiénes tienen la expectativa y quiénes pueden exigir la efectividad de las medidas tendentes a asegurarla?

El artículo 811 dispone la reserva «a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden». En la primera parte de este trabajo (437)

(436) La Academia Matritense del Notariado, en su sesión académica de 30 de mayo 1894 (fol. 134 del Libro de actas correspondiente) ya había llegado a esta conclusión: «15.* En la partición de bienes del descendiente, no tiene derecho en razón de la reserva para intervenir ninguno de los parientes dentro del tercer grado que a la sazón existan, ni representante suyo, por consiguiente.»

(437) I, § 4, núms. 22 a 28, págs. 68 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 693 y sigs.

nos hemos ocupado de determinar: qué personas deben entenderse comprendidas en la línea de que habla el 811; cuál es el punto de arranque para contar el grado de parentesco, y en discutir la unidad o diversidad de los requisitos de pertenecer a la línea y de hallarse dentro del tercer grado. Ahora debemos examinar si todas las personas que en vida del reservista reúnen las circunstancias previstas en el 811 tienen en el primer período de la reserva igual expectativa a los bienes reservable y si indistintamente cualquiera de ellas puede exigir la adopción de las medidas de seguridad a que viene obligado el reservista.

a) *¿Quiénes tienen derecho propio a exigir la constitución de dichas medidas?*

No ofrece duda que quienes en vida del reservista se hallen respecto al fallecido descendiente en el ámbito familiar marcado en el artículo 811, tendrán sin excepción la esperanza—con mayores o menores posibilidades o probabilidades—de obtener la reserva. También es evidente que la protección jurídica, que a través de las medidas de seguridad garantiza la reserva, a la vez, defiende su expectativa. Pero cabe preguntar si corresponde a todos igualmente el poder de exigir al reservista el cumplimiento de sus obligaciones de asegurar la reserva; o bien, si la existencia de presuntos reservatarios reputados preferentes impedirá que los demás tomen la iniciativa de reclamar la adopción de las medidas de seguridad que la ley obliga al reservista que cumplimente.

Díaz Cobeña (438) estimó que todos los presuntos reservatarios incluso en caso de concurrencia de reserva viudal y lineal, podían concurrir simultáneamente en la expectativa y en el derecho a exigir las garantías, característico del primer período de las reservas. A nosotros, en cambio, no nos parece tan claro que la solución sea ésta con respecto a poder exigir las garantías.

Recordemos que la Sentencia de 3 de noviembre de 1931 negó a los hijos comunes de ambos ascendientes derecho a exigir a su padre, el reservista, que permanecía viudo, la constitución de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 del Código civil (concretamente, en aquel caso, se discutía la constitución de hipoteca en garantía del precio de un inmueble vendido). Su tercer considerando atendió a la circunstancia de que el padre reservista se conservaba en estado de viudez, y apoyado en ella argumentó: que «estas garantías solo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, mas en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas imposiciones, como gravas que son, no pueden interpretarse con sentido amplio ni aplicarse

por analogía». Sin embargo esa limitación, para el caso de conservarse viudo el reservista, solo parece aplicable en el supuesto de que éste tenga descendencia común al otro ascendiente, pero no —como se deduce del considerando primero de la Sentencia de 6 de julio de 1916— cuando carezca de ella.

Pero las cuestiones que, con relación al punto de que nos ocupamos, se derivan de la doctrina de aquella sentencia consisten en determinar *si habiendo hijos comunes a ambos ascendientes pueden los demás parientes que se hallen dentro del tercer grado exigir al ascendiente que se conserve viudo la constitución de aquellas garantías y, en caso contrario, si no conservándose éste viudo podrán exigirselas, en especial si los descendientes comunes no las exigen*. La Sentencia de 19 de enero de 1935, respecto de esa exigencia de tales garantías y medidas de seguridad, declaró «que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeren causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas, cuando quien las pide... sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente» [en ese caso un hermano uterino del descendiente e hijo de un matrimonio anterior de la madre], sin prejuzgar si al consumarse la reserva el reclamante tendrá derecho o no alguno a la reserva en concurrencia con el descendiente común de ambos ascendientes y hermano del descendiente.

Pero cabe preguntar *si ese derecho, reconocido a un afín que era descendiente del otro ascendiente, ¿se hubiera concedido a otros parientes que no tuvieran ese carácter específico de descendientes de aquél?* Creemos que no. Si los hijos comunes no pueden exigir la constitución de dicha medida; nos parece evidente que existiendo éstos y no solicitándolo, menos podrá admitirse su exigencia a los demás parientes comprendidos en el 811 que no sean descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes. Y, siendo así, si por haber contraído el ascendiente reservista nuevas nupcias, los descendientes comunes pueden exigir las, pero no las exigen, tampoco podrá aceptarse que las reclamen los demás parientes de la línea y grado favorecidos que no sean, como se ha dicho, descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedieran los bienes.

b) *¿Quiénes están legitimados sin ser presuntos reservatarios para exigir su constitución?*

Vistos quienes son los presuntos reservatarios lineales legitimados para exigir al descendiente la constitución de las medidas de seguridad previstas en el Código civil, para la reserva clásica, y en la Ley Hipotecaria, para ambas reservas, debemos precisar que otras personas, sin reunir dicha condición, están legitimadas para reclamarlas en defensa de los intereses de presuntos reservatarios.

El artículo 185 L. H. en su apartado primero dice que: *Cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad, sólo ellos*

podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo anterior; si fueren menores o incapacitados, lo exigirán en su nombre las personas que deban representarlos legalmente. Pero seguidamente el artículo 187 L. H. añade en sus dos primeros apartados que: *Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores, los derechos reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes, cualquiera que sea su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.* ¿Cómo armonizar estos preceptos?

Roca Sastre (439), al enunciar las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca y demás garantías de la reserva y citar las enumeradas en el artículo 185, comenta que: «Si no la exigen [los reservatarios ciertos y mayores de edad], nadie más puede pedirla, pues en este caso, como indicaba la exposición de motivos de la ley de 1861, se entiende que renuncian a ella.» Y anota que: «Queda sin resolver qué ocurre cuando el reservatario sea persona incierta.»

Fundamentalmente dos criterios pueden presidir la armonización de los artículos 185 y 187 L. H. Uno concreta cronológicamente la limitación subjetiva del artículo 185; el otro limita los supuestos de aplicación de la extensión subjetiva del artículo 187. El primero, se apoya en las primeras palabras de este último: *Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar*; y consiste en concretar cronológicamente al término de ciento ochenta días la limitación de los legitimados para reclamar las medidas contenidas en el artículo 185 L. H. El segundo, apoyado fundamentalmente en la exclusión, a dicho fin, de cualquier legitimado que no sea reservatario presunto cuando éstos sean ciertos y mayores de edad, dispuesta en el primer apartado del artículo 185, entiende que el artículo 187 L. H. sólo puede referirse a los supuestos en que los reservatarios sean inciertos o, incluso también—con un criterio algo menos restringido—, si siendo los reservatarios menores e incapacitados las consiguientes garantías no hubiesen sido constituidas en el término de los ciento ochenta días. Este segundo criterio—en cualquiera de sus dos posiciones—parece más racional que el primero, dado que personas ciertas y plenamente capaces no deben necesitar que otros velen por sus intereses, y en realidad así lo confirman los términos absolutos y terminantes del primer inciso del artículo 185 Ley Hipotecaria.

Ahora bien, ¿puede ocurrir alguna vez que todos los reservatarios del 811 sean ciertos (440)? Sin duda que sí, cuando los pa-

(439) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, vol. IV, tema LXXIV, página 677.

(440) *Ciertos* en el sentido de que no pueda haber ningún otro posible reservatario. No en el de que los existentes lleguen a consumir la

rientes de primer y segundo grado ya no puedan tener más descendencia, cosa que en la práctica resultará casi siempre muy difícil, si no imposible, de saber y demostrar; y evidentemente serán ciertos cuando si bien haya parientes de tercer grado de la línea de procedencia de los bienes, ya no viva pariente alguno de primero y segundo grado. En esos casos, parece claro que el apartado primero del artículo 187 L. H. no será aplicable.

Y en los demás casos, ¿será siempre de aplicación este artículo 187? Creemos que tampoco. Si, como hemos entendido, habiendo hijos comunes todos mayores de edad y capaces y no teniendo el otro ascendiente descendencia no común al reservista; sólo aquéllos hijos comunes pueden exigir la adopción de las medidas que aseguren la reserva, parece que, con mayor razón, tampoco cabrá la intervención de los parientes de cualquier grado, ni del albacea del cónyuge premuerto ni del Ministerio Fiscal para exigir el cumplimiento de repetidas medidas de seguridad.

Creemos, pues, que el apartado 1.º del artículo 187 L. H. sólo será aplicable: 1.º) Cuando quepa la posibilidad de que algún *concepturus* llegue a ser reservatario y, además, no existan descendientes comunes de ambos descendientes. 2.º) En todo caso, si alguno de los presuntos reservatarios, que de ser plenamente capaz hubiera podido reclamar la constitución de las medidas de seguridad, fuese menor o estuviese incapacitado y sus legales representantes no hubieran reclamado su formalización: o si, a su vez, cupiera algún posible reservatario *noudum concepti* que fuera hijo de un hijo común de ambos descendientes, premuerto con anterioridad a la fecha de reclamarse la constitución de las garantías.

25. *Renuncia a dicha protección y renuncia a la reserva pendiente.*

Hemos visto que los presuntos reservatarios tienen: en el ámbito puramente especulativo, una expectativa; en el campo propiamente jurídico, la posibilidad de exigir la adopción de determinadas medidas de garantía para que aquélla no se frustre por actos del reservista; y que, en su día y en su caso, podrán llegar a tener un derecho del que, por tanto, carecen en la actualidad y que ni siquiera existe por ser futuro y, además, incierto. También hemos comprobado que los reservistas sufren una sujeción que limita su libre disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa* de los bienes reservables.

Al estudiar la renuncia verificada por los reservatarios en vida del reservista resulta de interés recordar esa cuádruple distinción, entre: las medidas seguridad—exigibles o ya constituidas—; la expectativa de los reservatarios en potencia; el futuro derecho

reserva, cosa imposible de precisar, pues nadie puede asegurar la sobrevivencia del favorecido ni que lleguen a darse a su favor las demás circunstancias necesarias para que la reserva se consolide en su beneficio

que, todos o alguno de éstos, puede llegar a obtener, y la sujeción del reservista.

Si la expectativa en sí misma no tiene entidad jurídica, sino únicamente la tiene a través de su protección, y si es tan sólo una especulación, es decir, un cálculo de probabilidades y posibilidades, su renuncia no puede tener trascendencia como la tiene la renuncia a cualquier especulación que no por ella se disipe. De disiparse la expectativa habrá de ser por otras razones, entre ellas la renuncia a las causas que la den lugar (441). Por eso, cuando se hable de renunciar a la expectativa deberá entenderse que lo que realmente se renuncia es su protección jurídica, o su posible resultado futuro o ambas cosas a la vez.

Por tanto, habremos de estudiar las posibilidades de renuncia por los reservatarios en relación: a las medidas de seguridad—exigibles o constituidas—; a la reserva en sí, es decir, a la sujeción del reservista, y a heredar u obtener en lo futuro los bienes reservables.

Nunca ha ofrecido duda la autonomía de la renuncia a las medidas de seguridad respecto a la renuncia a los bienes reservables; pero, en cambio, creemos que no han sido debidamente discriminadas entre sí la renuncia a la reserva, como sujeción del reservista, y la renuncia a suceder en los bienes reservables.

a) La *renuncia a las medidas de seguridad* equivale a renunciar a la protección que significa la sujeción que sufre el reservista en su disponibilidad *inter vivos* de los bienes inmuebles reservables inscritos y a la garantía hipotecaria que asegure las restituciones que, en su día, deban realizarse con arreglo al artículo 978 Código civil. De ese modo, con dicha renuncia, la reserva queda limitada a no tener más que efectos personales y, por tanto, será imposible reclamar a adquirente alguno (salvo que sea *conscius fraudi*); ni los bienes reservables en vida del reservista sufren sujeción real alguna a la reserva. (Sólo a su muerte, su herencia estará sujeta a la reserva—en caso de que ésta se consume—, que afectará concretamente a los bienes relictos que específicamente resulten reservados y, también, al valor de los demás en cuanto a la restitución del equivalente pecuniario que se deba por razón de la reserva, conforme al art. 978 C. c., importe respecto al cual los reservatarios serán preferentes a los herederos del reservista

(441) Así, verbigracia, quien tenga un billete de lotería, para renunciar a la expectativa de ser premiado deberá: desprenderse del billete o destruirlo, esto es, renunciar a la realidad tangible presente en la que la expectativa se encarna, o bien renunciar preventivamente al futuro premio, si es que ello se estima posible, es decir, a la futura realidad. Lo inoperante sería renunciar a la expectativa en sí misma considerada, sin renunciar a su base real o a su futura realización, pues ello no sería sino renunciar a un mero cálculo de posibilidades, o sea, a una pura especulación, que no tiene valor en sí misma, sino únicamente en relación a la situación a la que como tal especulación se refiere.

y a los acreedores de éste). Cabe, también, renunciar sólo a alguna de las medidas de seguridad (v. gr. sólo a la constatación del carácter reservable de los inmuebles o sólo a la hipoteca que garantice las restituciones previstas en el art. 978 C. c.) o únicamente con respecto a determinados bienes y no con respecto a los otros, o a parte del valor asegurable o al rango correspondiente a la hipoteca, posponiéndola.

El asentimiento del reservatario a la venta por el reservista de bienes reservables, debe entenderse simplemente como renuncia a la sujeción *inter vivos* del reservista, de modo que éste podrá vender liberados de la reserva los bienes inmuebles, pero no como renuncia a que su valor sea reservable, ni a la sujeción *mortis causa* de ese valor o de los bienes no vendidos (442).

Esa renuncia a las medidas de seguridad podrá ser anterior a su constitución—es decir, referirse al derecho a exigir las—y, en ese caso, expresa o tácita, o bien, posterior a su constitución, supuesto que requerirá legitimación y capacidad suficientes a dicho fin en términos iguales a los que trataremos de hallar al ocuparnos de la renuncia por los reservatarios a la sujeción del reservista.

En contra, razonó Borrell i Soler (443) y esgrimió como premisa (*menor*) la trascendencia de conservar inscrita la cualidad de reservable, pues su desaparición equivale a negar al reservista la garantía que había tenido contra tercero, todo el tiempo que subsistió inscrita aquella cualidad de reservable; y negar tal garantía, en muchos casos equivale, prácticamente, a negar el derecho, que queda convertido en un símbolo sin utilidad. La conclusión por él formulada fué que: «Esto demuestra igualmente que, sin un motivo legal suficiente, no ha de ser lícito cancelar una condición que de tal manera salvaguarda derechos que la ley ha creído deber proteger con una hipoteca legal; es decir, que no pueden ser abandonados, si no es por justa causa, unos derechos que la ley trata como privilegiados.» La parte final de esa conclusión contiene realmente la premisa mayor de su razonamiento, lo que denuncia una petición de principio. Aparte de la falta lógica cometida al elevar a universal una proposición que no lo es, como

(442) En este sentido, véase ROCA SASTRE: *Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios*, en «Rev. Der. Not.», I-II (julio-diciembre 1953), págs. 287 y sigs. El asentimiento a la venta como libres de bienes reservables, no debe estimarse como renuncia a la reserva, sino sólo como renuncia a exigir la sujeción *inter vivos* de los bienes a ella afectos (y a las correspondientes medidas de seguridad). Lo creemos así por las razones que indica ROCA SASTRE en su magnífico dictamen, y, especialmente, en términos generales, por el criterio interpretativo del artículo 1.289, § 1.º C. c. de que todo acto gratuito debe ser interpretado en el sentido de que la transmisión o renuncia sea la menor entre los términos dudosos.

