

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

JUAN VALLET DE GOYTISCLO
Notario de Madrid

II

EL ARTICULO 811 COMO NORMA A INTEGRAR

(*Conclusión*)

§ 5.º RESERVA CONSUMADA. SU CUMPLIMIENTO POR EL RESERVISTA.

La muerte del reservista determina la consumación de la reserva. Es decir, da lugar a su exigibilidad por los reservatarios—ya que: de no haberlos en ese momento no habrá reserva (583)—, apoyados en la sujeción que sufren los bienes reservables, específicamente, y el patrimonio del reservista, en general, cuando consumácellos no se agote la obligación de reservar.

Ahora, nos toca estudiar cómo se cumple la reserva y cómo puede exigirse su cumplimiento. Pero conviene examinar antes una cuestión previa relacionada con este cumplimiento.

27. *¿Es posible su cumplimiento anticipado?*

Es decir, ¿cabe que el ascendiente reservista consume su obligación de reservar transmitiendo los bienes reservables, o parte de ellos, a todos o a alguno de los reservatarios?

(583) Así resulta de la finalidad de la reserva, que es evitar el tránsito de los bienes reservables a persona ajena al núcleo familiar integrado por los reservatarios. Por lo tanto, de no vivir nadie que reúna estas circunstancias falta la base de la protección de la norma. Si alguna duda hubiera, la aplicación analógica del artículo 971 aclara la perspectiva: «971. *Cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero*». La mecánica es la misma, cambiando «el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio» por «el ascendiente reservista conforme al art. 811» e «hijos y descendientes legítimos del primero» por «parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden» (Ver II, § 1.º, 4 y en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 670).

El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han rozado esta cuestión en sendas ocasiones. El primero, en la Sentencia de 10 noviembre de 1953, en un caso de venta de un bien, que se estimó reservable con arreglo al artículo 811 del Código civil, otorgada por el reservista a favor de uno de sus hijos habidos en su matrimonio con el otro ascendiente de quien procedían los bienes. La segunda, en Resolución de 20 de febrero de 1914, relativa a un supuesto de donación por el padre al único hijo de su primer matrimonio de bienes heredados de otra hija, premuerta impúber, que los había heredado de su madre, la primera esposa del donante.

La Sentencia de 10 de noviembre de 1953 contempló un supuesto en que la madre, que había heredado *abintestato* de un hijo una finca que éste a su vez había heredado del padre, la vendió a otro de sus hijos comunes, sin que se hubiera hecho constar en el Registro al inscribirse la venta si dicha finca tenía o no carácter reservable. Es de notar que demandado el hijo comprador, no arguyó la posibilidad de que el reservista pudiese enajenar a un reservatario bienes reservables, extinguiéndose al hacerlo la reserva en cuanto a estos bienes enajenados. Diversamente, enfocó la defensa de su derecho invocando: la inaplicación del 811 a Cataluña, la inexistencia de reserva habiendo hijos comunes y la prelación de la legítima de los descendientes y de la reserva viudal, que autoriza la mejora, con respecto a la lineal. La Audiencia de Barcelona revocó el fallo del Juzgado de Mataró, que había estimado no aplicable la reserva, entendió que había lugar a ella y que la venta se hallaba sometida a condición resolutoria. Recurrido en casación esta sentencia, por ambas partes, el Tribunal Supremo rechazó los dos recursos.

La Resolución de 20 de febrero de 1914 resolvió la siguiente cuestión: un padre bínubo donó al único hijo vivo de su primer matrimonio seis fincas, que había heredado de otra hija del mismo primer matrimonio fallecida impúber y que ésta, a su vez, las había heredado de su madre, la primera esposa del donante. En la escritura se decía que los bienes se hallaban sujetos a reserva del artículo 811, no obstante lo cual la donación era perfecta *desde su otorgamiento*, por ser el donatario hermano de la causante y el único pariente que existe dentro del tercer grado en la misma línea de donde los bienes procedían. El Registrador había denegado la inscripción, por opinar que se daba la reserva del 811 y que, si bien entonces el reservatario presunto era el donatario, éste podía premorir al otorgante y darse la circunstancia de que, en cambio, sobrevivieran a éste alguno de los cuatro hermanos de la primera esposa del reservista—madre de los descendientes—o bien, los hijos que el propio donatario pudiera llegar a tener, y porque para estas hipótesis no se habían dejado a salvo en la donación los eventuales derechos de esos—a su juicio—posibles reservatarios. La Dirección General confirmó la nota del Registra-

dor considerando «que aun asimilado el poseedor de bienes reservables al poseedor de bienes sujetos a condición resolutoria, no puede enajenarlos, sin que por lo menos en la inscripción se haga constar el derecho de los reservatarios, por lo que una vez declarado el carácter de los bienes donados y su sujeción a las consecuencias del artículo 811, se faltaría a los preceptos del artículo 109 si se diere por extinguido».

No creemos adecuada a la *ratio* del artículo 811 las posiciones de la Sentencia y de la Resolución que acabamos de referir. Aparte de que en el supuesto de la Sentencia de 1953, al no sobrevivir al ascendiente más que los hijos comunes, creemos que la reserva no debió estimarse aplicable.

Para centrar el tema que tratamos de resolver debemos volver a aquellos datos que hemos estimado seguros al analizar teleológicamente el artículo 811 (584). De ellos para resolver esta cuestión interesan los siguientes: a) *La finalidad del 811 es evitar la desviación de su línea de procedencia de ciertos bienes producida por azar imprevisible: en virtud de la interposición de un ascendiente de línea distinta...* (585). c) *El artículo 811, como «ius singularis», es de aplicación estricta a cuanto su «ratio» singular exija...* (586). 7) *No debe aplicarse el artículo 811, si no existe diversidad de línea, y, por tanto, objetivamente de estímulos normales que impulsen al descendiente a disponer de los bienes fuera de la línea de procedencia* (587).

En los casos planteados, al ascendiente reservista dispone a favor de personas que pertenecen a la línea familiar de procedencia de los bienes y que se hallan dentro del grado de parentesco con el descendiente determinado en el artículo 811. No provoca, pues, con ello desviación alguna, sino al contrario, encauza los bienes por la propia línea de la que no quiere el precepto legal que salgan por mediación del reservista.

Se alegrará, tal vez, que esta solución podría dar lugar a que, en su día, si el adquirente premiere al reservista y fueren otros los reservatarios, éstos quedasen perjudicados al no recibir el bien dispuesto anticipadamente a favor de quien en el momento de la disposición era reputado como reservatario preferente. Pero, la objeción carece de valor si atendemos a que los reservatarios, aun consumada la reserva, no tiene—en contra de la voluntad del reservista—más derecho a los bienes que el dimanante de sus poderes de exigir el cumplimiento de la reserva. Como vimos, ni la *«ra-*

(584) Ver II, § 2.º, núm. 17, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 702 y sig.

(585) Ver I, § 1.º, núms. 5, 8 y 9, págs. 15 y sigs. y § 5.º, núm. 30, pág. 106, y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs. y 700.

(586) Ver I, § 2.º, núms. 10 y sigs., págs. 29 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 353 y sigs.

(587) Ver I, § 5.º, núm. 20 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 730 y sigs.

ción del artículo 811, ni su letra imponen una sucesión forzosa al ascendiente reservista (588). Y la reserva la cumple el reservista haciendo pasar los bienes a parientes de línea y grado exigidos, al llenarse así el fin perseguido por el precepto.

También se objetará la posibilidad de acuerdo, entre reservista y reservatario adquirente, en fraude de lo ordenado en el artículo 811. Esto es, que el reservista done a uno o varios de los reservatarios, para que éste o éstos vendan el bien donado, libre ya de la reserva, repartiéndose el precio o entregándolo totalmente el donatario al reservista donante. Pero, creemos que la posibilidad de fraude no es razón suficiente para rechazar la validez y licitud de un acto jurídico cuando aquél no se demuestre. El fraude no puede presuponerse, fuera de los casos en que la ley expresamente lo haga, como en las hipótesis previstas en el artículo 1.297 del Código civil y 880 y siguientes de Código de Comercio.

Claro que no faltará quien alegue que, conforme al § 1.º del primero de los preceptos citados: *Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito*. Pero, la réplica es fácil. *el reservista, como tal, sólo es deudor del cumplimiento de la reserva y, precisamente, la cumple anticipadamente transmitiendo los bienes reservables a parientes de la línea y grado determinados en el artículo 811.*

Cosa distinta es la posibilidad de establecer presunciones *hominis vel facti* deducidas de la consecutividad de una donación de bienes reservables a algún presunto reservatario y de la venta, por éste, a personas ajenas al círculo familiar. En especial, si el incremento patrimonial correspondiente al precio de la venta no se refleja en el patrimonio del reservatario vendedor o si se prueba un correlativo enriquecimiento injustificado en el del reservista. El artículo 1.253 del Código civil deja abierta al juez la posibilidad de esa apreciación deducida *según las reglas del criterio humano*.

La validez de la donación de bienes reservables hecha por el reservista o alguno de los reservatarios, deberá entenderse sin perjuicio de los derechos legitimarios de los descendientes que sean comunes a ambos ascendientes (al reservista y al otro de quien proceden los bienes), para cuyo cálculo deben computarse los bienes donados y los demás reservables en la forma que anteriormente hemos indicado (589).

En caso de haber verificado el reservista a título oneroso la transmisión de los bienes reservables al presunto reservatario, creemos que aun cuando los bienes transmitidos queden—según lo indicado—liberados de la reserva por cumplimiento anticipado, en

(588) Ver II, § 2.º, núm. 17, b) y en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 702, y I, § 1.º, núm. 6, págs. 23 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, pág. 743 y sigs.

(589) Ver I, § 7.º, núm. 50, c), págs. 184 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-IV, págs. 1117 y sigs.

cambio, el precio o la contraprestación que el reservista recibiere quedarán sujetos a la reserva de acuerdo con el criterio expuesto al tratar de subrogaciones (590).

28. *Cumplimiento de la reserva «mortis causa» por el reservista.*

Cuanto acabamos de admitir con relación al cumplimiento *inter vivos* del deber de reservar, prejuzga en cierto modo la solución de su cumplimiento *mortis causa*. Pero, como quiera que ésta ha sido una cuestión muy discutida por la doctrina y diversamente contemplada en algunas sentencias del Tribunal Supremo, creemos conveniente detenernos en su examen, que a su vez nos podrá servir para confirmar o rectificar la solución que acabamos de dar al problema del cumplimiento anticipado en vida del reservista.

Pero antes, debemos recordar que, además de aquellos datos demostrados que hemos tomado como base para decidir la cuestión del cumplimiento *inter vivos*, ahora para resolver acerca de su realización voluntaria por disposición *mortis causa* del reservista, debemos tener como apoyo fundamental otro de los datos probados: b) *La «ratio» del artículo 811 ni su letra imponen una sucesión forzosa al ascendiente reservista* (591).

Como razones de esa afirmación, en la primera parte de este trabajo (592) hemos expuesto las siguientes:

1.º Conforme la finalidad enunciada por Alonso Martínez y corroborada por las declaraciones de la jurisprudencia (593)—con la salvedad de las Sentencias de 8 de octubre de 1930, 8 de junio de 1954 (594) y 5 de diciembre de 1958 (595)—lo que se trata de evitar es que por la desviación prevenida los bienes pasen a personas extrañas, entendiéndose por tales las no comprendidas en la línea y grado que el 811 determina. Por lo tanto, en consecuencia, no se producirá desviación si los bienes quedan en poder de parientes que se hallen en ese tercer grado, aunque no sean los más próximos. El fin de prevenir la desviación queda cumplido con impedir que el reservista disponga fuera de dicha línea y ámbito familiar fijados en el 811. Con ello basta para evitar el *irritante espectáculo* que la Comisión General de Codificación quiso prevenir.

(590) Ver II, 3.º, núm. 21, a), en AN. DER. CIV., XII-III, pág. 784.

(591) Ver II, § 2.º, núm. 17, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762.

(592) I, § 2.º, núm. 6, págs. 23 y sig., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 347 y sig.

(593) Sentencias 30 diciembre 1897, 29 octubre 1907, 19 noviembre 1910, 2 enero 1920, 25 marzo 1933, 26 noviembre 1943, 11 julio 1955, 1 febrero 1957.

(594) La crítica en este aspecto de estas dos sentencias la hemos hecho en este trabajo, I, § 1.º, núm. 7, pág. 26, y en AN. DER. CIV., X-II, pág. 350.

(595) Hemos comentado esta sentencia en AN. DER. CIV., XII-I, págs. 351 y sigs. Respecto al punto que tratamos, ver en especial, págs. 358 y sigs.

2.º La expresión literal del precepto no desmiente lo más mínimo esa interpretación finalista. El artículo 811, refiriéndose al reservista, dice «se halla obligado a *reservar*». El sentido del verbo *reservar*, lo hemos repetido muchas veces, no equivale a disponer o atribuir ni a sufrir una atribución y distribución predeterminados por la ley, sino—conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua—a *destinar, separar o apartar*.

Además, hemos visto:

4.º El carácter de *ius singulare* del 811 (596), limitativo del Derecho común de sucesiones para una finalidad singularísima, que requiere su interpretación ceñida a su *ratio* y, por lo tanto, restrictiva en cuanto exceda de ésta; según la cual el *derecho sucesorio común* (sucesión testada, intestada y sujeción legítima del reservista) *no debe ser limitada más que para cumplir el fin perseguido y de ningún modo cuando con el mero cumplimiento de dichas normas comunes quede satisfecha la finalidad querida en el 811*.

4.º Tenemos: como premisa mayor comprobada (597) la *identidad funcional que ofrecen las dos reservas reguladas en el Código civil*; y como premisa menor, también verificada (598), que en el régimen de la reserva viudal en el Código civil, los bienes reservables no integran la herencia del ascendiente premuerto y, en cambio, hay datos que inclinan a entender que con respecto a los descendientes comunes esos bienes se computan en la herencia del reservista. Este puede disponer de ellos en los límites marcados por los artículos 968 y 972 en relación con el 823 y 937, § 2.º del Código civil. De ello resulta, no sólo que los bienes reservables no integran la herencia del descendiente, ni son atribuidos por la ley directamente de modo individual a los reservatarios, sino que el reservista está facultado para disponer de los mismos dentro de los límites determinados por la ley.

5.º *Sistemáticamente* (600) el artículo 811 está precedido inme-

(596) Ver la fundamentación de este tercer argumento de I, § 2.º, núms. 10 y sigs., págs. 29 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 353 y sigs.

(597) Ver II, § 1.º, núm. 4, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 665 y sigs., y también nuestro trabajo en síntesis *Interpretación localización sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código civil*, III, B), en REV. DER. PRIV., XLIII (mayo 1959), págs. 392 y sigs.

(598) Ver II, § 2.º, núm. 8, B), en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 697 a 701, especialmente *Las reservas en el Capítulo V del Título IV, Libro III del Proyecto de Compilación del Derecho Civil de Cataluña, redactado por la Comisión de juristas catalanes*, en «Rev. Jur. de Cataluña», LVIII (marzo 1958), págs. 144 y sigs.; *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958*, en AN. DER. CIV., XII-I, pág. 361, notas 18 y 19, e *Interpretación...*, en «Rev. Der. Priv.», LXIII, cit., pág. 394, notas 216 a 221.

(599) Ver II, § 2.º, núms. 14, 15 y 16, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 745 y sigs., en especial 749, 750, 751, 754 y 755 y sigs.

(600) Ver II, § 2.º, núm. 14, 2.º, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 750. En ese mismo sentido, RIZA MARTÍN (*Contribución al estudio de la reserva troncal en el Código civil*, Santiago, 1925, pág. 125) dice que «el artículo 811 no legisla como disposición creadora de una cuota legítima».

claramente por los artículos que establecen las legítimas a favor de los ascendientes, y el artículo 938, que aplica el 811 a la sucesión intestada, subsigue a los que establecen la sucesión intestada de los descendientes por los ascendientes, y aparecen como modalidades o limitaciones de dichas legítimas o sucesión intestada, respectivamente. Así lo corroboran las sentencias de 10 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 19 noviembre de 1910, 4 de enero de 1911, 7 noviembre de 1912, 25 de marzo de 1933 (601) y 1 de febrero de 1957, que conceptúan la reserva como limitación de los derechos legítimarios de los descendiente, y las sentencias de 7 de noviembre de 1927 y 26 de noviembre de 1943, las cuales más ampliamente la contemplan como restricción impuesta a la titularidad sucesoria de los ascendientes. De lo cual resulta que el ascendiente ha heredado o ha sucedido a su descendiente, aunque en virtud de su obligación de reservar tiene limitada—según el contenido que de la letra y *ratio* del 811 resulta— la libre disponibilidad de los bienes.

De todas estas razones, además de la conclusión antes enunciada, pueden deducirse escalonadamente—como en otra ocasión ya anticipamos (602)—los siguientes puntos básicos:

a) *El 811 no atribuye derechos individuales a los reservatarios. No les llama directamente como sucesores—universales ni singulares—del descendiente, ni de ninguno de los dos ascendientes. Simplemente, prohíbe que los bienes pasen del reservista a personas no comprendidas en la línea familiar y grado de parentesco determinados en el propio precepto.*

b) *El 811 no excluye totalmente los bienes reservables de la herencia del reservista, sino tan solo restringe su posible destino impidiéndole disponer de ellos fuera de cierto ámbito familiar y limita, en esos mismos términos, las normas de su sucesión intestada.*

c) *La sucesión testada e intestada del reservista, así como las legítimas que limiten aquélla cuando los legítimarios sean a la vez reservatarios, deben ser aplicadas y respetadas en cuanto con su aplicación no se incumpla la limitación impuesta al reservista por el 811.*

ria, sino como limitativa de otra que con anterioridad deja establecida; que sus efectos, más miran a mermar facultades que a concederlas; que su misión es reductoria, no constitutiva).

(601) Especialmente esta Sentencia en su primer considerando observó que después de determinar el Código civil en su artículo 800, lo que ha de entenderse por legítima y en el 807 y siguientes, cuáles son los herederos forzosos a quienes corresponde dicha porción, regula en el 810 la sucesión de los ascendientes legítimos respecto de sus descendiente de igual clase, pero a renglón seguido limita los efectos de este modo de adquirir la propiedad conforme al 600 en cuanto a determinados casos y bienes en el 8110.

(602) *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, loc. cit., págs. 360 y sig.*

Con esos datos podríamos resolver la cuestión que hemos planteado, pero antes de hacerlo preferimos repasar la posición de la jurisprudencia y de la doctrina y, en especial, las opiniones adversas a la disponibilidad testamentaria, que, aunque limitada, creemos que corresponde al reservista.

29. *La discutida facultad de mejorar del reservista según la jurisprudencia.*

La facultad de mejorar por el reservista y, más ampliamente, la facultad de éste de elegir o desigualar entre los presuntos reservatarios (si preferimos usar técnicamente el verbo *mejorar* concretando su ejercicio, por el reservista, entre sus descendientes comunes al otro ascendiente, de acuerdo con los artículos 972 y 823 en relación con el 811) es la cuestión de cuya posibilidad o no, según el criterio de la jurisprudencia, vamos a ocuparnos.

La primera Sentencia que rozó esta cuestión fué la de 4 de enero de 1911. Unos tíos del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes demandaron a un sobrino de dicho descendiente, que era nieto del ascendiente reservista y de la ascendiente de quien procedían los bienes, como hijo de una hija común de ambos ascendientes. El Tribunal Supremo, en este caso, aparte de afirmar que no tiene lugar la reserva cuando exista descendencia común del reservista y de la persona de quien procedan los bienes, dió por sentado en su segundo considerando que *con esta reserva (la del 811) o sin ella, mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarían siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre los padres y descendientes legítimos.*

La Sentencia de 21 de enero de 1922 examina el siguiente supuesto: un testador manifestó que de su primer matrimonio tuvo cuatro hijas, de las cuales una había fallecido soltera y otra casada dejando cinco hijos, nietos del testador, y después de varias disposiciones, que no hacen al caso, advirtió a los albaceas—contadores que en las operaciones de su testamentaria no debían incluirse los bienes que el testador había heredado de la hija que le premurió soltera, y que ésta había adquirido de su madre, pues dichos bienes eran reservables en virtud del artículo 811 del Código civil y correspondían exclusivamente a las dos hijas *supérstites*. El Tribunal Supremo, en su segundo considerando, estimó con respecto a dicha advertencia, que aun modo alguno cabía apreciar que en tal forma hiciere uso el padre de las atribuciones que le concede el artículo 972 el Código civil, estableciendo sin manifestación clara y explícita de constituirla, una mejora, que por esto solamente sería contraria a Derecho, pues sabido es que nuestro Código no reconoce la mejora tácita, según se desprende de los artículos

825 y 828». Dejamos aparte esta última afirmación, que en otra ocasión hemos criticado (603), pues ahora sólo nos interesa advertir, en la declaración del Tribunal Supremo, que *sensu contrario* admitía la posibilidad de que el causante pudiera haber mejorado expresamente a algunos de sus hijos. Si bien, para nuestro tema, esta apreciación pierde interés por haber estimado el primer considerando de la Sentencia, que la reserva vidual—el testador había contraído segundas nupcias—era preferente a la línea.

La Sentencia de 8 de octubre de 1930 contempló—con criterio netamente opuesto al de la Sentencia de 4 de enero de 1911—el siguiente supuesto: la testadora, que dejó tres hijos, mejoró a uno de ellos; y en la partición de su herencia se comprendieron para computar la mejora unos bienes que la causante había heredado por ministerio de la ley de un hijo premuerto y que éste había habido de su padre, el finado cónyuge de la testadora. Demandaron los hijos no mejorados, desestimó la demanda el Juzgado; pero la Audiencia de Sevilla revocó el fallo y declaró que los bienes heredados por la testadora de su hijo eran reservables y no debían incluirse en la herencia de ella. Interpuso el mejorado recurso de casación y alegó, en su segundo motivo, infracción de los artículos 811, 972, 823 y 808 del Código civil, observando que ni el artículo 811 ni el 968 dicen cómo deben distribuirse los bienes entre los reservatarios, pues basta que queden dentro del ámbito familiar determinado respectivamente para cada reserva. Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso, por entender: en su segundo considerando, que, como quiera que la testadora, «respecto de los bienes reservables antes aludidos *no tenía dominio alguno, no le era licito disponer de ellos*, y, por tanto, no podían ser comprendidos del modo que lo fueron en dichas particiones, puesto que, de conformidad con el repetido artículo 811 y el 921 del Código civil, es palmario que *los repetidos bienes debieron ser heredados y adjudicados por partes iguales*». Y, en el tercero, que el 811 «no distingue ni excepciona respecto de la obligación de reservar, en cuanto a unos respecto de los otros hermanos, no teniendo por ende, aplicación al pleito los artículos del Código citados por la parte demandada en este motivo de su recurso, y precisamente ha-

(603) *La mejora tácita*, en «Anales de la Academia Madrileña del Notariado», VIII, págs. 9 y sigs. Aparte nuestra tesis de estimar posibles las mejoras tácitas y sólo prohibidas las presuntas, observamos (en la página 10) que *da controversia cláusula no contenía ninguna manifestación de voluntad, y sí, solamente, una declaración de verdad. Declaración sin duda viciada doblemente de error de derecho. Primero, porque juzgaba hallarse ante un supuesto de reserva lineal, y se encontraba, como resuelve en su primer considerando el fallo comentado, ante un caso de reserva clásica. Y, segundo, porque, al parecer el testador estaba en la creencia, equivocada, de que en la reserva lineal el pariente de grado más próximo excluía al más remoto, sin ser posible el derecho de representación* (lo cual correspondía a la opinión más común en aquellas fechas, apoyada en la simple letra de las SS. 15 diciembre 1801, 10 enero 1901, 8 noviembre 1906 y 30 diciembre 1912).

lida cuenta de la finalidad que se persigue en el repetido artículo 811, que es que *no salgan los bienes, no de la familia, sino de la línea de donde proceden, adjudicándose a quienes legalmente corresponden y tienen derecho desde la muerte de quien debía guardarlos*».

La Sentencia de 8 de abril de 1931 insistió en ese mismo criterio. Una testadora había dejado a sus tres hijos sobrevivientes la legítima estricta, mejoró en los dos tercios restantes a dos de ellos y designó un contador partididor, quien verificó la partición incluyendo en la herencia de la causante bienes que ésta había heredado de los hijos premuertos y éstos de su padre, el premuerto cónyuge de aquélla. Demandó el hijo no mejorado y el Juzgado y Audiencia de Granada admitieron su petición. Interpusieron los mejorados recurso de casación y lo desestimó el Tribunal Supremo, que afirmó, en su tercer considerando, que no constituyen la herencia de la testadora «dos [bienes] reservables, que *por no ser de aquélla tienen el especial destino* reconocido por la Sentencia [recurrida]» y «porque el artículo 811, que ya se acepta por la parte recurrente al no impugnarse, impide que en la partición de una herencia se adjudiquen los bienes reservables *que no forman parte de ella*: doctrina la expuesta que guarda relación con la ya sancionada en la Sentencia de este Tribunal de 8 de octubre del año próximo pasado».

Pero, la Sentencia de 25 de marzo de 1933, rectificó este criterio y volvió al primitivo de la Sentencia de 1911. También en su supuesto figuraban dos hijos premuertos que habían heredado bienes del padre, que *ab intestato* pasaron a la madre, la cual mejoró a tres de los cuatro hijos supervivientes dejando a la otra su legítima estricta. Ésta demandó y, rechazada su demanda, por el Juzgado de Bilbao y por la Audiencia de Burgos, interpuso el recurso de casación que fué desestimado por el Tribunal Supremo en una sentencia que *caló perfectamente la ratio* y esencia del 811, bajo la Presidencia de Jerónimo González y la ponencia de José Manuel Puebla. Los argumentos de esta Sentencia pueden ser clasificados en dos grupos, distinguiendo los que fundamentalmente se ocupan de rechazar las consideraciones de la Sentencia de 8 de octubre de 1930, y los que construyen la propia doctrina enhebrándola con la jurisprudencia de primeros de siglo. Aparte de sus afirmaciones de no haber lugar a la reserva cuando al fallecer el reservista sólo quede descendencia común y de la preferencia de la legítima de de los hijos comunes respecto la reserva (tercer considerando), nos interesan ahora las que concretamente se refieren a la mejora ordenada por el reservista.

Sus primeros considerando contradicen lo afirmado por la Sentencia de 1930, declarando el primero que, ésta, «parte del supuesto, *que no demuestra*, de que la causante de ellos no tenía dominio alguno sobre dichos bienes, cuando del 976 respecto de los muebles *se deduce lo contrario*, así como del 974 que estima válidas

las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el cónyuge sobreviviente mientras se conserva viudo, siquiera le imponga la obligación de asegurar su valor a los hijos y descendientes del primer matrimonio, y del contenido del 975 se deduce que han de ser válidas aunque rescindibles en su caso dichas enajenaciones de inmuebles». Y, el segundo considerando, añade «que si a la indicada reserva no cabe atribuirle otra finalidad ni otro alcance que los puramente familiares antes expresados [*la precisión de evitar que personas extrañas a la familia puedan adquirir por un asar de la vida bienes que sin él hubiesen quedado en aquélla*], a esta revelación del espíritu del precepto legal referido, que la jurisprudencia descubre, habrá que atenerse en toda ocasión y en todo momento sin olvidarlo un punto, para que la aplicación del 811 a las realidades de la vida se adapte exactamente a las realidades del derecho en él creado».

Esta afirmación del segundo considerando es la pieza maestra en la que se apoya la elaboración de los demás. De éstos, nos interesan ahora los justificativos de la facultad de mejorar. El sexto, que añade a la aplicación integradora a la reserva lineal de las normas de la clásica, para razonar, el séptimo—que, si bien el 811 no prevé el supuesto regulado en el artículo 972—, «como en una y otra hipótesis es la misma la situación en que se encuentran colocados los hijos reservatarios respecto del ascendiente reservista, con relación a los bienes reservables, bien se trate de la reserva establecida en el referido artículo 968 del Código civil o ya de la impuesta en el 811, necesario será que en estos dos casos, aparentes casos distintos que la realidad funde en uno solo, rija el principio de derecho establecido para él en el repetido artículo 972 del Código civil». Y, el octavo, argumenta a mayor abundamiento, que constituiría una irritante desigualdad que, pudiendo mejorar el viudo que contrajese nuevas nupcias, no pudiera hacerlo el que se conserve viudo, y sería absurdo entender que la reservista, que de haberse vuelto a casar hubiese podido mejorar conforme al artículo 972, al mantenerse viuda no pudo hacerlo.

De nuevo vuelve a cambiar el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de junio de 1954, que replica a los argumentos de la Sentencia de 25 de marzo de 1933 con afirmaciones francamente discrepantes de principios reconocidos reiteradamente por la propia Sala primera como fundamentales, referentes a la finalidad del precepto (604), al carácter normativo del mismo (605) y a su integración por las reglas de la reserva clásica (606). En el supuesto discutido había fallecido el padre dejando tres hijas y

(604) Ver I, § 1.º, núm. 7, págs. 26, y en AN. DER. CIV., X-II, página 350.