(443) ANTONI BORRELL I SOLER: *Miscelania jurídica*, en «Rev. Jur. de Cat.», XXXII, cit., págs. 312 y sigs.

denota, sin lugar a dudas, el primer inciso del artículo 185 Ley Hipotecaria. Por eso, aunque fuese cierta la premisa menor, que tampoco es universal—«en muchos casos», dice Borrell, luego «no siempre»—, como sea que de dos premisas particulares no se pueda derivar ninguna conclusión, según reza la regla 7.^a de los silogismos, falla el razonamiento.

Tampoco Marín Monroy (444) creyó renunciable «el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía». A su juicio, «la obligación es igual e independiente de la voluntad del reservatario; éste no obra por un derecho personal actual suyo al exigir las; puede no actuar, no exigir las, pero no liberar al reservista de obligaciones que podían exigirle otros posibles reservatarios»... «la renuncia de las garantías por el reservatario no puede, a nuestro juicio, liberar de sus obligaciones al reservista; de admitirse la liberación de éste de su obligación de garantizar, como muchas veces la garantía es la sustitución de los bienes reservables enajenados, la renuncia de la hipoteca por el hijo, en este caso, como al renunciar a que se haga constar el carácter de los bienes en el Registro, en el caso de que existan inmuebles, puede suponer, tanto para él como para el nieto, hijo suyo, la imposibilidad de que el derecho sea efectivo en su día y precisamente tal efectividad es el fin perseguido por la ley. Nadie puede renunciar a un derecho aún no adquirido; nadie puede renunciar a unas garantías legales que no dependen de un derecho subjetivo suyo, sino de una vocación legal colectiva, así que cualquier reservatario podrá exigir las, y la renuncia aun por todos los actuales a las garantías, implicará el que, al no exigir las ninguno no se constituyan, pero no obliga a otras personas a las que la ley faculta para exigir las en ciertos casos, ni puede liberar al reservista de su deber de prestar las, que no depende de la voluntad del reservatario sino de la Ley, precisamente como consecuencia inseparable de su reconocimiento de una facultad dispositiva en el reservista, implicaría, en realidad, el eludir la disposición legal, una vez enajenadas las fincas por el reservista».

Creemos que Marín Monroy mezcla cuestiones diferentes que llevan a su confusión. La relativa a quienes pueden y quienes, en ciertos casos, no pueden exigir la constitución de las garantías; la de determinar quiénes están legitimados para renunciar—que trataremos al estudiar de la renuncia a la reserva, propiamente dicha—, y la de precisar la eficacia de la renuncia a exigir las medidas de seguridad, que dependerá de quienes la renuncien o no ejerciten. Hecha la renuncia por todos los reservatarios, siendo plenamente capaces y no habiendo ninguno incierto, la renuncia evidentemente será plenamente efectiva. E incluso—como luego confirmaremos—por lo menos tratándose de la reserva viudal—si

(444) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmó.», VI, págs. 827 y sigs.

es hecha por todos los hijos comunes de ambos descendientes, juntamente con todos los hijos de hijos comunes premuertos.

Una cuestión importante plantea la renuncia tácita a pedir la constitución de las medidas de seguridad. Esta consistirá en dejar correr el tiempo sin exigir las. Sin duda implicará la ineficacia de facto de la sujeción del reservista respecto las disposiciones *inter vivos* a título oneroso que éste realice de los inmuebles inscritos que no estén registralmente afectos a la reserva, por su falta de constatación registral como reservables o por la no constitución sobre los mismos de gravamen hipotecario en garantía de las restituciones previstas en el artículo 978 C. c. En ese sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de diciembre de 1904, estimó «que tal omisión permitía suponer también que el interesado en la reserva no quiere hacer uso de su derecho, por cualquier causa o razón que para ello tenga».

De esta sentencia dedujo Sánchez Román (445) que la renuncia de los reservatarios puede ser tácita, entendiéndose por tal «la que resulte de una serie de hechos u omisiones como el abandono de su derecho por el reservatario al no instar en garantía de la obligación de reservar, el que conste en el Registro con su cuantía de bienes *reservables* los inmuebles que lo sean y dar lugar a que por el reservista hayan podido ser enajenados en concepto de libres».

Pero, en cambio, parece excesivo considerar esa omisión como renuncia absoluta a exigir en adelante la constitución de las garantías que aún sean posibles sobre los bienes que aún pertenezcan al reservista.

Puede ser que las medidas no se exigieran al principio y sí después, por razones que impliquen un cambio de confianza de los reservatarios respecto al reservista. Y no parece lógico que la confianza que se haya tenido, hasta un momento dado, equivalga a vincularse a seguir teniéndola, y a renunciar a pedir esas medidas, aunque las circunstancias que la motivaban hayan variado. No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de octubre de 1923, aceptó el criterio del Juzgado y la Audiencia, que habían estimado renuncia tácita a exigir las garantías, por no haber sido ejercitadas durante veintiseis años en un caso en que el reservista había inmatriculado un inmueble sin hacer constar su carácter reservable y sin que los presuntos reservatarios lo exigieran, los cuales habían intentado su ulterior ejercicio cuando luego, bastantes años después, el reservatario que sobrevivía (el otro había fallecido) reclamó la constitución de hipoteca para garantía de la restitución del importe del inmueble en cuestión que el reservista había vendido.

b) *La renuncia a la reserva, es decir, a la sujeción inter vivos*

(445) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., VI-II, núm. 161, c. 2.º, pág. 1041.

y mortis causa del reservista, tanto en su ámbito real como en el personal, ha sido confundida repetidamente con la renuncia a suceder en su día en los bienes reservables. No es de extrañar tal confusión en quienes ven en la reserva un modo especial de suceder, bien sea: retardadamente al descendiente, en la lineal, o al cónyuge premuerto o a la persona de quien en consideración a éste hubo los bienes el cónyuge binubo, en la binupcial (446), o bien sea al reservista, en una y otra reserva (447). Pero antes hemos comprobado la inexactitud de ambas tesis (448).

Si queremos medir exactamente la dimensión del tema en la reserva lineal, deberemos examinarlos previamente en la reserva clásica a través de su evolución desde el Derecho común al Código civil. Por eso nos sujetaremos a este orden, acometiendo dicho examen previo.

a) *Renuncia a la reserva clásica antes del Código civil.*

La común opinión de los autores de Derecho común entendió que la renuncia de todos los hijos del anterior matrimonio e incluso el consentimiento de dichos hijos a las nuevas nupcias de su padre o madre, liberaban o redimían a éste de las limitaciones de la reserva viudal. Esa opinión predominó entre los juristas castellanos del siglo XVI, como Cifuentes (449), Antonio Gómez (450), Matienzo (451). Incluso varios autores, siguiendo a Boerio, entendieron que bastaba el consentimiento tácito. Pero, contrariamente, tampoco faltaron quienes opinaron que el consentimiento de los hijos a las segundas nupcias, ni expreso ni tácito, po-

(446) De ahí vemos derivar dos errores: uno, que la renuncia de todos los hijos no afecta a los nietos hijos de un hijo que haya muerto antes que el reservista; otro, que en caso de renuncia a la reserva por parte de algunos de los reservatarios, los bienes acrecerán a los demás. Luego veremos los autores que las cometen, todos ellos defensores de alguna de las tesis que derivan del cónyuge premuerto, en la reserva viudal, o del descendiente, en la lineal, el derecho de los reservatarios, o bien que lo estiman de naturaleza fideicomisaria sometido a condición suspensiva o como una expectativa directamente derivada de aquéllos.

(447) Especialmente, respecto la reserva viudal, MARÍN MONROY (*La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 823 y sigs.) que plantea este dilema: «El artículo 970 es una excepción a la doctrina general de los derechos renunciabiles y a las prohibiciones de renunciaciones de legítimas y sucesiones futuras, o el artículo 970 es, como creemos, un resto inexplicablemente conservado de una forma anterior en pugna con la institución toda» (pág. 826).

(448) II, § 2.º, núms. 14 y 15, en AN. DER. CIV., X-II, págs. 358 v sigs.

(449) *Glosa de Miguel de Cifuentes sobre las Leyes de Toro* (Medina del Campo, 1545), ley XV, núm. 2, vers: *Primo limitatur* (fol. 17 vto.), concretada en que «nisi talis mater contraheret secundo matrimonium de consensu filiorum de quorum successione tractatur; quia tunc succedit pleno iure tam in usufructu quod in proprietate», citando en apoyo la glosa de Acursio, a Angelo, Soccino y Baldo.

(450) ANTONIO GÓMEZ: *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri* (Salamanca, 1575), leyes XIV, XV y XVI, núm. 6, fol. 6r vto.

(451) JUAN MATIENZO: *Comentaria* (Mantuae Carpetanae, 1580), L. V, Tít. I, ley III, glossa II, núm. 43 (fol. 33).

día ser equivalente a dispensar al bínubo de los efectos de la reserva, ni de la Ley Haec Edictali. Esta opinión, contraria a la común de los autores, tuvo como paladines a Molina (452), Baeza (453), Antonio Pérez (454) y Sarmiento (455). Pérez resumió su criterio afirmando que *per hunc consensum sibi* (de los hijos a las segundas nupcias) *non praejudicare, in lucro, quod eis a lege defertivus, cum aliud sit consentire nuptias contrahere volenti, aliud amittere lucrum a lege concessum; nisi et actum sit*. Sarmiento (456) ni siquiera admitió la opinión—que también aceptaba la generalidad de los autores—de que la división de los bienes paternos otorgada por la madre bínuba con los hijos comunes significara la renuncia por éstos a las leyes de las segundas nupcias, pues estimó que las donaciones no pueden deducirse por conjeturas y que sólo pueden ser inducidas cuando manifiestamente aparezca la voluntad de otorgarlas.

Terciando, Acevedo (457) precisó que *tacitus consensus sufficit quoties acto aliquo demonstratus est, non vero alias*. Igualmente el P. Tomás Sánchez (458), después de rechazar el criterio de Sarmiento, únicamente reconoce que *scientiam cum taciturnitate non inducere consensum hunc sufficientem*, pero admite que

(452) MOLINA: *Tractatus de Inofficioso testamento*, núm. 77 (cita de BAEZA: Loc. cit. in not. seq.).

(453) GASPAR BAEZA: *Tractatus quae de non meliorandis filiabus dotis, ratione loquitur* (Granada, 1570), cap. 10, núms. 58 y sigs (fol. 68 vto.). Siguiendo la opinión de MOLINA, que califica de potentísima señala como razones: «Moveor duplici rationi, primo quia filius consentit nuptiis credens ius suum sibi munera salvum... De inde filius quid mirum si consensit nuptiis, quas prohibere non potest?, ergo id sibi damno esse non debet».

(454) ANTONIO PÉREZ: *Praelectionem in dudodecim libros Codicis Justinianum* (ed. novísima, Venetiis, 1773), Lib. V, tit. IX, núm. 20 (pág. 198).

(455) FRANCISCO SARMIENTO: *Interpretationum Selectarum* (Antwerpiae, 1615), Lib. I, cap. IV, núms. 1 y 2 (págs. 18 y sigs.). Alega, en esencia: «Quid qui non contradicit actui, qui eo invito geri potest, nullum sibi parat praejudicium» (núm. 1). Y «Quod si consensus, sibi etiam tacitus noceret, ut doctores volunt nunquam legibus de secundis nuptiis locus esset, nisi ubi exprese filius impie contradiscerit, et matris nuptias (cuius semper honesta, et sancta persona filio videri debet...) litigiosis testationibus violaret, atque pollueret, vel esset omnino ignorans» (núm. 2).

(456) SARMIENTO: Op. y cap. cit., núm. 5 (págs. 19 in fine y sigs.).

(457) ALFONSO DE ACEVEDO: *Comentarij Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones* (ed. Lugduni, 1737), Lib. V, Tit. I, Ley IV (Tauri 15), núm. 36 (tomo III, págs. 16 y sigs.).

(458) Padre TOMÁS SÁNCHEZ, S. J.: *De Sancto Matrimonio Sacramento Disputatio* (Córdoba, 1604), L. VII, Disp. LXXXIX, núm. 43 (pág. 313). Fundamentalmente rechazó la tesis de SARMIENTO por estimar que el efecto de las leyes binupciales era una penalidad civil por razón de la injuria que, a su juicio, implicaban las segundas nupcias contra el primer esposo y los hijos del primer matrimonio y que, por ende, perdonada la injuria debía entenderse remitida la pena. (Contrario era el punto de partida de SARMIENTO como el de ANTONIO PÉREZ, quienes estimaban que no había tal injuria ni pena alguna, sino medidas protectoras a los hijos del primer matrimonio, las cuales no podían desaparecer por el consentimiento—in-necesario y reverencial—dado por estos hijos a las segundas bodas.)

nisi conjecture taciti illius consensus valde apartae sint, ita ut de ejus voluntate dubitari nequat. Más severo fué Diego Pérez de Salamanca (459), pues sólo hizo equivalente a la tácita renuncia de los beneficios de la reserva el expreso consentimiento a las segundas nupcias. Y aún más lo fué Parladorio (460) al estimar necesario que el consentimiento fuera prestado ante Notario.

Castillo Sotomayor (461) resumió la cuestión distinguiendo seis casos: A saber: Primero: «quando filii aetate maiores, expresse consensiret matri transeunti ad secundis nuptias, et ei remisirent expresse iniuriam omnem, vel omne ius suum». Segundo: quando filii aetate maiores matrimonio simpliciter, expresse tamen, consentium, sed non renuntiant expresse iuri a lege sibi tributum». Tercero: «quando filii, etiam aetate maiores, etsi praesentes fuerint tempore quo matrimonium secundum celebratur, expresse non consenserunt secundis nuptiis, tacuerunt potius et nihil discerunt aut agerunt, quo eorum animus et voluntas eiici valeat». Cuarto: «quando filii aetate maiores, praesentes fuerint, cum contrahitur secundum matrimonium, et quamvis expresse non consensirent, aut iura sua non remisirent expresse, aliquo tamen facto seu acto positivo exteriori ultra praesentiam, suam voluntatem et consensum ostendant». Quinto: «quando filii praesentes fuerunt, dum secundas contrahebantur nuptiae per parentes, nec expresse aut tacite consenserunt illis, postimo cum tamen expresse, aut tacite, ratificarum eas». Sexto y último: «quando filii praesentes non fuerint cum contrahitur secundum matrimonium, imo absentes, sic ut nec expresse nec tacite secundis nuptiis consentire potuerint; nam si postea de illis facti certiores, iniuriam omnem, aut ius suum expresse remisirent». En todos los casos estimó Castillo Sotomayor que se producía la dispensa de la reserva, excepto en el tercero, «tunc enim ex sola praesentia sibi non praepjudicant, nec matrimonio consentire videntur; idecirco parentes ex sola praesentiam filiorum, a poenis secundarum nuptiarum non excusantur».

En la segunda mitad del siglo XVIII Febrero (462) analizó la cuestión siguiendo la séxtuple distinción que hemos visto a Castillo Sotomayor. La reserva no desaparece porque los hijos presentes a las segundas nupcias callan. Pero sí, en los otros cinco supuestos, es decir: si autorizaron al binubo para casarse y le remitieron y perdonaron expresamente la injuria; si le autorizaron aun-

(459) DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA: *Comentario in quotor posteriores libros Ordinationum Regni Castellae* (Salamanca, 1574), Lib. V, Tit. I, Ley V, a (pág. 55).

(460) JUAN YAÑEZ PARLADORIO: *Quotidianarum Differentiarum Sesquicenturia* (en *Opera jurídica*, ed. Colonia Allobrogum, 1761), Diff. CXXI, § II, Séptima Quaestio, núm. II (pág. 356).

(461) JUAN CASTILLO SOTOMAYOR: *De Usufructu*, Lib. I, cap. II, números 93 a 126 en *Quotidianarum Controversiarum Juris*, tomo I (Lugduni, 1667), págs. 19 y sigs.

(462) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Teórica-práctica de Principiantes* (Madrid, 1781) Parte segunda, tomo II, Lib. II, Cap. V, § II, núms. 16 a 27 (págs. 345 y sigs.).

que no le remitieran ni perdonaran expresamente la injuria; si presentes en la boda la consintieron por algún acto tácito; si estando presentes callaron pero después la ratificaron expresa o tácitamente, y si no habiendo asistido a la boda, luego remitieron la injuria o renunciaron expresamente su derecho.

Sala (463) admitió que no había reserva si los hijos prestaban su consentimiento a las segundas nupcias y juzgó dudoso si bastaba o no el consentimiento tácito. Escribe (464) dijo que cesa la obligación de reservar: «si los hijos a quienes había de aprovechar la reservación, dieren el consentimiento para el segundo enlace, pues se supone que por este hecho renuncian al derecho que tenían a los bienes». Y Benito Gutiérrez (465) admite que la reserva cesa, no sólo si los hijos renuncian solemnemente en escritura pública a la reserva por razón de las segundas nupcias, sino también por la autorización de los hijos a las segundas nupcias.

Llamas y Molina (466), en cambio, después de exponer la opinión de Antonio Pérez, se inclina por ella, por entender que: «Ciertamente sería bien extraño que el consentimiento expreso o presunto de un acto no sólo permitido sino lícito, que no tiene obligación ni poder de impedirlo, causase perjuicio a un tercero.»

Esta tesis la recogen Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán (467), Vicente y Caravantes (468). Domingo de Morató (469). Todos repiten la apreciación de que no sería justo que el consentimiento a un acto permitido se convierta en daño de quienes no tienen derecho ni obligación de impedirlo. Y García Goyena (470) se inclina también por creer más razonable la opinión de quienes requieren renuncia expresa de los hijos a la reserva, pues éstos pueden aprobar el segundo matrimonio por simples consideraciones de respeto.

Por eso, el artículo 802 del Proyecto de 1851 dijo que: «La re-

(463) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho real de España* (2.^a ed., Madrid, 1820), tomo I, libro II, título VIII, núm. 16 (pág. 232).

(464) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario...*, cit., vol. cit., voz «Bienes reservables», pág. 449.

(465) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos y Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (ed. Madrid, 1863), tomo III, libro III, capítulo VI, § final, art. 5.^o, pág. 656.

(466) SANCHO LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico, jurídico, literal de las ochenta y tres leyes de Toro* (3.^a ed., Madrid, 1853), tomo I, ley 15, núm. 29, pág. 295.

(467) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo II (13 ed., Madrid, 1881), núm. 199, pág. 133 y sigs.

(468) JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES: Nota a la 4.^a ed. de la versión del Febrero, de GARCÍA GOYENA Y JOAQUÍN AGUIRRE, t. I (Madrid, 1952), el núm. 2.001, págs. 583 y sigs.

(469) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *El Derecho civil español*, t. II (Valladolid, 1868), núm. 1.486, nota 1 de la pág. 251.

(470) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II (Madrid, 1852), ap. núm. 2, «Bienes reservables», núm. 12, pág. 567.

*serva tiene lugar, aunque... éste [el ulterior matrimonio] haya sido contraído con anuencia de los hijos del primero...»; y el artículo 803, en su primer inciso, admite que «Cesa la obligación de la reserva cuando los hijos del primer matrimonio, mayores de edad renunciaron expresamente a ella...» Se ve claro, el triunfo de la tesis de Molina, Baeza, Antonio Pérez y Sarmiento. Aunque García Goyena (471) con una visión individualista, hija de la influencia *ius* napoleónica, glosase que: «Cada cual puede renunciar al beneficio o derecho establecido en su favor...»*

Hemos visto, pues, la evolución de la opinión—dominante en Derecho común—de que el consentimiento de los hijos a las segundas nupcias de su padre o madre significaba la remisión a éste de las limitaciones de la reserva, al criterio—minoritario primero en Castilla, pero que pasó a ser dominante en el siglo XIX—de que la dispensa de tales limitaciones requería renuncia expresa de los hijos a los beneficios que la reserva pudiera reportarles. Pero antes de entrar en el examen del artículo 970 del Código civil debemos volver atrás para analizar las circunstancias requeridas para la eficacia de la dispensa de la reserva por anuencia de los hijos comunes.

Se preguntó si el consentimiento de los hijos liberando al bínubo de la reserva viudal, requería la unanimidad, como—siguiendo a Baecio—opinaron la mayoría de los autores, o bien si bastaba la mayoría, según había sostenido Bartolo. El P. Tomás Sánchez (472) y Diego Pérez de Salamanca (473), afirmaron que se requería la unanimidad. Este escribió: «*imo quod nullo modo sufficiat consensus maioris partes, sed omnes debent consentire, cum tamquam singuli competat istud ius vindictae propter iniuriam et mortem patris, seu testatoris, cuius personam representant de iure*... «*quia omnibus filiis facta est iniura per transitum ad secundas nuptias*».

También se planteó qué capacidad exigía la renuncia. Y estimó el P. Sánchez que los hijos debían ser púberes, para que su consentimiento fuera eficaz y que de no serlo no se podía suplir esta deficiencia con la licencia de sus tutores (474).

Con relación a los nietos no ofreció duda la plena y definitiva eficacia que respecto a éstos tenía el consentimiento de los hijos a las nuevas nupcias o la renuncia a la reserva otorgada por los hijos. Lo que planteó discusión fué la hipótesis de que al pretender que se prestara el consentimiento o la renuncia ya hubieran fallecido todos o alguno de los hijos comunes dejando descendencia. El Je-

(471) GARCÍA GOYENA: Op. y vol. cit., art. 803, pág. 203. Obsérvese la contradicción de esta glosa con el criterio dominante que recogió el P. TOMÁS SÁNCHEZ, en el texto citado en nuestra nota 469.

(472) P. TOMÁS SÁNCHEZ, S. J.: Op. y disp. cit., núm. 45 (pág. 45).

(473) DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA: Op. y l. cit., a, vers. *Sed contra-ria opinio est magis communis* (pág. 55).

(474) P. SÁNCHEZ, S. J.: Loc. cit., núm. 47, pág. 314.

suíta Luis de Molina (475) opinó que si no sobreviven hijos del primer matrimonio no ha lugar la reserva aunque queden nietos, hijos de algún hijo premuerto del primer matrimonio; pero que en caso de sobrevivir algún hijo del dicho primer matrimonio los nietos hijos de hijo común premuerto participaban por estirpes en la sucesión de los bienes reservables conjuntamente con los hijos premuertos. Pero parece que también en el primer caso, si al contraer las segundas nupcias no quedaran hijos vivos del primer matrimonio pero sí nietos del mismo, éstos eran quienes podían dispensar de la reserva y consentir las ulteriores bodas (476).

β) *Renuncia a la reserva vidual en el Código civil.*

El artículo 970 del Código civil en su primer inciso, recoge la doctrina del sector minoritario entre los autores de Derecho común que pasó a ser en la doctrina española de común aceptación durante el siglo pasado. Así dice que: «*Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él...*»

Del Tribunal Supremo no conocemos sentencia alguna relativa a la renuncia de la reserva vidual. En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 de marzo de 1925, interpretó el artículo 970, abordando dos interesantes problemas. A saber:

1.º) *Que la renuncia sancionada en el artículo 970 del Código civil se refiere a la reserva en situación de pendencia,* «sin que pueda prevalecer la opinión que exige para la aplicación de este precepto que la reserva se halle no sólo perfecta, sino también consumada, esto es, que haya muerto el reservista; en primer lugar, porque el artículo transcrito dice que *cesará la obligación de reservar*, y no como el siguiente *cesará la reserva*, y aquella exposición parece hacer referencia, de igual modo que la del artículo 972, a los actos jurídicos que se desenvuelven en vida del padre o madre que contrajo segundo matrimonio, y en segundo término, porque la frase tener derecho a los bienes indica una propiedad expectante más bien que un dominio efectivo sobre los mismos» (tercer considerando).

2.º) *Que la renuncia verificada por todos los hijos es eficaz aunque alguno de ellos premuera al reservista dejando hijos que sean nietos comunes de ambos descendientes,* pues «la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional del cónyuge binubo se da por alcanzada cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes de todas las ramas o líneas descendientes que puedan invocar la protección de la Ley, para no verse privados de los bienes del antecesor común, autori-

(475) LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia*, vol. I, Tract. II, disp. 163, col. 918 C.

(476) T. SÁNCHEZ, S. J.: Loc. cit., núm. 46, pág. 314.

zan la libre enajenación de los mismos y completan o purifican la propiedad condicionada del cónyuge superstite) (2.º considerando); y «aún reconociendo el derecho de los descendientes legítimos de un hijo premuerto a entrar, cuando la reserva se consume, en el goce de los bienes de su abuelo obligado a reservar, procede sostener la validez de la renuncia realizada, con arreglo al citado artículo 970, porque no es raro encontrar, dentro del ordenamiento familiar, casos en que se concede un verdadero poder dispositivo o facultad de enajenar a personas que no puedan reputarse propietarias definitiva e incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, situaciones especiales y racionales previsiones» (4.º considerando).

La doctrina de esta resolución dió lugar a interesantes comentarios. Ya antes se había discutido la interpretación del artículo 970, en especial si la renuncia por los hijos liberaba al bínubo de la reserva aunque premuriere algunos de ellos y quedaren nietos comunes hijos del hijo premuerto.

Algunos de los primeros comentaristas del Código civil—Gonzalo de las Casas (477), López R. Gómez (478), Falcón (479), Bonel (480), Burón (481)—dieron por sentada la extinción de la reserva por la renuncia de todos los hijos, sin plantear duda alguna acerca de la cuestión de que tratamos. Posiblemente fue así porque su conocimiento del Derecho anterior al Código, en que la dispensa de los hijos afectaba a los nietos aunque aquéllos premurieron y éstos sobrevivieron al reservista, no les permitía la menor duda acerca de la interpretación en este sentido del artículo 970.

Manresa (482) creemos que desenfocó la cuestión al afirmar: «Para que dichos descendientes puedan prescindir de la renuncia y exigir los bienes reservables, necesario es que no acepten la herencia de su padre o madre, pues aceptándola, suceden en todos sus derechos y obligaciones; y como continuadores de su personalidad jurídica, han de respetar todos sus actos y cumplir todos sus compromisos, uno de los cuales consiste en acatar los efectos de la renuncia de que la reserva hizo su causante.» Cosa que aleja la cuestión de su planteamiento inicial, es decir, de la plena eficacia liberatoria de la renuncia hecha por todos los hijos, con independencia de que sus respectivos descendientes les hereden o repudien su herencia.

(477) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS: *Aplicación práctica del Código civil español* (Madrid, 1899), Lib. III, cap. V, núm. 7, pág. 429.

(478) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: *Op. y vol. cit.*, cap. VIII, art. 2.º, núm. 13, pág. 253.

(479) MODESTO FALCÓN: *Op. y vol. cit.*, Lib. III, Sec. quinta, párr. II, núm. 3, pág. 403.

(480) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ: *Op. y vol. cit.*, art. 970, pág. 631.

(481) GREGORIO BURÓN: *Op. cit.*, núm. 1.105, pág. 181.

(482) MANRESA: *Op. cit.*, vol. VII (3.ª ed., Madrid, 1907), arts. 968 a 980, III, 4.ª, pág. 277 (excepcionalmente, en este caso, citamos la 3.ª ed.; en los demás seguiremos citando la 6.ª edición, como venimos haciendo).

En cambio Morell (483), Gil Socii (484), Torres Murciano (485), Ruiz Artacho (486), planteándola en sus verdaderos términos, se han inclinado por estimar que la renuncia hecha por todos los hijos lleva implícita la extinción de la reserva, incluso para los respectivos descendientes de los renunciantes, aunque éstos pre-mueran al reservista y con independencia de que los nietos acepten o no la herencia del hijo renunciante de quien fueran hijos. Observó Gil Socii que «el llamado derecho a la reserva es una expectativa de un derecho que envuelve una doble indeterminación: en cuanto a su existencia, pues no se sabe si el proceso adquisitivo se completará o no, y en cuanto a su titularidad, pues tampoco se sabe, hasta la consumación, quién ha de ser el titular definitivo. Y si ello no obstante, se admite la eficacia definitiva de la renuncia de quien sólo es un titular probable o posible, ello es sólo en virtud de una disposición singular que por estimar alcanzada la finalidad que se persigue en ese supuesto concede a los hijos mayores de edad una facultad de disposición, aunque no puedan estimarse titulares del derecho definitiva e incondicionalmente, como no es raro que ocurra en el ordenamiento familiar».

Desde otro ángulo, Valtorra (487) ha opinado que el reservista no sucede personalmente (como en la herencia) al reservista, sino sólo materialmente, y por eso su renuncia no es repudiación, pues se refiere a derechos y bienes, ni tiene efectos traslativos, por lo cual puede afectar a los descendientes del renunciante, paralelamente a lo que ocurre en el caso de desheredación del hijo por el reservista, según se deduce de la referencia al artículo 857 que hace el § 3.º del artículo 973 del Código civil.

En cambio, antes y después de la Resolución de 30 de marzo de

(483) JOSÉ MORELL Y TERRY comenzó dudando (*Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 334, ver *Estudios...* pág. 281): «Pudiera ser intencional—escribió el dar este derecho a los hijos y no a los descendientes, aunque parece rara esta distinción y porque no hay inconveniente en admitir que los hijos que tengan el derecho eventual al verificarse las segundas nupcias, lo renuncien, ya su renuncia lleve implícita la de sus respectivos descendientes, ya...». Pero luego (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. cit., arts. 191 a 199, págs. 392 y sigs.) se decidió por estimar que «la facultad de renunciar el hijo que tenga derecho a los bienes a ese derecho, se consigna expresamente y sin distinguos como causa de extinción de la obligación de reservar, en el artículo 970, y como la interpretación del artículo debe ser restrictiva para la reserva, estimamos que el hijo mayor de edad a quien corresponda actualmente o en cada momento, aunque de un modo condicional, el derecho de los bienes, puede, en cualquier tiempo renunciar eficazmente a ese derecho, y que renunciando el hijo único o todos los que en un momento determinado tengan derecho a la reserva, ésta se extingue».

(484) JENARO GIL SOCII: *Comentario a la Resolución de 30 de marzo de 1925*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», I, págs. 471 y sigs.

(485) TORRES MURCIANO: Loc. cit., págs. 279 y sigs.

(486) RUIZ ARTACHO: Loc. cit., págs. 434 y sigs.

(487) LUIS VALTERRA FERNÁNDEZ: *Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas*, en «Información Jurídica», número 125 (1953), pág. 862.

1925, varios autores discreparon de este criterio. Con anterioridad Sánchez Román (488), Mucius Scaevola (489), Valverde Valverde (490) y De Buen (491), opinaron que «la renuncia de los hijos—transcribimos del primero—no es eficaz contra los descendientes que, en defecto de aquéllos, por su premoriencia al reservista, hubieran de ser los ulteriores y definitivos reservatarios»... «toda vez que el derecho a los bienes reservables con la obligación de reservarlos en el abuelo que contrajo segundas nupcias no lo adquieren de su padre premuerto e hijo de aquél, por ser sus herederos, sino que les corresponde como propio y directamente reconocido por la Ley a su favor en el concepto de descendientes, a falta de hijos».