(605) Ver I, § 2.º, núm. 13, págs. 33 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 357 y sig.

(606) Ver II, § 1.º, núm. 2, b), en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 157 y sig.

una de éstas falleció, después de haberle heredado, sucediéndola al *intestato* su madre, la cual en su testamento, usando de la facultad conferida en el artículo 1.056 del Código civil, distribuyó los bienes, inclusive los habidos de su hija premuerta, entre las dos *supérstites*, favoreciendo a una de ellas, a quien demandó la otra. El Juzgado y la Audiencia de Madrid desestimaron la demanda, pero el Tribunal Supremo aceptó el recurso de casación.

Como réplica a los argumentos de la Sentencia de 1933, la de 1954, en su séptimo considerando, argumenta fundamentalmente: que la aplicación del artículo 972, para integrar el 811, no puede apoyarse en que éste contenga una laguna en el punto tratado por aquél, pues «no hay en realidad insuficiencia de la ley respecto a indisponibilidad del reservista *post mortem*, puesto que ésta brota lisa y llanamente del principio rector de la reserva lineal, prohibitivo de toda intervención del reservista que altere el curso de sus bienes o su partición por partes iguales entre los reservatarios». Que, ni aun en el caso de existir la laguna estima posible la aplicación analógica de las reglas de la reserva clásica—«otra institución excepcional o singular, que no es susceptible de aplicación por analogía»—, sino que mejor «estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional... o la del legitimario en la legítima corta o estricta». Que «es inexplicable la atribución de la facultad de mejorar el padre o madre segunda vez casado a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 823; pero lo que no sería explicable ni legalmente posible es que se extendiera la facultad de mejorar, prevista en el artículo 972, a tíos, sobrinos, abuelos y bisabuelos del descendiente heredado, en la línea de procedencia de los bienes, todos ellos posibles reservatarios, a menos que entre éstos se alee una distinción según sean o no hijos de reservistas, distinción que ni la ley la autoriza, ni es posible admitirla institucionalmente sin desnaturalizar la esencia de la reserva lineal». Que «si se concediera al reservista lineal la facultad de mejorar a alguno de sus hijos reservatarios, igual razón existiría para otorgarle la atribución de desheredarlos, y por esta senda, cabalgando sobre inconsecuencias y sobre distinciones injustificadas, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios, hijos y descendientes suyos, para disponer libremente de los bienes reservables...»

La base positiva de la argumentación de esta Sentencia, según su considerando tercero, la constituye su afirmación de que el legislador «ha retenido para sí la facultad de señalar la trayectoria que habrán de seguir los bienes [reservables]» y que el precepto «veda al reservista todo acto dispositivo *post mortem* de tales bienes, si a su fallecimiento existen parientes del grado indicado». De lo cual, deduce como indudable que «queda al margen la autonomía de la voluntad del reservista y será ineficaz toda actuación que

en cualquier forma altere el destino de los bienes preordenado por la ley. Y en el cuarto considerando, que este destino preordenado implica también una distribución de los bienes por igual entre los reservatarios, si hay pluralidad de titulares, porque así se infiere claramente de los términos en que está concebido el artículo 811 (607). Y así está dispuesto por el legislador en casos de concurrencia de varios partícipes en un mismo derecho, cuando no actúa la voluntad privada, como, por vía de ejemplo, ocurre en el supuesto del artículo 393 y, más directamente relacionado con el problema controvertido en el artículo 921, aplicable a la sucesión legítima que es la que corresponde en régimen de reserva lineal fallecido el reservista».

Este mismo criterio lo mantiene la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, que ya hemos comentado en este Anuario (609). El supuesto de esta sentencia no era propiamente de mejora, pues precisamente la hija común de la reservista y del otro ascendiente de quien procedían los bienes, se consideraba única y universal heredera de aquélla. Pero, al reclamar una parte de los bienes reservables una hijastra de la reservista, nacida en el primer matrimonio del marido de ésta y, por tanto, media hermana del descendiente, se planteó el problema del destino y distribución de los bienes reservables, tangente en cierto modo al nuestro. Ello dió lugar a que en los considerandos de la sentencia se deslicen algunas afirmaciones que rozan plenamente la cuestión que tratamos. Así, al replicar la opinión de que al dejar el reservista sólo descendencia común al otro ascendiente no existe diversidad de línea y, por tanto, falla la *ratio legis* del precepto, objeto en el segundo considerando, hacia el final, que es *inadmisible conclusión* la «de eliminar toda participación en ella [la reserva], en provecho exclusivo del legitimario común y en contra del precepto del artículo 811, a otro pariente de igual grado del descendiente que da causa a la reserva y dentro de la misma línea de que los bienes proceden, por el solo hecho, absolutamente indiferente al efecto, de que el favorecido pertenezca a la línea del reservista». Y poco después esgrime *ab absurdum* que «bastaría que el reservista dispusiera de los bienes a favor de uno cualquiera de los varios reservatarios que pudieran estar llamados por la ley, y, por tanto, quedarán dentro de la línea de origen, para anular los derechos de los restantes, al quedar satisfecha la razón y finalidad del precepto, conclusión

(607) Con lo cual este considerando, después de formular unos silogismos con patente fallos lógicos—observados en I, § 1, n. 7, citado en la nota 604—, termina por caer en esa petición de principio.

(608) Afirmación que sólo sería cierta si la reserva supusiera una vocación hereditaria legal a favor de los reservatarios en lugar de ser *meramente una reserva* ordenada para impedir la salida de unos bienes de su línea de procedencia en el supuesto previsto por el 811.

(609) XII-I, págs. 351 y sigs.

como fácilmente se advierte de todo punto insostenible» (610). La base de estas argumentaciones se halla en su primer considerando, al insistir—siguiendo a las Sentencias de 8 de octubre de 1930, 8 de junio 1954 y 30 de mayo 1959—que en el artículo 811 «se marca *ex ministerio legis* la trayectoria hereditaria de determinados bienes».

Pero esta afirmación contradice las Sentencias de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo 1933, e incluso aquéllas que no han entendido la reserva como nueva forma de sucesión sino meramente como limitación de los derechos legitimarios del ascendiente (Ss. de 16 de enero de 1901, 7 de noviembre de 1912, 26 de noviembre de 1943 y 1 febrero de 1957), y no podemos aceptarla por las razones que hemos expuesto en el epígrafe anterior y venimos confirmando a lo largo del presente trabajo.

30. *Criterios de la doctrina.*

Hemos anticipado al comenzar la segunda parte de este trabajo (611), que el tema ha sido discutido por la doctrina y que las diversas posiciones adoptadas por los autores pueden en síntesis reducirse a tres: una totalmente afirmativa, otra negativa y la tercera que es afirmativa en el supuesto de que el reservista deje descendencia común al otro ascendiente de quien proceden los bienes y negativa en caso contrario. No faltan tampoco autores que no definen su propia posición y se limitan a exponer las soluciones contradictorias de las Sentencias de 8 de octubre de 1930 y 25 de marzo de 1933 (612).

(610) Al anotar esta Sentencia (loc. cit., pág. 355) comentamos esa afirmación: «Lo que en verdad nos parece de todo punto insostenible es este razonamiento por la petición de principio que, en el mismo, es lo que más fácilmente se advierte. ¿En qué se funda ese considerando para entender que cada uno de los reservatarios tiene un derecho individual a participar de los bienes reservables? La inconsecuencia del criterio de estimar que los bienes reservables han de ser distribuídos por partes iguales entre aquellos parientes de la línea que sean más próximos en grado, resulta paradójicamente de los mismos argumentos esgrimidos en su defensa por MANRESA (*Comentarios al Código...*, VI, art. 811, II, págs. 254 y sigs.), y «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 73, págs. 363 y sigs.), a juicio de quien *el pensamiento rector del 811, ase respeta siempre que los bienes quedan en el tronco, en poder de un pariente u otro, o de veinte, porque no han de conservarse mejor por el hecho de fraccionarse o pulverizarse*, y por CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, 1. III, págs. 510 y 511, Dicn. 43, Madrid, 21 julio 1943) al afirmar del 811 «que su carácter excepcional y anómalo no puede ser llevado más allá de donde exijan el fin y la necesidad que venía a satisfacer la nueva institución».

(611) II, § 1.º, núm. 2, b), en AX. DER. CIV., XI-III, págs. 657 y 658.

(612) Así, CASTÁN TOBEÑAS (*Bibliografía*, en «Rev. Crít. de Der. Inmod.», XI, enero 1935, págs. 67 y sigs.) al comentar la obra de LA CRUVA y DOXOSO, discrepando de la crítica de este autor a la S. 25 marzo 1933, afirmó: «Sin que pedamos ni debemos entrar en una discusión a fondo y sin que quepa predecir qué solución triunfará en definitiva y constituirá jurisprudencia..., si hemos de observar que el fallo de 1933 se fundó en el

Ahora, enmarcadas en la clasificación enunciada, examinaremos con algún detalle las posiciones debatidas con las razones alegadas por sus respectivos defensores.

a) *Tesis que niega al reservista toda posibilidad de disponer de los bienes reservables entre los presuntos reservatarios:*

Parte de que hay una atribución legal de los bienes reservables directamente verificada a favor de los beneficiarios de la reserva.

Entre los que han entendido esto, algunos ni siquiera discutieron la cuestión, sino que de antemano la presupusieron resuelta, al entender como regla fundamental de las reservas que éstas consisten en una delación legal automáticamente verificada y que los bienes reservables forman una masa separada y excluida de la disposición del reservista. Así: *Mucius Scaevola* (613) al afirmar «que adquirirán los bienes [reservables] todos los parientes dentro del tercer grado con relación al descendiente, que existan en el momento de la muerte del ascendiente, siendo la adquisición por cabezas, por partes iguales». *Alcubilla* (614), pues opinó que «el ascendiente llamado a la sucesión recibe dichos bienes [reservables] en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a dichos parientes dentro del tercer grado». Y otros autores que presuponen una atribución legal automática e igualitaria de los bienes lineales a favor de los reservatarios de grado más próximo (615).

Otros han declarado expresamente que el artículo 972 no es aplicable al artículo 811 y que el ascendiente reservista lineal carece de facultades distributivas *post mortem*. Tales: *Manresa* (616), *Mo-*

espíritu y finalidad del artículo 811, y que esta solución de la Sala primera estuvo atenta, más que a la letra, al espíritu de dicho texto legal y basada además en la relación de dicho artículo con los que regulan la reserva ordinaria y en consideraciones de justicia y equidad». *BONET RAMÓN*, al comentar la S. 25 marzo 1933 (en «Rev. Der. Priv.», XX, septiembre 1933, página 292) escribió que: «Difícil en verdad resulta pronunciarse a favor de una de estas soluciones pues si una encuentra justificación en el texto del artículo 811, la otra descansa en potentes razones de justicia—aunque no suscribamos por completo las del fallo—defendibles, considerando que el referido artículo no se redactó con vistas a esta hipótesis, pues sólo perseguía que los bienes de una familia no fueran a otra habiendo parientes próximos de la primera, y este fin queda también salvaguardado con la solución del fallo que anotamos». *VALVERDE VALVERDE* (op. y vol. cit., cap. X, pág. 234, nota 3) y *GENOVÉS AMORÓS* (loc. cit., pág. 732 in fine y sigs.) se limitan a exponer la discrepancia entre las Ss. de 1930 y 1933 acerca de esta cuestión.

(613) *MUCIUS SCAEVOLA*, *Op. cit.*, XIV, arl. 811, F, b), pág. 314.

(614) *M. ALCUBILLA*, *Código civil de España* (Madrid, 1890), art. 811, nota 294, pág. 238.

(615) Probablemente debe clasificarse en ese grupo a *SÁNCHEZ ROMÁN* (*Estudios...*, VI-II, n. 157, pág. 1037), pese a considerar la reserva más como reversión o reivindicación familiar que como sucesión hereditaria, y sin duda a *FELIPE CLEMENTE DE DIEGO* (*Instituciones...*, vol. cit., Lec. 88, pág. 106, y *Dictámenes jurídicos*, III, dicts. 41, 43 y 44, págs. 500 y sigs.).

(616) *MANRESA*, *Código...* V, art. 811, IV, B, 2.º, 308: «Es claro que en la reserva del artículo 811 no cabe conceder al reservista los derechos

rell (617), López R. Gómez (618), De Buen (619), Charrín—en uno de sus trabajos (620)—, La Cueva (621), Escobar de la Riva (622), y recientemente Entrena Klett (623). De estos autores sólo Charrín y La Cueva han razonado su opinión.

Charrín se limita a esgrimir un solo argumento: «Se explica perfectamente la facultad de mejorar concedida en la primera de dichas reservas [la viudal], que sólo beneficia a los hijos y descendientes comunes, es una verdadera sucesión de los descendientes, en la cual, la ley ha autorizado las mejoras, y por esa razón no debe ampliarse o extenderse esa facultad a la reserva del artículo 811, que favorece a personas que no son descendientes de los reservistas y a los cuales, por tanto, no es aplicable la disposición del artículo 823 del Código Civil, ni ninguna otra de las relativas a las mejoras».

La Cueva, con su característica pasión arremetió contra los razonamientos de la Sentencia de 25 de marzo de 1933, esgrimiendo que: «O hay reserva o no la hay; si existe, el reservista es dueño absoluto y viene la aplicación del artículo 823, pero si existe reserva, hay que acudir para regularla al precepto legal que la origine, al artículo 811, y eso para aplicarlo estrictamente, para llamar al disfrute de los bienes reservables a los parientes todos de cualquier clase y condición que sean, que estén dentro del grado tercero con el descendiente heredado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan. Dejar de cumplir esto para acudir al artículo 972 sito en plena reserva viudal es desnaturalizar los efectos del artículo 811, es cambiar su esencia y naturaleza, es sustituir el derecho que los parientes dentro del tercer grado tienen, a una igual distribución entre ellos de los bienes reservables, por esa otra disposición que faculta al ascendiente para perjudicar a unos hijos en favor de otros, lo que puede autorizar el artículo 823 en los casos que no hay reserva, pero no puede tener aplicación

de mejorar, ni de desheredar, consignados en los artículos 972 y 973 del Código, con relación a la reserva en favor de los hijos y descendientes.»

(617) MORRELL, *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, vol. IV, artículos 191 al 199, pág. 403, se expresa idénticamente que en el texto del tomo de MANRESA citado en la nota anterior.

(618) LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y vol. cit.*, cap. VIII, n. 12, pág. 253.

(619) DE BUEN, Foz «Reserva de bienes», C, V, a, en «Enciclopedia Jurídica Española», vol. 27, pág. 354: «Falta en esa reserva [la del 811] el supuesto necesario para la aplicación del derecho de mejorar concedido por el artículo 972 del Código.»

(620) A. CHARRÍN, *Interpretación del artículo 811 del Código civil. Consulta*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 132 (2.º semestre 1918), págs. 413 a 416.

(621) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811* (Sevilla, 1934), págs. 332 y sigs.

(622) ESCOBAR DE LA RIVA, *Op. cit.*, pág. 41 *in fine*.

(623) CARLOS MARÍA ENTRENA KLETT, *Sobre la reserva del 811*, en «Revista General de Derecho», XV (marzo 1950), pág. 216, dice solamente que el ascendiente reservista «carece de facultades distributivas *post mortem*, Sentencias de 8 de octubre de de 1930 y 8 de junio de 1954».

ninguna si existe y hay que sacar de ella las consecuencias naturales y legales que autoriza el beneficio creado en ese artículo 811. Que esto es justo o que es injusto, eso podrá sostenerse en derecho constituyente, pero en derecho constituido no hay más que apreciar escueta y naturalmente, sin retorcimientos ni alambilaciones de juicio el precepto regulador».

Los prejuicios que encierra la posición de La Cueva al presuponer que el artículo 811 dice lo que realmente no dice ni quiso decir, ni su finalidad reclama, quedan patentes a lo largo de lo expuesto en el presente trabajo, en especial en los §§ 1.º y 2.º de la primera parte y en el § 2.º de esta segunda.

a) *Subtesis negativa, que sólo admite la atribución al ascendiente reservista de la facultad de mejorar del artículo 972 en los casos de concurrencia de reserva lineal con reserva viudal.*

Ese es el criterio de Royo Martínez (624) y de Manuel Docavo (625). Según aquél es inaplicable la facultad de mejorar, regulada para la reserva clásica en el artículo 972, «cuando la reserva sea exclusivamente inpuesta por el artículo 811, pues el reservista es ajeno a la línea de la que los bienes proceden y a la que han de volver, y nada abona el derecho a mejorar. Lo que sucede es que la primera de las dos hipótesis del artículo 969 (viudo que adquiere bienes de un hijo por título lucrativo) engloba en su seno imo de los supuestos del artículo 811 (ascendiente que hereda de su descendiente) y, si concurren los restantes presupuestos de una y otra reserva, se produce una superposición de ambas».

b) *Tesis que acepta únicamente la facultad electiva y distributiva cuando el reservista la ejercite a favor de los descendientes comunes.*

Charrín, al contestar otra consulta (626), resolvió afirmativamente la aplicación al descendiente reservista del artículo 811 de la facultad de mejorar con los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes comunes, conforme al artículo 823, concedida al padre viudo por el artículo 972, «no sólo porque no hay razón alguna legal que se oponga a ello, sino porque existen las mismas razones que se invocan para aplicar a dicha reserva las disposiciones de los artículos 974 y siguientes». Pero observa «que siendo distintos los casos de esas reservas y diferentes también las

(624) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, c. XX, § 4.º, pág. 234.

(625) MANUEL DOCAVO NÚÑEZ, *Las reservas*, en «Rev. Gen. de Der.» XV (junio 1959), pág. 518: «La facultad de mejorar no es aplicable a esta reserva [del 811], salvo que se pudiera estar en un caso de superposición de ambas reservas.»

(626) A. CHARRÍN, *¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de los bienes reservables con arreglo al artículo 811 del Código civil?*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 91 (segundo semestre 1897), págs. 427 y sigs.

personas en cuyo favor se establecen, no se puede aplicar la facultad de mejorar lo mismo en la reserva del segundo matrimonio que en la del artículo 811, porque en aquélla significa la mejora que hace un ascendiente en favor de alguno o algunos de sus descendientes sin limitación de grados, pues así es la reserva de las segundas nupcias, mientras que la reserva del artículo 811 se ha establecido en favor de personas que pueden no ser descendientes de la persona obligada a reservar, y en este caso no cabe ni es posible admitir la facultad de mejorar que concede el artículo 972».

Sin discutir si existe facultad electiva y distributiva en otros supuestos, Reino Caamaño (627) opinó que «si en algún caso esta nueva reserva liga a padre e hijos no debe hacerlo con menores facultades para el padre que la reserva histórica, porque ella vino "como solución para asegurar, en casos dados, la reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde proceden sin alterar por esto, en su esencia, el régimen sucesorio moderno"—según transcribió de Alonso Martínez—. «Y ese régimen sucesorio, del que forma parte esencial la mejora, quedaría alterado y contrahecho si esa potestad del padre se barriese por la reserva del artículo 811...» «Cuando el padre que, sin embargo de tener por sus ulteriores bodas mermada o perdida su potestad, por disposiciones como las de los artículos 157 y 168 del Código civil, conserva ese atributo, retiene por el artículo 972 esa facultad, que fortalece su posición en la familia, para disponer hasta de aquellos bienes... ¿será posible que la pierda en los brumosos horizontes del artículo 811, quien, por continuar viudo, conserva íntegras las facultades de su poder de padre?»

Fuenmayor (628) y Roca Sastre (629) son también de este criterio, que igualmente parece aceptado por Gómez Morán (630).

Pero entre estos autores se observan diversidad de matices al hacer esa aplicación analógica. Así:

b.) Charrín sólo admite la mejora de bienes reservables «si la obligación de reservar favorece a los hermanos y sobrinos del descendiente heredado». Es decir, v. gr., «el abuelo que hereda a un nieto no puede ordenar la mejora en los bienes reservables mas que en favor de los hermanos de aquel nieto o de los hijos de éstos, porque son los que están dentro del tercer grado»: pero no «a favor de los tíos del descendiente heredado, aunque sean también descendientes de aquél [abuelo] y estén dentro del tercer grado, porque privaría con esa mejora a los hermanos y sobrinos del descendiente heredado del mejor derecho a los bienes reser-

(627) JOSÉ REINO CAAMAÑO, *La reserva familiar como objeto de mejora*, en «Rev. Grad. de Leg. y Jur.», 128 (segundo semestre 1916), página 428 y sigs.

(628) FUENMAYOR, *Mejora ordenada...*, loc. cit., págs. 350 y sigs.

(629) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., pág. 333.

(630) LUIS GÓMEZ MORÁN, *Las reservas en el derecho español y en el comparado* (Oviedo, 1940), págs. 81 y sigs.

vables, en cuya sucesión deben tener preferencia los parientes de grado más próximo».

b₂) Fuenmayor limita su posibilidad «cuando a la muerte de quien se hallaba obligado a reservar por imperio del artículo 811, quedan como únicos reservatarios los descendientes comunes del reservista y de la persona de quien procedan los bienes afectados por la reserva».

b₃) Reino Caamaño y Roca Sastre no parece que estimen necesario que el reservista tan solo deje descendientes comunes como únicos reservatarios, sino que, para admitir la mejora de alguno de éstos, entienden suficiente que sobrevivan descendientes comunes aunque además existan otros posibles reservatarios, inclusive otros descendientes del ascendiente de quien procedan los bienes. Y, efectivamente, es de notar que si el artículo 972 permite mejorar a los hijos comunes incluso cuando el cónyuge premuerto también hubiese dejado hijos de otro matrimonio, su aplicación analógica al 811 no deberá ser excluida por el solo hecho—equivalente—de que el otro ascendiente de quien procedían los bienes haya dejado descendientes no comunes al reservista—hermanos o sobrinos de vínculo sencillo del descendiente—, además de los comunes a ambos ascendientes—los hermanos de doble vínculo del descendiente—, aunque únicamente a éstos podrá mejorar el reservista, usando este verbo en su sentido técnico riguroso en que es empleado en el artículo 823 y recogido en el 972 del Código civil.

b₄) Posición especial es la de Lozano Sicilia (631), que cree íntegramente aplicables a la reserva del 811 los artículos 972 y 973 del Código civil, pero con la particularidad de que limita la reserva lineal a favor de los descendientes comunes de ambos ascendientes, o, en caso de proceder los bienes de un hermano del descendiente, a favor de los descendientes del reservista que a la vez sean hermanos y sobrinos del referido hermano.

c) Tesis que admite la facultad electiva del reservista para atribuir y distribuir los bienes reservables entre los reservatarios, cualesquiera que éstos fueren.

Creemos que este fué el criterio sostenido por Tomás Albi Agero (632), con las dos solas limitaciones que vamos a ver, al afirmar en el quinto de los corolarios por él deducidos, que: «El ascendiente reservista cumple con hacer pasar los bienes a los parientes que, siendo más próximos del descendiente causante, pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, lo que puede

(631) CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, *Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente del cónyuge viudo* (Córdoba, 1898), págs. 197 y sigs. y 218 y sigs.

(632) TOMÁS ALBI AGERO, *Loc. cit.*, pág. 320.

hacer activamente (mejoras) o pasivamente (sucesión abintestato)».

Las dos limitaciones que en la tesis de Tomás Albi tiene la facultad electiva del reservista son: 1.ª) La por él enunciada en el mismo corolario quinto, es decir, que se ejercite a favor de los parientes de la línea de donde los bienes proceden que sean *más próximos del descendiente causante*. 2.ª) La expresada en su sexto corolario, que deduce al aplicar al artículo 811 supletoriamente los artículos 808, 813 y 972 en relación al 823 del Código civil, consistente en la limitación de la reserva por la legítima de los descendientes del reservista que a la vez lo sean del otro ascendiente del que procedían los bienes, suavizada por la facultad de mejorar concedida en el artículo 972 en relación con el 823 del Código civil.

De estas dos limitaciones a la electividad por el reservista del reservatario o reservatarios favorecidos, sólo estimamos lógica la segunda, como luego veremos; pero no hallamos razón que justifique la primera, si—como hemos visto y como literalmente proclama el propio Albi en su tercer corolario—«lo único que evita el 811 es que los bienes reservables salgan de la familia de que proceden para entrar en otra que sin la interposición del ascendiente reservista no los hubiere recibido».

También nuestro compañero Lacal (633) ha escrito que el derecho a los bienes reservables corresponde, no a todos los reservatarios sino a los más próximos, *siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe el reservatario*. Sus razones son: «Lógico es que así suceda, puesto que el artículo 811 se limita a establecer una reserva, es decir, la guarda de ciertos bienes a favor de un grupo determinado de parientes; pero no crea una sucesión autónoma, de tipo específico, sometida a normas propias para individualizar a los reservatarios y fijar sus cuotas. Los bienes se reservan para los parientes que estén comprendidos dentro de un determinado grado. La preferencia entre ellos, el orden de suceder, la determinación concreta de sus respectivos derechos, es misión extraña al precepto. La sucesión habrá de ser deferida conforme a las prescripciones del Código referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece.»

De ello, y añadiendo en apoyo el artículo 972 del Código civil, este querido compañero dedujo que no puede negarse la elección del reservatario beneficiado «al descendiente de la reserva del 811 cuando respeta los fines propuestos por el legislador». Pero igual doctrina cabe aplicar—y así lo estimó el mismo Lacal en conversación que sobre el tema sostuvimos a raíz de la publi-

(633) PASCUAL LACAL, *Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Crít. de Leg. y Jur.», VIII (agosto 1932), págs. 584 y sigs.

cación de la parte primera de este trabajo—a la elección realizada por el propio reservista sometido a la reserva del repetido artículo 811.

31. *La facultad de mejorar y la de desheredar en la reserva viudal.*

Antes de concretar nuestra posición creemos conveniente trazar la línea de conexión entre los artículos 823, 972 y 811, para lo cual nos parece necesario examinar previamente la facultad electiva en la reserva viudal y concretamente las facultades de mejorar y desheredar reconocidas en los artículos 972 y 973, § 2.º del Código civil.

Antes hemos recordado (634) que en Derecho romano en el régimen de la ley *Peminae*, en virtud de esta Ley, de la Constitución de Teodosio y Valentiniano del 439 y de la Hac Edictali (recogidas en el Código de Justiniano, Lib. V, Tit. IX, leyes 3, 5 y 6, respectivamente), la reserva binupcial no impedía la disposición en el ámbito familiar en favor de la descendencia común, como expuso la ley 5 en su proemio: *Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi, quem voluerint, licentiam non negamus*. Pero también recordamos que la Novela II, cap. I, y la Novela XXII, cap. XX y cap. XXV, de Justiniano, impusieron un régimen de distribución igualitaria.

No obstante, no dejó de plantearse en el Derecho común y concretamente entre los autores castellanos la posibilidad de que el vínculo eligiera heredero, instituyera mayorazgo o mejorara a alguno de sus hijos o descendientes del primer matrimonio.

Es cierto que una abrumadora mayoría contestó negativamente a esta cuestión. Así, Gregorio López (635), Rodríguez Suarez (636), Antonio Gómez (637), los dos Molina, el doctor (638) y el jesuita (639), Juan Gutiérrez (640), Matienzo (641), Acevedo (642),

(634) II, § 2.º, n. 6, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 676 y sigs.

(635) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a las palabras de las donaciones*, 3.º a la ley 26, Tít. XIII, Partida 5.ª

(636) RODRIGO SUÁREZ, XVI, *Additur huic lecture l. fori. lib. 3, tit. 5-50-9 et incipit., Nemo: quae est materia dependens et contigua ad d. legem Quoniam in prioribus*, n. 2, l. de las arrhas foro legum, en «Opera Omnia» (ed. Duaci, 1614), pág. 517.

(637) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, cit., l. XIV, núm. 3, vers. *Item adde* (fol. 61): «Talis mulier non poterit in praedictis bonis plus relinquere uni filio quam alteri, nec eis meliorationem facere.»

(638) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *De Primogenitorum Hispanorum Origine ac Natura*, Lib. II, cap. X, núm. 60 y sigs. (ed. Lugduni 1749, página 348).

(639) LUIS DE MOLINA, S. J., *Op. cit.*, Tract. II, Disp. 431, tomo II, cols. 1.161 y 1.162.

(640) JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum Circa Leges Regias Hispaniae Primae Partis Novae Collectionis Regiae* (Salamanca, 1589), Lib. II, Quaest. XVIII, n. 5 (pág. 49).

Ayerbe de Ayora (643), Angulo (644), Spino (645), el P. Tomás Sánchez (646) y Parladorio (647).

Castillo Sotomayor (648) se contentó con planear la cuestión dejándola en interrogante.

El doctor Molina (649) admitió—siguiendo la opinión de Baldo al comentar la *Authenthica Quorum*, Cod. *De secundis nupt.*—como salvedad de la regla general negativa «quod si primogenium fiat de his bonis tanquam de re aliena, velebit primo genium ipsum quoad aestimationem».

Sarmiento (650) planteó la distinción entre los bienes obtenidos por la hínuba por sus lucros nupciales o por donación o legado directamente de su marido—respecto los cuales estimó inevitable la distribución igualitaria impuesta por el Derecho romano novísimo—y los heredados por aquélla abintestato de los hijos del primer matrimonio, respecto los cuales opinaba que podía la hínuba dividir los bienes a su arbitrio asignando a alguno de los hijos comunes mayor porción que a los otros. Su argumentación se apoyó en el dato literal de que al imponer la distribución igualitaria las *Authenticas* (como, ciertamente, las *Novelas II*, cap. I, y *XXII*, caps. *XX* y *XXV*) sólo se aluden a la donación antenupcial, la dote y demás lucros nupciales y, en general, a las cosas que a la viuda fueron de su primer marido, *pero no a las que hubo por mediación de los hijos del primer matrimonio*, y en que, *por tratarse de una ley penal, no puede aplicarse extensivamente*. A su juicio—apoyando en el de Ripa al comentar la ley *Faeminae* (núm. 34)—, en ese segundo caso, puede la hínuba distribuir desigualmente estos bienes entre los hijos del primer matrimonio con tal de respetar la legítima de todos ellos.

Por criterio aún más radical se inclinó Peláez de Mieres (651),

(641) JUAN MATHENZO, *Op. cit.*, Lib. V, Tít. I, ley 3, gl. 2.^a, n.º 42 (fol. 33); «et non solum non licebit secundo nubenti ea bona alienare, verum nec in testamento uni ex liberis prioris matrimonii magis relinquere, quam alii, nec meliorationem aliquam facere: sed per legem eadem bona aequaliter inter eos dividuntur».

(642) ACEVEDO, *Op. y vol. cit.*, Lib. V, Tít. I, ley IV (Tauri 15), números 4 y ss. (pág. 14).

(643) ANTONIO AYERBE DE AYORA, *Tractatus de Partitionibus Bonorum* (ed. Valencia, 1766), Parte III, Quaest. XV, núm. 25 (pág. 251).

(644) ANDREA ANGULO, *Comentarium ad leges Regias meliorationum*; Tít. 6, lib. 5 (Madrid, 1952), Lex II, gl. 1, n.º 5 (pág. 249).

(645) SPINO, *Op. cit.*, gloss. 8.^a princip., núm. 117 (pág. 781).

(646) P. TOMÁS SÁNCHEZ, S. J., *Op. cit.*, Lib. VII, Disp. XXXIX, núm. 3 (T. II, pág. 305).

(647) PARLADORIO, *Op. cit.*, Dif. CXXI, § 2.^o n.º 8 (pág. 357).

(648) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Op. cit.*, *De usufructu*, Cap. II, núm. 29 (pág. 13).

(649) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *Op. y loc. cit.*, núm. 63.

(650) FRANCISCO SARMIENTO, *Op. cit.*, Lib. VII, cap. XI, núm. 1, página 401).

(651) MELCHIOR PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus de Maioratum et Meliorationum Hispanae* (Granada, 1575), Quaest. LIV, núm. 4 (fol. 200 vto. y

pues opinó que al facilitar la Ley 19 de Toro a los padres para mejorar con todos los bienes, sin distinguir, no debían establecerse distinciones por los intérpretes.

No es de extrañar que el sistema justinianeo de distribución igualitaria de los bienes reservables no se adaptase al criterio de conservación y continuidad de las casas labradoras característico de nuestros regímenes forales (652). Por eso aquel régimen fué rectificado en Vizcaya (653) y Navarra (654). Y en Cataluña, Faus y Condomines (655) y Roca Sastre (656) han hecho no-

201). Después de enunciar el principio *donde la ley no distingue no debemos distinguir*, añade: «Ex qua ratione dubitabilis etiam redditur conclusio supra tradita de bonis, quae mater tenetur reservare filiis primi matrimonii; cum nostrae leges et consuetudo postea conditae sint, nec talem faciant distinctionem, unde in dubio eas servare debemus.» En cambio, no puede afirmarse—como algunos han hecho—que ese mismo había sido el criterio de TELLO FERNÁNDEZ, pues este autor (*Prima pars Commentariorum in Constitutiones Taurinas—Granatae, 1566—*, Ley 19, núm. 12, fol. 167 y vto.) lo que trató y resolvió fue que la madre que no contrajo ulteriores nupcias podía mejorar con las arras, a pesar de la ley del Fuero Juzgo que ordenaba su distribución por igual entre todos los hijos, ya que Tello estimó en desuso dicha ley: «L. erum fori non compellit nos, sed quatenus est in uso, itaque ante omnia de usu constare debet, ex illo enim accipiunt vigorem leges fori, quo deficiente, nec tamen nec effectus legem habebit sed nec tempore nec vidi nec auditi legem fori esse in usu». No planteó el supuesto para la hipótesis de haber contraído la madre segundas nupcias, siendo, por tanto, inexacta la referencia que en el siglo pasado hizo BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Op. cit.* III, cap. VI, Sec. IV, § final, pág. 649) cuando refirió la opinión de Tello, tanto al supuesto de conservarse la madre viuda como al de haber contraído segundas nupcias.

(652) Notemos que en Aragón no fué recibida la reserva binupcial. La falta de disposición foral que la regulara no cupo suplirla con el Derecho común por razón de la disparidad de uno y otro ordenamiento jurídico en orden a la facultad de testar y régimen sucesorio en general. (Ver ANDRÉS BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés* (Zaragoza, 1898), núm. 617, página 350.)

(653) Fuero de Vizcaya, Tít. XXI, ley IX: «*Otro sí dícieren: Que habían de Fuero, y establecían por Ley, que si acaeciere, que turbada la orden natural, el padre, o la madre (haviendo dos, o tres, o más hijos) a algunos de los tales hijos heredare, o haya heredado los bienes, y herencia, que así tenía el hijo por fin y muerte de su padre, o madre, y así heredando el tal padre, o madre a su hijo, se casare segunda, o más veces, y huviese hijo de tal Matrimonio segundo o tercero; que en tal caso el tal padre, o madre, no puede dar, ni mandar en vida, ni en muerte ningunos bienes rayces, que así heredó del hijo del primer Matrimonio a hijo, ni descendiente alguno del segundo, ni tercero Matrimonio; salvo a los hijos del primer Matrimonio: Con que entre ellos puede dar a quien quisiere o repartir como quisiere, así en vida, como en fin de sus días.*»

(654) Capítulo IV de la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1765-6: «*Que tal mujer bñuba e segunda vez casada pueda y tenga facultad de disponer de los bienes, derechos y cualquiera otra cosa que recibió por todo título de su primer marido y del hijo e hijos que con él tuvo, en favor de uno de los otros hijos y hermanos de padre o madre, o de todos igual o desigualmente, según le pareciere, sin que ninguno de ellos pueda reclamar.*»

(655) JOSEPH FAUS I CONDOMINES, *Els capítols matrimoniais a la Comarca de Guissona*, en «*Rev. Jur. de Catalunya*», t. XIII, año 1907, página 384.

tar que ese reparto, forzosamente por igual, obedece a un criterio individualista que no se aviene con el espíritu del Derecho catalán indígena, conservador de las casas y patrimonios familiares, y resulta perturbador para las comunidades domésticas rurales en las que puede actuar como disolvente destructor (657).

Esa necesidad de tipo sociológico no se hizo sentir en Castilla. No obstante, desde un punto de vista individualista y liberal, se observó que esa sucesión automática por partes iguales limitaba más de lo que institucionalmente era necesario las facultades dispositivas del hñubo. Así García Goyena (658) escribió: «Yo tengo por más moral que puedan disponer, y no se faltaba por esto a los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer a los hijos del primero y a sus descendientes.» Su criterio se impuso en el Proyecto del Código civil de 1851 que en su artículo 805 dispuso, que:

«A pesar de la obligación de la reserva puede el padre o madre, segunda vez casado, mejorar a cualquiera de los hijos del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en los artículos 652 y 654.»

Los referidos artículos 652 y 654 regulaban, respectivamente, la parte de libre disposición y la de mejora propiamente dicha.

Por otra parte, el Proyecto de 1851 en su artículo 806, § 2.º recoge la sanción contra la ingratitud del reservatario regulada en el Derecho romano y la adopta y configura con la fórmula de la desheredación. Notemos que la ley 10 del Tít. IX, Lib. V del Código de Justiniano trata claramente de la ingratitud de los descendientes reservatarios respecto al hñubo reservista (659).

(656) ROCA SASTRE, *Ellogio del criterio electivo en la ley «Feminae...»*, loc. cit., págs. 220 y sig.

(657) Por eso la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobada por ley de 21 de julio de 1960 dice en su artículo 270, § 2.º: «No obstante el cónyuge podrá distribuir para después de su muerte entre los reservatarios los bienes reservables.»

(658) GARCÍA GOYENA, *Op. y vol. cit.*, Apéndice núm. 10, *Bienes reservados*, núm. 7, pág. 366.

(659) *Codex V-IX*, 10: «Como clarísimamente se dispone en las leyes, que con razón deben ser repelidos de la herencia de sus mayores los hijos ingratos, si aquéllos mismos hubieren consignado esto en sus últimas voluntades, y en realidad hubiere sido probado. Parece que a semejante disposición se opone la divina constitución que León, de inclita memoria, escribió sobre los hijos procreados del primer matrimonio. Porque teniendo necesidad el padre o la madre, que pasaren a segundas nupcias, de entregarle por cualquier causa que sea al segundo marido o a la madrastra tanto cuanto hubiere dejado al hijo o a la hija nacidos de las anteriores nupcias, que ha de tener la menor parte, resultaba de esta disposición una grandísima injusticia contra los padres. Porque sabiendo los hijos que de todos modos se les ha de dejar alguna cosa por los padres, aunque éstos no quieran, y tanto cuanto hubiere recibido el segundo marido o la madrastra, abrñaban de injurias con grandísima licencia e insolencia a sus padres. Por lo cual mandamos, que los hijos verdaderamente ingratos no

y que la Novela XXII, cap. XXVI, § 1.º, indica expresamente que la ingratitud justificante de la privación de la reserva había de referirse bien a los dos padres o bien sólo al bínubo—es decir, en definitiva, a éste—, según resulta del inciso final de dicho párrafo: «*Palam vero est quia ingratum intelligi cum oportet, qui circa ambos parentes aut omnino circa posterius morientem factus aperte monstretur*». García Goyena (660) citó la ley 10, antes referida, como precedente del párrafo 2.º del artículo 806 del Proyecto de 1851, redactado así:

«*El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre pierde todo su derecho a la reserva, pero si tiene hijos o descendientes legítimos será representado por ellos.*»

El Código civil, en su artículo 972 y en el § 2.º del 973, recoge, respectivamente, los 805 y § 2.º del 806 del Proyecto de 1851 con ligeros retoques de redacción. El más notable es la sustitución del último inciso del artículo 806 del Proyecto de 1851—«*será representado por ellos*», en el 973, ap. final—que dice: «*se estará a lo dispuesto en el artículo 857*». Pero análoga llamada estaba ya en su glosa de García Goyena (661), donde leemos que [el 806, § 2.º] *guarda consecuencia con los 623 y 673*. (662).

puedan en lo sucesivo reivindicar para sí este beneficio que les concedió la divina constitución de León, de augusta memoria, sino que como ingratos sean repelidos de todo fuero de esta naturaleza. Cuya observancia mandamos que se guarde también respecto a las personas del abuelo y de la abuela, del bisabuelo y de la bisabuela, de los nietos y de las nietas, y también de los biznietos o de las biznietas, ya estén bajo potestad ya emancipados o emancipadas, procedentes de la línea paterna o materna. Pero así como miramos por los padres, así tampoco consentiremos que sea molestada con injuria alguna la inocente descendencia, para que no se permita que padres que se hubieren consagrado a las segundas nupcias, teniendo acaso odio irracional a los primeros hijos les llamen ingratos sin justa razón. Porque queremos que sean privados de tal beneficio aquellos hijos que en realidad hubieran sido convictos como ingratos respecto a sus mayores, con pruebas claras e indudables, por los herederos de sus progenitores en los casos que antes se enumeraron en las antiguas leyes» (De Justiniano a Demóstenes, Prefecto del Pretorio, dada en Calcedonia en las calendas de octubre del año 529.)

(660) GARCÍA GOYENA, *Loc. y vol. cit.*, art. 806, págs. 304 al final y siguientes.

(661) GARCÍA GOYENA, *Loc. úll. cit.*, pág. 205: «Pero nuestro artículo guarda consecuencia con los 623 y 673, pues, aunque aquí no se trata de la legítima, sino de bienes reservados, hay, sin embargo, los mismos motivos de equidad para que la desheredación del padre no perjudique a sus hijo inocentes.»

(662) Decían estos preceptos: 623, § 1.º: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán éstos derecho a la legítima del excluido en el caso de haber otros herederos testamentarios.*» Y. 673: «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden.*»

Con estos antecedentes vamos a ver de qué modo ha interpretado la doctrina el artículo 972 y el § 2.º del 973 y cómo nosotros creemos que han de entenderse.

I. El artículo 973, § 2.º, dice: «*El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere hijos o descendientes legítimos se estará a lo dispuesto en el artículo 857.*»

El problema fundamental discutido por los autores que han comentado este precepto ha consistido en determinar a qué padre o madre se refiere. Esto es, en decidir si regula la desheredación ordenada por el ascendiente premuerto o bien la dispuesta por el hínubo.

Aparte de los autores que no han tratado la cuestión (663) y de quienes—como Manresa (664) y Sánchez Román (665)—se contradicen en textos distintos, tenemos que:

a) Han afirmado que esta facultad corresponde exclusivamente al cónyuge premuerto: Oyuelos (666), Clemente de Diego (667), Valverde (668), Callejas (669), Roca Sastre (670), Bo-

(663) No faltan autores que se deslizan por esa cuestión sin resolverla o ni siquiera plantearla y se contentan con repetir las palabras del Código civil. Tales: NAVARRO AMANDI (*Cuestionario del Código...*, vol. cit., art. 973, pág. 419), LÓPEZ R. GÓMEZ (*Op. y vol. cit.*, cap. VIII, núm. 12, págs. 250 y sigs.), BARRACHINA (*Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. III, cap. XII, pág. 329), CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil común y...* vol. cit., LXXV, pág. 473), BONET (*Derecho civil...*, vol. cit., CVII, 7, A, pág. 596), ESPÍN (*Op. y vol. cit.*, pág. 81).

(664) MANRESA (*Op. cit.*, vol. VII), al tratar, en general, de las personas interesadas en la reserva viudal (I. B. 1, págs. 258 y sigs.), parte de que el reservatario sucede propiamente y en realidad al cónyuge premuerto, por lo cual entiende que el reservista no puede desheredarle, y que la reserva tiene lugar en virtud de la voluntad presunta del causante, por lo cual, constando claramente la voluntad en contrario del cónyuge premuerto que le hubiese desheredado, estima que esta desheredación debe afectarle. En cambio, más adelante, al estudiar los derechos y obligaciones creados por la reserva (II, B, b), pág. 290, dice que: «a pesar de la obligación de reservar, permite el artículo 972 al padre o a la madre, segunda vez casados, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme lo dispuesto en el artículo 823, así como del último párrafo del 973 se deduce su facultad de desheredar también en cuanto a los bienes reservables».

(665) SÁNCHEZ ROMÁN, en sus citados *Estudios*, mantiene criterios distintos en los volúmenes VI-II y VI-III. Así en el vol. VI-II, cap. XVI, núm. 30, al final, pág. 1129, afirma que el hijo pierde sus derechos a la reserva «por la justa desheredación que el padre o la madre, obligados a reservar, hicieron de él». Mientras en el vol. VI-III, cap. XXVII, número 24, pág. 1880, afirma que afecta al descendiente reservatario su indignidad o desheredación por el cónyuge premuerto y no en cambio, las referidas al obligado a reservar, «puesto que la efectividad de la reserva no implica sucesión hereditaria alguna respecto al reservista».

(666) RICARDO OYUELOS, *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia* (Madrid, 1921), t. IV, art. 972, núm. 4, pág. 238.

(667) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., Lec. 97, pág. 386.

(668) CALIXTO VALVERDE VALVERDE, *Op. cit.*, cap. XXI, § 2, pág. 474.

rrrell Soler (671). Los argumentos alegados en defensa de este criterio son:

1.º El *preconcepto institucional* de estimar que los bienes reservables corresponden a la herencia del cónyuge premuerto y no a la del bínubo. A la objeción de que los bienes reservables pueden no derivar del cónyuge premuerto, sino de un hijo o de otro pariente del mismo, replica Roca Sastre que «el artículo 973 prescinde de este caso por no querer apurar tanto las cosas y porque lo frecuente es que se trate de bienes que el cónyuge reservista adquirió del cónyuge premuerto».

2.º La *relación sistemática* entre los artículos 972 y 973, que se interpreta en el sentido de que el primero se ocupa de las facultades del reservista mientras que el segundo trata de las relaciones de los reservatarios respecto de la herencia del cónyuge premuerto. Se dice que el § 1.º del artículo 973 se ocupa de la posibilidad de que algún hijo del anterior matrimonio haya repudiado la herencia de su padre o madre premuerto y de la hipótesis de que la hubiesen heredado desigualmente y que el § 2.º completa el cuadro de posibilidades regulando el supuesto de que alguno de ellos hubiese sido desheredado por el mismo cónyuge premuerto.

3.º La apreciación de que *es un poco anómalo poner en manos del reservista*, que tiene la obligación de reservar, un recurso *para privar al reservatario de un derecho perfecto, aunque no consumado*.

4.º La consideración de que *pudiendo mejorar el reservista a cualquiera de los reservatarios, no necesita usar de la facultad de desheredar*, entendiendo que la mejora alcanza a la totalidad de los bienes reservables.

Ninguna de estas razones parece de gran consistencia.

La primera—además de presentar la dificultad que Roca Sastre prevé y excusa, pero no salva—presupone una petición de prin-

(669) FRUCTUOSO CALLEJAS, *Notas para un estudio de la reserva adicional*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 176 (segundo semestre 1944), págs. 149 y sigs.

(670) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., IX, págs. 328 y sigs., y *Elogio del criterio electivo...*, «Rev. Jur. de Cat.», LI (1952), nota 6 págs. 217 y sigs.).

(671) BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, vol. cit., 349, págs. 315 y sigs., donde plantea, además, «si el desheredado o el indigno pueden adquirir bienes reservables por disposición del cónyuge bínubo que los adquirió». A su juicio: «Estos bienes, por su condición de reservables, no forman parte de la herencia de aquél ni están a su libre disposición. Aun en el caso de que al morir el reservista no quedase otro hijo o descendiente que el desheredado o indigno, aún podría suceder que dichos bienes quedasen afectos a la reserva del artículo 811 y debiesen pasar a otro pariente. Y, finalmente, aunque no existiera ningún descendiente con derecho a la reserva por segundo matrimonio, ni parientes con derecho a la disposición del artículo 811, siempre sería opuesto a la Ley o a la voluntad del testador que los bienes reservables pasasen al indigno o al desheredado.»

cipio conceptual. Y de ser cierta, tampoco sería decisiva, pues, aun en el caso de estar los bienes reservables totalmente fuera de la herencia del reservista, no por ello resultaría absurdo y menos aún imposible que éste pudiera privar a los reservatarios de la reserva por causas tan graves como las que dan lugar a la desheredación. No faltan precedentes que demuestran esa posibilidad, como la Novela XII, cap. XXIV, § 1.º, aplicada al régimen justinianeo, en el cual, evidentemente, los bienes reservados no formaban parte de la herencia del reservista.

La segunda, parte también de una afirmación que no demuestra, pues el inciso final del § 1.º del artículo 973—*«aunque a virtud de testamento hubieren heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia»*—no hace sino destacar, incluso por su colocación sintáctica en la frase, la independencia de los bienes reservables respecto la herencia del reservista.

La tercera olvida las razones que, como determinantes de su disposición, expusieron los autores de la Ley 10, Código V-IX, y de la Novela XXII, cap. XXVI, § 1.º, y lo gravísimas que son las causas de desheredación predeterminadas por la ley.

La cuarta, además de presuponer que la facultad de mejorar alcanza siempre la totalidad de los bienes reservables, olvida que puede existir un solo reservatario, al que, por tanto, no cabría privar de los bienes reservables mejorando a otros, aunque incurriese en actos determinantes de su indignidad respecto a su padre o madre reservista o suficientes para dar lugar a su desheredación por éste.

b) Han entendido que el § 2.º del artículo 973 autoriza al padre o madre reservistas para desheredar a los reservatarios: Mucius Scaevola (672), Morell y Terry (673), Lozano Sicilia (674), De Buen (675), Marín Monroy (676), Torres Murciano (677), Sols

(672) MUCIUS SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XVII, arts. 972 y 973, III, c), e), págs. 268 y sigs. Notemos que en la 5.ª edición de estos comentarios, FEDERICO PUIG PEÑA muestra sus dudas contra la opinión sostenida en la obra y añade otros argumentos favorable a la tesis de que el § 2.º del artículo 973 C. c. refiere al cónyuge premuerto la desheredación del reservatario, por la cual parece inclinarse.

(673) MORELL Y TERRY, *Comentarios a...*, t. IV, arts. 191 al 199, primero, D. a), pág. 388, donde hablando del bínubo dice que «del último párrafo del 973 se deduce su facultad de desheredar también en cuanto a los bienes reservables»; y B., pág. 397, donde afirma: «Cesa la reserva o se entiende que falta la condición: ... 2.º Cuando los [descendientes del primer matrimonio] que viven hubiesen sido justamente desheredados por el reservista.»

(674) LOZANO SICILIA, *Op. cit.*, págs. 197 y sigs.

(675) DE BUEN, *Voz «Reserva de bienes»*, B. II, en *Enciclopedia y vol. cit.*, pág. 340.

(676) MARÍN MONROY, *La reserva llamada...*, en «*Rev. Crít. de Der. Immob.*», VI (diciembre, 1950), págs. 766 y 704 y sigs., especialmente *Más sobre la institución de la reserva*, «*Rev. Crít. de Der. Immob.*», X, págs. 756 y sigs.

García (678), Genovés (679), Ruiz Artacho (680), Valterra (681). En otra obra posterior, De Buen (682) cree que la desheredación a que alude ese precepto comprende tanto la hecha por el cónyuge premuerto como por el supérstite.

A favor de que el reservista es precisamente el padre o la madre a que se refiere el § 2.º del artículo 973, se ha argumentado fundamentalmente:

1. Que los reservatarios a quien realmente suceden es al reservista, por lo que es lógico sea éste y no el cónyuge supérstite—de cuya sucesión les independiza el § 1.º del propio artículo—quien pueda desheredarlos. Pero esa razón no la estimamos por ser puramente conceptual, tanto porque rechazamos el método dogmático de inversión, como porque, aun siendo válida, cabría que razones finalistas pudieran aconsejar desviaciones en la pureza de las líneas institucionales.

2.º Que los precedentes históricos del precepto—es decir, las disposiciones del Código de Justiniano y de sus Novelas, antes referidas—llevan a esta conclusión, habida cuenta lo declarado en la Base 18 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, así como el antecedente legislativo del § 2.º del artículo 806 del Proyecto de 1851, aclarado por la cita que hizo su autor, García Goyena, de la Ley 10 (Cód. V-LX) como precedente del mismo.

3.º Que literalmente: a) La expresión «el padre o la madre» la usa el Código en tres artículos consecutivos, una vez en el artículo 971, otra en el 972 y otra en el § 1.º del mismo 973—así como en el inmediato anterior, 970, la expresión «a su padre o a su madre»—siempre es referida al binubo (en el 971 añade la aclaración «que contrajo segundo matrimonio» y en el 972, «segunda vez casado»), mientras denomina «cónyuge premuerto» al otro padre o madre en el § 1.º del 973. De lo que se induce que si en el § 2.º de este artículo, el legislador, al volver a hablar de «el padre

(677) TORRES MURCIANO, *Loc. cit.*, págs. 277 y sigs.

(678) PEDRO SOLS GARCÍA, *El heredero. Ideas para su estudio*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.» XVII (septiembre 1944), pág. 575, donde al tratar de la impugnabilidad por el descendiente reservista de las enajenaciones de bienes reservables hechas por el reservista, observa, entre paréntesis: «sin que la desvirtúe el que la perversa conducta del reservatario sea castigada de modo semejante al caso de los hijos herederos».

(679) GENOVÉS AMORÓS, *Loc. cit.*, pág. 737 y sigs. No obstante, este autor añade que «con ello no negamos naturalmente la eficacia de una desheredación realizada por el padre o madre premuerto; lo que ocurre entonces es sencillamente que el hijo o descendiente desheredado no ha llegado a ser reservatario de los bienes que fueron del desheredante».

(680) RUIZ ARTACHO, *Loc. cit.*, págs. 429 y sigs.

(681) VALLTERRA FERNÁNDEZ, *Loc. cit.*, págs. 862 y sigs.

(682) DE BUEN, *Notas a Collin y Capitant*, vol. cit., pág. 387, donde refiriéndose a su anterior exposición, expuesta en la «Enciclopedia Jurídica Española», añade: «pero hoy creemos preferible a ella la de aceptar la disposición aludida en sus términos literales, y considerar que el mismo efecto produciría la desheredación hecha por el padre superviviente o por el premuerto».

o la madre», hubiese cambiado la referencia al binubo, que con estas expresiones venía haciendo, lo hubiera indicado. β) Que el verbo «perderá»—en tiempo futuro—no puede referirse a la herencia del cónyuge premuerto, porque incluso la más remota expectativa—jurídicamente valorable—a la reserva no puede surgir hasta su fallecimiento y si la desheredación dispuesta por él fuera la referida en el precepto, no se emplearía dicho verbo en futuro, pues no puede ser perdido lo que no ha sido adquirido.

4.º Que *si el binubo puede mejorar*—que es facultad discrecional suya—*tanto más deberá poder desheredar*, ya que se trata de una facultad legalmente reglada con precisión concretísima de los supuestos en que puede ejercitarse, todos ellos de gravedad muy evidente.

5.º Que procediendo los bienes reservables *en el supuesto del artículo 969 del Código civil* de persona diferente del cónyuge premuerto—es decir, de «cualquiera de los hijos de su primer matrimonio» o «de los parientes del difunto por consideración a éste»—no se entiende cómo será posible referir la desheredación, prevista en el § 2.º del artículo 973, a la ordenada por dicho cónyuge premuerto.

6.º Que el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y del Notariado refieren la desheredación ordenada por el reservista entre las causas de incertidumbre de la reserva en pendencia. Así: La Sentencia de 1 de abril de 1914, en su tercer considerando dice que la reserva se halla «enlazada a hechos inciertos, como se desprende del texto de los artículos 972 y párrafo segundo del 973, del Código antes citado», incertidumbre que una vez nacida la obligación de reservar no existiría si la desheredación en cuestión fuese la anteriormente dispuesta por el cónyuge ya fallecido. Y las Resoluciones de 27 de octubre de 1917, 19 de febrero de 1920 y 6 de diciembre de 1926, que, entre las contingencias o incidencias a que se halla sujeta la adquisición de los bienes reservables durante su período de pendencia (es decir, entre la muerte del premuerto y la del supérstite), señalan la *desheredación* del reservatario, la cual en este espacio de tiempo sólo puede dar lugar a incertidumbre si aún se halla sin consumar, es decir, si se trata de la ordenable por reservista, pues la dispuesta por el cónyuge premuerto ya sería entonces un hecho cierto.

7.º Queda con *razón permanente de carácter finalista*—que apoya y valoriza los argumentos de tipo positivo—la expresada en la Ley 10, Código V-IX, que adujo la grandísima injusticia que podría derivarse contra los padres, si el reservista no pudiera privar de los bienes reservables a los hijos comunes que les fueran ingratos: «Porque sabiendo los hijos que de todos modos se les ha de dejar alguna cosa por sus padres, aunque éstos no quieran... abrumaban de injurias con grandísima licencia e insolencia a sus padres».

De estas razones nos parecen decisivas la segunda y la cuarta en relación a la séptima. El reservista puede privar de los bienes reservables al hijo común a quien deshereda justamente. Los hijos del desheredado, caso de tratarse de un hijo común único, tendrán los mismos derechos a la reserva que hubiese tenido éste de no haber sido desheredado. En caso de concurrir con otros descendientes comunes, deberán computarse los bienes reservables para calcular la legítima estricta (683) de los hijos del desheredado, a la cual tendrán éstos igual derecho al que hubiere tenido su progenitor de no haber sido desheredado. Esa es la interpretación que damos a la llamada que el § 2.º del artículo 973 hace el artículo 857 del Código civil. La primera conclusión deriva, a juicio nuestro, del hecho evidente de que la reserva es indisponible a favor de personas que no tengan la condición de hijos o descendientes del anterior matrimonio. La segunda, resulta de la aplicación estricta del artículo 857 y de la relación entre la reserva y las legítimas y mejoras, que examinaremos seguidamente al analizar el artículo 972 del Código civil.