Después, dicha Resolución fué criticada por Borrell i Soler (492) que objetó: «los nietos del reservista tienen derecho a la reserva en defecto de sus padres premuertos; y como... este derecho no les proviene por sucesión de éstos, sino por disposición y llamamiento directo de la ley, en el caso de que el derecho de su padre o madre no llegue o purificarse, por premorir al ascendiente *binubus*, resulta que el derecho del nieto es independiente del derecho y la voluntad del hijo... y, por lo tanto, la renuncia de éste no puede perjudicar el derecho de aquél cuando la ley se lo otorga por haberse desvanecido la esperanza de derecho que tuvo su padre o que habría tenido si hubiese sobrevivido al segundo matrimonio del abuelo o abuela». A su juicio: «Es sensible que la argumentación [*de dicha resolución*] no se presente más diáfana y concreta; que no especifique a qué casos se refiere; que no haga notar que en dichos casos concurre alguna de aquellas necesidades, situaciones o previsiones que justifiquen que se prescinda de los principios generales e incluso particulares del derecho; y que no demuestre que las reservas se hallen en alguna de aquellas situaciones especiales o que existe alguna necesidad apremiante de cancelar la hipoteca legal por reserva o que la facultad de hacer esta cancelación responde a alguna previsión racional.» E insiste, planteando el paralelismo—que él pretende existe—entre la enajenación y la renuncia de los bienes fideicomitidos, concluyendo por afirmar que no atina a encontrar las razones de congruencia que la Dirección pudo tener para justificar la doctrina de la referida Resolución.

Marín Monroy (493) se coloca en una posición previa por la que califica repetidamente al artículo 970 del Código civil como «el mayor borrón de nuestro Código». Estima que no es posible renunciar a la reserva en el sistema actual y que el 970 es un olvido

(488) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Cursos...*, vol. VI-III, núm. 28, pág. 1916.

(489) MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, vol. XVII, art. 970, C, págs. 274 y siguientes.

(490) CALIXTO VALVERDE VALVERDE: *Op. y vol. cit.*, pág. 482.

(491) DE BUEN: *Reserva de bienes*, en «Enciclopedia Jurídica Española», vol. XXVII, B, VII, pág. 347.

(492) ANTONI M.^a BORRELL: *Miscel-lanea...*, loc. cit., págs. 314 y sigs.

(493) MARÍN MONROY: *Loc. últ. cit.*, págs. 764 y sigs. y 823 y sigs.

del legislador, «resto de la vieja construcción de la reserva supe-
rada en el Código». Por ello se resiste a ver en él una disposición
excepcional, dada con conocimiento de causa para el caso especia-
lísimo de la reserva y dentro de ella de la ordinaria. Pero de esa
tesis de este ilustre compañero nos ocuparemos después.

De Diego (494) opinó que «si el renunciante tuviera hijos, a
estos descendientes no les afecta la renuncia, pues bien que conti-
nuadores de la personalidad jurídica de los padres, como herederos
suyos, al fin estos descendientes tienen derecho a la reserva direc-
tamente por la ley, en defecto de sus padres». Castán (495) califica
al respecto de «muy atendible» esa alegación «de que los descen-
dientes tienen derecho a la reserva en defecto de los padres por mi-
nisterio de la ley». Según Bonet Ramón (496) para «que se extinga
totalmente la reserva, habrán de renunciar todos los que tengan
derecho a ella». Roca Sastre (497) observa que «mientras pende la
reserva, no se sabe de una manera absoluta si son todos los re-
servatarios los renunciantes, y esto plantea el problema magno del
fideicomiso: si la renuncia hecha por los reservatarios existentes
en el momento de la renuncia afecta a los descendientes u otros
parientes que se puedan colocar en su lugar». A su juicio: «Claro
es que el descendiente que sea heredero del renunciante debiera
respetar la renuncia hecha por su causante, pero ¿y si no es here-
dero? Nosotros creemos, en contra del criterio de aquella Resolu-
ción del 30 de marzo de 1925, que no quedan afectados los descen-
dientes». «Con todo—termina por reconocer—debería arbitrarse un
medio de representación que actuara en nombre de los posibles
futuros reservatarios, a fin de facilitar las transacciones y eliminar
gravámenes que impliquen peligros posibles o remotos y que pue-
dan impedir una negociación necesaria o conveniente».

Creemos que, al emitir su opinión, los autores que niegan la
ineficacia, respecto a los nietos, de la renuncia de los hijos olvi-
dan algunos datos fundamentales para resolver la cuestión:

1.º Cuál era la posición del Derecho vigente al promulgarse el
Código civil y en el que éste debió basarse. Antes hemos visto
que era admitida con efectos definitivos la remisión expresa o tá-
cita de la reserva otorgada por todos los hijos, así como también
de qué forma en el período de la codificación se fué imponiendo
el criterio de Molina, Baeza, Antonio Pérez y Sarmiento, contrario
al valor abdicante del consentimiento de los hijos a las segundas
nupcias. Por eso hay que entender que el Código en el artículo 970
se limita a recoger parcialmente el primero y el sexto de los seis

(494) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 392.

(495) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 475.

(496) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Derecho civil común y foral*, vol. cit.,

CVII, pág. 500.

(497) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., IX, II, págs. 324
y sigs.

casos referidos por Castillo Sotomayor y repetidos por Febrero, con eliminación de los demás, conforme aquella interpretación restrictiva. Es decir, aceptando que si todos los hijos, siendo mayores de edad, al contraer sus nuevas bodas el bínubo le remitieran expresamente su sujeción a la reserva o renunciaran expresamente a sus derechos o si después lo hicieren también expresamente, éste queda liberado de las limitaciones y sujeción a la reserva.

2.º Que la limitación sufrida por el reservista no tiene unos beneficiarios individualmente favorecidos, sino que el interés protegido por la reserva corresponde a un conjunto o entidad familiar que no se identifica al de la suma de cada uno de sus componentes, como lo prueba el artículo 972 del C. c. al facultar al reservista para mejorar a los descendientes del primer matrimonio. Y que, consiguientemente, no puede decirse que frente a esa sujeción deban necesariamente nacer, al morir el reservista, unos derechos individuales a los bienes que la ley atribuya directamente y de modo imperativo, de tal forma que no quepa más que la renuncia individual de cada uno de los asignatarios. Sino que, con tal criterio de protección familiar global, es perfectamente compatible que todos los hijos como representante del interés colectivo puedan liberar al reservista de su sujeción.

Tanto el primer argumento, en especial si es relacionado con el apartado último de la Base 18 de la Ley de 11 de mayo de 1888 (498), como el segundo, fundado en el sentido familiar que inspira la reserva más que la protección individual y subjetiva de los posibles reservatarios, nos parecen lo suficientemente convincentes para rechazar aquella interpretación individualista y *ius* subjetivista de la renuncia a la reserva. A juicio nuestro, si todos los hijos, siendo mayores de edad y plenamente capaces, renunciasen expresamente a la reserva—entendiendo por tal la sujeción *inter vivos* y *mortis causa* del bínubo—esa renuncia liberará definitivamente al reservista de toda limitación y, por lo tanto, aunque alguno de los renunciantes le premuera y deje hijos, estos nietos del reservista no podrán hacer valer la reserva.

La renuncia a la reserva plantea además un problema de capacidad de los renunciantes y otro de forma de la renuncia:

I) La capacidad es aludida en el artículo 970 al hablar de los hijos «mayores de edad»; es diferentes de la requerida por la doctrina anterior al Código que sólo exigía la pubertad. Pero, por lo demás, no deja de suscitar algunas cuestiones interpretativas a la capacidad de los renunciantes.

Según Manresa (499) lo que el artículo en realidad exige es la

(498) «Respecto de las reservas..., se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia».

(499) MANRESA: Op. cit., vol. VII, arts. 968 a 980, III, 3.ª a, pág. 304.

capacidad de obrar de los renunciantes, y a juicio de Sánchez Román (500) se requiere «que tengan capacidad para contratar y obligarse, o, lo que es lo mismo, que puedan prestar consentimiento, conforme al artículo 1.263».

Sin embargo cabe mantener otra posición, interesante en los supuestos de ser los reservatarios menores, por los que quiera renunciar su tutor, o un defensor judicial, y de ser aquéllos emancipados. Recordemos que según el P. Sánchez el tutor no podía suplir el consentimiento de los impúberes. Mucius Scaevola (501), después de contraponer los artículos 279 y 275 del C. c. y de estimar que el primero es especial y el segundo general para los derechos y cosas no comprendidas en aquél, ha afirmado que el Código presta «un positivo servicio declarando que la renuncia de la reserva sólo podrá hacerse por los mayores de edad». Y al ocuparse de los emancipados, después de deducir del artículo 317 del C. c. que se les reconoce facultad de renunciar los derechos que puedan corresponderle, pregunta: «¿Por qué en el artículo 970 se desconoce esta facultad en cuanto al derecho de reservar?»; para responder que el texto no admite dudas, «debiendo tenerse por temeraria toda cuestión sobre la posibilidad de aplicar el 970 a los menores de edad autorizados para regir su persona y bienes». A su juicio: «La importancia de la reserva, el carácter público de la obligación de reservar y, más especialmente, el temor al influjo que el padre superviviente puede ejercer sobre sus hijos menores, son motivos que han podido decidir al legislador a la limitación establecida.»

Nos inclina a seguir este criterio más restringido: la especial trascendencia de esta renuncia, que no sólo alcanza al denunciante, sino incluso a los descendientes del renunciante.

No vemos inconveniente en que la renuncia se haga sucesivamente, es decir, que los hijos renuncien a medida que vayan al canzando la mayoría, así como los nietos hijos de algún hijo que hubiese fallecido sin haber renunciado.

II) La forma en que debe hacerse la renuncia—que el artículo 970, corrector del Derecho anterior a su vigencia, exige se haga *expresamente*—plantea a Sánchez Román (502) la duda de si deberá constar en documento público o en escritura pública. Su contestación es afirmativa, conforme al número 4 del artículo 1.280 del C. c., pero aplica la corrección del 1.279, «que no niega la eficacia a cualquier otra forma, mediante la cual las partes contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, que, en este caso de renuncia del derecho a los bienes reservables, uno de ellos será la de que

(500) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., vol. VI-III, núm. 28, 1.º, pág. 1916.

(501) SCAEVOLA: Op. cit., vol. XVII, arts. 970 a 971, d. a, págs. 244 y sigs.

(502) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. últ. cit., pág. 1917.

se haga expresamente». El mismo criterio suscribió Scaevola (503).

En cambio, Roca Sastre (504) cree posible la renuncia tácita, verbigracia, cuando los reservatarios consientan que el reservista venda como libres bienes comprendidos en la reserva. Pero creemos que en este caso no hay renuncia a la reserva, pues el reservista deberá reservar—según vimos antes—el valor del bien enajenado como libre si a ello no renunciaron expresamente todos los hijos (505).

Queda por tratar los efectos de la renuncia de alguno o algunos, pero no de todos los hijos. Es evidente que en ese caso el binubo no quedará liberado de su sujeción a la reserva, aunque ni el hijo renunciante ni sus descendientes tendrán acción para pedir su cumplimiento. Por otra parte, si los demás hijos, o los nietos hijos de algún hijo que hubiese premuerto sin renunciar, fueran renunciando posteriormente, se completaría la renuncia total, con plena eficacia liberatoria, como si la hubiesen prestado simultáneamente. También es evidente que si al fallecer el reservista sólo sobrevivieren el hijo o hijos renunciantes y hubieren premuerto los demás hijos sin dejar descendientes no renunciantes, la reserva—como observaron Scaevola (506) y De Buen (507)—se habrá extinguido por el efecto conjunto y recíprocamente complementario de los artículos 970 y 971 del C. c.

Pero en el supuesto de renunciar tan sólo algunos de los hijos, se observa en varios autores la confusión entre la liberación al reservista de la limitación que la reserva le impone y la renuncia a heredar los bienes reservables—que luego examinaremos si cabe o no—. Es claro—como hemos dicho—que la renuncia por sólo algún hijo no extingue la reserva—como dijeron Sánchez Román (508) y De Diego (509)—, es decir, no libera al reservista de su sujeción; pero, en cambio, estimamos incorrectamente planteada la alternativa de si la porción del renunciante acrece a los demás—como entendieron Manresa (510), Scaevola (511), Morell (512), Valverde (513), y con ciertas dudas De Buen (514)—

(503) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., b, págs. 245 y sigs.

(504) ROCA SASTRE: *Estudios...*, loc. últ. cit., pág. 324, nota 21.

(505) No puede llamarse renuncia tácita a la referida en el apartado segundo del artículo 970 del C. c., pues lo que éste admite es la dispensa de la reserva por el hijo transmitente, no la renuncia de los presuntos reservatarios.

(506) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., C, pág. 248.

(507) DE BUEN: Loc. últ. cit., pág. 347.

(508) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. últ. cit., pág. 1916.

(509) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 392.

(510) MANRESA: Loc. últ. cit., c), pág. 305.

(511) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., c), pág. 248.

(512) MORELL: *Legislación hipotecaria*, vol. cit., pág. 393.

(513) CALIXTO VALVERDE: *Op. y vol. cit.*, loc. últ. cit., pág. 483.

(514) DE BUEN: Loc. últ. cit., pág. 347.

o no decrece—según prefiere decir Roca Sastre (515)—, o bien queda de libre disposición del hñubo.

Decimos que el dilema está mal planteado, porque no es a los bienes ni el derecho a heredarlos a lo que se renuncia, sino a exigir la efectividad de la reserva. Es cierto que el beneficio de la reserva no corresponde a cada uno de los hijos por tracciones o cuotas, sino globalmente a la entidad hijos y descendientes. Pero la renuncia de la reserva no es sino *la remisión de la sujeción del reservista, es decir, la renuncia a exigírsela o a reclamar a su muerte contra aquéllos los actos del mismo que la hubieren contravenido*. No se trata, pues, de renunciar a adquirir los bienes reservables, sino sólo de la renuncia a exigir que las disposiciones del reservista se atengan a los límites de la reserva.

El reservista cumplirá la reserva, de la que no haya sido liberado por todos los hijos, si dispone de los bienes precisamente a favor de los que le liberaron de la reserva—mejorándoles conforme al art. 972—o bien de todos los hijos por partes iguales, sin distinción entre los que renunciaron a reclamarlos y los que no hicieron tal renuncia, pues haciéndolo cumple lo que la ley le exigió. Lo que los hijos renunciantes no podrán, y sí en cambio los otros, es reclamar contra las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* hechas por el reservista en contravención de su obligación de reservar, es decir, a favor de las personas situadas fuera del ámbito de la reserva.

Lo que, en fin, no nos parece dudoso que será posible—según han entendido Scaevola (516), De Buen (517), y Roca Sastre (518)—es renunciar a la reserva respecto algunos bienes determinados sin renunciarla respecto los demás. Pero no por las razones aducidas por Scaevola, sino porque al referirse la renuncia de la reserva a la remisión de una sujeción respecto bienes o valores, no vemos inconveniente en que se realice respecto a parte de ellos, pues quien puede lo más puede lo menos. Sin que ello roce a precepto alguno prohibitivo, pues no es de aplicar el artículo 990—por no renunciarse herencia alguna, ni futura ni presente—ni el artículo 816 del C. c., como luego veremos.

γ) *Renuncia a la reserva lineal del 811.*

La Dirección General de los Registros y el Notariado, en su Resolución de 19 de febrero de 1920, se enfrentó con un supues-

(515) ROCA SASTRE: *Estudios...*, loc. últ. cit., pág. 325.

(506) SCAEVOLA: Loc. últ. cit., pág. 246. A su juicio, la reserva «procede de una herencia en la que se dedujeron oportunamente las responsabilidades, tratándose sólo de un haber, de un activo, de un capital, al que se puede lícitamente renunciar en todo o en parte por no haber perjuicio para tercero», a diferencia de lo que ocurre en el supuesto regulado en el artículo 990 del C. c. que prohíbe la aceptación parcial de la herencia, debido a que «siendo la herencia un conjunto de derechos y obligaciones no admite la Ley la divisibilidad de éstas».