Esto, sin perjuicio de que—como De Buen—creemos que el hijo desheredado por el cónyuge premuerto no debe tener derecho a la reserva. Pero no ya por lo dispuesto en el artículo 973, § 2.º, sino por la propia razón institucional de la reserva, basada en una presuposición legal de la voluntad del cónyuge premuerto (684). El hijo desheredado es para el cónyuge premuerto jurídicamente como un extraño, sin perjuicio de que sus descendientes legítimos sean a su vez reservatarios, por aplicación de la doctrina del artículo 857 del Código civil.

II. El 972 dice: «A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o madre segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio conforme a lo dispuesto en el artículo 823».

(683) Decimos legítima estricta y no legítima larga, precisando la expresión del artículo 857 C. c. que simplemente habla de legítima como el 851, por las razones que en nuestra conferencia *La mejora tácita. Ha. sin la fijación de un concepto y concreción de una prohibición* (VI, 2, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. VIII, págs. 56 y sigs.) argüimos para el supuesto de desheredación injusta, regulada en el 851, y que creemos aplicables de *minus ad minus* al supuesto de desheredación justa del 857 C. c. El Tribunal Supremo, en su S. de 23 enero 1951, confirma, respecto al artículo 851, que la voluntad del testador que dispuso una desheredación injusta «debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado [injustamente] que ninguno tenía a este tercio [el de mejora] al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen, otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora que entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto».

(684) Ver antes, I, § 6.º, núm. 38, págs. 145 y sigs., y en AN. DRR. Civ., X-IV, págs. 1073 y sigs.

La interpretación de este precepto ha suscitado en la doctrina tres cuestiones principales: a) ¿El reservista, al mejorar, usa de una facultad propia--como en el caso del art. 823--o bien de un poder delegado, como en el caso del artículo 831, con la diferencia que en el 972 la delegación tiene origen legal y no capitular? b) ¿La mejora podrá abarcar solo un tercio, o la mitad, o dos tercios, o bien la totalidad de los bienes reservables? o, diversamente, ¿presupone el artículo 972 que los bienes reservables deberán computarse en el caudal hereditario del reservista para calcular la parte destinada a mejora de los hijos comunes--enlazando de ese modo con el art. 823--así como la disponible a su favor y la legítima estricta de los mismos? c) ¿Los bienes reservables forman una masa distinta de la herencia del reservista, o bien con respecto a los reservatarios se integran unitariamente en ella? Pregunta, esta última, íntimamente relacionada con la anterior.

a) *¿Es propia del reservista la facultad de mejorar o bien le es legalmente delegada para actuar en un caudal que no integra su herencia, de modo paralelo a la autorización de mejorar, atribuible en capitulaciones matrimoniales por un cónyuge a favor del otro?*

Bonel (685), al año siguiente de la vigencia del Código civil, como justificación del artículo 972, dijo «que el artículo 831 de nuestro Código introduce en el Derecho español general la novedad o, mejor dicho, la teoría ya sustentada en algunos Fueros, de que a pesar que por regla general la facultad de mejorar no pueda encomendarse a nadie, puede pactarse en capitulaciones matrimoniales, que nutriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído segundas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado». Años más tarde, Reino Caamaño (686), se adhirió a este mismo criterio justificativo de la facultad concedida al reservista en el artículo 972 del Código civil, como «ampio poder de mejorar que acusan los artículos 831 y 972, para robustecimiento de la autoridad paterna, compensación de desigualdades y premio de servicios».

Para rechazar esta justificación de la facultad de mejorar concedida al cónyuge bímbo por el artículo 972--que, a su juicio, «contradice la naturaleza de la mejora y de la reserva»-, Mucius Scaevola (687) hizo observar que, precisamente, «el artículo 831

(685) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español* (Barcelona, 1880), t. III, art. 972, pág. 632.

(686) REINO Y CAAMAÑO, *La reserva familiar como objeto de mejora*, «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 158 (primer semestre 1910), págs. 420 y sigs.

(687) SCAEVOLA, *Op. cit.* vol. XVII, arts. 972 y 973, c), d), pág. 200. También PALCÓN (*Op. y vol. cit.*, sec. V, párrafo II, núm. 12, pág. 499) considera que la disposición del artículo 972: «des una más, entre las

exceptúa el caso de que el viudo contriga segundas nupcias». Observación que le sugirió el siguiente comentario: «¡Qué contradicción, pues, la de permitir al cónyuge viudo que disponga por vía de mejora de bienes para cuya desigual distribución no ha sido autorizado, cuando por el hecho del segundo matrimonio se le quita la facultad de mejorar en los bienes del cónyuge premuerto aun habiendo sido autorizada expresamente por éste!».

Los tres citados autores, hicieron la referencia al artículo 831 del Código civil, al discutir si estaba o no justificada la innovación introducida por el artículo 972 del Código civil. Pero, más tarde, aquél artículo también ha sido invocado, ya no como justificación de éste, sino como demostración de que no existe incompatibilidad de la facultad de mejorar, indicada en el artículo 972 con la hipótesis doctrinal de que los reservatarios no heredan del viudo los bienes reservables sino del padre o madre premuertos. Y así, sitúan al artículo 831 como trazo de unión o puente entre esa hipótesis dogmática y el hecho cierto de que el artículo 972 permite mejorar al reservista.

Han entendido el artículo 972 en este sentido, Lezón (688) y Roca Sastre (689). Según Roca, «si este artículo 831, permite delegar esta facultad, con mayor razón existirá tal facultad cuando, como en el caso de los bienes reservables, es el propio legislador el que, por el artículo 972, faculta al propio reservista para que pueda mejorar».

Fuenmayor (690)—como contraargumento a la objeción de que el 972 no es aplicable al supuesto del artículo 811 del Código civil, porque los reservatarios lineales no son propiamente herederos del reservista esgrime que: «la facultad de mejorar no significa en sí una facultad de disposición de bienes, sino que es en esencia un poder jurídico de carácter exclusivamente familiar», tanto si se ordena «como sucesión del mejorante, como cuando se ordena como sucesión de otro pariente o del cónyuge de quien ejerce la facultad de mejorar», y añade que estos dos últimos supuestos se dan, respectivamente, en los artículos 972 y 831 del Código civil.

Paralelamente, Lavandera (691) señaló como figura análoga al *heredero distributivo* (o *distributivo*)—que califica de *heredero*

mil anomalías, que el derecho de reservas produce. Una persona que no es ya legalmente dueño podrá disponer, aunque a título de mejora, de bienes que no le pertenecen.»

(688) MANUEL LEZÓN, *¿Está sujeta a las limitaciones preestablecidas en el artículo 823 la facultad de mejorar que atribuye al cónyuge viudo el artículo 972 del Código civil?*, en «Rev. Der. Priv.», VII (julio-agosto 1919), pág. 229.

(689) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., cap. IX, I, pág. 322.

(690) FUENMAYOR, *Mejora ordenada por el reservista...*, loc. cit., página 351.

(691) VÍCTOR LAVANDERA, *Instituciones fiduciarias*, en «Rev. Der. Priv.», X (junio 1931), pág. 175.

aparente o persona interpuesta entre el testador y favorecido—, «la del heredero que se halla obligado a reservar y puede mejorar, regulada en el artículo 972». Y Jaén (692) afirmó que el bínubo tiene la facultad de mejorar con los bienes reservables «por una especie de tácita delegación del cónyuge premuerto».

En cambio, Lozano Sicilia (693), antes de comenzar este siglo, había dicho que demostrado que el ascendiente que reserva es propietario, es dueño de los bienes reservables, y, por lo tanto, no hay nada anómalo en que pueda mejorar en estos bienes, de igual modo que en los que no son reservables, toda vez que aquéllos íntegros, y éstos, en las dos terceras partes de la herencia que dejare, han de pasar a descendientes a quienes en todo caso debe legítima el que reserva».

Contra la explicación del 972 a través del 831, Marín Mouroy (604), después de transcribir los argumentos de Scaevola (que también hemos recogido), los utiliza, no ya para deducir la incongruencia alegada por este comentarista entre la reserva y la facultad de mejorar, sino como una prueba más del cambio operado por el Código civil en la construcción de la reserva. El artículo 972 es independiente del artículo 831, porque el reservista mejora con bienes propios, aunque sujetos a obligación de reservar. De no ser así—como opone Ruiz Artacho (695) a Roca Sastre—«incurriría el Código en la inconsecuencia de autorizar en la

(692) VICENTE JAÉN, *Op. cit.*, pág. 825.

(693) LOZANO SICILIA (*Op. cit.*, pág. 218). Como demostración de que el reservista es propietario esgrimió este autor (págs. 205 y sigs.), las siguientes razones: 1.ª) El reservista es el que adquiere los bienes ya provenientes del cónyuge, ya de los parientes de éste, ya de un hijo del anterior matrimonio; sólo después nace su obligación de reservar «desde el momento en que contrae otro posterior [matrimonio], o en estado de viudez tiene un hijo natural reconocido, o declarado judicialmente como tal hijo», obligación cuyo cumplimiento «depende de un hecho incierto». 2.ª) Por el paralelismo que observa entre la limitación de la libre facultad de disponer que imponen las legítimas y la que implican las reservas: «Si no dejó de ser propietario de los bienes no reservables por más que se limiten sus facultades dominicales en favor de sus descendientes, ¿qué motivo hay para decir que no es propietario de los reservables porque se limiten estas facultades en favor también de descendientes?» 3.ª) Los artículos del Código que regulan las reservas «no dicen que el viudo o viuda que contrae matrimonio posterior pierde la propiedad de los bienes reservables, y lo contrario es lo que se deduce de la facultad que tiene de enajenarlos y de la que también se le concede de mejorar»; y 4.ª) «La palabra, el infinitivo reservar, por sí sola dice bien claramente, que el que reserva tiene la cosa reservada, que es el propietario de ella». «El diccionario de la Academia Española dice que reservar es: *Guardar para en adelante alguna cosa que actualmente se tiene; dilatar para otro tiempo lo que se había de ejecutar o comunicar al presente.* Y que reserba es: *La guarda o custodia que se hace de alguna cosa para que sirva a su tiempo.*»

(604) MARÍN MOUROY, *La reserva llamada...*, en «Rev. Crít. de Der. Imob.», VI, pág. 900.

(695) RUIZ ARTACHO, *Loc. cit.*, pág. 429.

reserva lo que prohíbe a la voluntad individual en el artículo citado 831, o sea, «mejorar por delegación» conferida al cónyuge segunda vez casado».

También cabría objetar a Roca Sastre que si la llamada del artículo 972 al 823, según su criterio, no se refiere a la determinación de la parte en que—conforme la letra de éste—puede mejorar el padre o la madre, tendrá que referirse, por lo menos, a la facultad de mejorar *con sus bienes propios*, pues si tampoco a eso se refiriese sería completamente inexacta e incorrecta tal llamada al 823, que, en tal caso, debería haberse referido al artículo 831.

La interpretación que asimila la facultad de mejorar del 972 a la del 831 del Código civil da una solución compleja a lo que se dispone lisa y llanamente en aquel precepto. No concuerda debidamente con la letra del 972, que se remite expresamente al artículo 823. Ni con el texto de éste. Y, además, resulta incongruente en las hipótesis de reserva comprendidas en el artículo 969 del Código civil, es decir, cuando los bienes reservables no los hubiese adquirido el viudo de su cónyuge premuerto, sino de cualquier hijo del primer matrimonio o de parientes del difunto por consideración a éste.

b) *¿En qué porción de los bienes reservados puede el viudo mejorar a los hijos o descendientes del primer matrimonio?*

Los autores han mostrado completo desacuerdo en ese punto. Así:

2) Han limitado *al tercio de los bienes reservados* la facultad del viudo de mejorar con ellos: Scaevola (696), Lezón (697), De Buen, en la Enciclopedia Jurídica Española (698); Jaén (699); Marín Monroy (700). La razón fundamental aducida en defensa de esta opinión es la llamada que el artículo 972 hace al 823, enlazada con la expresión literal de éste al autorizar para mejorar *con una de las dos terceras partes*.

Lezón esgrimió también, a mayor abundamiento, las reglas de hermenéutica legal *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* y *semper in obscuris quod minimum est, sequimur*, «la primera de las cuales reglas impone una interpretación restrictiva a toda disposición legal, si ella pudiere conducir a odiosas excepciones que contradigan el espíritu general del sistema legislativo». Pero creemos que la aplicación de estas reglas nos lleva a la solución contraria, pues precisamente la reserva ha sido calificada de odiosa (701) y, por ello, sus normas estimadas de

(696) SCAEVOLA, *Loc. ult. cit.*, b), pág. 267.

(697) LEZÓN, *Loc. cit.*, págs. 228 y sigs.

(698) DE BUEN, *Enciclopedia...*, voz y vol. cit., B, V, 1.º, pág. 342.

(699) JAÉN, *Op. cit.*, pág. 826.

(700) MARÍN MONROY, *Loc. ult. cit.*, pág. 900.

(701) Véase, verbigracia, ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum...*, l. XIV, XV y XVI, núm. 7, vers. *Primo* (fol. 62), que dice: «quia legalis dis-

interpretación restrictiva; y el menor efecto de la reserva consiste evidentemente en limitar lo menos posible, sin apartarse de la *ratio* institucional, las facultades dispositivas del reservista.

2) Entiende Royo Martínez (702) que dicha facultad comprende *la mitad de los bienes reservados*. Llega a este resultado por su interpretación de la llamada del artículo 972 al 823: «Como respecto de la reserva no hay tercio de libre disposición del reservista, parece oportuno entender que la mejora autorizada por el artículo 972 podrá comprender hasta la mitad de los bienes reservables». Es decir, marca un paralelismo cuantitativo entre esa mitad de la reserva, que cree susceptible de ser objeto de mejora, y la cuantía de la mejora admitida en el artículo 823, que comprende la mitad de la legítima lara (703).

3) Se eleva a *dos tercios de los bienes reservados* la cuantía susceptible de mejora, según de Buen en sus notas al Curso de Colón y Capitan (704), pues la referencia del artículo 972 al 823 le hace pensar «que, salvo en el caso de desheredación o indignidad, el reservista habrá de distribuir el tercio de los bienes reservables por partes iguales; de los otros dos tercios podrá disponer para repartirlos entre los mismos hijos y descendientes con desigualdad» (705).

4) Abarca dicha facultad *la totalidad de los bienes reservados*, en opinión de Manresa (706), López R. Gómez (707), Morell (708) —éste rectificando su anterior opinión (709) a la que después volvió a acercarse vacilante (710)—, Valverde (711), Escobar de la

positio que privat matrem vel patrem transuntem ad secunda vota proprietate bonorum, et obligat reservare filiis primi matrimonii est odiosa et mere poenalis, ita probat tex. iuncta commu. expositione doctorum in *l. foeminae C. secundis nupl. tex. in Authen. de nupl.*, § *si vero expectet.*

(702) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, cap. XX, § 4.º, pág. 234.

(703) Esta opinión había sido ya insinuada con igual razonamiento por MANRESA (*Código...*, vol. VII, arts. 968 a 980, II, B, b), pág. 201.

(704) DE BUEN, *Notas y vol. cits.*, pág. 386.

(705) ESPÍN CÁNOVAS, (*Op. y vol. cits.*, pág. 82), expone esta opinión y la que seguidamente explicaremos, sin determinar cuál cree preferible.

(706) MANRESA, *Loc. cit.*, págs. 201 y sigs.

(707) LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y vol. cits.*, cap. VII, n. 11, págs. 247 y sigs.

(708) MORELL, *Bienes reservables*, Parte primera, III, en «Estudios...», págs. 266 y sigs.

(709) MORELL, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 82, pág. 131, en el mismo trabajo, *Bienes reservables*, publicado en esa revista un año antes que en sus *Estudios...* En éstos (*Loc. cit.* en la nota anterior) quitó el inciso publicado en aquella que decía: «No en cuanto a todos los bienes, sino en cuanto a su tercera parte, pues si dispusiese de todos en favor de algunos quedarían los demás despojados de un derecho que la ley les reconocía»; y en cambio, agregó dos párrafos más justificando conforme la finalidad de la reserva, que la mejora pudiera abarcar todos los bienes reservables.

(710) MORELL, *Comentarios...*, vol. IV, arts. 191 al 199, II, D, a), 2.º; pág. 388, donde dice: «La cita del artículo 823 nos induce a creer que el ómnibus, al mejorar, no puede transmitir por este título todos los bienes

Riva (712), al parecer Torres Murciano (713) y Roca Sastre (714). A favor de esta tesis se ha argumentado:

1.º Que el artículo 973 del Código civil comienza diciendo: «Si el padre o la madre *no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión de la línea descendente...*» Es decir, *excluye la sucesión conforme estas reglas—prescritas para la sucesión de la línea descendente—en los supuestos en que el binubo hubiere usado en todo de la facultad de mejorar y, por lo tanto, presupone la exclusión de la sucesión según esas reglas prescritas para la línea descendente—si el reservista hubiere usado en todo de su facultad de mejorar, de lo que se infiere que, por «usar en todo» entiendo el artículo 973 mejorar en todos los bienes reservables, puesto que el uso total de esta facultad elimina la posibilidad de acudir a las reglas prescritas para la sucesión de la línea descendente.*

2.º Que la *finalidad de la reserva binupcial* queda cumplida si no salen los bienes fuera del ámbito familiar de los descendientes comunes. El derecho a los mismos no corresponde a todos y cada uno de estos descendientes, sino, en abstracto, a la entidad hijos y descendientes comunes, siendo suficiente para cumplir la obligación de reservar en concreto que tales bienes se atribuyan a uno cualquiera de éstos.

3.º Que en el grupo de bienes sujetos a la reserva clásica *no cabe discriminar una porción de mejora y otra de legítima*, pues todo el grupo en bloque está destinado a los reservatarios, por lo cual la cita en el 972 del 823 no puede tener el alcance que aparenta tener, y sólo alude en abstracto, no en cuanto a extensión ni límites a la facultad de mejorar que en dicho artículo 823 se contiene.

Pero esta solución ofrece un punto débil, vulnerable a una importante objeción que no escapó a Manresa (715). Facultado el padre o madre «para adjudicar a uno solo de sus hijos del primer matrimonio todos los bienes reservables si éstos constituían todo

reservables a un solo hijo o nieto, sino sólo la tercera parte, considerando dicho bienes como cuerpo especial de herencia. Puede, no obstante, sostenerse fundamentalmente otra interpretación.»

(711) CALIXTO VALVERDE VALVERDE, *Op. y vol. cit., cap. XXI, págs. 473 y sigs.*

(712) BLOY ESCOBAR DE LA RIVA, *Op. cit.,* pág. 41.

(713) TORRES MURCIANO, *Loc. cit.,* pág. 282, pues argumenta que si puede el binubo mejorar libremente, no es mucho que pueda justamente desheredar, argumento de *minor ad minus* que no cabría esgrimir si la mejora tuviese menor extensión que la desheredación.

(714) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., *La desheredación por el reservista*, II, págs. 331 y sigs.

(715) MANRESA, *Loc. cit.,* pág. 293.

o casi todo su caudal, resultará que una institución creada para favorecer a los descendientes de la primera unión, servirá precisamente para desposeer a la mayor parte de ellos, en interés de uno solo, de bienes, que, sin la reserva, les hubieran, en parte al menos, correspondido en la herencia del cónyuge bútuvo». Es cierto que la razón de la reserva queda satisfecha si los bienes reservados no salen de la entidad hijos y descendientes comunes, sean adjudicados a todos ellos o sólo a alguno o exclusivamente a uno; pero lo que no parece lógico dentro del sistema general sucesorio es que la reserva sirva en algunos casos para disminuir la legítima individual de los hijos comunes. Esa dificultad desaparece con la solución que a continuación exponaremos, y que armoniza perfectamente las finalidades de la reserva y de las legítimas de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

ε) La llamada del artículo 972 al 823—como hemos afirmado en otras ocasiones (716)—no puede tener otro sentido que el determinar el límite de la mejora en los bienes reservables calculado, como hace el artículo 823 en relación a la herencia del mejorante; y ésta, por lo tanto, como es absurdo imputar sin computar previamente, deberá ser integrada computando en ella los bienes reservados. Es decir, *a efectos del cálculo de la legítima de los hijos del primer matrimonio, de la mejora para los descendientes de esta anterior unión y para disponer a su favor del tercio libre, se computan e imputan los reservables*. Estos integran la masa de cálculo y la masa de extracción de la mejora de modo que *el reservista podrá mejorar con todos o con parte de ellos a cualquiera de los descendientes comunes con tal de respetar la legítima individual de cada uno de los hijos comunes* (o descendientes legítimos de los hijos comunes premuertos) *computada integrando, a este efecto, los bienes reservables en la herencia del reservista*.

Eso es lo que creemos que quiso significar Tomás Albi (717) al afirmar: Como hay que respetar el artículo 808 del Código, que no permite al ascendiente privar del tercio de legítima estricta a sus descendientes legítimos, la facultad de mejorar [del art. 972] no creemos pueda pasar de disponer de los dos tercios de mejora y de libre disposición.»

Después insistiremos en la justificación de nuestra tesis, pero antes debemos resolver la tercera cuestión que hemos enunciado entre las suscitadas para la interpretación del artículo 972 del Código civil, y que está íntimamente ligada con la solución que acabamos de propugnar para la segunda.

ς) *¿Los bienes sujetos a reserva viudal, forman una masa dis-*

(716) *Las reservas» en el capítulo V del Título IV, Libro III del Proyecto de...*, en «Rev. Jur. de Cataluña», LVIII, págs. 145 y sigs. y en este trabajo, II, § 2.º núm. 8, 8.º, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 687 y sigs.

(717) TOMÁS ALBI AUBRO, *Loc. cit.*, pág. 321.

tinta de la herencia del reservista, o bien, con respecto a los reservatarios se integran unitariamente en ella?

No hay ni que decir que para los defensores de la tesis que estima al reservista como un mero usufructuario o de la que entiende que los reservatarios derivan su derecho del cónyuge premuerto, la herencia del reservista y los bienes reservados formarán dos masas totalmente distintas.

Según Manresa (718), «los bienes reservables y los bienes hereditarios del cónyuge bínubo forman dos grupos perfectamente separados por la ley. Los segundos son de todos sus hijos de cualquier matrimonio, y en ellos hay porción libre, tercio de mejora y tercio de legítima estricta. Los primeros pertenecen exclusivamente a los descendientes del primer matrimonio, porque al contraer el viudo segundas nupcias hubo de reservar para ellos la nuda propiedad, y el usufructo es evidente que con la nuda propiedad se refunde a la muerte del usufructuario. Estos bienes no pertenecen al bínubo; no pueden pues formar parte de su herencia, y en ellos no hay porción libre; todo es, digámoslo así legítima; todo pertenece a los descendientes del primer matrimonio».

Pero estas afirmaciones de Manresa contienen varias inexactitudes—es incorrecto su uso de los verbos *ser* (*son*) y *pertenecer* (*pertenecen*)—y una presuposición que implica petición de principios. Además, a juicio nuestro, se apoya en una construcción equivocada al decir que los bienes reservables no pertenecen al bínubo ni, por tanto, pueden formar parte de su herencia. Nosotros hemos defendido, contrariamente, que el reservista es un propietario o titular con su facultad de disponer condicionalmente limitada *inter vivos* y *mortis causa*, y que los bienes reservables, aunque tengan delimitado su posible destino, integran su herencia por los menos con relación a los descendientes comunes (719). Posteriormente hemos confirmado nuestro punto de vista por lo que se refiere a la posición *inter vivos* de reservista y reservatarios (720).

Ciertamente que, con respecto a quienes no sean descendientes del anterior matrimonio, los bienes reservados formarán una masa diversa y separada de los demás bienes integrantes de la herencia del bínubo. Pero, con relación a los descendientes comunes todo—inclusive los datos que vamos comprobando respecto las facultades del bínubo de mejorar y desheredar a los descendientes comunes—inclina a considerar que esos bienes integran la herencia del reservista.

Así, resulta que forman en su herencia una masa especial, que será indisponible a favor de quienes no sean descendientes co-

(718) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, pág. 202.

(719) *Las reservas en el Capítulo...*, loc. cit., págs. 144 y sigs. y en este trabajo, II, 2.º, núm. 8, págs. 685 a 688 y 697 a 701.

(720) II, §§ 3.º y 4.º, en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 753 y sigs.

munos de ambos cónyuges, el premuerto y el reservista. Dichos bienes, por lo tanto, no podrán computarse para calcular las legítimas ni las mejoras de los descendientes no comunes, ni la legítima del segundo cónyuge, ni las de los hijos naturales, ni la parte libremente disponible a favor de quienes no sean descendientes comunes. E incluso los derechos de los acreedores privativos del reservista, por créditos posteriores al nacimiento de la reserva —ulteriores bodas o nacimiento del hijo natural—, se detendrán sin alcanzar los bienes reservados, por lo menos en cuanto el importe de tales créditos no los hayan incrementado (impensas o mejoras, pago de cargas de los bienes reservables o de deudas correspondientes al caudal sujeto a reserva).

Son ciertas dos de las observaciones de Manresa. Una, que la llamada del artículo 972 al 823 no puede referirse a señalar en una cuota de los bienes reservables el límite de la cuantía de la mejora posible. Otra, que de estimar referida al total de estos bienes la facultad de mejorar—solución a la que llega en virtud de la anterior observación—, podrán salir perjudicados en la cuantía de su legítima individual, alguno de los hijos comunes no mejorados cuando los bienes reservables absorbieran casi todo el caudal del vínculo. Pero creemos que no hay ni puede darse tal paradoja, porque jurídicamente es inaceptable cualquier solución contradictoria cuando sin contradicción puede hallarse una solución armónica a los distintos fines perseguidos y positivamente correcta.

La legítima individual de los hijos comunes no puede ser perjudicada por la reserva. No fué ese el fin de esta institución. Tal resultado sería paradójico y absurdo. Y, por otra parte, cabe armonizar perfectamente la no reducción de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes con el nacimiento y cumplimiento de la reserva. Basta computar los bienes reservables para cálculo de las legítimas y mejoras de los descendientes comunes y de la parte libremente disponible a favor de éstos. Así, el interés protegido por las reservas no perjudica—ya que no lo pretende su *ratio*— los intereses protegidos por las legítimas de aquellos mismos a quienes proteger más. Así se conjugan las finalidades de ambas instituciones, cumpliéndose totalmente el cometido de ambas.

Además, la llamada del artículo 972 al 823 sólo se explica y tiene sentido con esta solución. En otro caso bastaría con que hubiese hablado de mejorar.

El reservista puede mejorar con los bienes reservados en cuanto no rebase el límite negativo que el artículo 823 le impone. Debe corresponder a cada uno de los hijos comunes una parte viril de uno de los dos tercios de la herencia del reservista calculados, computando en ésta a estos efectos los bienes reservables y restando las legítimas individuales de los hijos no comunes, computadas exclusivamente de los bienes no afectados por la reserva. Si la mejora en bienes reservables afecta a esa legítima indivi-

dual de algún hijo común deberá reducirse respetando la primacía de ésta.

Así, los bienes reservables integrarán: la *masa de cálculo necesario* de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes; la *masa de cálculo posible* de las mejoras dispuestas a favor de éstos y del montante de la parte disponible con relación a los mismos, además de la mejora estricta, y la *masa de extracción posible* de las mejoras y legados de los descendientes comunes que no lesionen la legítima individual de ninguno de ellos, e incluso de sus legítimas individuales o de parte de ellas--a lo que nada se opone (721).

La razón porque los bienes reservables se excluyen de la he-

(721) Supongamos que al fallecer un bímbo deja dos hijos de su primer matrimonio y otros dos del segundo; un haber reservable de 100.000 pesetas y otro no reservable de 20.000.

La legítima individual estricta de los hijos del segundo matrimonio, $\frac{20.000}{3}$ sólo será

$\frac{4}{3} = 6.666,66$, y cada uno de los tercios de mejora y de libre disposición será *respecto a éstos* de 6.666,66. E igual valor, con referencia a extraños, corresponderá a la parte de libre disposición.

En cambio, la legítima individual estricta de cada hijo común se computará sumando ambas masas $100.000 + 20.000 = 120.000$, y de esa suma se sacará el tercio $120.000 : 3 = 40.000$. Es decir, *para ellos*, cualquiera de los tres tercios equivaldrá a 40.000. Del tercio de legítima estricta habrá que deducir la correspondiente a los hijos no comunes, o sea: $40.000 - 3.333,33 = 36.666,66$, y dividida esa cifra por el número de hijos comunes tendremos la legítima individual de cada uno de ellos $\frac{36.666,66}{2}$

$= 18.333,33$. Resultado que se comprueba matemáticamente con

esta operación: $\frac{100.000}{2} : 3 + \frac{20.000}{4} : 3 = 16.666,666 + 1.666,666 =$

$= 18.333,33$. [Nótese que en este cálculo rectificamos lo dicho en la nota 476 de la I parte de este trabajo, pág. 181, y en An. DER. Civ., X-IV, pág. 1109, así como la nota 167 de la pág. 382 de la «Rev. Der. Priv.», XLIII].