(517) DE BUEN: Loc. últ. cit., pág. 347.

(518) ROCA SASTRE: Loc. últ. cit., pág. 325.

to de renuncia a la reserva lineal referida exclusivamente a un bien determinado que la reservista permutó con terceras personas y respecto al cual la reserva se hallaba constatada en el Registro. En el recurso y en la resolución se confundieron las cuestiones —muy distintas a nuestro parecer— de la renuncia a la protección de la reserva y consiguiente remisión del reservista y la relativa a la disposición de los derechos actuales o futuros de los reservatarios, como se patentiza en los considerandos tercero, cuarto y quinto (519). Y, finalmente, el último considerando añade «que aunque el supuesto establecido en los anteriores considerandos fuese equivocado y en la cláusula discutida se renunciara sólo al derecho que particularmente pudiera corresponder en su día a ... [los Sres. B.], la oscuridad con que aparece redactada la escritura es un motivo suficiente para resolver que no se halla extendida con arreglo a las prescripciones legales».

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de abril de 1956, examinó—según precisa su primer considerando—el alcance de la renuncia previa realizada por los hijos de la reservista a la cual sobrevivieron, y planteó que «según se considere, respectivamente, que la renuncia quedó purificada de la condición suspensiva a que estaba sujeta, en el momento del fallecimiento de la reservista, o

(519) Dicen así: «Considerando que, aun hecha en esta forma por Tribunal competente la adjudicación del llamado derecho real siempre quedaría sujeta la enajenación del mismo a las contingencias que el segundo matrimonio o la sobrevivencia del ascendiente, la mejora de un hijo o nieto, la desheredación o la incapacidad, los derechos de los acreedores del patrimonio reservable, etc., provocasen en el Registro, bajo la forma de condiciones resolutorias impropias, y aun a las probables rescisiones motivadas por el precio vil fijado en las operaciones particionales a estos oscuros derechos, y a estas participaciones eventuales que sólo pueden entrar en la circulación económica por una exagerada asimilación de la reserva perfecta y de la reserva consumada.»

«Considerando que los anteriores razonamientos no van contra el criterio expuesto en la Resolución de 27 de octubre de 1917, porque esta decisión, motivada por una sentencia del Tribunal Supremo, aparte de contener pronunciamientos de un carácter extraordinariamente limitado al caso discutido, partía del hecho de existir en el Registro de la Propiedad varias inscripciones relativas a la fijación de bienes reservables correspondientes a un hijo único que habían creado una situación hipotecaria de apariencias definitivas a favor del reservatario y originado la sentencia cuyo cumplimiento se discutía.»

«Considerando que, lejos de ajustarse a las naturales consecuencias del artículo 20 de la ley Hipotecaria y de afianzar como de una fundamental base de la previa inscripción de un derecho adquirido actualmente por el transmitente, en la escritura autorizada por el Notario recurrente con fecha 11 de abril de 1919, los presuntos reservatarios renuncian «a los derechos que pudieran tener» sobre una de las fincas, y si bien añaden a continuación que se obligan solidariamente a que mediante la renuncia se tenga, con relación a esta finca, por extinguido el derecho de reserva, tal estipulación no pretende limitar los respectivos derechos al campo de las obligaciones, sino que se hace con fuerza real, es decir, hipotecariamente eficaz, como lo demuestra la frase intercalada a renglón seguido "y, por tanto, tal fin se considera desde esta fecha como de la propiedad exclusiva de doña María del Carmen Sabater".»

que este hecho no hizo nacer el derecho perfecto a la reserva a favor de los reservatarios del grado posterior, en el que se encuentra el demandante, habrá que concluir la desestimación o la estimación de la acción entablada en esta litis».

Según razonó en su segundo considerando, rige, en la reserva del 811, el principio de proximidad de grado, «que sujeta a una nueva condición a los reservatarios de grado más remoto, la de que no sobrevivan o repudien legalmente la reserva los de grado más próximo». A seguido de esta premisa mayor, expresa el tercer considerando la menor: «En el caso actual, *pendente conditione*, los hijos de la reservista, como reservatarios preferentes de segundo grado, hermanos del causante de la reserva, hubieron de aceptarla para poder renunciarla, como así lo hicieron..., a favor de su madre, en compensación de la renuncia que ésta hizo a su favor de los parafernales y gananciales que la correspondían, por lo que al sobrevivirla, *existente conditione*, quedó purificada la renuncia el día del fallecimiento de la reservista y, consiguientemente, en el mismo momento, la venta hecha a favor del demandado...» De ambas premisas, el cuarto considerando saca esta conclusión: «Por tanto, respecto de los reservatarios de tercer grado, entre los que se encuentra el actor y recurrente, como hijo de uno de los reservatarios renunciantes sometido a una doble condición suspensiva, se ha incumplido la segunda—premorienza o repudiación de los reservatarios de segundo grado—por lo que *deficiente conditione*, se ha extinguido su expectativa a la reserva y están privados de todo derecho y acción para hacerla efectiva.»

El fallo de esta sentencia nos parece evidentemente justo, pero sus considerandos no nos convencen. Su examen sugiere las siguientes observaciones:

1.ª) Parece deducirse del tercer considerando que el Tribunal Supremo apreció que hubo aceptación de la reserva e inmediata renuncia por parte de los reservatarios de segundo grado, por haber sido otorgada ésta en compensación a la que, a su vez, la madre de los renunciantes hizo de sus gananciales y parafernales. Relacionada esta apreciación y lo afirmado en los considerandos anterior y siguiente, parece que el criterio de la sentencia se fundaba en distinguir, de una parte, la repudiación de la reserva por los reservatarios de segundo grado, que podría dar lugar a que la reserva beneficiara a los reservatarios de tercer grado, y de otra, la aceptación y sucesiva renuncia, que extinguiría la reserva si los aceptantes-renunciantes de segundo grado sobrevivieran al reservista. La distinción nos parece tan artificiosa como toda distinción que, ante dos supuestos de hecho iniciales iguales y dos resultados finales queridos totalmente idénticos, quiera distinguir según los caminos mentales (cuando no haya motivaciones que coloreen de ilícito el fin) o formales (cuando no se trate de actos esencialmente formales) empleados. Y la

creemos tan arbitraria como si hubiese declarado que según fuese la renuncia onerosa o gratuita sería aplicable una u otra solución.

2.º) También nos parece que, en el hilo del razonamiento de los considerandos comentados, esa distinción se basaba en el doble prejuicio de que la reserva puede ser condicionalmente aceptada y condicionalmente transmitida por los reservatarios en vida del reservista, y de que la renuncia de los reservistas de grado preferente hace que ocupen su lugar preeminente los del siguiente grado. Vamos a negar después ambas presuposiciones, pero, de momento, nos contentamos con destacar la contradicción que, medida con una valoración finalista, supondría que se admitiera que los reservatarios de grado más próximos pudieran excluir el derecho de los más remotos si transmitirán la reserva pendiente a un extraño ajeno a la línea y, en cambio, no pudieran remitir al reservista de su sujeción. Es igualmente lo absurdo que sería aceptar que los reservatarios pudieran liberar al reservista transfiriéndole a título de venta o permuta su derecho expectante, cuando aún no hubiera nacido, y, en cambio, no pudiesen liberarle de su sujeción para el caso de que los remitentes fueran los únicos—por su preferencia respecto de los demás parientes de la línea y grado—que al fallecer el reservista pudieran reclamar el cumplimiento de la reserva.

3.º) Finalmente, creemos observar que dichos considerandos centran el objeto de la renuncia de los reservatarios en los derechos aún pendientes de nacer, que pudieren corresponderles, y a los que quieren asignarles con el calificativo de condicionales un valor actual; en lugar de centrarlo en lo único que es verdaderamente actual—como hemos visto—, es decir, la sujeción del reservista. En la situación de reserva la sujeción del reservista nace antes que el derecho a los bienes de los reservatarios, que sólo es un resultado futuro, aunque previamente previsto y protegido con dicha sujeción anticipada. Late, pues, en el razonamiento de la sentencia, la confusión entre la renuncia a exigir la sujeción del reservista y la renuncia anticipada a adquirir los bienes objeto de la reserva.

En realidad, los puntos cruciales a resolver al tratar de la renuncia a la reserva lineal se concretan en dos: el de su posibilidad y el tema de determinar el efecto liberatorio de la renuncia de los reservatarios preferentes.

I) La posibilidad de su renuncia a la reserva del 811, admitida casi unánimemente por la doctrina (520), fué discutida por el

(520) Así MANRESA: Op. cit., vol. VI, art. 811 IV, B, 4.º, pág. 314; SCAEVOLA: Op. cit., vol. XIV, art. 811, g, c, b, pág. 358; SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., vol. VI-II, núm. 161, c, 2.º, págs. 1040 y sigs; MORELL: *Legislación hipotecaria*, vol. cit., págs. 496 y sigs.; VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., pág. 236; DE BUEN: *Enciclopedia jurídica...*, vol. cit., pág. 354; DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 203; CASTÁN: *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 257; ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 324 y sigs.

Registrador Laureano Morejón (521): «Sospechamos—escribió—que el artículo 816 es la reglamentación o desarrollo que los comentaristas echaban de menos en el Código para culpar al legislador de sus vacilaciones y errores al interpretar el artículo 811.» A su juicio, el 811 implica una legítima futura y está colocado, como el 816, en la misma sección entre los preceptos que el Código dedica a los derechos legitimarios. Por ello pregunta, presuponiendo que la respuesta ha de ser afirmativa: «¿No es lógico suponer que dos artículos nuevos en el Código y que se refieren a las legítimas deben guardar alguna relación? ¿Es de creer que el artículo 816 se copiara del proyecto de 1851 para ponerlo en contradicción con los artículos 990, 991, 1.271 y otros?» Según dice Fuenmayor (522), esa opinión de Morejón, «por lo demás original, constituye voz aislada en el concierto de los autores que han estudiado la naturaleza de la reserva lineal, y debe ser rechazada». La primera pregunta de Morejón, de la que depende la referencia de la segunda al 811, parte de considerar que este artículo crea una nueva legítima cuando en realidad establece una limitación a la legítima de los ascendientes; la segunda confunde la renuncia a la reserva y la renuncia a heredar, en su caso, las cosas a que la reserva se refiere.

II) El tema de si tiene o no pleno efecto liberatorio la renuncia de los reservatarios preferentes se descompone en dos, relativas a la aplicación analógica del artículo 970 al 811.

Uno, referente a si la renuncia de los reservatarios que en el momento de otorgarla sean de grado preferente, afectará a quienes al fallecer el reservista aparezcan en primera fila, sea por haber nacido después o por prelación de los renunciantes. Otro, referente a si en el supuesto de que los renunciantes, o alguno de ellos, sigan siendo preferentes a los demás parientes comprendidos en el tercer grado y en la línea en cuestión, su renuncia liberará al reservista o, contrariamente, permitirá que ocupen su lugar, como reservatarios, los demás parientes de la línea de grado menos preferente, comprendido el tercero.

II-1) Trataremos primero de este segundo problema. A él se refirió la comentada Sentencia de 17 de abril de 1956. En cierto modo su solución depende de la que se dé a la cuestión de la preferencia entre los reservatarios. Sin juzgarla ahora, partiremos de que concurren, dentro del tercer grado y línea de procedencia, hermanos de vínculo sencillo del descendiente y tíos de éste. Supongamos que todos los hermanos renunciaron a la reserva y que todos sobrevivieron al reservista, ¿podrán los tíos reclamar el cumplimiento de la reserva? Creemos que no, si partimos de que entre los reservatarios unos son preferentes y excluyen a los otros,

(521) LAUREANO MOREJÓN: *El artículo 816 del Código civil*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», XVI (mayo 1943), págs. 324 y sigs.

(522) AMD EO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *Intangibilidad de la legítima*, en AN. DER. CIV., I-I (enero-marzo 1948), pág. 77.

cosa que más adelante trataremos detenidamente. Si al fallecer el reservista sólo pueden reclamar que se cumpla la reserva aquellos que se hallen en posición preferente, habrá que concluir que su renuncia a exigirla, o sea la remisión al reservista de su sucesión, liberará a éste si a su muerte no son otros los parientes que se hallen en situación preferente. La renuncia o remisión otorgada al reservista por los reservatarios preferentes debe entenderse *como liberatoria de aquel a quien va dirigida, no como transmisiva de la posición preferente a otros parientes a quienes no se refiere el acto de la renuncia*—a no ser que expresamente se le atribuya este último sentido, que no hay base para presumir—.

II-2) El otro problema tiene diverso alcance. Partamos del mismo supuesto anterior. Los hermanos de vínculo sencillo del descendiente, pertenecientes a la línea del 811, después de renunciar a la reserva premurieron al reservista, y, al morir éste, quedaron como parientes de la línea más próximos los hijos de aquéllos, o bien unos tíos del descendiente (prescindamos ahora del supuesto de que queden a la vez unos y otros). ¿Afectará a los tíos la renuncia de los hermanos del descendiente? ¿Afectará a los hijos de éstos, si premuertos sus padres renunciantes son ellos los preferentemente situados a tenor del artículo 811?

Nos hallamos ante el tema concreto de trasladar a la hipótesis del 811 la principal discusión sostenida al interpretar el artículo 970. Como es natural, a los autores que interpretan éste en el sentido que la renuncia de los hijos premurientes no perjudica a los nietos supérstites, no les plantea ninguna nueva cuestión al tenor del 811, y entienden, por tanto, que la renuncia de unos reservatarios no puede perjudicar al derecho que correspondiere a los otros (523). Pero el problema es distinto para quienes hemos admitido que en el 970 la renuncia de todos los hijos afecta a los nietos, aunque sean hijos de un hijo renunciante que haya premuerto al bñubo.

La Resolución de 19 de febrero de 1920, en su primer considerando, estimó dudosa la aplicación al 811 de las normas de la clásica a efectos de la renuncia, y la Resolución de 20 de marzo de 1925, también en su primer considerando, declaró «que por los notables precedentes que tiene en el derecho patrio la reserva de bienes impuesta al viudo o viuda que pase a segundo o ulterior matri-

(523) Así MANRESA (Loc. últ. cit.) dice que «antes de la muerte del ascendiente se ignora qué parientes llegarán a ser los que adquieran en su día los bienes, y como a todos ellos corresponde la posibilidad de adquirir, se sigue que la renuncia aun hecha por todos los parientes dentro del tercer grado, que existan en determinada época, puede no ser eficaz al efecto de extinguir la reserva, porque si después nacen otros y son éstos los acreedores a los bienes a la muerte del ascendiente, no les puede perjudicar la renuncia que hicieron los que se llevaron al sepulcro su esperanza». En parecido sentido se expresan SÁNCHEZ ROMÁN, MORELL, DE BUEN y ROCA SASTRE (locs. últ. cit.).

monio, como por la reglamentación minuciosamente desenvuelta en los artículos 968 y siguientes del Código civil, las cuestiones planteadas con motivo de la aplicación de aquéllas deben ser resueltas con entera independencia del artículo 811 del mismo Cuerpo legal». Al comentarla, Jenaro Gil Socii (524), partiendo además del carácter especial del artículo 970, entendió que si el supuesto que originó esta resolución hubiese correspondido a la reserva del 811, sería indudable «que, no existiendo un precepto análogo, ninguna eficacia puede tener la renuncia que cualquiera de los parientes en el tercer grado hiciera en vida del reservista, ni aun puede hablarse de la renuncia de un derecho que no lo es tal, que al menos, en su aspecto real es sólo una expectativa, si no es por una concesión especial de la ley» (525). De igual modo opinó al contestar a una consulta la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (526).