Si se mejora a un nieto común con todos los bienes reservables (valorados en 100.000), dado que respecto a él la herencia del bímbo importa 120.000 y que de esta suma hay que restar 3.666,66 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos del segundo matrimonio) y 36.666,66 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos comunes), en total 40.333,33, resultará que--aun agotando el tercer tercio computado en 40.000 respecto la común descendencia--la mejora en los bienes reservables de ese nieto habrá de sufrir una reducción de 20.333,33 ($120.000 - 40.333,33 = 79.666,66$... y $100.000 - 79.666,66 = 20.333,33$), que deberán complementar las legítimas rigurosas de los hijos del primer matrimonio.

Y si viviese el segundo cónyuge del bímbo, su cuota legitimaria sería el usufructo de 6.666,66, que debería satisfacersele en bienes no reservados, y, por lo tanto, la legítima de los hijos del primer matrimonio debería completarse (en cuanto esa cuota vital la contrajera respecto los bienes no reservados), con bienes reservados, reduciéndose en igual montante la mejora del nieto.

rencia del bínubo con respecto a quienes no sean hijos o descendientes del anterior matrimonio, dimana de la específica mayor defensa de estos descendientes comunes, en virtud de los especiales supuestos que la motivan. Por lo tanto, en cuanto se refiere a las relaciones de estos descendientes comunes entre sí, con respecto a la herencia del bínubo, *no hay razón* finalista ni lógica—por lo menos partiendo de la posición del Código civil—que impida al bínubo mejorar y desheredar a los reservatarios para separar tales bienes de dicha herencia. Y, con referencia a las legítimas individuales estrictas de cada uno de los hijos y demás descendientes comunes que sean legitimarios, precisamente *hay razón para que tales bienes se computen en la herencia del bínubo*, para no mermar las legítimas de quienes se quiere favorecer.

RECAPITULANDO los resultados de nuestro análisis de los artículos 972 y 973 del Código civil, llegamos a las siguientes conclusiones:

1.º Con relación a los descendientes comunes del cónyuge premuerto y del obligado a reservar, al fallecer este último, los bienes reservados integran una sola masa con los demás relictos por éste, a efectos del cálculo de las legítimas, mejoras y demás disposiciones a favor de esos descendientes comunes, y forman también parte de la masa de extracción tales legítimas, mejoras y disposiciones a favor de la común descendencia.

2.º Consiguientemente, el reservista podrá mejorar con los bienes reservados a cualesquiera de esos descendientes comunes, conforme al artículo 823, es decir, siempre que computados e imputados los demás bienes—reservados y no reservables—dejados a cada uno de los hijos comunes se cubra su respectiva legítima individual estricta.

3.º También podrá desheredarlos justamente, entendiéndose que la desheredación de un hijo común comprende tanto los bienes no reservables como los reservados. La desheredación de un reservatario tendrá mayor ámbito de exclusión cuantitativa que el obtenible al mejorar a los demás descendientes comunes, pues al dejarle sin su legítima se priva al desheredado de todos los bienes, inclusive los reservables que, en caso de no haber sido desheredado y de haberse mejorado íntegramente a los demás hijos comunes o a alguno de éstos (722), integrarían o completarían su legítima individual no cubierta con los demás bienes.

(722) Supongamos que el reservista sólo deja dos hijos de su primer matrimonio y que dos bienes reservables integran la totalidad de su caudal o bien más de seis quintas partes del mismo, verbigracia: bienes reservados, 50.000, y bienes no reservables, 4.000; total, 60.000; legítima estricta de cada hijo común, 10.000. En ese supuesto, la mejora de uno de estos hijos con los bienes reservables, no podría abarcar más que una parte de éstos hasta un valor máximo de 50.000; en cambio, desheredado justamente el otro hijo del primer matrimonio, aquél recibiría íntegramente todos los bienes reservados.

32. *Planteamiento en la reserva lineal y solución en ella del tema.*

Examinada la posición de la jurisprudencia y de la doctrina acerca de la posibilidad de libre atribución y distribución de los bienes reservables, por el reservista del artículo 811, entre los presuntos reservatarios delimitados en este precepto, y luego de haber penetrado en la interpretación de los artículos 972 y 973, § 2.º, que regulan en la reserva clásica las facultades del reservista de mejorar y deheredar, podemos ya, con suficientes conocimientos de los datos concretos, volver a tomar el hilo que hemos dejado en el número 28.

Según allí aceptábamos como probado: El artículo 811 *no impone una sucesión forzosa al ascendiente reservista, sino que solamente impide que los bienes reservables salgan por mediación de tal reservista del ámbito familiar determinado en el precepto.*

Por eso, la reserva queda cumplida con tal que los bienes queden en manos de uno cualquiera o de varios de los reservatarios.

Ahora bien, al igual como hemos visto, al tratar del artículo 972, que la reserva viudal no puede servir para limitar las legítimas de los hijos comunes, tampoco cabe admitir que la reserva lineal pueda servir de escapatoria para dejar incumplidos los derechos legitimarios de los descendientes comunes a ambos ascendientes y que, por lo tanto, reúnan, a la vez, la condición de protegidos por las normas reglamentadoras de ambas instituciones. Esa doble protección debe lógicamente sumarse y no restarse.

Así lo vió claramente la Sentencia de 4 de enero de 1911, al declarar que «con esta reserva (del art. 811) o sin ella, mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarán siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre los padres y descendientes legítimos».

Cuanto hemos afirmado respecto la computación de las legítimas de los descendientes comunes en la reserva binupcial, debe aplicarse—*mutatis mutandi*—, por igualdad de *ratio* y por la identidad de su mecánica funcional, a la reserva lineal.

Las legítimas de los descendientes del reservista que, a la vez, sean reservatarios, así como la parte de mejora y la libremente disponible a su favor, debe computarse sumando los bienes reservables a los demás integrantes de la herencia del reservista (723).

(723) GAYOSO ARLAS («Rev. Der. Priv.» cit., págs. 258 a 260 y en especial nota 4 de esta última página) entiende que los bienes reservables deben computarse para calcular las legítimas y las mejoras de los descendientes del reservista. Pero con mayor amplitud que nosotros, pues: a) Aplica también este criterio al supuesto de que los descendientes del reservista sólo fuesen medio hermanos del descendiente por la línea distinta de la

Así enlazamos con uno de los puntos básicos a que habíamos llegado: *Las legítimas que gravan la herencia del reservista cuando los legitimarios sean a la vez reservatarios, deben ser aplicadas y respetadas no obstante la reserva.*

Tenemos, pues, centrada ya la cuestión sobre dos pilares básicos: a) *La reserva no impide al reservista disponer mortis causa a favor de cualquiera de los reservatarios.* b) *Las legítimas de los descendientes del reservista, que a su vez sean reservatarios, abarcan en su masa de cálculo y extracción los bienes reservables, pues la reserva no limita el derecho que, a la vez, tengan como legitimarios y que son perfectamente compatibles entre sí.*

Sobre estas bases se apoya fácilmente la solución del problema que estudiamos: *El reservista puede disponer libremente de los bienes reservables entre los parientes que lo sean del descendiente dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, sin otra limitación que la de respetar las legítimas de aquéllos de sus descendientes que a la vez reúnan la condición de reservatarios.*

Descendiendo a la aplicación casuística de esta conclusión, deberemos distinguir:

a) Si el reservista sólo deja descendencia común al otro ascendiente creemos—como hemos afirmado antes (724)—que no ha lugar a la reserva lineal. Pero si fuese aplicada la doctrina que ha predominado estos últimos años en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deberíamos aplicar la solución que daremos para el caso siguiente.

procedencia de los bienes y no quedaren ascendientes de dicho descendiente pertenecientes a la dicha línea de procedencia de los bienes; y b) Lo aplica incluso, habiendo descendientes comunes, para calcular la parte de libre disposición, que es libreada de la reserva—es de libre disposición del testador, luego no está sujeta a reserva, y así las legítimas del 839 y 840 las impone expresamente la ley a la parte libre, no hace así con la reserva del 811—por lo que hemos de entender que éste no obsta a la aplicación del último párrafo del 808 con todas sus consecuencias—, agregando que: «No hay más razón para incluir los bienes de que se trata en la legítima que en la parte libre, o viceversa; no pueden estimarse como baja del caudal para fijar aquélla, como dice el Tribunal Supremo [S. 4 enero 1911], y, por lo mismo, tampoco lo serán para ningún otro efecto, verbigracia, para fijar ésta (la parte libre); de lo contrario esta última no llegaría al tercio, o la legítima excedería de los dos tercios.»

Por lo así como hemos dicho que no creemos razonable limitar las legítimas individuales de los reservatarios en virtud de la reserva, viceversa tampoco creemos lógico que se quiera limitar la reserva en virtud de la legítima—cuando tenga lugar aquélla, v. gr., por tener el reservista hijos de línea diversa a la de los bienes—, pues, como hemos dicho al defender lo primero y creemos aplicable para sostener lo segundo, estas instituciones no deben contrarrestarse ni restarse, sino sumarse y juxtaponerse armónicamente, según requiere la respectiva finalidad de ambas.

(724) 1, § 5.º, núm. 34, págs. 124 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 784 y sigs.

b) Si el reservista dejare descendientes que reunieren las condiciones de ser reservatarios y otros que no lo fueren, los bienes reservables deberán integrar: la masa de cálculo forzoso de las legítimas de aquéllos, la de cálculo posible de las mejoras dispuestas a favor de los mismos, a los cuales será perfectamente aplicable la doctrina de los artículos 972 y 973, § 2.º del Código civil, y la de cálculo posible de la parte libremente disponible a favor de cualquier reservatario. Paralelamente los bienes reservables podrán formar parte de la masa de extracción de las legítimas de esos reservatarios que a la vez sean legítimarios del reservista, de las mejoras de los reservatarios que sean descendientes del propio reservista y de las disposiciones libremente hechas por éste a favor de cualquier reservatario. E, inversamente, no podrán integrar en modo alguno la masa de extracción de las legítimas y mejoras, respectivamente, de los legítimarios y descendientes del reservista que no sean a la par reservatarios, ni de las demás disposiciones hechas por aquél a favor de personas que no reúnan esa condición (725).

c) Si ninguno de los reservatarios reúne la condición de legítimario del reservista, éste podrá favorecer con los bienes reservables a cualquiera de ellos. Y, asimismo, en el caso de dejar algunos reservatarios legítimarios suyos, podrá favorecer con los bienes reservables a los otros reservatarios no legítimarios ni descendientes suyos en cuanto exceda de los tercios de legítima estricta y de mejora, computados—para los reservatarios legítimarios—integrando a ese efecto los bienes reservables en la herencia del reservista. Pero esto, *no en virtud de la aplicación analógica de los artículos 972 y 973, § 2.º del Código civil, sino simplemente por aplicación directa, conforme a su ratio, del artículo 811*, que cumple así su finalidad sin exceptuar más que lo estrictamente necesario el Derecho común de sucesiones aplicable a la herencia del reservista. Sin perjuicio de que, si el reservista puede igualmente desheredar al único o a todos los reservatarios, sean o no sean descendientes suyos, si han incurrido en causas tan graves como las referidas en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 756, a los que se remite el artículo 852 (y tal vez también—según insinúa Genovés—las de los números 3 y 4 del art. 853 C. c.), han de poder ser aplicadas por razonamiento de *minor ad maius* a los colaterales afines que legalmente sean reservatarios, y a los cuales no nos ofrece duda que les ha de ser aplicable la incapacidad de suceder por causas de indignidad, tanto con respecto al descendiente como al ascendiente reservista, conforme a los artículos 756 y 757 del Código civil (726).

(725) Ver I, § 7.º, n. 48, pág. 1108, y en AN. DER. CIV., X-IV, página 1108.

(726) GENOVÉS AMORÓS al tratar de la desheredación en la reserva tron-

§ 6.º RESERVA CONSUMADA: SU COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD CON LA SUCESIÓN INTESADA DEL RESERVISTA.

33. *Plantamiento.*

Previamente al examen comparativo, que vamos a acometer, entre los resultados de la sucesión intestada del reservista y los dimanantes de las limitaciones impuestas por la reserva, creemos indispensable un repaso panorámico de las afirmaciones de la jurisprudencia y de las opiniones expresadas por los autores con respecto a la atribución y distribución de los bienes reservables entre los reservatarios.

Veamos primero lo que han dicho la Sala Primera del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado:

La Dirección General de los Registros y del Notariado fué la que primeramente necesitó ocuparse de esa preferencia. Con anterioridad, el Tribunal Supremo sólo había resuelto—en Sentencia de 16 de diciembre de 1892—cuál es el punto de partida para computar ese tercer grado que señala el límite máximo de parentesco de los posibles beneficiados por la reserva. En cambio, la Resolución de 20 de marzo de 1905 tuvo que decidir la prioridad de los reservatarios, discutida con criterios divergentes por el Notario—que aplicaba el principio de la proximidad de grado a la reserva lineal—y por el Registrador de la Propiedad—que pretendía la distribución igualitaria entre todos los reservatarios sin distinguir entre los que se hallaban en segundo y en tercer grado respecto al descendiente—. La Dirección consideró «que la razón que principalmente se alega en contra de aquel principio, a sea, que al llamar el citado artículo 811 a la sucesión, en el caso a que el mismo se refiere, a los parientes dentro del tercer grado, no contiene declaración alguna respecto a la manera de distribuir entre éstos los bienes que se reservan por lo que en el mismo no

cal (*Loc. cit.*, págs. 740 y sigs.) observa que «si la ley, que con tanto celo protege a los herederos legitimarios, y que los coloca en una situación privilegiada respecto a una gran masa de bienes hereditarios, no vacila al conceder el permiso para que se les prive de su derecho cuando existan razones gravísimas que justifiquen tan severa medida, sería absurdo y hasta inmoral que parientes de la línea transversal, de grado más remoto y que no gozan del derecho casi sagrado a las legítimas, quedaran en una situación de invulnerabilidad económico-civil. Pero, al final, el mismo autor concluye restringiendo esa conclusión para los reservatarios que no sean descendientes del reservista, y opina que «quizá fuera más adecuado y más equitativo interpretar restrictivamente el silencio de la ley positiva y estimar que en cuanto a los parientes por la línea transversal no cabe la declaración por el reservista, y que el riesgo de que los bienes pasen a personas que no merecen ser protegidas por la reserva trascendental queda suficientemente cubierto por las normas que regulan la indignidad para suceder y que se aplican *ex jure*».

se dispone, ni fija distinción ni preferencia entre ellos, y que, por tanto, los comprende a todos, no tiene verdadero fundamento, porque en parecidos términos están redactados otros artículos del Código, como el 954, según el cual, en la sucesión intestada; no habiendo hermanos ni cónyuge supérstite, deben suceder en la herencia del difunto los demás parientes colaterales, y, a pesar de que en él no se hace tampoco tal distinción o preferencia entre éstos, es evidente, sin embargo, que no todos los parientes colaterales suceden en dicho caso, sino que *los más próximos excluyen a los más remotos, ajustándose al precepto general del citado artículo 921 del mismo cuerpo legal*, pues los diferentes artículos del Código se complementan y armonizan entre sí» (5.º *considerando*).

En Sentencia de 19 de noviembre de 1910, ya invocó el Tribunal Supremo el principio de proximidad de grado para aplicarlo a la reserva lineal, al decir en su cuarto considerando que «siendo el fundamento racional de éste [el art. 811] la voluntad presunta del descendiente, que con su muerte inicia la reserva, de que los bienes a ella afectos vuelvan, por el óbito de la heredera forzosa que se había interpuesto, *a los parientes más próximos de aquélla y de cuya línea proceden*».

La Sentencia de 4 de enero de 1911, defendió la preferencia de los hijos comunes de ambos ascendientes respecto los demás posibles reservatarios. Su tercer considerando afirma que no es racional presumir que «*la misma ley dispusiere que los bienes pasaran a parientes de tercer grado, con perjuicio de la común posteridad*, ni esto lo ha podido ordenar el artículo 811 del Código..., porque implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los descendientes, conservada por la tradición y consagrado en el vigente Cuerpo legal, que hasta respetaron los Códigos antiguos, y los Fueros municipales en que se establecía la sucesión troncal, en los que es preciso apelar a las distinciones de línea y grado de parentesco, de que también habla el artículo 811, que no tiene aplicación, cuando los llamados a la herencia..., son descendientes del matrimonio del supuesto reservista y de la persona de quien provienen los bienes».

La Sentencia de 17 de abril de 1956 declara la preferencia de los parientes de segundo grado del descendiente, hermanos suyos en el caso en cuestión, respecto a los de tercer grado, que estimó tenían su derecho sometido a una doble condición: la de sobrevivir al reservista y la de que premurieran a éste los presuntos reservatarios de grado más próximo al ascendiente.

El artículo 921 del Código civil ha sido aducido en las Sentencias de 8 de octubre de 1930, 14 de junio de 1945 y 8 de junio de 1954. La primera y la tercera lo invocaron para aplicar el primer inciso del § 2.º de dicho artículo: «*Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales...*». Y la

segunda, en su considerando 2.º, entre otros argumentos formulados para la aplicación del derecho de representación a la reserva del 811, adujo: «a) La consideración de que el derecho de representación a que aluden los artículos 921 y siguientes del Código civil forma parte del derecho común de sucesiones y es, por tanto, aplicable a la intestada. b) La de que sobre esta base, las disposiciones del artículo 973 a cuyo tenor en los bienes sujetos a reserva, el descendiente ha de heredar conforme a las reglas de la sucesión en la línea descendente, son aplicables a la reserva lineal contemplada por el artículo 811».

En cambio, la Sentencia de 5 de diciembre de 1958 rechaza la aplicación a la reserva lineal de alguna de las reglas de la sucesión intestada, concretamente la que atribuye doble porción a los hermanos de doble vínculo que concurren con los de vínculo sencillo. Su tercer considerando declaró que *«los artículos 921 y 949 del citado Cuerpo legal relativos a la participación hereditaria de los medio hermanos... únicamente es aplicable en la sucesión abintestato directa de los hermanos entre sí, en que el caudal hereditario abarca la totalidad de los bienes del causante, sea cualquiera su procedencia..., mientras en la reserva lineal del artículo 811..., sin perjuicio de lo que pudiera resolverse si [los bienes reservados] procedieran de otro hermano—hipótesis que ahora ha de eliminarse por ajena al pleito—, sólo comprende los bienes adquiridos por el hermano fallecido a título de herencia de su padre, respecto al cual y por ser el progenitor común de los tres hermanos, los dos hermanos litigantes—recurrente y recurrido—se hallan en idéntica posición de línea y grado, aunque sean hijos de distinta madre, ya que la diferente línea materna ningún influjo tiene en la reserva de que se trata»* (727).

Respecto al cómputo del grado de parentesco con el descendiente de los parientes de la línea de procedencia de los bienes, vimos (728) discrepar a la Sentencia de 19 de noviembre de 1910, que independiza los requisitos de pertenecer a dicha línea y de proximidad de grado—dentro del tercero—con el descendiente, y las Sentencias de 1 de julio de 1955 y 2 de marzo de 1956, que exigen que el grado se compute precisamente a través de la línea de procedencia de los bienes. Por cierto, en esta segunda sentencia pudo plantearse la cuestión de la preferencia entre el orden de los ascendientes y el de los colaterales del descendiente, pues concurriría su abuela con medio hermanos de éste. Pero no se ocupó de esta cuestión, porque el fallo alejó a aquellos medio hermanos hasta el cuarto grado de parentesco lineal, al computar, a efectos del artículo 811, a través de línea de procedencia de los bienes cual era el que les unía al descendiente.

(727) Véanse las observaciones que hicimos a las declaraciones de este considerando en AN. DER. CIV., XII-I, págs. 358 y sigs.

(728) Ver I, § 4.º, 27, págs. 96 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 721 y sigs.

En resumen, poco fruto pueden brindarnos en este punto las resoluciones jurisprudenciales, dada su disparidad y porque sus razonamientos han sido hechos en términos generales pero siempre para dar a casos concretos la solución instintivamente prejuzgada para el supuesto singular discutido.

En la doctrina podemos clasificar las siguientes posiciones:

a) Según Lozano Sicilia (729), los bienes reservables sólo pueden heredarlos: *los descendientes comunes de los dos ascendientes a que el artículo 811 se refiere*, o bien, en caso de haberlos heredado el descendiente de un hermano, *los descendientes del ascendiente reservista que sean hermanos o sobrinos del descendiente heredado*. Todos ellos por estirpes y con derecho de representación con arreglo al artículo 933 del Código civil. Habría, pues, según esta tesis, una sucesión del reservista limitada en favor de aquéllos de sus descendientes que además reunieren la condición de reservatarios, y, por lo tanto, de darse la sucesión intestada—por falta de disposición del reservista en concepto de mejora—tendría lugar precisamente la del reservista, pero con la particularidad de ser excluidos de ella con respecto los bienes reservados aquéllos de sus herederos abintestato que no fueran reservatarios.

b) A juicio de Mucius Scaevola (730) son llamados a la reserva, *conjunta e integralmente, todos los parientes del descendiente que, conforme al artículo 811, estén dentro del tercer grado, pertenezcan a la línea de donde procedan los bienes y que vivan al fallecer el reservista, siendo su adquisición por cabezas y por partes iguales*; porque el 811 no se rige por el principio de proximidad de grado, sino que lo rechaza para aceptar el principio lineal o de troncalidad, y porque su texto llama a todos los parientes dentro del tercer grado, «sin establecer distinción o preferencia entre ellos, de donde cabe inferir lógicamente que los comprende a todos». Por este mismo criterio se inclinó Ramos (731).

c) Para López R. Gómez (732), el 811 dispone la adquisición del derecho a la reserva, en favor de *los parientes de tercer grado del descendiente y de la línea de procedencia de los bienes que vivan al tiempo de constituirse la reserva*, que este autor sitúa en el momento del fallecimiento del descendiente heredado por el reservista: «y sin perjuicio de la preferencia que entre ellos pueda existir, por razón de la mayor proximidad de grado, siendo también aplicables a este efecto, todas las reglas pertinentes a los

(729) LOZANO SICILIA. *Op. cit.*, págs. 194 y sigs.

(730) SCAEVOLA, *Op. cit.*, XIV, art. 811, III, F, c) y d), págs. 338 y sigs.

(731) RAFAEL RAMOS. *De las sucesiones*, t. II (Madrid, 1898), cap. XXX, núm. 12, pág. 55.

(732) LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y vol. cit.*, cap. VIII, núm. 5, págs. 223 y sigs.

modos de suceder y con la limitación que expresamente la ley impone; de que la reserva sólo tiene lugar en favor de los parientes que pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan». A su juicio: fallecido después alguno de estos parientes con derecho a la reserva, transmitirá su derecho a sus sucesores, y nacido alguno anteriormente al nacimiento de la reserva, ningún derecho tendrá a suceder en los bienes reservados.

d) En opinión de Manresa (733), Falcón (734), Morell en sus «Comentarios a la Legislación Hipotecaria (735), Guillermo García Valdecasas, padre (736), Barrachina (737), Clemente de Diego (738), Valverde Valverde (739), Boret Ramón (740), se aplica ri-

(733) MANRESA, *Código...*, vol. VI, art. 811, II, F, primera y tercera cuestión, págs. 264 y sigs. y 277 y sigs. En la pág. 279 rechaza expresamente la aplicación del derecho de representación, apoyándose fundamentalmente en lo limitada que sería su aplicación y en la imposibilidad de aplicarla en aquellos casos en que con su aplicación se saldría del tercer grado de parentesco con el descendiente.

(734) MODESTO FALCÓN, *Los artículos 811 y 812 del Código civil*, en «Rev. de los Trib.», XXII, núms. 3 y 4 (enero 1891), pág. 19.

(735) MORELL, vol. IV, arts. 191 y 199, B, pág. 400. Como veremos, este autor en otros trabajos anteriores había admitido la preferencia de la línea ascendente sobre la colateral, mientras que en el citado en esta nota no señala excepción alguna al régimen de preferencia de grado, en virtud del cual también rechaza el derecho de representación. De este autor, como de MANRESA, se ha afirmado que estimaron posible la aplicación del derecho de representación a la reserva lineal. Pero los que han afirmado tal cosa se han apoyado en razones ciertamente expuestas por este autor, pero no estimadas por él como convincentes. Y no han sabido leer la solución contraria por él decidida en definitiva: «No se admite, pues, el derecho de representación» (pág. 400). Negativa que MORELL sienta por estimar inadmisibles su aplicación a pariente de grado más remoto del tercero y por no juzgar aceptable establecer una distinta solución según debiera juzgar la representación dentro o fuera del tercer grado. De este modo—como MANRESA—juzga precisamente como argumento en contra de su aplicación, tanto fuera como dentro del tercer grado, la imposibilidad—tratándose de bienes reservables—de aplicarla más allá del tercer grado de parentesco con el descendiente.

(736) GUILLERMO G. VALDECASAS, *Consulta, Interpretación del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 118 (primer semestre 1911), págs. 255 y sigs., entiende que la proximidad de grado respecto al descendiente es la pauta para señalar la preferencia entre sus parientes pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, aunque a través de dicha línea el grado de parentesco fuese más lejano (por eso a los tíos de dicha línea prefiere aquellos medio hermanos que a través de la línea de los bienes sólo se hallarían en cuarto grado de parentesco con el descendiente por ser medio hermano por la parte del reservista y primos por parte del otro ascendiente).

(737) BARRACHINA, *Comentarios...*, vol. cit., cap. XII, pág. 338.

(738) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811 del C. c.*, en «Rev. Der. Priv.», XIV (febrero de 1927), págs. 60 y sigs. (Notemos que, aun cuando dice que ese resquicio que deja vacío el derecho excepcional y anómalo introducido por el artículo 811 lo ocupa y debe ocuparlo el derecho común o la regla general aceptada por éste); luego en el contexto del trabajo se observa que sólo aplica el principio de proximidad de grado); *Instituciones...*, vol. cit.,

gurosamente el principio de preferencia de proximidad de grado, con respecto al descendiente, a los parientes comprendidos en el grado y línea previstos en el artículo 811, que *vivan al fallecer el reservista*, de modo que los reservatarios de grado más próximo excluyen a los más remotos, sin admitirse ni siquiera la *salvedad del derecho de representación* dado el carácter personalísimo y excepcional de la reserva lineal. El mismo criterio de preferir a los reservatarios por su mayor proximidad de grado fué aceptado por la Academia Matritense del Notariado en 1894 (741) y por la Redacción de la Revista de los Tribunales en 20 de abril de 1907 (742).

c) *Mitigan ese principio de proximidad de grado con la aplicación del derecho de representación, aunque sin extenderlo a parientes más alejados del tercer grado de parentesco con el descendiente*, Charrín (743), Novoa Seoane (744), La Cueva (745), Escobar de la Riva (746), Castán Tobeñas (747), García Martínez (748), Genovés Amorós (749), Gómez Morán (750), Royo Martí-

Lec. 88, págs. 196 y sigs., y *Dictámenes Jurídicos*, III, dict. 5, págs. 124 y sigs.; dict. 43 y 44, págs. 505 y sigs., y dict. 45, I, c), págs. 535 y sigs., donde clasifica: en primer grado, al padre o a la madre; en segundo grado, a los abuelos de la línea de donde proceden los bienes y los hermanos de doble vínculo, o los medio hermanos de la parte de donde dichos bienes proceden, y en tercer grado, a los bisabuelos de dicha línea, los tíos carnales (hermanos o medio hermanos del padre o de la madre) y los sobrinos (hijos de hermanos o medio hermanos, en su caso, del descendiente).

(739) CALIXTO VALVERDE, *Op. y vol. cit.*, cap. X, págs. 228 y sigs.

(740) RAMÓN BONET, *Derecho civil...*, vol. cit., CVII, págs. 593 y sigs.

(741) Academia Matritense del Notariado, Sesión Académica de 30 de mayo de 1894, conclusión 4.^a de las presentadas por los señores Ruilópez y Montaut aprobada por mayoría: «4.^a Los pariente a cuyo favor se establece la reserva son los que existan a la muerte del ascendiente abligado a reservar, excluyendo los más próximos a los más remotos y sin preferencia por doble vínculo.»

(742) «Revista de los Tribunales», XLI, núm. 20, Contestación a una consulta, págs. 249 y sigs.

(743) A. CHARRÍN, *¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación...?*, en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 91, págs. 430 y sigs.

(744) RAMÓN NOVOA SEOANE, *Un supuesto caso de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.» VI (diciembre 1919), págs. 373 y sigs. Acata rigurosamente el principio de proximidad de grado, considera inaplicable el artículo 949 en caso de concurrencia de hermanos y medio hermanos del descendiente, pues estima que sólo del vínculo correspondiente a la línea de procedencia de los bienes deriva el derecho a los bienes reservables, y, por aceptar el derecho de representación, admite la concurrencia con los hermanos de los hijos de los hermanos premuertos.

(745) MANUEL DE LA CUBVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811*, páginas 71 y sigs. y 729 y afirmaciones decimotercera y decimocuarta, y en «Rev. de los Tribunales», LXVI, n. 444 (29 octubre 1932), págs. 62 y sigs.

(746) ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, *Op. cit.*, págs. 8 y sigs.

(747) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El derecho de representación en la sucesión lineal...*, «Rev. Der. Priv.», XXIV, págs. 210 y sigs.

(748) FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho civil*, t. II (Valencia, 1942), pág. 220.

(749) CIRILO GENOVÉS AMORÓS, *Loc. cit.*, pág. 732.

nez (751), Fernández Serrano (752). De ese modo dentro del segundo grado, junto con hermanos del descendiente, entrarán los sobrinos hijos de hermano premuerto.

f) Otros autores han invocado *la aplicación de las reglas de la sucesión intestada del descendiente para determinar los reservatarios favorecidos*. Pero no parece que entre ellos haya habido completo acuerdo en su aplicación; ni siquiera que todos los que aludieron a ellas lo hicieran con plena conciencia de todas sus consecuencias.

Desde luego, es indudable que la aplicación de esas normas debería sufrir importantísimas desviaciones que la desvirtuarían (753). Vemos, en efecto, que se excluyen de la sucesión de los bienes reservables a aquéllos de los presuntos herederos abintestato del descendiente que no pertenecen a la línea de donde proceden los bienes y a los que se hallan fuera del tercer grado, así como los fallecidos en el tiempo intermedio entre las muertes del descendiente y del reservista.

Pero, además, observamos:

a) Que algunos autores sólo aluden muy genéricamente a las reglas de la sucesión intestada sin desmenuzar sus consecuencias —como Lacal (754)—, o para deducir únicamente la aplicabilidad del principio de proximidad de grado o bien del derecho de representación a favor de los hijos de hermanos del descendiente, como

(750) LUIS GÓMEZ MORÁN, *Op. cit.*, págs. 78 y sigs.

(751) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 213.

(752) ANTONIO FERNÁNDEZ SERRANO, *Un supuesto interesante del artículo 811 del C. c.*, en «Rev. Gen. de Derecho», IX (junio, 1953), págs. 285 y sigs. Acepta el principio de proximidad de grado con la atenuación del derecho de representación dentro del tercer grado en virtud del cual coloca en primer grado a los descendientes del ascendiente de quien procedieron los bienes.

(753) Dijo NARCISO RIAZA MATEO (*Contribución al estudio...*, pág. 51): «La reserva del artículo 811 viene a consistir en último término, se dice, en la apertura de la sucesión intestada del descendiente, llamando al disfrute de los bienes a aquellos parientes que los hubiesen hecho suyos por título de herencia, si no se hubiese interpuesto la persona del ascendiente obligado a reservar. A primera vista, el razonamiento seduce, pues proclama que, salvo esta transitoria estancia en poder del ascendiente, los bienes van a parar a los mismos pariente que los habrían disfrutado sin ese rodeo que dan con respecto a la familia natural y régimen sucesorio moderno.» Pero añade: «Sin embargo, aunque en la mayoría de los casos esto ocurra, en otros no acontece así, pues, por el contrario, con la institución de la reserva se priva de parte de esos bienes a parientes muy cercanos del descendiente que sin ella los hubiesen heredado.»

(754) PASCUAL LACAL FUENTES, *Un caso de aplicación...*, «R. C. D. I.», VIII, págs. 579 *in fine* y sigs.: «Resulta, por tanto, que no todos los parientes dentro del tercer grado tienen derecho a los bienes reservables, sino los más próximos cuando haya que aplicar las normas de la sucesión intestada, como sucederá, agregamos nosotros [dice él], siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe al reservatario.»

Alcubilla (755), «La Reforma Legislativa» en su número 1.316 (756), Díaz Cobeña (757), De Buen (758) y Roca Sastre (759).

β) Cadabal (760), aplicó hasta el límite del tercer grado las reglas de la sucesión intestada del descendiente estimando que tienen derecho a la reserva: «en primer término los ascendientes legítimos del descendiente; luego, sus hijos naturales; luego, los hermanos con los sobrinos hijos de hermanos difuntos, y, por fin, los tíos, sin omitir que los medio hermanos sucederán como media persona en concurrencia con otros hermanos de doble vínculo». Además, precisó que: «El grado de parentesco se cuenta por la línea del ascendiente o hermano de quien procedían los bienes».

γ) Contrariamente a esta opinión, predominó la de quienes entendieron favorecidos por la reserva a los parientes legítimos y nunca a los naturales, ni siquiera a los hijos naturales del propio descendiente causante (761). Así, aun entre los autores que invocan las reglas de la sucesión intestada de este descendiente, también vemos excluir a los hijos naturales, en opinión, v. gr., de Sánchez Román (762) y Roca Sastre (763) y más especialmente razonado por Acosta Inglott (764).

(755) MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., vol. VII, voz *Legítima*, núm. V, pág. 842.

(756) *La Reforma Legislativa*, XXVI (14 marzo 1897), Contestación a la consulta núm. 1.181, pág. 87.

(757) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, dict. XV, C., págs. 231 y sigs. (en la pág. 233, dice que por constituir la reserva del 811 una sucesión intestada, aun que limitada y parcial, no cabe prescindir de ninguna de las reglas y condiciones propias de la misma, no habiéndolo dispuesto así la ley expresamente, o no resultando que su aplicación es incompatible con los fines a que tiende dicha reserva), y dict. XV, F, págs. 249 y sigs. (en la pág. 251, dice que «no puede perderse de vista que las disposiciones del artículo 811 no hacen más que restablecer, relativamente, a los bienes de que se trata, la situación de hecho que, respecto a la sucesión de los mismos, hubiera tenido lugar al morir el descendiente causante de ella, si no hubiera existido el ascendiente reservista, puesto que llama a heredarlos a los parientes, descartado éste, que serían los herederos legítimos de aquél»).

(758) DE BUEN, *Enciclopedia...*, vol. cit., voz «Reserva de bienes», C, I, pág. 350, y *Notas cit.*, vol. cit., pág. 396.

(759) ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp, del Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Wolf y Kipp.*, vol. V-1.^o (Barcelona, 1951), § 4.^o, n. 2, pág. 43.

(760) CADABAL, *Sobre el artículo 811 del Código civil*, «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 96, pág. 101.

(761) Ver nuestra nota 208 en la parte I de este trabajo, págs. 86 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 711 y sigs.

(762) SÁNCHEZ ROMÁN, *Curso...* vol. VI-II, núm. 140, pág. 997.

(763) ROCA SASTRE, *Loc. cit.*

(764) ACOSTA INGLOTT, *Loc. cit.*, págs., 71 y sigs., que se apoyó fundamentalmente en el artículo 943 del C. c., que dispone que el hijo natural y el legitimado por concepción real, no tienen derecho a suceder *abintestato* a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que los haya reconocido, y en la finalidad de la reserva es «que los bienes de una determinada familia no salgan de ella, de la familia ha tiempo constituida, o sea, la legítima,

δ) Morell (765), Sánchez Román (766), Roca Sastre (767), Hernández Gil (768), aplican la preferencia de órdenes de la sucesión intestada, anteponiendo consiguientemente la línea ascendente del descendiente a la colateral. Con ese criterio el abuelo o abuela o el bisabuelo de la línea de procedencia de los bienes serían preferidos a los hermanos y sobrinos del descendiente.

ε) En cambio, Gayoso Arias (769) estima siempre preferentes los hermanos y sobrinos a los ascendientes, incluso si aquéllos son medio hermanos o medio sobrinos por línea diferente de la de procedencia de los bienes, y cree que los hermanos de vínculo sencillo y los de doble vínculo hijos del reservista se hallan en igualdad de condiciones, pues considera que si el reservista tiene descendientes no hay lugar a la reserva. A su juicio: «Como el artículo 811 no es aplicable, por impedirlo el derecho de legítima de los descendientes, inútil es argüir que dentro de él, deben ser preferidos los abuelos a los medio hermanos (también deberían serlo a los hermanos enteros, lo que niega el Supremo [Sentencia de 4 de enero de 1911]) y que evitar que, por interposición del padre suceda lo contrario, es el fin del tan repetido precepto, etcétera... Allende, la preferencia de los ascendientes sobre los colaterales, y la del grado más próximo sobre el más lejano, no se contradice con nuestra doctrina; pues, precisamente, porque concedemos esa preferencia al ascendiente más próximo, al padre, éste hizo suyos los bienes sin reserva ni limitación alguna, in-

mientras que la natural es nueva...». La primera de estas razones ya había sido expuesta por ACACIO CHARRÍN, en *¿La reserva del artículo 811 del Código civil, se estableció también en beneficio de los parientes naturales del descendiente heredado por su ascendiente?* Consulta en «Rev. G. n. de Leg. y Jur.», 92 (primer semestre 1898), pág. 112.

(765) MORELL, *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 526, y en *Estudios....*, pág. 301. Lecemos en ambos sitios: «El parentesco es el de consanguinidad, los ascendientes son preferidos a los colaterales, y en unos y otros los más próximos a los más remotos; de modo que habiendo varios parientes dentro del tercer grado, no se establece la reserva en favor de todos ellos, sino en favor de los que entre ellos tienen derecho preferente a la sucesión.»

(766) SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. y loc. últ. cit.*, núm. 142, pág. 1010. A su juicio, el artículo 811 «supone aplicable el régimen general sucesorio de proximidad de grado, en que todo él se inspira, entre los parientes de diferente grado, dentro del tercero que puedan existir, y con las generales y ordinarias preferencias de la línea ascendente sobre la colateral». En la página 1012 añade que, llegada la consumación de la reserva, sólo tendrán derecho efectivo a los bienes objeto de la misma, «aquellos de los parientes dentro del tercer grado, antes indicados, a quienes corresponda la preferencia según las reglas generales de sucesión en el Código, testada o intestada, respecto de la prelación de líneas y de grados».

(767) ROCA SASTRE, *Loc. últ. cit.*

(768) HERNÁNDEZ GIL, *La prelación de órdenes y grados en la reserva lineal española*, en «Rev. de Der. Esp. y Americ.», I, 1.º, págs. 3 y sigs., trabajo dedicado especialmente a la defensa de esta tesis.

(769) GAYOSO ARIAS, *Un nuevo caso dudoso....*, en «Rev. Der. Priv.», II, págs. 256 y sigs., en especial pág. 260.

puesta en favor de ascendientes más remotos; como los abuelos, y lógico es que pasen como legítima a los hijos de aquél. Tomás Albi (770) opinó de modo parecido (771).

Por otra parte, la aplicación de las reglas de la sucesión intestada del descendiente lleva a Acosta Inglott (772), Cruzado (773), Entrene Klett (774), a juzgar aplicable el artículo 949, y, por ende, a estimar que en caso de concurrir en la reserva hermanos de vínculo sencillo de la línea de procedencia de los bienes —a los de la otra línea no los aceptan como reservatarios—y hermanos de doble vínculo, éstos deben recibir doble porción de aquéllos.

Finalmente, vemos que unos autores computan el grado sencillamente por proximidad con el descendiente entre los que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes—como Díaz Cobeña (775)—, mientras otros—como Cadabal (776) y Sánchez Román (777)—computan el parentesco a través de esta línea prescindiendo del parentesco más próximo que entre ellos pueda existir por otra línea (778).

g) Maura se remitió a las reglas de la sucesión intestada del ascendiente reservista en supuesto de dejar esta descendencia común al otro ascendiente para aplicar el derecho de representación a favor de sus nietos, sobrinos del descendiente (779), y

(770) TOMÁS ALBI AGERO, *Loc. cit.*, pág. 321.

(771) Para la crítica de esa tesis de GAYOSO y de T. ALBI, que estima excluida la reserva si el reservista deja hijos, aunque sean medio hermanos del descendiente causante por línea diferente de la de procedencia de los bienes, ver antes I, § 1.º, núm. 5, págs. 19 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.

(772) ACOSTA INGLOTT, *Loc. cit.*, págs. 67 y sigs., en especial pág. 71. Defiende el principio de proximidad de grado con la atenuación del derecho de representación dentro del tercer grado y la del art. 949.

(773) FÉLIX CRUZADO, *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 119 (segundo semestre 1911), págs. 483 y sigs. Aplica el principio de proximidad de grado del artículo 921 con la salvedad del art. 949.

(774) ENTRENE KLETT, *Loc. cit.*, págs. 212 y sigs. Aplica los principios de proximidad de grado, representación dentro del tercero y atribución de doble porción a los hermanos de doble vínculo que a los de vínculo sencillo.

(775) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, dict. XV, F, págs. 253 y sigs.

(776) CADABAL, *Loc. cit.*

(777) SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. y vol. últ. cit.*, n. 142, págs. 1012 *in fine* y 1013.

(778) Ver la cuestión del cómputo del tercer grado entre los parientes de la línea de los bienes en I, § 5.º, 28, págs. 100 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 725 y sigs. A los autores allí citados, entre los que entienden que el cómputo precisamente debe hacerse a través de la línea de procedencia de los bienes, se debe añadir a CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes...*, vol. cit., dict. 45.º II, págs. 536 y sigs., y a la Redacción de la «Rev. Gen. del Notariado», LIX, n. 4 (22 enero 1910), pág. 38.

(779) MAURA, *Dictámenes*, vol. IV, dictámenes 6 (págs. 96 y sigs.) y 7 (págs. 104 y sigs.). Para defender la aplicación a la reserva lineal del derecho de representación dentro del tercer grado, sostiene la aplicación de las reglas de la sucesión intestada (págs. 97 y 105), como complemento

negó la aplicabilidad de la norma del artículo 949 en caso de concurrencia de medio hermanos y hermanos germanos del descendiente por entender que no se trata de sucesión intestada en línea colateral (780).

h) Cabría sustentar la defensa del *régimen de sucesión por parentelas aisladas, característico de la troncalidad continuada* (781). Serían preferidos así: en primer lugar el ascendiente de primer grado (del descendiente) perteneciente a la línea de procedencia de los bienes o, en su defecto, los descendientes de tal ascendiente; en segundo término, el ascendiente de segundo grado de dicha línea o, a falta del mismo, sus descendientes que no estuvieren en grado de parentesco más distante del tercero con respecto al descendiente (es decir, sólo los tíos o también los primos que fueren a la vez medio hermanos del descendiente si se admite la independencia mutua de los requisitos de línea y grado); y, en tercer término, el ascendiente de tercer grado de la línea o, en su defecto, sus descendientes que, por otra línea (pues por la de los bienes no caben ya otros parientes de tercer grado, que agota el bisabuelo) fueren parientes dentro del tercer grado del descendiente (medio hermanos o medio tíos). Criterio que, en caso de haber recibido el descendientes los bienes de un hermano, daría lugar a que ese hermano, si viviere (pues el descendiente pudo haber recibido los bienes por donación del mismo), o, en su defecto, sus hijos fuesen preferentes a todos los demás parientes del descendiente (incluso al ascendiente común de éste y su referido hermano) (782).

del artículo 811 para deducir que es aplicable la representación en la línea recta descendente del reservista (pág. 102) y, por ende, que el nieto del ascendiente, hijo del hermano del descendiente, excluye a los tíos carnales de éste (pág. 108).

(780) MAURA, *Dictámenes*, vol. cit., en su dictamen 5 (págs. 63 y sigs.), y en la «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 144, que lo publicó con el título de *Perspectivas del artículo 811 del Código civil* (págs. 8 y sigs.), sostuvo la inaplicación del artículo 949 a la reserva lineal y, por ende, que los medio hermanos de la línea de procedencia de los bienes heredan por cabezas en igualdad con los de doble vínculo (*Dicts.*, págs. 73 y sigs., y «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», cit., págs. 18 y sigs.), fundamentalmente por entender que el reservatario descendiente del reservista sucede a éste en línea recta descendente y no al descendiente de quien procedían los bienes por herencia de colaterales hermanos, razón por la cual estimó inaplicable el artículo 949 del Código civil.

(781) Acerca del régimen de *parentelas aisladas* y de su aplicación en la troncalidad continuada, puede consultarse GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade*, I (Braga, 1941), nota 150, págs. 87 y sigs., 103 a 114.

(782) En la primera parte de este trabajo (§ 5.º, núm. 30, págs. 110 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 731 y sigs.) al ocuparnos de una cuestión suscitada por CABRAL (*Loc. cit.*, pág. 108) habíamos planteado: sí, entre los parientes que pertenezcan a la línea genérica de donde proceden los bienes, debíamos distinguir los pertenecientes a la línea de procedencia más inmediata cuando en aquella haya parientes que no estén en ésta. Allí dijimos (pág. 111) que: «Sí la inmediatidad de una sublínea

i) Del tercer considerando de la Sentencia de 5 de diciembre de 1958 parece deducirse que la prioridad de grado entre los reservatarios ha de computarse *con relación al ascendiente de quien procedían los bienes*; pues en él se razonó la no aplicación del criterio de atribuir doble porción a los hermanos de doble vínculo que a los de vínculo sencillo, porque respecto a dicho ascendiente, de quien heredó el descendiente heredado por el reservista, tanto el hermano de doble vínculo como el de vínculo sencillo «se hallan en idéntica posición de línea y grado», «por ser el progenitor común de los tres hermanos». Criterio también insinuado por Fernández Serrano (783) para dar preferencia a un hermano del descendiente respecto a su abuela.

j) Acacio Charrín (784), partiendo del origen troncal que a su juicio tiene el artículo 811, estima que la preferencia a los bienes reservables corresponde: en primer lugar a los hermanos e hijos de estos hermanos del descendiente y, por último, a los tíos carnales del mismo. A criterio parecido se llegaría con la dife-

hubiera de marcar preferencia dentro de la línea general con derecho a la reserva, sería lógico que el ascendiente que pertenezca a esa línea general (v. gr., el abuelo paterno) y de quien deriven las diversas líneas comprendidas en la genérica, pero de las cuales no todas correspondan a la línea (o a la sublínea) de la más inmediata procedencia (v. gr., la línea descendiente del padre o del hermano, de quien inmediatamente recibió los bienes el descendiente heredero), debiese reservar a favor de los parientes que perteneciendo a ésta más inmediata reunieren los demás requisitos que el artículo 811 exige. Y, *viceversa*, la imposición en estos casos de la obligación de reservar, significaría la preferencia lineal dentro del tronco general. Ahora nos continúa pareciendo lógica la segunda conclusión, pero no así, en cambio, la primera. En aquélla hay un correcto argumento de mayor a menor, mientras en ésta, de una preferencia entre sublíneas, se pretende deducir la sumisión a la reserva de los ascendientes de las más lejanas a favor de los pertenecientes a las más próximas. Es decir, se concluía que si se daba *x* debía darse *x'*, conclusión ilógica. No olvidemos que, verbigracia, en el caso de concurrencia de retrayentes en el retracto de colindantes es preferido el propietario de la finca colindante de menor cabida, mientras que en caso de venta efectuada directamente a cualquier colindante no cabe el retracto aunque hayan otras fincas colindantes menores que la del comprador. Una cosa es imponer la limitación *fuera y dentro del círculo protegido* (ya sea retracto de un colindante contra otro, bien sea reserva de un pariente de la línea de los bienes respecto a otro más próximo o de mejor parentela) y otra cosa es que, en caso de resultar impuesta una limitación *sólo fuera del círculo protegido* (reserva o retracto contra un extraño), se señale un orden de preferencia entre las personas comprendidas en ese círculo protegido. Aquella limitación presupone esta preferencia, pero esta preferencia no incluye aquella limitación dentro del círculo protegido.

(783) FERNÁNDEZ SERRANO, *Loc. cit.*, pág. 287, solución 2.^a, razón justificativa segunda.

(784) ACACIO CHARRÍN, *Dict. cit.*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 9.^a, pág. 112. Llega a esta conclusión por entender que la reserva es una resurrección en el moderno Código del orden de suceder, establecido en nuestros Códigos antiguos; los bienes, después de usufructuados por el ascendiente pasan a los colaterales que tienen *mejor derecho a suceder al descendiente heredado*.

rencia de la inaplicación, según opinión de algunos, del derecho de representación en beneficio de los sobrinos (785)—haciendo aplicación por analogía de la ley 6, tit. 13, L. III, de la Novísima Recopilación navarra como para otros resultados han intentado la Resolución de 20 de marzo de 1905 y la Sentencia de 2 de marzo de 1956 (786).

k) En el decurso del presente trabajo (787) hemos apuntado la necesidad de distinguir: 1) *Si el reservatario o los reservatarios, o sólo alguno o algunos de ellos, están llamados a la sucesión intestada del reservista, ya sea en primer grado o en grado ulterior, en cuyo supuesto la sucesión intestada del reservista, respecto los bienes reservables, no podrá actuar a favor de las personas que no tengan condición de reservatario, pero sí, por su orden normal, a favor de quienes la ostenten.* El cauce de esta sucesión, en caso de darse la reserva y por efecto de ésta, sufre la obturación de algunos de sus canales, de modo que su curso, en cuanto a dichos bienes, sólo puede llegar a aquellos sucesores que reúnan a la vez la condición de reservatarios. 2) *Si ningún reservatario está llamado en grado alguno a la sucesión intestada del reservista es necesario buscar un criterio general para determinar si existe entre esos reservatarios algún módulo de preferencia, y para determinarlo no nos parece posible más que uno de estos tres criterios: sea el de preferencia lineal por parentelas, ya el de computar la preferencia entre los parientes dentro del tercer grado del descendiente y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes según su relación parental con el ascendiente o*

(785) La opinión que cree inadmisible la representación en la sucesión troncal de los colaterales la vemos incluida en su regla general negativa en todo caso por la línea colateral, por LACARRA (*Instituciones de Derecho civil navarro*, II, Pamplona, 1932, págs. 269 y 292) y especialmente por FRAUCA LLAMAS (*La representación sucesoria en el Derecho navarro*, Zaragoza, 1956, págs. 116 y sigs.). En cambio, el criterio de aplicar la representación a los hijos de hermanos, incluso en la sucesión troncal, es preferido por AIZPÉN TERRO (*La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1957, págs. 42 y sigs.) y por JESÚS SANTAMARÍA ANSA (*La sucesión abintestato en el Derecho foral navarro*, en «Curso de Derecho foral navarro», vol. I, del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, págs. 184 y sigs.).

(786) La Resolución de 1905 aludió a esa analogía para defender el principio de proximidad de grado entre los parientes de la línea de donde procedían los bienes, y la Sentencia de 1956 la invocó para sostener que el cómputo del grado debe hacerse a través de dicha línea. Pero es de notar la particularidad paradójica de que la invocación de la ley navarra por el Tribunal Supremo fué hecha para preferir un ascendiente a unos colaterales, mientras la solución del Derecho navarro hubiese sido la contraria a la declarada en la Sentencia, pues incluso los primos de la línea de los bienes son preferidos a los ascendientes en la sucesión troncal, sin perjuicio del usufructo concedido a éstos vitaliciamente.

(787) II, § 2.º, núm. 16, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 759. Ver también otro trabajo nuestro, *Interpretación, localización sistemática e integración de...*, en «Rev. Der. Priv.», XLIII, págs. 382 y sigs.

el hermano de quien procedieren los bienes, o bien el de aplicar las reglas de la sucesión intestada del descendiente heredado por el reservista, aunque limitada a favor de aquellos de sus herederos que ostenten a la muerte de éste la condición de reservatarios.

Esta duda trataremos de resolverla más adelante, llegado su momento. Por ahora nos contentaremos con profundizar la hipótesis de que existan reservatarios que ostenten la condición de herederos abintestato del reservista.

El examen posicional del supuesto que estudiamos puede ofrecernos dos posibilidades, que necesariamente habrá que distinguir: 1.ª) Que quienes se hallen en primera línea en la sucesión intestada del reservista, o por lo menos alguno de ellos, ostenten la condición de reservatario. 2.ª) Que no lo ostente ninguno de los que se hallan en esa primera línea sucesoria abintestato; es decir, que quienes sin la reserva serían efectivamente herederos legales del reservista no reúnan la condición de reservatarios, pero en cambio tengan esa cualidad personas llamadas en segundo término a la sucesión intestada del mismo reservista.

Esto nos lleva a plantear la hipótesis de *incompatibilidad total*, de *compatibilidad completa* y de *compatibilidad parcial* entre la sucesión intestada del reservista y la reserva lineal.

Incompatibilidad total hay cuando ninguno de los herederos abintestato de grado alguno del reservista tiene la condición de reservatario próximo ni remoto.

Compatibilidad completa existe si todos los llamados en grado preferente a la sucesión intestada del reservista ostentan la condición de reservatarios.

Esta compatibilidad plena y absoluta existe para nosotros —según luego desarrollaremos— en cualquier supuesto en que todos los herederos intestados de grados preferente sean reservatarios. En cambio, para los autores que consideran llamados a la reserva conjuntamente a todos los parientes de tercer grado del descendiente y de la línea de procedencia de los bienes sin prelación entre ellos (*Scaevola*), o para los que entienden especialmente llamados a los de grado más próximo, a saber, al abuelo o abuela junto con hermanos del descendiente, o sea, el suegro o suegra del reservista juntamente con sus hijos comunes al otro ascendiente —(*Manresa*, *De Diego*, *Valverde Valverde*)— y para quienes estiman preferente en la reserva el orden de los ascendientes del descendiente al de sus hermanos; es decir, el suegro o suegra del reservista con prelación a los hijos comunes de los dos ascendientes (*Hernández Gil*), esa compatibilidad completa resulta mucho más difícil de lograr. Requeriría que no hubiera más reservatarios que los herederos abintestato del reservista llamados en primer lugar, pues de no ser así la compatibilidad sólo sería parcial o habría incompatibilidad total según los casos planteados y según la tesis mantenida.

Compatibilidad parcial habrá cuando: 2) Algunos de los herederos intestados de grado preferente del reservista sean reservatarios y otros no lo sean. 3) Ninguno de los de grado más próximo lo sea, pero en cambio entre los llamados en grado más remoto u orden menos preferente haya alguno que tenga tal condición de reservatario.

Los supuestos de compatibilidad completa no plantean naturalmente ningún problema de coordinación entre la sucesión intestada del reservista y las reservas, y únicamente puede discutirse cuando se produce esa compatibilidad total. En cambio, los casos de compatibilidad parcial o de total incompatibilidad dan lugar a sendos problemas. Este plantea la determinación de qué reservatarios pueden exigir con preferencia a los demás el cumplimiento de la reserva. Aquél reclama soluciones distributivas y particionales para resolver la concurrencia en el caudal relicto por el reservista de unos herederos que están excluidos de participar en los bienes reservables y de otros que ostentan preferencia excluyente con respecto a los mismos bienes.

34. *Normas generales para los casos de compatibilidad total o parcial de la sucesión intestada del reservista y la reserva que la sujeta.*

Hemos dejado planteada la distinción de varias hipótesis de compatibilidad entre la reserva y la sucesión intestada del reservista y anticipado cuál es nuestro criterio. Ahora—recogiendo el hilo de nuestro razonamiento finalista—volveremos a distinguir según sean reservatarios todos o algunos de los herederos abintestato del reservista de grado preferente, o bien ninguno de tales reservatarios esté llamado como heredero abintestato del reservista en ese grado preferente; pero sí, en cambio, todos o alguno, lo estén en segundo o en tercer término.

I) En la hipótesis de que todos o algunos de los herederos abintestato en grado preferente del reservista sean reservatarios no nos ofrece duda la exactitud de la solución que hemos anticipado. Con un criterio interpretativo finalista no creemos que pueda alcanzarse otro resultado.

Desearíamos al llegar a este punto que nuestros lectores volvieran atrás, a la primera parte de este trabajo, y releyeran lo que allí razonamos al estudiar el encaje del *ius singulare*, representado por la norma del 811, en el derecho común de sucesiones (787). Allí concluimos nuestro examen sentando como premisa mayor que: «La interpretación restrictiva del 811, según su *ratio*, aconseja la menor desviación posible desde el reservista, respecto de la que impone su finalidad diferente a la del derecho común». Nuestra premisa menor se apoyaba en la evidencia de que la des-

(788) I, § 2.º, núm. 15, págs. 37 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 361 y sigs.

viación, producida por la limitación de la reserva, será menor sin recurrir a las reglas sucesorias generales enfocadas desde el descendiente, ni por lo tanto a las de su sucesión *ab intestato*, cuando la *ratio* de la reserva lineal quede cumplida, aplicando, en todo o en la parte compatible con la reserva, las reglas correspondientes a la sucesión testada o intestada del reservista.

Aplicar en todo caso como regla general la sucesión *ab intestato* del descendiente, «sería tanto como interpretar e integrar extensivamente el artículo 811 sin examinar antes si otras normas lo imponen así». Entre dos resultados, posibles conforme a la letra y el fin del artículo 811, si uno de ellos coincide con aquel que de no haber existido la reserva se hubiese logrado con la sola aplicación del derecho común, ese es el que debe adoptarse».

Por todo ello, si dejando discurrir su curso a la sucesión intestada del reservista, en todo o en la parte compatible con la reserva, queda cumplida la *ratio* del artículo 811 del Código civil—que únicamente trata de evitar que los bienes salgan de la línea familiar por la que llegaron al descendiente, pero nada más—, no habrá por qué acudir a la sucesión intestada del descendiente ni a otra regla especial alguna.