Sin embargo, no nos convencen totalmente estas razones. Creemos necesario distinguir. Antes hemos sostenido (527) que si al fallecer el reservista deja descendencia íntegramente común al otro ascendiente, aunque de éste queden otros descendientes, la reserva no tiene lugar; pero creemos que, aun en caso de que no se acepte así, si todos los hijos comunes siendo mayores de edad renunciaran a la reserva, ésta se extinguiría, aunque alguno de los hijos comunes renunciante premuriese al reservista dejando descendencia. En ese supuesto vemos una total identidad posicional y de *ratio* con respecto al caso regulado en el artículo 970, por lo cual la doctrina aplicada debe ser idéntica, ya que no existe motivo alguno para dar trato diferente a uno y otro caso. E igualmente creemos que si, no habiendo descendientes comunes, hubieran renunciado a la reserva todos los medio hermanos del descendiente, hijos del otro ascendiente e hijastros del reservista, su renuncia deberá afectar a los hijos de esos medio hermanos, pues

(524) GIL SOCII: Loc. cit., pág. 472.

(526) También RUIZ ARTACHO (loc. cit., pág. 435) dice que siguiendo el criterio de la Resoluciones de 19 de febrero de 1920 y 30 de marzo de 1925, el 970 «constituye una excepción, que sólo es admisible, por tanto, en la reserva ordinaria, y en el supuesto citado actuar los hijos renunciante, por verdadero privilegio legal, a modo de representantes de todas las ramas y líneas descendientes».

(526) «Rev. Grañ. de Leg. y Jur.», 155 (2.º semestre 1929), págs. 199 y sigs.: «La renuncia de que nos habla el consultante extingue el derecho de los renunciante a esa reserva [hermanos del descendiente], pero pueden existir otras personas con derecho a ella, como son los abuelos y tíos paternos y sobrinos carnales de doña R. ... [la descendiente], cuya falta no consta, y, además, pueden nacer antes de la muerte de la reservista otros parientes, muy fácilmente sobrinos carnales que en el momento de morir doña D. ... [la reservista] tengan derecho a los bienes». «Hay que hacer presente que aunque estos sobrinos sean hijos de los renunciante, tal renuncia no les priva de su derecho a la reserva.»

(527) Ver I, § 5.º, b, núm. 34, págs. 124 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 749 y sigs.

la analogía posicional de este supuesto con el anterior nos parece suficiente y su *ratio* respectiva no se nos asemeja distinta.

Incluso nos parece admisible, aunque disonante, entender que la renuncia de un abuelo del descendiente pueda afectar a los hijos de dicho abuelo, tíos del descendiente, si éstos sobreviven y aquél premurió al reservista.

En cambio, no vemos base alguna para aplicar analógicamente a otros supuestos el 970; así v. gr., parece evidente que la renuncia de los hermanos del descendiente no podrá afectar a los tíos ni a los abuelos, si aquellos renunciantes premurieren al reservista.

c) *La renuncia a adquirir, en su día, al fallecer el reservista, los bienes reservables.*

Hemos visto antes que esta renuncia ha sido confundida con la anterior.

Por este motivo, la Sentencia de 1 de abril de 1914, en su tercer considerando, admitió la posibilidad de enajenar condicionalmente los bienes reservables, basándola en la admisión de la renuncia a la reserva contenida en el artículo 970 C. c. Su error radicó en estimar como derecho actual a los bienes de naturaleza real, aunque inseguro, incierto o condicionado, el reverso de la sujeción del reservista; y en centrar la renuncia sobre ese supuesto derecho real—que creemos inexistente—y no en la liberación al reservista de su sujeción.

Paradójicamente, partiendo de un concepto dogmático totalmente distinto de la reserva, Marín Monroy (528), el más encarnizado crítico del artículo 970, incurrió en igual confusión entre renunciar a la reserva y renunciar a los bienes. Para la Sentencia de 1 de abril de 1914 la reserva no es legítima futura, pero su renuncia equivale a renunciar a los bienes reservables; para Marín Monroy la reserva es una legítima futura y renunciar a ella es renunciar a heredar los bienes reservables.

Al comentar el que llama «mayor borrón de nuestro Código», compara Marín Monroy (529) el artículo 703 del Proyecto de 1851 al vigente 970, y destaca que aquél habla de renunciar a ella [«la reserva»] y el 970 de renunciar a él [«el derecho a los bienes»]. De ello deduce que: «En el proyecto se trata, y claramente se deduce de su lectura, de la renuncia a sus derechos por la obligación de reservar de los padres. Creo que no es lo mismo que la de la reserva y que puede distinguirse una de otra renuncia; pero aun entendiendo que el proyecto se refería a la renuncia de la reserva, aunque no fuese en tal caso muy precisa su redacción, nada tendríamos que objetar, pues el hijo mayor de edad y capaz podía renunciar válidamente un derecho adquirido y la reserva implicaba

(528) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...* en «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 764 y sigs. y 823 y sigs.

(529) MARÍN MONROY: Págs. 764 y sigs.

en la doctrina antigua una adquisición de la nuda propiedad, inmediata consecuencia de la celebración del nuevo matrimonio. Si hubiera conservado siquiera tal redacción el Código vigente, podría salvarse el precepto de su artículo 970, conciliándolo con la nueva doctrina y entendiendo que la renuncia en él aludida era sólo de los derechos concedidos legalmente al reservatario en garantía de su derecho futuro, pero expresamente altera el precepto para que la renuncia que autoriza sea del derecho del reservatario a los bienes. Algo inconciliable con la nueva doctrina de la no adquisición del derecho hasta la muerte del reservista, e inconciliable también con la doctrina general de la renuncia de derechos, admitiendo, en daño evidente de terceros, renuncia de derechos no adquiridos.»

A su juicio, es inadmisibile la renuncia a un derecho futuro y más si puede ser en perjuicio de otros reservatarios (530), que implicaría la renuncia a sucesión y legítima futuros (531). Por eso concluyó (532) que es más lógico ver en el artículo 970 «un residuo conservado mecánicamente por copia de proyectos anteriores, en una obra precipitada como es el Código, que ver en él la expresión madurada y reflexiva de una excepción a las condiciones de renunciabilidad de un derecho, a la renuncia en daño de terceros y efectos para éstos, a la prohibición de renunciar herencias futuras y la misma legítima futura».

Creemos que Marín Monroy, al emitir su criterio, incidió en varias inexactitudes. Así: 1.º En el régimen anterior al Código, según vimos (533), el derecho de los reservatarios no era la nuda propiedad de los bienes reservables, ni el reservista tenía sólo su usufructo; y renunciar a la reserva, como acabamos de ver, equivalía a remitir al binubo de las limitaciones de la reserva, esto es renunciar a exigir en su día su cumplimiento. 2.º El actual artículo 970 no puede entenderse en el sentido de que la renuncia que regula se refiera a los bienes, sino que, por razón de sus antecedentes y para no caer en una interpretación *ad absurdum*, debe considerarse referida al derecho a exigir el cumplimiento de la reserva, es decir, la sujeción del reservista. El artículo 970 expresa desde el lado activo de la sujeción del reservista, de la que son beneficiarios un grupo familiar globalmente considerado, aquella misma remisión clásica de la limitación de la reserva. 3.º No se trata, pues, de renunciar a una futura sucesión, sino a exigir la vinculación de determinados bienes a la misma. Estos bienes no dejará necesariamente de heredarlos el reservatario por su renuncia, pues podrá recibirlos por herencia del reservista, a la cual no renuncia. Su renuncia se concreta a su derecho a exigir que los bienes sean dispuestos forzosamente dentro de los respectivos

(530) Pág. 824.

(531) Pág. 826.

(532) Págs. 832 y sigs.

(533) Ver II, § 2.º, núm. 7, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 678 y sigs.

ámbitos previstos en el artículo 811 o en los artículos 972 y 973 del Código civil.

Como antes hemos observado, Manresa, Scaevola, Morell, Valverdes y Roca Sastre (534) incurren también en la confusión entre renunciar a la reserva y renunciar a adquirir los bienes—que, según ellos, se opera a través de renunciar al derecho condicional dirigido a su adquisición—, cuando hablan de acrecimiento a los demás reservatarios no renunciantes en caso de renuncia de algunos.

Un ejemplo nos aclarará la diferencia. Supongamos un caso de reserva viudal: V tiene tres hijos de su primer matrimonio A, B y C; este último renunció expresamente a la reserva y no los otros dos. En esta hipótesis podrá ocurrir que V haya enajenado todos los bienes reservables o dispuesto de ellos a favor de extraños, o puede ocurrir que al fallecer los haya conservado y, en este caso, será posible que muera sin testar y sin dejar hijos del segundo matrimonio o que haya testado mejorando con los bienes reservables precisamente al hijo que renunció a la reserva. Pues bien: en el primer caso, sólo A y B podrán reclamar contra estas disposiciones que contravinieron la reserva; en el segundo, lo mismo que A y B, C heredará abintestato los bienes reservables, pues no renunció a ellos, sino únicamente a exigir que su padre o madre hubiese sido sujeta forzosamente a la reserva; y, en el tercer caso, valdrá la mejora hecha a C, pues al disponerla V no incumplió la obligación impuesta por el artículo 968 en relación con el 972, pues C no ha dejado de ser hijo común por el hecho de haber renunciado a reclamar contra las contravenciones de la reserva que su padre o madre hubieren podido cometer.

Parecidos ejemplos podemos ofrecer con referencia a las hipótesis del artículo 811. El reservatario que renunció a la reserva puede recibir del reservista a título de herencia o legado los bienes reservables, sin que por eso se incumpla la reserva, ni reciba el reservatario bienes a los que hubiese renunciado, pues su renuncia no fué a heredarlos sino a exigir, al reservista o a sus herederos, el cumplimiento forzoso de la reserva. Renunció a reivindicar los bienes reservables que hubiesen o hubieren sido vendidos por el reservista, a pedir la nulidad de las disposiciones *mortis causa* que éste hubiese hecho de dichos bienes, a reclamar los bienes reservables a los herederos abintestato del reservista. Pero no renunció a recibir esos bienes por herencia o legado si el reservista voluntariamente se los dejase, cumpliendo la reserva, a pesar de la renuncia del beneficiado a exigirla, pues contra tal disposición no podrán reclamar los demás reservatarios, puesto que los bienes habrán quedado para un pariente de la línea y del grado fijados en el artículo 811—que no renunció a recibirlos, sino a exigirlos—, con lo cual este precepto queda cumplido.

(534) Ver notas 510 a 515 y el texto correspondiente.

Precisamente lo que no cabe renunciar, porque al hacerlo se incidiría en la prohibición del artículo 991 C. c. es a heredar los bienes que eran reservables para el caso de que testamentariamente o abintestato correspondieren al presunto reservatario. El artículo 970 no es excepción del 991, sino regulación de algo distinto: la facultad de renunciar a exigir el cumplimiento forzoso de la reserva. El 816 no tiene que ver con el 970, sino que apoyó un criterio opuesto para otro supuesto distinto de limitación de la facultad de disponer *mortis causa*. No se puede renunciar en vida del causante a exigir en su día el cumplimiento de la legítima (artículo 816); en cambio, a exigir el cumplimiento de la obligación de reservar, se puede renunciar en vida del reservista (art. 970).

26. *Disponibilidad o indisponibilidad de la posición de los reservatarios.*

La Dirección General de los Registros se ocupó antes que el Tribunal Supremo de la posibilidad o no de que los reservatarios dispusieran por actos *inter vivos* de su posición respecto los bienes reservables. Se trata de una cuestión que, a pesar de haber consultado bastantes obras, no hemos visto planteada antes de la vigencia del Código civil.

Las Resoluciones de 28 de agosto de 1911 y de 6 de abril de 1912 declararon no inscribibles sendas escrituras en las que se hipotecaban bienes reservables. La segunda se remitió totalmente a los fundamentos de derecho que habían sido considerados en la primera. Y ésta centró la premisa mayor de sus razonamientos, contenida en su 2.º considerando, en el artículo 1.874 C. c.; *únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles y derechos reales con arreglo a las leyes...*, y en el 1.857 núm. 3.º, C. c., que exige que las personas que constituyan ese gravamen *tengan la libre disposición de sus bienes*. La premisa menor está subdividida en los cuatro siguientes considerandos, en los que respectivamente se niega que los reservatarios tengan en vida del reservista derecho de naturaleza real (535), se afirma que se trata de derechos

(535) Tercer considerando: «Los derechos de reserva reconocidos en los artículos 968 y siguientes del citado Código solamente pueden hacerse efectivos, según el 971, cuando al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio existan hijos o descendientes legítimos del primero y, por consiguiente, los reservatarios podrán tener en el Registro antes de morir el reservista, con la declaración de la cualidad de reservables, la garantía de que no les perjudicará cualquier acto de enajenación de los inmuebles que tengan aquel carácter, pero no un derecho verdaderamente real, como lo prueba el que este derecho debe hacerse constar en el Registro meramente por medio de una nota marginal, con arreglo a lo prevenido en el artículo 139 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, y no en una inscripción especial y separada, como procedería si se tratara efectivamente de un derecho de dicha clase, evidenciándolo aún más la circunstancia de que el referido derecho de reserva puede ser garantizado por medio de la hipoteca legal que conceden los artículos 191 y siguientes de la citada Ley. en los casos y forma que los mismos prescriben, la cual hipoteca

a herencias futuras (536); que los reservatarios no tienen la libre disposición de los bienes, pues sus derechos son eventuales e inciertos (537); y que éstos no están inscritos, sino únicamente mencionados en el Registro de la Propiedad (538).

El criterio opuesto fué sostenido en la Sentencia de 1 de abril de 1914, que como las dos resoluciones recién referidas, se refirió concretamente a un supuesto de reserva viudal. En ella, el Tribunal Supremo declaró embargable el derecho de los reservatarios en vida del reservista. Para fundamentar esta solución, sostuvo

u obligación accesoria sería de todo punto innecesaria si la reserva tuviera por sí sola lo virtualidad y eficacia de un derecho real.»

Es cierto que el último razonamiento referentes a la posibilidad de garantizar con hipoteca legal el derecho de reserva incide en una confusión que ya hizo notar MORELL (*Legislación hipotecaria*, vol. III, art. 108, IV, pág. 704), la hipoteca legal garantiza la restitución de los bienes muebles, los deterioros y el precio o valor de los enajenados, mientras que en la constancia del carácter reservable de los inmuebles sujeta éstos a las resultas de la reserva.

(536) Cuarto considerando: «Aquel derecho no puede además ser legalmente enajenado, que es la segunda de las circunstancias necesarias para ser hipotecable, según el mencionado artículo 1.874, toda vez que se trata de herencias futuras, esto es, de los derechos a una sucesión que ha de abrirse a la muerte del reservista, a tal punto que dicha sucesión podrá ser testamentaria si aquél hace uso de la facultad que le concede el artículo 972 del repetido Código, o legítima, si no hace uso de tal facultad, con sujeción a lo dispuesto en el 973, y en este supuesto, estando terminantemente prohibidos por el artículo 1.271 los contratos sobre herencias futuras y, por tanto, el que pueda ser vendido o gravado el derecho a las mismas, falta igualmente esta condición esencial para que el repetido derecho de reserva pueda ser hipotecado.»

(537) Quinto considerando: «El padre o madre, segunda vez casados, pueden mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, pudiendo así variar o mermar los derechos de los otros, por lo que estos derechos son eventuales e inciertos, cuando menos en lo referente a su extensión y a la cantidad y calidad de los bienes que en su su día han de hacerse efectivos, faltando su previa y precisa determinación y, por consiguiente, la posibilidad de disponer, desde luego libremente de ellos, no siendo inscribible el contrato en que así se hiciera, porque careciendo de dicho requisito se infringiría lo dispuesto en los artículos 9.º, regla 2.ª, 21 y 30 de la citada Ley Hipotecaria.»