Ahora bien, igualmente es indudable que la sucesión intestada del ascendiente sujeto a la reserva lineal debe hallarse limitada por las reglas del artículo 811, de modo tal que los bienes reservables no puedan ir a parar a personas que no sean parientes dentro del tercer grado del descendiente de quien los hubo el reservista y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

En caso de concurrir las circunstancias de darse la reserva y de que algunos de los llamados en primer término por las reglas de la sucesión intestada del reservista ostenten, a la vez, la posición de reservatarios y otros no reúnan los requisitos exigidos para ello en el artículo 811, el cauce de esa sucesión *ab intestato* sufrirá la obturación de los canales que llevarían bienes reservables a aquellos que no sean legalmente reservatarios, de modo que el curso de estos bienes sólo continuará por los otros canales de dicha sucesión legal que los conduzcan a personas que, a la vez, reúnan ambas condiciones, de heredero abintestato de grado preferente y de reservatario.

Ese criterio es el que para la reserva clásica se deduce del artículo 973, § 1.º del Código civil, al ordenar que de no haber ejercitado, en todo o en parte, el binubo su facultad de mejorar, «los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en la línea descendente» (789). Y, por lo tanto,

(789) II, §. 2.º, núm. 8, 8.º, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 688. En la nota III observamos que se trata de un supuesto de sucesión intestada *ex parte*.

dada la *identidad funcional* entre ambas reservas (790) y la *exacta igualdad posicional de los hijos comunes de los dos ascendientes en una y otra reserva* (791), debemos concluir que ese mismo resultado debe trasladarse indefectiblemente a la reserva lineal—tanto si los bienes heredados del descendiente procediesen de otro ascendiente como si los hubiese habido de un hermano, pues el artículo 973, § 1.º se refiere tanto a la hipótesis del artículo 968 como a la del 969, si al fallecer el reservista quedan hijos comunes de ambos descendientes y, además, otros descendientes del reservista no comunes al otro ascendiente.

En los demás casos en que, a falta de descendientes del reservista, ocupen otros reservatarios el primer lugar en la sucesión abintestato del mismo, se llega a igual resultado—aun sin dicho refuerzo integrador del artículo 973, § 1.º C. c.—meramente por aplicación de las reglas comunes de la sucesión intestada del reservista en conjunción con el *ius singulare* del 811, de aplicación restrictiva en cuanto su *ratio* quede cumplida.

II. En cambio, en la hipótesis de que ni el *único llamado ni ninguno de los varios llamados en lugar preferente a la sucesión intestada del reservista sea reservatario, pero sí lo sea alguno de los llamados en segundo término*, la solución no parece tan clara.

La diferencia entre este supuesto y el anterior es patente. En aquel caso, alguno o algunos de los que efectivamente serían *pro parte* herederos abintestato si la reserva no se diera, al jugar ésta reciben íntegramente los bienes reservados en virtud de la exclusión, por razón de dicha reserva, de los demás herederos abintestato. En cambio, en el caso que ahora examinamos ninguno de los llamados abintestato en primer lugar y de modo efectivo están legitimados para obtener como reservatarios los bienes reservables y son otros, llamados en grado más remoto y, por lo tanto, sin efectividad por las reglas comunes al concurrir con aquéllos, los que podrían recibir los bienes reservables en dicha calidad de reservatarios. En aquel caso, hay un especial acrecimiento de los bienes que en virtud de la reserva no pueden recibir los demás coherederos abintestato, que opera a favor de los que ostenten ambas cualidades. En el que ahora analizamos, habría un supuesto moderno de *successio graduum et ordinum* o *delación o vocación sucesiva* (792) y, por lo tanto, una total alteración del primer grado sucesorio intestado del reservista.

Seguimos pensando igualmente que para resolver esa duda se debe partir del principio fundamental—demostrado al comienzo de este trabajo—de que *el fin de la reserva es solamente evitar*

(790) Ver *Interpretación, localización sistemática e integración de...*, loc. cit., págs. 392 y sigs.

(791) *Interpretación, integración e...*, «Rev. Der. Priv.», XLII, pág. 397.

(792) Respecto los conceptos pretorio y justinianeo de la *successio graduum et ordinum*, que Winckelmann llama *vocación sucesiva*, puede consultarse a ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., cap. VIII, págs. 284 y sigs.

que los bienes reservables salgan de la línea de su procedencia y que, cumplido ese fin, su condición de «ius singulare» de aplicación restrictiva, en cuanto no afecte a su «ratio», aconseja que se produzca la mínima desviación del resultado que, conforme al derecho común de sucesiones, produciría la sucesión—intestada en este caso—del reservista.

Mas, nuestra posición realista nos aconseja, antes de decidir el resultado, detenernos en el análisis de todas y cada una de las posibles hipótesis de concurrencia de la condición de reservatario en personas llamadas en segundo o ulterior grado a la sucesión intestada del reservista. Creemos que la posibilidad de esta concurrencia se agota en los siguientes supuestos:

a) Cuando el reservista tenga descendientes no comunes al otro ascendiente y ajenos a la línea de procedencia de los bienes, o bien si le sobrevive algún ascendiente, y entre los reservatarios figura algún medio hermano del reservista, consanguíneo o uterino, que a la vez sea medio hermano del otro ascendiente, inversamente uterino o consanguíneo, perteneciente a la línea de procedencia de los bienes (793).

Para esa hipótesis, plantearemos el supuesto extremo: vive un hijo de un primer matrimonio del reservista, que es de línea diferente a la de procedencia de los bienes, y que es su heredero abintestato; viven otros medio hermanos del descendiente, hijos del primer matrimonio de su madre, que son los parientes más próximos de éste, pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, es decir, son los reservatarios de grado más próximo, y vive también un hermano consanguíneo del reservista y que era a la vez hermano uterino del otro ascendiente del que procedían los bienes, es decir, tío del descendiente y pariente de éste de tercer grado y perteneciente a la línea de procedencia de los bie-

(793) Supongamos un matrimonio de dos viudos con hijos tanto del matrimonio anterior de él como del anterior matrimonio de ella y que, a su vez, de su unión tienen hijos comunes. Un hijo del primer matrimonio de él, A, se casa con una hija del primer matrimonio de ella, B, tienen un solo hijo, que hereda a su madre, la susodicha B, que es la primera en fallecer, muriendo poco después el vástago al que hereda abintestato su padre A. Este queda sujeto a la reserva del artículo 811. Los bienes habían llegado a B a través de su madre, que como se ha dicho de su segundo matrimonio con el padre de A había dejado hijos, que eran por lo tanto, medio hermanos uterinos de B y consanguíneos de A. Estos hermanos consanguíneos de A podían ser, a la vez, los efectivos y únicos herederos abintestato de éste y los únicos reservatarios de no tener el vástago de A y B otros parientes comprendidos en el tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes reservados. Pero puede ocurrir que haya otros herederos abintestato de A de orden preferente, v. gr., hijos de otro matrimonio del mismo, o su abuelo materno, o bien de igual rango, en caso de que con los medio hermanos del reservista concurren otros de doble vínculo ajenos por tanto a la línea de procedencia de los bienes. Y puede suceder que existan otros reservatarios, sea de igual grado—hermanos de doble vínculo de su madre—o de grado más próximo, v. gr., en

nes, y, por ende, a la vez reservatario de tercer grado y llamado abintestato en segundo o tercer término, es decir, detrás del hijo del primer matrimonio del reservista de línea diferente de los bienes, o detrás de éste y del abuelo del reservista. ¿Quién debe ser preferido en la atribución de los bienes reservables: el hijo del primer matrimonio del reservista (hermano del descendiente, pero ajeno a la línea de procedencia de los bienes), el medio hermano de éste (tío del descendiente perteneciente a la línea de procedencia de los bienes) o el medio hermano del descendiente perteneciente a la línea de procedencia los bienes?

b) *Cuando el reservista tenga también descendientes no comunes al otro ascendiente y ajenos a la línea de procedencia de los bienes o bien si le sobrevive algún ascendiente, y entre los reservatarios figura un tío suyo que a la vez fuera su suegro por ser el padre del otro ascendiente de quien procedían los bienes y, por tanto, abuelo del descendiente, y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, sea por haberlos donado él mismo al otro ascendiente o por haberlos recibido éste directamente del abuelo padre de aquél (794).*

Situados también ante el supuesto extremo de concurrir, al fallecer el reservista, hijos de éste de un anterior matrimonio, hijos de un primer matrimonio del otro ascendiente premuerto, es decir, medio hermanos uterinos unos y consanguíneos otros del descendiente y el abuelo de éste, padre del ascendiente, premuerto y tío del reservista, ¿debe ser preferido ese abuelo o bien los hermanos consanguíneos o los uterinos del descendiente?

c) *Cuando el reservista tenga también descendientes no comunes al otro ascendiente y ajenos a la línea de procedencia de los bienes, o bien si le sobrevive algún ascendiente, y entre los reservatarios hay sobrinos que sean hijos del primer matrimonio del otro ascendiente con un hermano del propio reservista, y, por*

el caso de que B también hubiese estado casado antes de su matrimonio con A y hubiese dejado descendencia de esta primera unión.

(794) Supongamos un matrimonio entre dos primos hermanos, A y B, que tienen un hijo. Fallece A, le hereda el hijo y muere éste poco después heredándole abintestato B. El tío y suegro de éste, padre de A, puede ser el único heredero abintestato del mismo B y el único reservatario, por ser el solo pariente dentro del tercer grado de su nieto—el hijo fallecido del reservista—perteneciente a la línea de procedencia de los bienes (sea que el mismo los hubiese donado antes al finado A o que éste los heredare directamente de su abuelo paterno). Pero podría ocurrir que B tuviera otros herederos abintestato, concurrentes en grado con el padre de A—verbigracia, otros tíos no pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes—, o bien preferentes en orden o grado—v. gr., hermanos, ascendientes o hijos de otro matrimonio, anterior y posterior—, y también podría ocurrir que hubiera otros parientes dentro del tercer grado del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes—v. gr., medio hermanos de éste que sean hijos de un anterior matrimonio de A.

lo tanto, medio hermanos del descendiente por la línea de procedencia de los bienes (795).

Planteadó igualmente el supuesto extremo de concurrir estos sobrinos, medio hermanos del descendiente, con hijos de otro matrimonio del reservista, también medio hermano del descendiente aunque inversamente uterinos o consanguíneos, y con el abuelo del propio descendiente de la línea de procedencia de los bienes, ¿cuál de ellos debe ser preferido para adquirir los bienes reservables?

d) Cuando el reservista asimismo tenga descendientes no comunes al otro ascendiente, o bien sea sobrevivido por algún ascendiente, y entre los reservatarios exista un tío del descendiente perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, por ser hermano del otro ascendiente de cuyo padre había éste a su vez habido los bienes, y que por ser primo hermano por línea materna del reservista podría haber sido a falta de otros parientes más próximos heredero abintestato suyo (796).

Examinado igualmente el supuesto extremo y enfrentados los hijos del reservista que sean medio hermanos del descendiente heredado por aquél, con los demás medio hermanos del descendiente inversamente uterinos o consanguíneos de la línea del otro as-

(795) Se trata del supuesto inverso a los examinados en las Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 1 de julio de 1955. Supongamos que A se casa con B, viuda de un hermano de él y tienen un solo hijo que hereda a B y al que a su vez sucede A abintestato y sometido a la reserva del artículo 811. Al fallecer, éste pudo dejar como único y universal heredero abintestato a un sobrino suyo, hijo de su premuerto hermano y del primer matrimonio de su esposa, y por ende hermano uterino del hijo común heredado, que pudiera ser el único pariente de éste que reuniese el doble requisito exigido en el artículo 811 para ser reservatario. Pero podría ocurrir que A tuviera hijos de otro matrimonio o que viviese algún ascendiente suyo, cualquiera de los cuales le heredaría abintestato con preferencia a aquel sobrino. Y, también, pudiera ocurrir que viviesen otros parientes de igual grado del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes (v. gr., el abuelo materno a quien habían pertenecido los mismos bienes reservados por él donados a la premuerta B, o de cuyo padre, abuelo de B, ésta los heredó directamente).

(796) Supongamos otro caso de matrimonio entre primos hermanos, A y B, con un solo hijo, que hereda a A y al que B, a su vez, sucede abintestato. Pudo ocurrir que al fallecer el reservista lineal B, deje como único heredero abintestato a un primo hermano, y cuñado suyo por ser hermano del finado A, que podría ser el único reservatario de su sobrino, el descendiente de A y B, por no tener ese vástago otro pariente dentro del tercer grado que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes. Pero pudiera ocurrir que A tuviese herederos abintestato preferentes, hijos de otro matrimonio, o un ascendiente suyo ajeno a la línea de procedencia de los bienes, o bien algún hermano o sobrino. Y, asimismo, sería posible que existieran otros reservatarios, además de ese tío, v. gr., hermanos, hijos de un matrimonio anterior de A, e incluso sobrinos, hijos de algunos de esos hermanos que hubiera premuerto, o bien el abuelo, padre de A, de quien éste recibió los bienes reservados o de cuyo padre, abuelo de A, directamente los recibió éste.

cediente del que procedían los bienes, o bien con el abuelo del descendiente perteneciente a la línea por la que procedían los bienes, y con ese tío del descendiente, hermano del ascendiente de quien procedían los bienes y primo hermano del reservista. ¿a quién ha de estimarse preferente y con respecto a los bienes reservables?

e) Y, finalmente, *cuando el reservista, con hijos no comunes al otro ascendiente o sobrevivido por algún ascendiente, fuere también sobrevivido por su cónyuge, el cual ostentase la condición de reservatario por ser padre del descendiente de quien él y el reservista heredaron por mitad bienes que éste había heredado de su abuelo o abuela, padre o madre de su padre o madre superviviente.*

El supuesto extremo enfrentará hijos de un matrimonio anterior del reservista, que serán medio hermanos del descendiente, con el cónyuge viudo del reservista, que será padre o madre del descendiente, y unos hijos de un anterior matrimonio de ese cónyuge viudo, también medio hermanos del descendiente. De los expuestos, este último supuesto parece ser de más fácil solución, pues el cónyuge superviviente es a la vez ascendiente de primer grado del descendiente del 811 y descendiente de primer grado del ascendiente de quien procedían los bienes, y entre los reservatarios es el único llamado a la sucesión intestada del reservista, aunque sea con posterioridad a los hijos de éste que no ostenten la cualidad de reservatarios.

De los cuatro primeros supuestos posibles, debemos comenzar eliminando alguna hipótesis del segundo, por estimar que no habría reserva, en caso de pertenecer el ascendiente fallecido en último lugar a la línea de procedencia de los bienes en cuestión (797), lo que ocurriría si los bienes procediesen mediata o inmediatamente del abuelo común de ambos ascendientes.

Hecha esta exclusión, hemos de observar que según se miren estos supuestos, enfocándolos desde uno u otro de los personajes protagonistas de la reserva lineal, la solución se verá diferente y paradójicamente siempre clara en el sentido en que sea enfocada. Así, para quienes la reserva consiste en borrar al reservista una vez haya fallecido y volver a abrir entonces una segunda sucesión del descendiente, en nueva delación de su herencia o de parte de ella, resultará claro que sólo se debe atender al mayor parentesco con éste de las personas pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes y prescindir de la relación familiar o sucesoria legal de cualquiera de ellas con el reservista. En cambio, partiendo de que la reserva limita la titularidad del reservista sólo en la medida exigida por su *ratio*, resultará que debe buscarse quien ostenta

(797) Ver I, § 5, núms. 30 y sigs., págs. 106 y sigs. y AN. DER. CIV. X-III, págs. 731 y sigs.

el más próximo parentesco con éste entre los llamados a su sucesión abintestato que a la vez reúnan, con relación al descendiente, los requisitos de línea y proximidad de grado exigidos por el artículo 811. La lógica finalista, que seguimos como pauta, aconseja esta última solución; pero, como la lógica no nos garantiza la justicia y el absurdo jurídico no es lo ilógico sino lo injusto (798), preferimos analizar casuísticamente los cuatro supuestos para confrontar la solución a que nuestro razonamiento nos lleva con la realidad vital concreta de cada uno de ellos.

Notemos, ante todo, que en los casos segundo y tercero (*b* y *c*) se produce la clásica concurrencia de hermanos con abuelos del descendiente, pertenecientes unos y otros a la línea de procedencia de los bienes, pero con las variantes siguientes: tratarse de medio hermanos; existir otros medio hermanos no pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, pero hijos del reservista, y concurrir—inversamente en uno y otro supuesto—la condición de llamado, en grado ulterior, a la herencia del reservista: en el abuelo (tío del reservista en el supuesto *b*) y en el medio hermano, hijo del otro ascendiente (sobrino del reservista en el supuesto *c*).

Esa triple concurrencia hubiese sido resuelta por Gayoso Arias (799) a favor de los medio hermanos ajenos a la línea de procedencia de los bienes, fundándose en el hecho de ser a la vez hermanos del descendiente e hijos del ascendiente obligado a reservar. Pero, precisamente, esa solución la hemos tenido que descartar (800) para cualquier supuesto de reserva lineal, por exigirlo claramente así la misma *ratio* determinante de la creación del artículo 811. Por ello, queda eliminada una de las tres posibilidades y simplificados los problemas a resolver. Hay que elegir entre abuelos y medio hermanos de la línea de procedencia de los bienes, que no son, respectivamente, padres ni hijos del reservista. De la concurrencia genérica entre abuelos y medio hermanos del descendiente nos ocuparemos después al tratar de la incompatibilidad total de la sucesión del reservista con la reserva. Pero, en esas dos hipótesis que ahora contemplamos se interfiere una circunstancia de signo diferente en cada caso: en el *b*), el abuelo es tío del reservista fallecido abintestato, y en el *c*), el medio hermano es sobrino del mismo reservista. ¿Pueden esas circunstancias resolver la cuestión, en cada caso, a favor de quienes estén en esa situación de llamados en segundo o tercer lugar a la sucesión intestada del reservista?

(798) Ver BIONDO BIONDI, *La Ciencia del Derecho como Arte de lo justo*, en «Anales Ac. Matr. del Not.», T. IX, pág. 350. «El absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto».

(799) GAYOSO ARIAS, en «Rev. Der. Priv.», vol. I, pág. 260, párrafo penúltimo.

(800) Ver I, § 1, núm. 5, págs. 10 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 343 y sigs.

Para nosotros no se trata de decidir en un sentido dado una posición equilibrada, sino de resolver de qué modo se cumple el objeto de la reserva provocando la menor limitación de las reglas comunes de la sucesión del reservista y sin producir un resultado jurídicamente absurdo. Bajo este punto de vista, podemos decidir: que la alteración en el derecho sucesorio abintestato—común o normal—del reservista que produciría la aplicación de la *successio graduum et ordinum*, indudablemente es menor que la que produciría la reversión en favor de un reservatario consanguíneamente extraño al reservista, y que el resultado obtenido no tiene el menor atisbo de absurdidad jurídica. La *successio graduum et ordinum*, que se da en la sucesión intestada en caso de incapacidad, indignidad o repudiación de todos o del único llamado en un grado u orden determinados, cabe aplicarla lógicamente asimismo cuando todos, o el único, llamados en preferente grado u orden sean ajenos a la línea favorecida por la reserva y, en cambio, resulte que se halle en ella en grado de reservatario alguno de los llamados abintestato a la herencia del reservista en grado u orden subsiguientes a los excluidos por la limitación de la reserva. En el resultado obtenido no vemos absurdo alguno, la reserva limita la sucesión intestada del reservista y ambas se conjugan y armonizan.

Resueltos los casos *b)* y *c)*, vamos a ocuparnos de los supuestos *a)* y *d)*. En ambos también nos encontramos con dos grupos de medio hermanos del descendiente y con un tío de éste. O bien, a falta de hermanos, podemos hallar dos abuelos, uno de la línea de los bienes y otro de la del reservista (su padre o su madre), contrapuestos al referido tío del descendiente. A primera vista parece que éste debe ser el primer eliminado en cualquier caso. Pero, examinando con detenimiento la cuestión, vemos: Que ese tío del descendiente (medio hermano o primo del reservista) excluirá siempre por razón de la reserva a los medio hermanos del descendiente que no sean de la línea de procedencia de los bienes (801). Y, que desde el ángulo de la sucesión del reservista—quien, testamentariamente, como vimos en el epígrafe inmediato anterior, pudo haber dispuesto, sin contravención de la reserva, de los bienes sujetos a esa limitación a favor de cualquiera de los reservatarios—, vemos que, *ab intestato*, su hermano o su primo son posibles herederos suyos, mientras que jamás lo son, según las reglas de la sucesión intestada, ni sus hijastros, ni sus suegros.

Se nos preguntará por qué enfocamos el problema desde el ángulo del reservista al enfrentar a los reservatarios entre sí y desde el ángulo de la reserva al enfrentar también entre sí a los herederos abintestato de aquél, y se nos dirá que nuestra posición parece paradójica. Pero replicaremos: que precisamente aplican-

(801) En contra sólo tenemos las opiniones de GAYOSO ARIAS y TOMÁS ALBI (*loc. cit.*), que hemos rechazado (I, § 1, núm. 5, *loc. cit.*).

do la limitación de la reserva (no olvidemos su carácter de limitación) deben ser eliminados de la sucesión del reservista respecto los bienes reservables quienes no sean reservatarios, y que, tratando de dirimir la concurrencia de reservatarios, mientras se cumpla la reserva (que sólo trata de impedir el cambio de línea de los bienes por la sucesión del reservista) (802), debe aplicarse la solución que menos altere las reglas comunes de derecho sucesorio reguladoras de la sucesión del reservista (803).

Y si se nos dice que es absurdo, por injusto, que en virtud de la reserva un medio hermano o un ascendiente de la línea de procedencia de los bienes sea pospuesto a un tío del descendiente, replicaremos que esto no es así, sino que lo que ocurre en virtud de la reserva es que dicho tío (hermano uterino o consanguíneo o primo hermano del reservista) a quienes excluye es a los medio hermanos o a los ascendientes que no sean de la línea de procedencia de los bienes (produciéndose la *successio graduum et ordinum* en la sucesión intestada del reservista en beneficio de aquéllos de sus sucesores que sean a la vez reservatarios), y que si eso es injusto debe cargarse en el debe de la norma del 811. En cambio, la no entrada en sucesión (más propiamente que exclusión) de los medio hermanos o los abuelos del descendiente que sean extraños consanguíneamente al reservista, y la entrada en ella del tío del mismo descendiente, se produce al aplicar las reglas de la sucesión intestada del reservista con toda lógica, porque, respecto a éste—titular sólo limitado por la reserva—, ese tío del descendiente es un medio hermano o un primo hermano, mientras los hijastros y los suegros le son consanguíneamente extraños y no están llamados por la ley a su sucesión.

35. *Reglas para los supuestos de compatibilidad parcial armonizable de la sucesión intestada del ascendiente sujeto a la reserva con las limitaciones que ésta impone (normas sucesorias y reglas particionales).*

Acabamos de ver que la sucesión intestada del reservista puede ser parcialmente compatible con la reserva en un doble sentido:

a) En los supuestos en que algunos de los llamados en primer lugar a la sucesión intestada del reservista reúnan la condición de reservatarios y otros no la ostenten, por lo cual a éstos no puedan serles atribuidos bienes que sean reservables.

b) En los casos en que ninguno de los llamados en primer lugar a la sucesión intestada del reservista pueda recibir los bienes reservables, pero sean reservatarios algunos de los llamados en

(802) Ver I, § 1, núm. 6, págs. 23 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 347 y sigs.

(803) Ver I, § 2, núm. 15, págs. 37 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 361 y sigs.

segundo o ulterior lugar, a favor de los cuales la limitación de la sucesión intestada del reservista por la reserva, da lugar a una *successio graduum et ordinum* parcial referida exclusivamente a los bienes reservables.

En ambos casos puede ocurrir que todos los bienes integrantes de la herencia del reservista estén afectados por la limitación de la reserva, pero también es posible que el reservista deje otros bienes no sometidos a dicha reserva.

I. Si la totalidad de los bienes relictos por el reservista están sujetos a la reserva, tendrá lugar: En el supuesto *a*), un acrecimiento de hecho en beneficio de los herederos abintestato del reservista que a la vez sean reservatarios, que adquirirán las participaciones que hubiesen correspondido a los demás coherederos no reservatarios si la reserva no los hubiera excluido de la adquisición efectiva de los bienes reservables. Y en el caso *b*), la reserva excluirá a los primeramente llamados *abintestato* y, por el juego de una *successio graduum et ordinum*, se producirá la atribución del haber reservable a todos o a algunos de los que inicialmente estaban llamados en grado u orden más remoto. Podrán jugar a la vez la *successio graduum et ordinum* y aquel acrecimiento cuando sólo alguno o algunos de los llamados abintestato en segundo o en cualquiera de los grados u órdenes ulteriores reúnan la condición de reservatarios, mientras que otros llamados conjuntamente con ellos en el mismo orden y grado no la reúnan.

II. Pero la cuestión resultará más complicada en los supuestos, probablemente más frecuentes, en que el caudal relicto por el reservista comprenda bienes afectados por la reserva y otros libres de toda limitación por razón de la misma. Entonces habrá lugar a un nuevo problema, consistente en determinar si los bienes reservables deben atribuirse *extra* o *intra* cuota de los reservatarios. Es decir: ya sea de tal modo que éstos, además de recibirlos con exclusión de los otros coherederos, participen con los otros coherederos no reservatarios, a prorrata de la cuota de su respectivo llamamiento hereditario, en la atribución y reparto de los bienes no reservables; o bien entendiendo que los bienes reservables habrán de imputarse preferentemente a la cuota parte correspondiente a los coherederos que además sean reservatarios en la herencia total del reservista, calculada sumando los bienes no reservables y los efectivamente reservados a efectos de la evaluación del importe de todas y cada una de las cuotas ideales intestadas de cada coheredero.

Esta cuestión se plantea también en la reserva viudal si el viudo deja hijos de varios matrimonios. Para esta hipótesis, hemos expuesto antes cómo se calcula la legítima, la mejora y la parte libremente disponible a favor de unos y otros descendientes. A saber: sumando los bienes reservables para determinar las de los hijos comunes y sin contarlos para evaluar las de los demás. Pero esta solución no prejuzga la cuestión que ahora tratamos, y

tan sólo nos señala los mínimos que por legítima corta e individual y larga y colectiva corresponden a unos y otros y, por lo tanto, los límites que no se pueden desbordar cualquiera que sea la solución del supuesto ahora tratado.

El bínubo tiene dos topes que no puede rebasar si quiere disponer testamentariamente a favor de sus hijos de otro matrimonio: 1.º El integrado por la masa que forman los bienes reservables. 2.º El representado por la suma de las legítimas individuales de los demás hijos no comunes, más las legítimas individuales de todos y cada uno de los hijos comunes, más la diferencia existente entre el tercio de mejora calculado sin contar los bienes reservables (como sustraendo) y el mismo tercio calculado sumando dichos bienes al haber hereditario (como minuendo). El montante del tercio de mejora calculado sin computar los bienes reservables, puede ser atribuído a cualquier descendiente, común o no común. En cambio, el mayor valor representado por el tercio computado sumando al haber lo reservable el valor de los bienes reservables, será legítima larga de los hijos comunes y no lo será para los descendientes no comunes y, por lo tanto, solo la descendencia común podrá ser mejorada con dicha diferencia.

Si el bínubo no ha dispuesto *mortis causa* de su herencia y, por ende, fallece abintestato, es evidente que ambos topes existirán asimismo. Pero, ¿cómo se repartirán los bienes no reservados, tanto en este caso como en el supuesto de que el reservista haya atribuído testamentariamente su herencia sin separar los bienes reservables de los que no lo sean?

La masa formada por los bienes reservados, será heredada con exclusividad, según dice el artículo 973, § 1.º del Código civil, por los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio «conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente». Eso es indudable; pero, ¿cómo deberán distribuirse los bienes no reservados? Cabe sostener que, con exclusión de los bienes reservables, los otros se atribuirán conforme disponen los artículos 932, 933 y 934 del Código civil, es decir, a los hijos por cabezas, sin distinguir de qué matrimonio han sido procreados, y a los nietos y demás descendientes por estirpes. Mas, también es defendible que la atribución, conforme los artículos 932, 933 y 934 del Código civil, debe comprender idealmente todos los bienes, reservables o no, de modo que aquéllos integrarán la masa de cálculo inicial de la cuota de todos los herederos aunque no sean descendientes comunes, pero sólo podrán integrar la masa de extracción de las cuotas de quienes lo sean. De ese modo, resultará que aquellas cuotas ideales inicialmente calculadas para los hijos comunes, deberán ser incrementadas (y, consecuentemente, reducidas las de los otros) hasta llegar al montante mínimo exigido por los dos topes antes referidos, cuando sin la corrección obtenida con su aplicación no lo alcanzaren.