(538) Sexto considerando: Que partiendo de la afirmación del 3.º de que la reserva debe hacerse constar en el Registro meramente con una nota marginal arguye que «el precepto contenido en el artículo 108, número 5.º de la anterior Ley Hipotecaria, vigente al otorgarse la escritura de referencia, que expresamente prohibía la hipoteca de derechos en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aún inscritas a favor del que tenga derecho a poseer, precepto en que principalmente se funda la nota del Registrador, se halla bien alegado en ésta, por ser perfectamente aplicable al caso del recurso, sin que la circunstancia de haberse suprimido en la nueva Ley Hipotecaria indique que tal precepto haya sido derogado, como se supone en la providencia apelada, habiéndose, por el contrario, prescindido de él, por estimarse superfluo e innecesario, atendida la disposición consignada en el citado artículo 1.857 del Código civil, puesto que éste, con carácter aún más amplio y general, establece la misma prohibición.»

que la reserva no es legítima futura (539) ni herencia futura (540) y que «constituye una limitación innegable a la libre disposición de los bienes sujetos a reserva y, por consiguiente, en el exclusivo dominio que caracteriza la propiedad absoluta» (primer considerando) y «que desde el momento que por ministerio de la ley existe una obligación, y lo es la de la viuda nuevamente casada a reservar determinados bienes, faltaría el término preciso para la relación jurídica, si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho a favor del hijo del primer matrimonio» (segundo considerando); y «que al interesado en el recurso no le fueron embargados créditos, cuyo importe hubiera de ser exigible en tiempo alguno, sino derechos de los cónyuges, aunque condicionalmente, podrá disponer con capacidad legal su poseedor» (tercer considerando).

Esta sentencia fué inmediatamente criticada por G. M. (541), al observar que: «Aun admitiendo la correlación clásica en el sentido más simplista, ha de advertirse que el *sujeto activo* no es el hijo del primer matrimonio, que acaso hoy por hoy aparezca con tal carácter, sino las personas llamadas por la ley en el momento de consumarse la reserva (véase la sentencia del T. S. de 22 de junio de 1895)»; que «suele confundirse frecuentemente el *interés jurídico* que los presuntos reservatarios tienen en asegurar los bienes reservables, con el derecho condicional a la propiedad de los mismos, hasta el punto de creer algunos que las personas que pueden pedir la nota de garantía a la hipoteca especial, son las únicas a cuyo favor ha de hacerse en su día la transferencia del dominio; pero basta examinar los sucesivos estados jurídicos de la reserva para comprender la distinción entre personas que pueden exigir la garantía (reserva perfecta) y personas que pueden exigir los bienes (reserva consumada)». Y que: «Sostener que el presunto reservatario puede disponer, aunque condicionalmente de sus derechos, tan sólo porque estando mencionados puede renunciarlos, según el artículo 970, y autorizar una enajenación judicial donde procedería, a todo más, una prohibición de renuncia, equivale o confundir una declaración hipotecaria con un derecho real enajenable.»

La Dirección General, en su Resolución de 27 de octubre de 1917, ante el problema de dar cumplimiento a la Sentencia de 1

(539) Segundo considerando: «No cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legatario a una herencia futura, cual lo demuestra el artículo 970 del Código civil al calificarlo de renunciable por los hijos, y los 977 de dicho Cuerpo legal y 198 de la Ley Hipotecaria, que permiten exigir la hipoteca por su garantía.»

(540) Tercer considerando: «No estimándose como herencia futura el derecho a la reserva, carece de aplicación el artículo 1.271 del Código, precepto prohibitivo no tan absoluto que impida los contratos relativos a los bienes comprendidos en el 978, de igual modo que están permitidos otros análogos en los artículos 831, 827 y 1.331.»

(541) G. M.: *Las reservas de bienes y el Tribunal Supremo*, en «Rev. Der. Priv.», t. I (septiembre 1914), pág. 397.

de abril de 1914, acató el fallo de ésta, considerando que «aunque la vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en lo que a dicha cuestión se refiere, impide conceder a sus decisiones el fundamental valor normativo que en general se le reconoce, es lo cierto que el presente recurso debe decidirse con sujeción a los pronunciamientos de la Sentencia del mismo Tribunal de 1 de abril de 1914, ya que entre el caso por ella resuelto y el ahora discutido existe, si no la relación fijada por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 78 de su Reglamento, por lo menos la posible igualdad de cosas, causas y personas», y «que no puede dudarse que cuando dichos Tribunales han conocido y juzgado la misma cuestión que produce el recurso gubernativo, y resuelto los puntos fundamentales que son objeto de él, la ejecución que recaiga ha de cumplirse en el Registro, salvo obstáculos de otra naturaleza».

El acatamiento estuvo tan falto de convicción que poco más de dos años después la Resolución de 19 de febrero de 1920 destacó que la enajenación de la reserva pendiente siempre quedaría sujeta «a las contingencias que el segundo matrimonio o la sobrevivencia del ascendiente, la mejora de un hijo o nieto, la desheredación o la incapacidad, los derechos de los acreedores del patrimonio reservable, etc., provocasen en el Registro, bajo forma de condiciones resolutorias impropias, y aun de probables rescisiones motivadas por el precio vil fijado en las operaciones particionales a estos oscuros derechos y a estas participaciones eventuales, que sólo pueden entrar en la circulación económica por una exagerada asimilación de la reserva perfecta y de la reserva consumada». Y el siguiente considerando (el 3.º) añadió «que los anteriores razonamientos no van contra el criterio expuesto en la Resolución de 27 de octubre de 1917, porque esta decisión, motivada por una sentencia del Tribunal Supremo, aparte de contener pronunciamiento de un carácter extraordinariamente limitado al caso discutido...».

Pero el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de abril de 1942, referida a un caso de reserva lineal, volvió a insistir en la posibilidad de que los reservatarios en vida del reservista enajenasen *inter vivos* su posición jurídica. Su primer considerando afirmó: «que si bien hasta la consumación de la reserva carece el reservatario de facultad dominical sobre los bienes reservables, su posición jurídica significa un derecho eventual con relación a bienes de una herencia deferida, cual es la del causante de la reserva, de suerte que el fallecimiento del reservista no implica transmisión hereditaria de éste al reservatario, sino cumplimiento de una parte de la condición de que aquella consumación depende, y, por tanto, la enajenación que de su derecho realice el segundo, *pendente conditione*, no constituye contrato sobre herencia futura ni cae en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 del Código civil».

La doctrina al tratar esta cuestión aparece muy dividida, en términos casi irreductibles.

De una parte unos autores, como MORELL (542), De Buen (543), Casso (544), Lacal (545), Calleja (546), Roca Sastre (547), han defendido la transmisibilidad *inter vivos* de lo que denominan derecho condicional de los reservatarios.

Algunos (548) se limitan a reproducir, sin tomar partido, la posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Registro, en sus fallos antes referidos.

Otros, como Manresa (549), Scaevola (550), Sánchez Román

(542) MORELL y TERRY: *Legislación hipotecaria*, vol. III, art. 108, IV, D, págs. 703 y sigs.

(543) DE BUEN comenzó poniendo la cuestión como dudosa (*Enciclopedia jurídica española*, vol. y loc. cit., pág. 346) y alegó, en contra de la cesibilidad, los artículos 1.271 del C. c. y 152 de la L. H.; pero posteriormente (*Notas a Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 391 y sigs.) afirmó que, en síntesis, a pesar de anteriores dudas, su criterio era favorable a la disponibilidad del derecho de los reservatarios por estimarlo sujeto a condición suspensiva y como herencia diferida, «pues [los bienes reservables] forman parte de la herencia del premuerto».

(544) IGNACIO DE CASSO y ROMERO: *Derecho civil español*, vol. I (Madrid, 1926), tema LXXV, pág. 609.

(545) PASCUAL LACAL: *Las expectativas de derechos y los derechos expectantes*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VII (noviembre 1931), pág. 831.

(546) FRUCTUOSO CALLEJA: *Notas para un estudio sobre la reserva tradicional*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 176 (2.º semestre 1944), págs. 148 y sigs.

(547) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 320 y sigs.

(548) Así ocurre con CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil...*, vol. cit., págs. 469 y sigs.) y BORRELL y SOLER (*Derecho civil español*, vol. cit., § 349, nota 5, págs. 314 y sigs.). Si bien este último, en otro trabajo anterior («Rev. Jur. Cat.» cit., págs. 307 y sig.), aun limitándose a transcribir la jurisprudencia, parece que acepta la transmisibilidad por el reservatario en vida del reservista. OSSORIO MORALES, al comentar la Sentencia de 18 de abril de 1942 («Rev. Gral. de Leg. y Jur.» cit.), no toma partido en esta cuestión, limitándose a anotar la concordancia de esta sentencia con la de 1 de abril de 1914 (pág. 677).

(549) MANRESA (Op. cit., vol. VII, arts. 968 a 980. I, tercera, pág. 255 y sigs.), al ocuparse de esta cuestión con respecto a la reserva viudal, fundó la negativa en que «el derecho está concedido no a persona alguna determinada, sino a esta clase o entidad, a los hijos y descendientes legítimos, no pudiendo recaer en quien no tenga esta cualidad y porque cada uno de los individuos que integran la clase sólo tienen antes de la muerte del cónyuge bínubo una esperanza que no se sabe si se realizará o no, ni en quiénes de los hijos o descendientes se verá realizada». En cambio, en el tomo VI (debido a la pluma de MORELL), al ocuparse de la reserva lineal (arts. 811, IV, B, 2.º, pág. 308), dice que la cuestión es dudosa y que así lo confirman las decisiones de la jurisprudencia.

(550) SCAEVOLA (Op. cit., vol. XIV, art. 811, G, d, b, pág. 359) dice que «mientras vive el ascendiente no tienen [los reservatarios] más que una expectativa de su derecho a una herencia; no hay siquiera posibilidad de hablar de enajenación. Se oponen a la facultad de enajenar, razonamientos inconcuses: a) derecho personalísimo y, por tanto, intransmisible; b) inexistencia de materia jurídica, real y efectiva, puesto que sólo tiene esperanza de derecho; c) aun admitiendo la existencia de objeto, prohi-

(551), Valverde Valverde (552), Reino Caamaño (553), Capó Bonnafous (554), De Diego (555), Marín Monroy (556), Torres Murciano (557), han rechazado su transmisibilidad.

Una posición especial es la de nuestro compañero Azurza y Ozcoz (558). Para él la reserva es un derecho futuro, pero no una sucesión futura, y que sólo es disponible con los efectos, puramente personales, de una promesa de cesión: como las cosas futuras y las cosas ajenas; se trata, a su juicio, de un negocio inacabado que sólo se perfecciona al nacer el objeto para el patrimonio del disponente, desde el cual y por cuyo conducto debe pasar al adquirente (559).

Los argumentos esgrimidos a favor de la transmisibilidad de la reserva son, en síntesis, los siguientes:

1.º Que la reserva impone una limitación innegable a la libre disposición del reservista, lo que supone un correlativo derecho real en los reservatarios.

Anteriormente, hemos visto la inexactitud de este razonamiento

bición de contratar sobre un determinado, aun cuando posible, y, por tanto, futuro derecho hereditario sobre determinados bienes».

(551) SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., VI-II, núm. 142, pág. 1016, y VI-III, núm. 24, pág. 1879, en donde, respectivamente, para una y otra reserva sostiene que el derecho de los reservatarios no garantiza más que una esperanza, es personalísimo e intransferible e inembargable por actos *inter vivos* o *mortis causa* a favor de persona alguna, y sólo puede renunciarse cesando entonces la obligación de reservar.

(552) VALVERDE VALVERDE: Op. y vol. cit., cap. XXI, § II, pág. 465: «El derecho de los reservatarios es personal y no puede enajenarse ni hipotecarse; sólo cabe su renuncia.»

(553) JOSÉ REINO Y CAAMAÑO: *La reserva como objeto de contrato*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 124 (primer trimestre 1914), págs. 24 y sigs., especialmente págs. 36 y sigs. Se trata, a nuestro juicio, del mejor y más certero trabajo escrito acerca de este tema.

(554) CAPÓ BONNAFOUS: Loc. cit., págs. 449 y 453 y sigs.

(555) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, vol. cit., pág. 201, nota 1, donde dice que el derecho de los reservatarios «es personal e intransmisible».

(556) MARÍN MONROY: *La reserva llamada...*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», VI, págs. 829 y sigs., y *Más sobre la institución de las reservas*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», X (septiembre 1934), pág. 758.

(557) TORRES MURCIANO, loc. cit., págs. 272 y sigs.

(558) PEDRO JOSÉ DE AZURZA Y OZCOZ: Loc. cit., págs. 50 y sigs., en especial págs. 120 y sigs.

(559) Parece que MARÍN MONROY (*Más sobre...*, loc. cit. págs. 768 y sigs.) también acafé, en virtud de la Sentencia de 1 de abril de 1914—aunque sin compartir la doctrina—, la posibilidad de enajenación a título oneroso del derecho del reservatario y lo configuró de modo parecido a como hemos visto en AZURZA, ya que al tratar de las consecuencias que, en caso de venta acarrearía su desheredación por el reservista, afirma que no podría impugnarla el cesionario y sólo vacila acerca de si éste podría exigir al reservatario cedente que la impugnara o le indemnizase en virtud de su obligación de saneamiento.

to (560) y acabamos de transcribir la crítica que formuló G. M. en el primer tomo de la Revista de Derecho Privado.

2.º) Que los reservatarios *tienen un derecho condicional y que, como tal, es enajenable*. Roca Sastre (561) ha insistido en este argumento, fundamental para la Sentencia de 18 de abril de 1942. En su apoyo cita las opiniones de los autores que afirman que los derechos condicionados o condicionales, cuando sea transmisible el derecho que se espera llegue a perfeccionarse, también lo serán a su vez, pues representan un valor patrimonial.

Pero este razonamiento parte de varios datos inexactos, pues: La posición de los reservatarios no supone un derecho condicional (562); ni todas las situaciones de pendencia condicional son transmisibles, aunque el derecho a que tiendan una vez perfeccionado lo sea, pues—como veremos—no podrán serlo aquéllas si la situación definitiva se refiere *intuitus personae* a uno o varios sujetos delimitados, como ocurre en las reservas.

3.º) *Que se trata de una herencia deferida, que es cedible con forme al artículo 1.531 C. c. y no de una herencia futura*; pues su causante—dicen—no es el reservista, sino el cónyuge premuerto—en la viudal—o el descendiente—en la lineal—. Según Roca Sastre (563): «Hay una gran diferencia entre el hijo que en vida de su padre vende sus presuntos derechos a la herencia de éste y el reservatario que vende, *pendente condicionem*, su derecho a la reserva perfectamente delimitado y sólo afectado por una condición: la de sobrevivir. En la reserva hay algo más definitivo que en la venta de herencia futura, pues en ésta todo está en el aire. la herencia y el derecho hereditario».

Según el mismo Roca, «en contra de la enajenación del derecho de los reservatarios no militan las razones que fundamentan la prohibición de los pactos sucesorios». Entre estas razones se contaban: 1) La inexistencia del objeto: *viventis nulla est hereditas*: pero para Roca en la reserva falla esa razón (mas no creemos que sea así, pues realmente—según hemos visto (564)—el reservatario carece de todo derecho actual *en o a* los bienes). 2) La protección a la libertad de testar: de la cual—según dice Roca—no cabe hablar en la reserva (pero, en la reserva viudal, el artículo 972 C. c. desmiente esa afirmación, que deberemos ver si también en el 811 falla). 3) El carácter *contra bonas mores et ius gentium* en su tipo de *captatores hereditatum*, de que habla Horacio: sin embargo, tampoco cree Roca que se dé en las reservas, pues

(560) Ver II, § 2, 8, 4.º, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 688 y sigs. Ver también TORRES MURCIANO: Loc. cit., pág. 274.

(561) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., págs. 320 y sigs.

(562) Ver antes II, § 2.º, n. 13, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 730 y sigs.

(563) ROCA SASTRE: Loc. últ. cit., pág. 322.

(564) II, § 2.º núm. 8, c, 13 c y 16, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 695 y sigs., 738 y sigs. y 755 y sigs.

entiende que en ellas todo está preordenado y que lo único contingente es el momento de la muerte, contingencia que cree no basta para aplicar la prohibición, ya que de lo contrario debería extenderse a los seguros de vida, renta vitalicia y hasta el usufructo (pero no aceptamos la corrección de estas comparaciones, ni que todo esté preordenado, por lo menos automáticamente, pues con evidencia lo desmiente el artículo 972 C. c. en la reserva clásica).

Aparte de las objeciones con que hemos glosado las razones de la prohibición de los pactos sucesorios, añadiremos que, aun cuando la reserva no fuese herencia futura, no por ello quedaría prejuzgada su transmisibilidad. Esta depende de razones finalistas, que son determinantes de su carácter personalísimo e intransmisible.

4.º) Que *por ser la reserva renunciante debe ser transferible* (565), pues la renuncia del reservatario supone la transmisión de su derecho al reservista, y si es transferible a éste, que es precisamente la persona a quien la ley impone la sujeción, no hay por qué limitar la transmisibilidad respecto a otras personas.

Este argumento, ya en enero de 1914 lo había replicado Reino Caamaño, quien señaló que entraña confusión entre la simple renuncia y la renuncia traslativa. Como observó: «ambas renunciaciones son tan distintas, responden a actos de voluntad tan opuestos, que la verdadera, que la única renuncia es la *simple*, por lo que se declaró en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 1891 que no pueden confundirse la renuncia traslativa, completamente análoga a la sucesión, con la *renuncia extintiva*, que consiste en el desprendimiento voluntario de un derecho *sin transmitirlo a nadie*».

Pero la principal confusión del argumento *renunciabile ergo cedibile*, consiste en no valorar exactamente el objeto de la renuncia a la reserva. Acabamos de ver que renunciar a la reserva no es más que remitir al reservista de su sujeción a la reserva; que el renunciante, durante la reserva pendiente, no renuncia a ningún derecho *actual* en los bienes, puesto que no lo tiene, y que el único derecho *futuro* al que preventivamente se renuncia es al de exigir en su día el cumplimiento de la sujeción que la ley impuso al reservista. No se renuncia, pues, derecho alguno actual a los bienes, ni tampoco a heredarlos del reservista, sino sólo a exigir a éste, en su caso, y en su día, la efectividad de su sujeción.

Falta, pues, toda posibilidad de aplicación a la transmisión de la doctrina de la renuncia: pues remitir una sujeción no es transmitir un derecho al beneficiario de la renuncia.

La posición negativa se ha apoyado en diversas razones favorables a la intransmisibilidad de la reserva en pendencia. En especial:

1.º) *La indeterminación subjetiva actual del titular que po-*

podrá reclamar en su día los bienes reservables, que posiblemente aún no exista en la fecha en que otro candidato realice la transmisión. Así G. M. (566), al comentar la Sentencia de 1 de abril de 1914, señaló la distinción «entre personas que pueden exigir la garantía (reserva perfecta) y personas que pueden exigir los bienes (reserva consumada)». La incertidumbre, por tanto, es subjetiva, se refiere a un elemento esencial del acto jurídico; que no es, por tanto, meramente condicional.

Claro es que se replicará que la incertidumbre subjetiva se debe a la confluencia de una serie de expectativas condicionales en varias personas, y que sólo como consecuencia de dicha concurrencia se produce, pero que cada situación de pendencia tiene entidad condicional suficiente para su transmisión supeditando ésta a la perfección de la relación pendiente en la persona del sujeto transferente.

2.º) *La inexistencia actual de objeto transmisible, al no haber nacido derecho «en» los bienes ni «a» los bienes del reservatario.* No entenderlo así sería tanto como confundir—según comentó el mismo G. M.—«el interés jurídico que los presuntos reservatarios tienen en asegurar los bienes reservables, con el derecho condicional a la propiedad de los mismos», que, como antes vimos, no existe ni puede existir mientras penda la reserva (567).

No obstante, podría objetarse que, así como junto a unas expectativas condicionales transmisibles, existen otras intransmisibles; igualmente, al lado de aquellas expectativas pendientes de la perfección de sus elementos esenciales totalmente intransmisibles, caben otras que sean transferibles (568).

En realidad será el modo de referir la expectativa *intuitus personae* (individualmente o dentro de un determinado ámbito) lo que determinará la intransmisibilidad de una u otra expectativa; y, contrariamente, su cesibilidad dimanará fundamentalmente, de la ausencia de atribuibilidad *intuitus personae*.

3.º) *Que la cesión se refiere a una herencia futura, intransmisible conforme al artículo 1.271, párrafo 2.º, Código civil.*

Ya hemos visto que lo han negado las sentencias de 1 de abril de 1914 y 18 de abril de 1942. Pero, Reino Caamaño (569) había razonado a favor de la aplicación de la prohibición, partiendo de lo declarado en las Sentencias de 4 de enero de 1911 y 21 de marzo de 1912. Según aquélla: *sólo a la muerte del reservista* adquieren los hijos o descendientes, o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva..., y *con rela-*

(566) G. M. en «Rev. Der. Priv.», I, pág. cit., ver texto correspondiente a nuestra nota 541.

(567) Ver antes II, § 2.º, núm. 13 (AN. DER. CIV., XI-III, págs. 73 y sigs.) y § 4.º, núm. 21.

(568) Ver antes II, § 2.º, núm. 13, II, 1.ª § y 2.º § (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 743).

(569) REINO CAAMAÑO: Loc. cit., págs. 36 a 39.

ción a la indicada fecha..., debe resolverse la cuestión de existencia de una de las dos reservas, sin que a esta resolución sean ajenas, *por lo que hace a los reservatarios*, las eventualidades posibles y lícitas a que vienen sometidos desde que nace la reserva hasta que se consuma, pues a estas contingencias se debe el que aparezca o subsista su esperanza o expectación de derecho, *que sólo les faculta mientras vive el reservista para ejercitar las acciones encaminadas a asegurar los bienes de la FUTURA SUCESIÓN*». Según la segunda: no «puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectación de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele la cualidad de heredero en los bienes objeto de la reserva, ni facultársele para ejercitar otras acciones que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión». Lo que Reino (de quien son los subrayados de los considerandos anteriores) resumió: *Si la reserva es un medio de garantía de un excepcional orden de suceder*, los bienes en que se sucede, *forman hasta tanto que la sucesión se abra, una HERENCIA FUTURA*». Y, abundando en el mismo razonamiento, añadió: «como lo que está por suceder no es lo mismo que si ya hubiese sucedido, resulta para los parientes reservatarios *futura la sucesión*; futura, en cuanto a los bienes, porque están por adquirir; y futura, en cuanto al sucesor en ellos, que *es desconocido* mientras el reservista vive». «Se dan en el pacto—concluye (570)—las condiciones todas que se requieren para la existencia de un contrato sobre herencia futura.»

Acabamos de ver los argumentos en contra de la aplicación de esa prohibición a las reservas aducidos por Roca Sastre y sus puntos débiles, o por lo menos, discutibles. Torres Murciano (571) había opinado de modo diferente, al apreciar razones justificativas de que la prohibición sea aplicada a las reservas. Aparte de las consideraciones «estrictamente jurídicas, no cabe sustraer—escribió—el problema al enfoque moral, resaltando la inconveniencia de que un reservatario desaprensivo o desalmado pueda traficar en el mercado la esperanza de la muerte del padre o la madre reservista...» «no se concibe una negociación, venta o hipoteca de cosa tan aleatoria y condicionada como es un derecho de reservatario, sin identificar al adquirente o acreedor con alguno de los sujetos que hicieron precisa la conocida ley de Azcárate». Y a continuación, destacó que en el caso contemplado por la Sentencia de 1 de abril de 1914 se daban en este sentido significativas circunstancias, que el fallo no tomó en consideración, y, como resultado curioso, que aquel pleito fué sostenido por las mismas partes y respecto los mismos bienes, que después por la desheredación del presunto reservatario cedente, ordenada por la reservista bínuba, dieron lugar a la sentencia de la Sala de lo civil de la

(570) REINO: Pág. 42.

(571) TORRES MURCIANO: Loc. últ. cit., págs. 274 y sigs.

Audiencia de Valencia, a la que se refiere en su trabajo, y que absolvió de esta demanda a la heredera de la reservista.

4.º) *Que los beneficios de la reserva son personalísimos e intransferibles.* Así lo repitieron Scaevola, Sánchez Román, Valverde y De Diego (572) y, en especial, lo razonó Reino Caamaño (573). Este autor deduce consecuencias—con argumentación que podría calificarse de *minus ad maius*—de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirmó la intransmisibilidad *mortis causa* de la reserva, aunque el reservatario hubiere sobrevivido al reservista, si falleciere aquél sin haberla reclamado.

Acerca de este tema fueron aducidas por Reino: La Sentencia de 16 de enero de 1901, la cual consideró que «a la obligación de la reserva establecida en el artículo 811 del Código corresponde un derecho que sólo puede ejercitar y reclamar la persona en quien concurren las circunstancias que el mismo artículo requiere y no otra alguna, no pareciendo lógico ni conforme con la naturaleza de la expresada institución jurídica, que cualquiera que podía ser un extraño, a título de heredero o representante del que no tuvo por conveniente reclamar dicho beneficio, lo pretendiese para sí». La Sentencia de 8 de noviembre de 1906, que insistió en que «constituyendo la reserva un beneficio o derecho personalísimo, sólo pueden ejercitarlo las personas a cuyo favor lo ha establecido la ley de modo taxativo». La de 27 de enero de 1909, reiterante de que «el derecho a la reserva de los bienes a que se contrae el artículo 811, sólo puede ejercitarlo la persona en quien concurren las circunstancias que en él se determinan».

Reino Caamaño deducía «que no siendo transmisible la esperanza de los reservatarios a sus herederos, aun después de muerto el reservista, que siendo personalísima esa expectativa de derecho, no era lícito derivarla en otra persona por acto *inter vivos*. Pues si no consiente la naturaleza de la reserva que otro que no sea el pariente familiar la ejercite, forzoso es que no pueda disponerse de ese derecho, que nadie más que el pariente adquiere».

Contra ese argumento: *personalísimo ergo intransmisible*, Roca Sastre (554) ha opuesto su distinción entre «derecho subjetivado o personalísimo [«adscrito o vinculado a una persona determinada y no enajenable en sí»], y derecho subjetivamente real». Partiendo de ella, a su juicio:

«A primera vista parece que los derechos de los reservatarios tienen esta condición [de subjetivados] porque en ellos se produce aquel efecto característico de los personalísimos: el extinguirse con la muerte del titular y no ser, por consiguiente, transmisibles por herencia. Pero, a poco que se medite, el derecho de los reservatarios no es de esta clase. Evidentemente se extingue

(572) Ver notas 550, 551, 552 y 555.

(573) REINO: Págs. 39 y sigs.

(574) ROCA SASTRE: *Estudios...* loc. y vol. últ. cit., pág. 323.

al fallecer el reservatario, pero es al fallecer *antes* que el reservista. Y es que aquí lo que existe no es un derecho personalísimo, sino el juego de una condición, que precisamente consiste en que el reservatario debe sobrevivir al reservista». Por lo cual, deduce que: «el derecho del reservatario es enajenable, y no es personalísimo, si bien su transmisión *mortis causa*, en cuanto a su efectividad, es imposible institucionalmente».

Pero esta solución de Roca Sastre sólo se basa en una de las tantas hipótesis constructivas puramente dogmáticas, a la cual coloca como *prims* de la consideración o no como personalísimos de los beneficios de la reserva. En realidad, ha de ser el fin de la institución, su *ratio*, lo que ha de determinar si tiene o no ese carácter; la construcción conceptual sólo puede ser un *posterius* apoyado en la solución finalista y valorativa.

A nuestro juicio, para resolver la cuestión hay que partir de los datos estimativos, que nos arroje la *ratio* del 811, en la reserva lineal; así como de los que nos ofrezca su finalidad en la reserva clásica.

Hemos comprobado que son datos ciertos: Que la finalidad del 811 es evitar la desviación de ciertos bienes de su línea de procedencia, producible por la hipótesis que dicho artículo contempla (575). Que para impedirlo limita la sucesión de los ascendientes que reúnen las circunstancias previstas (576). Que esa limitación (577) es excepcional (578) y se concede como beneficio personalísimo (579), exclusivamente a favor de determinadas personas (580), que en él se mencionan ante el grado de parentesco que les une (581). Y como norma excepcional, *ius singulare*, es de aplicación estricta a cuanto su *ratio* singular exija, sin extensión alguna que sobrepase la finalidad perseguida (582).

De ello sólo puede deducirse que esa excepción a las reglas normales, que limita la sucesión legal de los ascendientes, sólo es aplicable para obtener el fin para el cual fué creado el precepto y a favor—con carácter colectivamente personalísimo—de los parientes de la línea y del grado indicados en el mismo precepto; por lo cual no debe admitirse que sea transmitida. De modo que: no debe permitirse que, a través de ese medio de evitar que los

(575) I, § 1.º, núms. 5, 8 y 9, págs. 15 y sigs. (AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.) y II, § 2, 17 a (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762).

(576) I, § 2.º, núm. 10 (AN. DER. CIV., X-II, págs. 29 y sigs.) y II, § 2.º, 17, b (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762).

(577) Sentencias de 16 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 19 de noviembre de 1910, 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933.

(578) Sentencias de 7 de noviembre de 1927, 26 de noviembre de 1943 y 1 de febrero de 1957.

(579) Sentencias de 16 de diciembre de 1892, 8 de noviembre de 1906, 27 de enero de 1909 y 4 de mayo de 1910.

(580) Sentencias de 16 de enero de 1901 y 26 de noviembre de 1943.

(581) Sentencia de 1 de julio de 1955.

(582) I, § 2.º, núm. 15, págs. 37 y sigs. (AN. DER. CIV., X-II, págs. 361 y sigs.) y II, § 2.º, 17, c. (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762).

bienes salgan de la familia, se especule anticipadamente con su transmisión a terceras personas, de forma que daría pábulo a la usura y al agio, de un modo parecido si no igual al que el artículo 1.971, § 2 del Código civil quiso impedir. La ley no impuso la sujeción de la reserva al reservista para llegar a ese resultado, sino para un fin muy diverso y específicamente concretado.

Además, al tratar de la renuncia hemos visto la diferencia que media entre la remisión concedida por los reservatarios al reservista de su sujeción a la reserva, de una parte, y, de otra, la anticipada renuncia de aquéllos a suceder en los bienes reservables para cuando fallezca el reservista. Aquella remisión no tiene contenido activo más que como renuncia a exigir el cumplimiento de la reserva, y no significa la renuncia a recibir los bienes a que ésta se refiera, si correspondieren al renunciante por cualquier causa independientemente de haber renunciado a exigir al reservista el cumplimiento de la reserva. Por lo tanto, no cabe hablar de transmisión de esa facultad, que en sí carece de contenido propio respecto a la titularidad de los bienes. En cambio, vimos también que la obtención de los bienes reservables a la muerte del reservista no puede ser previamente renunciada, por haberse de estimar como renuncia a herencia futura, y por ende, tampoco podrá admitirse su transmisión, por significar paralelamente enajenación de herencia futura.

(Concluirá.)