Un ejemplo aclarará la cuestión:

Fallece el binubo X y deja dos hijos comunes, A y B, y dos de su segundo matrimonio, M y N. Su herencia suma 120.000 de los cuales 90.000 son reservables y 30.000 no lo son. La facultad de disponer *mortis causa* de X sufre los siguientes límites: 1.º) Por la reserva: 90.000, valor de los bienes reservados, de los que no puede disponer a favor de personas que no sean descendientes del primer matrimonio. 2.º) Por las legítimas individuales, que importan: 2.500 las de cada hijo de sus nuevas nupcias (804) y 17.500 las de cada uno de los hijos comunes (805): es decir, en total, 40.000 ($= 120.000 : 3$). Estos límites deben aplicarse naturalmente a la sucesión intestada y, sobre estas bases, tendremos en ésta que:

Si se aplica el primer criterio: herencia intestada de hijos del segundo matrimonio = $\frac{30.000 \text{ (no reservables)}}{4} = 7.500$, y herencia intestada de cada hijo común = $\frac{90.000 \text{ (reservables)}}{4} + \frac{30.000 \text{ (no reservables)}}{4} = 52.500$.

Si es aplicado el segundo criterio tendremos: distribución inicial para cualquiera de los cuatro hijos $\frac{120.000}{4} = 30.000$. Pero como los hijos del ulterior matrimonio no pueden recibir bienes reservables y resulta que $30.000 \times 2 = 60.000 > 30.000$, habrá que reducir el exceso de $(60.000 - 30.000) = 30.000$; por lo tanto, la reducción para cada hijo común será $\frac{30.000}{2} = 15.000$, y, por consiguiente, $30.000 - 15.000 = 15.000$ será el haber intestado de cada uno de los hijos del segundo matrimonio. Y será $30.000 (= 120.000 : 4) + 15.000$ (reducción de 30.000, aplicada a los no reservatarios, dividida por el número de reservatarios, o sea, $\frac{30.000}{2}$) = 45.000, el valor del haber intestado de cada uno de los hijos comunes.

Ese segundo criterio cumple sin duda perfectamente la finali-

$$\begin{array}{r} \frac{30.000 : 3}{(804)} = 2.500 \\ + \\ \frac{(120.000 : 3) - (2.500 \times 2)}{(805)} = 17.500 \end{array}$$

dad de la reserva y respeta las legítimas de todos los hijos. Pero, además, limita y excepciona en menor escala las normas comunes exceptuadas por la reserva. Esta razón, dado el sentido restrictivo que, una vez cumplida su *ratio*, debe emplearse al interpretar las reservas, por razón de su carácter de derecho singular que éstas tienen, nos inclina por estimar que corresponde a la solución correcta.

Por igual razón, *mutatis mutandi*, estimamos que ese mismo criterio, dado para la reserva binupcial, debe aplicarse para solucionar las hipótesis de compatibilidad parcial entre la sucesión intestada del reservista y las normas de la reserva lineal del artículo 811, cuando al fallecer el reservista deje bienes reservables y otros que no lo sean.

Como resumen, del estudio desarrollado en el presente epígrafe, creemos que deben establecerse las siguientes conclusiones:

1.ª La sucesión intestada del reservista se halla limitada por la reserva, pero solamente en cuanto la estricta *ratio* de ésta lo exija.

2.ª Por consiguiente, ningún bien afectado por la reserva puede corresponder a persona que no reúna la condición de reservatario.

3.ª La determinación del reservatario preferente, entre los que reúnan los requisitos exigidos para serlo en el artículo 811 del Código civil, debe verificarse—cumplida su *ratio* de que los bienes no salgan de la línea y grado exigidos—respetando, a ser posible, la preferencia que entre ellos resulte de las reglas de la sucesión intestada del reservista para producir así la menor desviación posible en las reglas comunes de la sucesión de éste.

4.ª Los llamamientos legales *ab intestato* sufren por la restricción de la reserva una particular *accretio*, a favor de los coherederos intestados que sean reservatarios y concurren con otros que no lo sean, y una especial *successio graduum et ordinum*, en beneficio de los llamados *ab intestato* en ulterior orden o grado que sean reservatarios, cuando no lo sean los llamados en orden y grado preferentes a dicha sucesión intestada del reservista.

5.ª La proporción en que debe distribuirse el caudal relicto por el reservista, incluidos los bienes sujetos a la reserva, ha de ser la más aproximada posible a la dispuesta para la sucesión intestada del mismo. Con dos limitaciones: la expresada en la conclusión 2.ª y las derivadas de las legítimas tanto de quienes sean reservatarios como de los demás herederos del reservista que no reúnan dicha cualidad.

6.ª El cálculo de las legítimas—larga y corta—de estos últimos deberá hacerse sin computar los bienes reservados; el cálculo de las correspondientes a aquellos legitimarios del reservista que, además, sean reservatarios, deberá hacerse computando también los bienes reservados, y del tercio o los dos tercios del haber total deberán restarse, respectivamente, las legítimas corta y larga.

de quienes no sean reservatarios, a fin de aplicar el resto a los legitimarios que sean reservatarios, distribuyendo *per capita* entre éstos la parte asignada a sus legítimas cortas.

7.^a Con estos antecedentes, las operaciones sucesorias del caudal relicto por el reservista fallecido *ab intestato*, cuando comprenda bienes reservables y otros que no se hallen afectos a la reserva, deberán verificarse en la siguiente forma:

A) En caso de que ninguno de los llamados en primer orden y grado a la sucesión intestada sea reservatario, pero lo sean alguno o algunos de los llamados subsidiariamente en ulterior orden o grado (806), la operación será sencilla: *a*) Se adjudicarán todos los bienes no afectados por la reserva a los herederos abintestato preferentes legalmente en orden y grado; y *b*) Los bienes reservables se adjudicarán a aquellos reservatarios llamados abintestato a la herencia del reservista con posterioridad a aquellos herederos de orden y grado preferente no reservatarios, produciéndose esa anteposición en virtud de una específica *successio graduum et ordinum* concretada a los bienes reservables, respecto de los cuales estos herederos excluirán en virtud de una particular *accretio* a los demás llamados en igualdad de orden y grado que no sean reservatarios.

B) Si entre los llamados efectivamente en primer término a la sucesión intestada del reservista unos fueran reservatarios y otros no lo sean (807), se opera en la siguiente forma: *a*) Se determinará provisoriamente la distribución del caudal según las reglas de la sucesión intestada del reservista (808). *b*) Se imputarán los bienes reservables a los herederos abintestato que a la vez sean reservatarios, aplicados en la cuenta de su respectiva cuota abintestato hasta el montante de ésta (809). *c*) Se rectificará este resultado en cuanto lo exija el respeto a las legítimas más amplias de los legitimarios que sean reservatarios, reduciendo la cuota de los

(806) V. gr.: Son herederos abintestato del reservista sus hijos de un primer matrimonio de línea diferente de la de los bienes, M y N. Pero en orden y grado intestado ulterior figuran sus sobrinos X e Y, hermanos uterinos del descendiente de quien procedían los bienes, por ser hijos del primer matrimonio de la segunda esposa del reservista con un hermano de éste. De ella había recibido los bienes reservables aquel descendiente heredado por el reservista.

(807) V. gr.: Son herederos intestados los cuatro hijos del reservista: dos, M y N, hijos de su primer matrimonio y ajenos a la línea favorecida por la reserva, y otros dos, A y B, de su segundo matrimonio con el otro ascendiente de quien hubo los bienes reservables el hermano de doble vínculo de A y B, es decir, el premuerto C heredado abintestato por el reservista.

(808) En el ejemplo puesto en la nota inmediata anterior la herencia que vale 120.000, comprende bienes reservables por valor de 90.000 y no reservables que valen 30.000. El primer reparto ideal por las reglas abintestato, atribuiría provisionalmente a cada hijo un valor de 30.000 (120.000 : 4) pendiente de revisión.

(809) De ese modo A y B tendrán asignados a su haber 60.000 en

demás herederos abintestato en cuanto dicho respeto lo requiera (810). *d)* Se verificará aún otra nueva rectificación si aún quedaren bienes reservados fuera de la cuota de los reservatarios, adjudicándolos a éstos por encima de su cuota proporcional y reduciendo consiguientemente de modo proporcional el haber de los demás herederos que no sean reservatarios (811).

§ 7. RESERVA CONSUMADA EN CASO DE INCOMPATIBILIDAD DE LA RESERVA CON LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA DEL RESERVISTA

Hemos examinado hasta aquí: los supuestos de compatibilidad de las disposiciones testamentarias del reservista con su deber de reservar (en el § 5.º); las hipótesis de compatibilidad total o parcial de las disposiciones legales que regulan la sucesión intestada del reservista con respecto a la norma del 811, y el modo de armonizar aquéllas con ésta (en el § 6.º).

Ahora, nos toca estudiar: los supuestos de imposibilidad de armonizar las reglas de la sucesión intestada del reservista con la norma reguladora de la reserva lineal y la contravención de ésta por las disposiciones—testamentarias e *inter vivos*—del reservista.

Pero antes de indagar los remedios adecuados para estas situaciones debemos precisar qué hipótesis dan lugar a su actuación.

Hay incompatibilidad total entre las reglas ordinarias de la sucesión intestada del reservista y la reserva lineal que delimite su sucesión: *cuando ninguno de los llamados, ya sea en orden o grado inmediato o bien en subsidiariamente en lugar no preferente, reúna las condiciones exigidas en el artículo 811 para ser reservatario*. Naturalmente, en esos casos debe buscarse fuera del ámbito de la sucesión intestada del reservista quiénes deben ser los beneficiados por la reserva, legitimados para exigir su cumplimiento.

bienes reservables, a razón de 30.000 cada uno; pero hecha esta operación se observará que entre los 60.000 de valor, correspondientes en conjunto a sus medio hermanos M y N, hay 30.000 que son reservables y, por tanto, no podrán serles adjudicados ni a M ni a N.

(810) En nuestro caso esas legítimas no darán lugar a rectificación alguna, pues la legítima larga de ambos reservatarios suma 60.000 ($= 2/3 \times 120.000 - 2/3 \times 30.000$), o sea 30.000 para cada uno, valor ya cubierto. En realidad, esa operación importantísima cuando se trata de aplicar la reserva a la sucesión testada, del reservista carece de importancia en la intestada, en la cual puede prescindirse de ella por quedar absorbida en la operación siguiente.

(811) Siguiendo nuestro ejemplo, según lo dejamos en la nota 809, tendremos que: debe adjudicarse a A y B un valor de 30.000 más, correspondientes al montante de los demás bienes reservables que no cupieron en su cuota ideal intestada, de modo que cada uno recibirá 30.000 +

Hay incompatibilidad no armonizable entre la reserva y las disposiciones del reservista cuando éstas no hayan respetado las limitaciones impuestas en el artículo 811. Esa incompatibilidad puede ser total o parcial. Pero ésta tampoco es armonizable, si no es a través de los casos que puedan comprenderse en el artículo 982 del Código civil, a diferencia de lo que sucede en la sucesión intestada en la que toda incompatibilidad parcial es armonizada por el juego de la *accretio* o de la *successio graduum et ordinum*.

Esa nota diferencial tiene una clara razón de ser. Tanto el precepto del 811 como las reglas de la sucesión intestada del reservistas son normas legales que necesariamente deben ser conjugadas mediante una interpretación armónica. Y su coordinación da lugar a que resulte suficiente que uno solo de los llamados abintestato—aunque lo sea subsidiariamente en orden o grado ulterior—llene los requisitos del artículo 811 para que esa inicial compatibilidad parcial se transforme definitivamente en plena compatibilidad. De modo que la sucesión intestada de los bienes reservables se concretará en favor de ese único sucesor intestado—sea inmediato o bien inicialmente subsidiario—que ostente la condición de reservatario, o bien de los varios que la reúnan sea en el grado inmediato o bien en el más próximo de los subsidiarios, cuando en aquél falten y en éste existan algunos reservatarios.

En cambio, en la sucesión testada no cabe esa armonización a no ser que el reservista la haya previsto o autorizado, o que quede resuelta a través de la actuación del derecho de acrecer cuando se reúnan los requisitos exigidos en el artículo 982 del Código civil. Por lo tanto, puede haber compatibilidad total o colisión, plena o en parte, pero nunca posibilidad de conjunción armónica, ni siquiera cuando esa colisión sólo sea parcial.

La razón de tal diferencia es clara: En la sucesión intestada de bienes reservados se produce la concurrencia de dos disposiciones legales diferentes que, al reflejarse a la vez en un supuesto concreto deben ser armonizadas, limitando la más especial el alcance de la más general. En cambio, entre las disposiciones otorgadas por el reservista y la norma ordenadora de la reserva, hay una colisión de dos voluntades diferentes, aunque de diverso rango, de las cuales en cuanto tenga carácter imperativo debe prevalecer la legal, resolviendo esa imperatividad la colisión de esas dos voluntades contradictorias en todo o en la parte que lo sean. En su caso, hay, pues, una sola voluntad expresada en dos normas de sentido diverso que deben armonizarse en cuanto sea posible; en el otro hay dos

30.000
 ———— = 45.000, y esos 30.000 deberán restarse a M y N, de modo
 2
 que cada uno de éstos recibirá 30.000 ———— = 15.000.
 2

voluntades diferentes y de imposible armonización en todo o en la parte contradictoria.

Esta colisión entre las disposiciones del reservista y su deber de reservar ha de dar lugar a la reclamación de los reservatarios legitimados para ello. Pero su legitimación deberá buscarse fuera de las disposiciones testamentarias del reservista y fuera, asimismo, de las reglas de su sucesión intestada.

La razón de ello radica: En que los reservatarios llamados testamentariamente sin agotar el caudal reservable han sido implícitamente excluidos por el causante de los bienes no incluidos en la disposición y en la falta de razón legal para entender que por el hecho de haber sido llamados a parte de dichos bienes también pueden reclamar los restantes con prioridad a los otros reservatarios absolutamente omitidos por el testador. Y en que, caso de haber dispuesto el reservista de bienes reservables a favor de personas que no tengan derecho a ellos, ha excluidos de los mismos tanto a los reservatarios que no estén llamados a la sucesión intestada del propio reservista como a aquellos que lo estén en cualquier orden o grado.

Prevedemos varias objeciones a la distinción que acabamos de establecer entre la armonización—que nosotros admitimos—de la reserva y la sucesión intestada del reservista fallecido sin disponer de los bienes reservables—de una parte—y—de otra—la imposibilidad—que reconocemos nosotros—de armonizar las disposiciones del reservista que contravengan la reserva, con las limitaciones de ésta, a través del acrecimiento de los reservatarios llamados aparte de los bienes reservables o mediante las reglas de la sucesión intestada del reservista que pudieran favorecer en lugar preferente o subsidiario a algún reservatario.

En primer lugar se objetará: ¿por qué no aplicamos el acrecimiento de los bienes reservables en beneficio de los llamados testamentariamente que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811 para ser reservatarios y a los cuales el reservista haya asignado una o varias porciones que no cubran totalmente los bienes reservados? En defensa de tal alegación posiblemente se invocarán los artículos 982 y 888 del Código civil.

En segundo lugar se objetará igualmente: ¿por qué la colisión inconciliable entre las disposiciones del reservista y su sujeción a la reserva, no puede resolverse a través de la sucesión intestada del reservista, si entre los llamados inmediata o subsidiariamente a ella existe quien reúna las condiciones exigidas para ser reservatario? A favor de esa tesis tal vez se alegue que, según el artículo 912 del Código civil, la sucesión legítima tiene lugar: 4.º *Cuando el heredero instituido es incapaz de heredar.*

Pero estas dos objeciones parten de la calificación de *incapacidad*, para adquirir o conservar bienes reservables, aplicada a los herederos testamentarios del reservista, a sus legatarios donatarios e incluso a sus adquirentes *inter vivos*, a título oneroso. En

el presente epígrafe, más adelante, discutiremos a fondo esta cuestión. Sin embargo, ya hemos anticipado (812) que el poder jurídico que tiene el reservatario no sucesor del reservista para reclamar los bienes reservables, es un derecho personalísimo para instar la recuperación familiar de los bienes reservables y de naturaleza semejante a los llamados derechos potestativos de adquisición. Siendo así *no habrá incapacidad* del heredero instituido ni del legatario, donatario o adquirente de bienes reservables, sino sólo *sujeción del mismo a sufrir la reivindicación lineal o familiar de tales bienes por determinados parientes legitimados personalmente para exigir su retorno a la línea de la que no debieron salir*. Y, por lo tanto, no hay razón para que, esa legitimación de los que deban ser preferidos para exigirla, sea determinada por unas reglas sucesorias supletorias de la voluntad del reservista cuando éste la haya expresado en sentido diferente.

Esta contestación puede dar lugar a una tercera objeción dirigida al otro flanco de nuestra tesis: Si los llamados testamentariamente no son incapaces para adquirir los bienes reservables, sino que únicamente están sujetos a soportar su reversión o reivindicación lineal, ¿por qué no aplicar la misma doctrina a los llamados abintestato en grado preferente que no sean reservatarios?. ¿por qué no determinar la legitimación activa para reclamarlos por reglas independientes de la aplicación de la *accretio* o de la *successio graduum et ordinum* a los llamamientos intestados a la herencia del reservista? Y, en consecuencia, ¿por qué no admitir que los llamados preferentemente a la sucesión intestada del reservista se hallan sujetos a sufrir dicha reversión de los bienes reservables, si es exigida por los reservatarios legitimados para hacerlo no por su situación subsidiaria en los llamamientos abintestato a la herencia del propio reservista, sino en virtud de la posición que ocupen en la línea familiar de procedencia de los bienes?

Nuestra respuesta es negativa. Los llamamientos testamentarios y las demás disposiciones de bienes reservables incumplen activamente el deber de reservar, como lo infringe pasivamente el reservista que fallece sin cumplirlo cuando ninguno de los llamados principal o subsidiariamente a su herencia tenga la cualidad de reservatario. En cambio, cuando en la sucesión intestada del reservista se barajan con herederos no reservatarios otros llamados conjunta o subsidiariamente que, además, reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811, no hay incumplimiento alguno puesto que las normas legales de la sucesión intestada pueden acomodarse a las exigencias de la reserva lineal, produciendo la menor desviación posible del derecho común de sucesiones. En este caso, admitir la legitimación para reclamar los bienes reservables por razones diferentes de esas especialísimas *accretio* y *successio gra-*

(812) II, § 2, núm. 16, b, ff. en AN. DER. CIV. XI-III, pág. 761.

duum et ordinum en la herencia intestada del reservista, supondría una mayor desviación del derecho común, no exigida por la *ratio* del precepto, que queda cumplido con aquellas menores modificaciones. En el caso de haber dispuesto el reservista en contra de su deber de reservar, en cambio, la desviación del derecho común de sucesiones—determinado en ese supuesto por el no acatamiento de la voluntad, del testador—que se produzca al aplicar, contra tal voluntad, una sucesión intestada en todo o en parte—que no cabe conforme a las reglas comunes habiendo disposiciones del causante—, no sería mayor admitiendo la legitimación para reclamar la reversión de los bienes reservables de unos sujetos determinados por su situación en la línea de procedencia de tales bienes. Por lo tanto, no siendo menor la desviación del derecho común de sucesiones si suplimos la voluntad del testador por normas *ab intestato*, que si aplicamos el derecho a reclamar la reversión de quienes linealmente se hallen en mejor posición, no hay por qué imponer aquel criterio respecto a éste. Y, en cambio, sí que hay razones para preferir este criterio. Razones derivadas no sólo de su mayor sentido lineal, sino también del hecho que, en la determinación de los legitimados para exigir la reversión, la limitación del derecho común es menor si los herederos del reservista sólo son sometidos a una acción de reversión que si les es impuesta una incapacidad para adquirir (813).

(813) No faltará quien califique de complicada y casuista nuestra posición y afirme que rompemos la unidad estructural del concepto de la reserva. De antemano rechazamos el valor de la objeción, porque:

El casuismo deriva de la diversidad de las situaciones de hecho, es decir, de la misma naturaleza de las cosas. Nuestro criterio interpretativo no puede ser más simple, ni más sencilla e invariable nuestra línea de aplicación. Manejamos únicamente de modo inexorable dos principios fundamentales: 1.º El artículo 811 sólo exige que los bienes reservables no salgan por mediación del reservista de la línea de donde los bienes proceden. 2.º El artículo 811 es *ius singulari* respecto al derecho común de sucesiones que atribuye al ascendiente por ministerio de la ley bienes de un descendiente, por lo cual ese derecho común debe sufrir en lo mínimo la limitación exigida por el singular para el pleno y estricto cumplimiento de su *ratio* específica. No hay, pues, sentido casuista, sino adaptación del criterio más simple y el encaje más ceñido de la limitación del derecho común por la norma singular, conforme su respectiva *ratio*, aplicado a la realidad de las diversas situaciones de hecho.

La unidad estructural de la construcción dogmática conceptual de la reserva no nos preocupa lo más mínimo. Hemos rechazado reiteradamente ese método interpretativo y aplicado—convencidos de que jurídicamente es el más adecuado—el sistema finalista (ver, en especial, *Interpretación, localización sistemática e integración...*, «Rev. Der. Priv.», XLIII, págs. 275 y sigs.), dentro del cual nos ceñimos a la línea institucional de la reserva, de signo fundamentalmente prohibitivo y limitativo. Este signo puede dar lugar: 1.º A la posibilidad del cumplimiento voluntario por el reservista, que podrá instituir heredero a algún reservatario, legar los bienes reservables a quien ostente dicha condición o habérselos donado anticipadamente. 2.º A una actitud pasiva del reservista que permita el cumplimiento de la reserva a través de las reglas de su sucesión intestada, aplica-

36. *Determinación de quiénes son los reservatarios que pueden reclamar los bienes reservables a aquellos sucesores testamentarios o abintestato del reservista que no ostenten la cualidad de reservatarios.*

Hemos visto que sujeto pasivo de la reclamación de los bienes pueden ser:

a) Los herederos abintestato del reservista, cuando la reserva y la sucesión intestada del mismo sean totalmente incompatibles ni puedan armonizarse a través de la imputación de bienes reservables a herederos intestados que sean reservatarios ni del juego a favor de estos mismos de unas especiales *accretio* y *successio graduum et ordinum*.

b) Los herederos testamentarios que no sean reservatarios, en cuanto les correspondiere por tal título bienes afectos a la reserva lineal.

c) Los legatarios, donatarios y compradores de bienes sujetos a dicha reserva, que tampoco sean reservatarios.

Ahora nos toca ver quiénes están legitimados para reclamarlos una vez fallecido el reservista que—activa o pasivamente—incumplió su deber de reservar.

En líneas generales, cabe teóricamente una primera clasificación de las posibles soluciones, según se mantenga: a) Que todos los parientes que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811 pueden reclamar los bienes reservables sin prioridad entre ellos; es decir, en posición de igualdad (814). b) Que cualquiera de ellos

das en toda su pureza o bien adaptadas a la limitación de las reservas a través de unas especiales *accretio* y *successio graduum et ordinum* que concuerdan y compatibilizan la voluntad legal supletoria y la norma legal prohibitiva, produciendo la mínima modificación de aquélla y la menor desviación posible de los bienes desde el patrimonio del reservista a quien el derecho común le atribuyó los bienes. 3.^o) A una reacción contra el incumplimiento del deber del reservista, infringido activamente por actos dispositivos en contravención de la limitación impuesta por la reserva lineal, o bien pasivamente, al no cumplir el reservista su deber de devolver a su línea los bienes reservables ni poderse cumplir la finalidad perseguida por la reserva por las reglas de su sucesión intestada—ni siquiera adaptadas en la forma antes expuesta—. Reacción que da lugar a la posibilidad de ejercitar la reversión o reivindicación lineal o familiar de los bienes para lograr su reversión a la línea de procedencia, acción de cuyo estudio deberemos ocuparnos más detenidamente.

En cambio, la preocupación de conservar la unidad de cualquier construcción conceptual dogmática de las reservas rompería la unidad de la interpretación finalista del precepto—que constituye su verdadera línea institucional—, pues llevaría a resultados que, en ocasiones, excederían de la *ratio* de la norma singular, al limitar más de lo preciso el *ius comuni*, o que, en otras, no cumplirían aquélla plenamente. Las diversas interpretaciones dogmático conceptuales que a lo largo de este trabajo hemos analizado y criticado, nos excusan ahora de aducir nuevos ejemplos a nuestra afirmación.

(814) Tesis de SCÆVOLA (ver antes II, § 6, núm. 33, b) y nota 728).

puede entablar su reclamación, sin perjuicio de la prioridad que en caso de concurrencia de reclamaciones puede atribuirse a unos respecto de los otros (815); y c) Que de todos aquellos que reúnan los requisitos del artículo 811 sólo pueden exigir la reivindicación o reversión lineal aquéllos que sean preferentes a los demás para obtener los bienes reservables (816).

Rechazada desde el principio de este trabajo la primera de las tres posiciones (817), las otras nos plantean dos cuestiones fundamentales a resolver: 1.º) Qué orden de preferencia debe establecerse, una vez fallecido el reservista, entre las persona que reúnan los requisitos exigidos para ser reservatario. 2.º) Si esta preferencia determina la legitimación de los más preferentes y la exclusión de los demás para el ejercicio de la reivindicación lineal, o bien únicamente determina una prioridad para el caso de ejercicio concurrente de dicha acción y la posibilidad de reclamar contra quien con menos derecho hubiera obtenido antes la reversión a su favor, o si, como tercera solución intermedia, concreta una prioridad para el ejercicio, excluyente si no hay renuncia, pero no excluyente si los preferentes hubieren renunciado a hacerlo, sea espontáneamente o requeridos para ello—análogamente que el heredero en el supuesto regulado en el artículo 1.005 del Código civil—, o bien fallecieren sin haberlo intentado.

Examinaremos sucesivamente ambos problemas:

1) *Qué orden de preferencia debe establecerse entre quienes reúnan los requisitos exigidos para ser reservatario.*

En el primer número del epígrafe anterior (§ 6, núm. 33) vimos la extraordinaria floración de opiniones discordes que la doctrina nos ofrece y la falta de unanimidad en las declaraciones y fallos

Puede presentar dos variantes según a cada reservatario sólo se le permita reclamar su parte alcuota, o bien pueda exigir la totalidad de los bienes reservados, sin perjuicio de deber sufrir la concurrencia de los demás reservatarios, si éstos entablaren igual reclamación contra los derechohabiente del reservista o, posteriormente, contra el mismo reservatario que reivindicó mayor porción de la correspondiente al mismo en concurso con los demás.

(815) Ocurriría así, como en el ejercicio del derecho de retracto, cuando exista posibilidad de concurrencia de retrayentes. Cualquiera de los legítimos para retraer puede ejercitar su derecho, aunque existan otros legítimos preferentemente para ello; pero en caso de concurrencia de varios en su efectivo ejercicio, será preferido quien esté preferentemente legitimado para ejercitarlo con respecto a los demás que lo pretendan.

(816) De ese modo, si aquél o aquélla que, *por su preferencia* entre todos los que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811, fueren los únicos legitimados para exigir la reversión lineal de los bienes reservables *no la intentaren*, a pesar de ello, los demás tampoco podrían reclamarlos pese a reunir dichos requisitos.

(817) Ver las razones de MANRESA (*Comentarios...*, vol. VI, art. 811, II, F, 1.ª cuestión, págs. 267 y sigs.) y lo que ya dijimos al principio de este trabajo I, § 1.º, núm. 6, págs. 24 y sigs., y en AN DER. CIV., X-II, págs. 348 y sigs.

de la Sala primera del Tribunal Supremo. Ello nos obliga a extremar el cuidado al examinar la cuestión.

Esta puede ser orientada desde dos puntos de vista básicamente distintos, a saber: con un criterio puramente exegético y con un criterio fundamentado en la esencia de la institución, es decir, en lo que se ha llamado la naturaleza de las cosas (818).

A) *Exegéticamente* partiendo del falso postulado de la plenitud de la norma (819) y del no menos falso brocardo «donde la ley no distingue no debemos distinguir», llegaríamos a la tesis —repetidamente rechazada— de Scaevola, según la cual se repartirían los bienes reservados todos y cada uno de los parientes dentro del tercer grado del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes reservados. Y, arrancando del postulado, menos riguroso y más amplio, de la plenitud del *ordenamiento jurídico positivo* (820), tendríamos que concluir por aplicar el sistema de preferencia de órdenes y grado establecido en el capítulo IV, tít. III, lib. III del Código civil para la sucesión intestada o, por lo menos, del principio enunciado en el artículo 921, § 1.º del Código civil, que afirma «*En las herencias el pariente más próximo en grado excluye el más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar*». Representación que se discutiría —como se ha discutido— si debía tener lugar en la reserva lineal.

Veamos los argumentos en pro y en contra de los criterios de aplicar las reglas de la sucesión intestada del descendiente y de la opinión de dar prioridad a la proximidad de grado de parentesco con el mismo.

a) A favor de la tesis que pretende aplicar analógicamente a la reserva lineal la *prelación de órdenes y grados determinada en el Código civil para la sucesión intestada*, se ha argumentado:

1.º Que es el único criterio analógico que nuestro derecho

(818) La *naturaleza de las cosas* aparece insertada en el concepto del Derecho natural según el realismo filosófico de SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, Secunda Secundae, Quaest. LVIII, art. II, núm. 3, vers. *Uno quidem modo*. Puede consultarse en su *Tratado de la Justicia y el Derecho*, presentado y comentado por JOAQUÍN RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, Madrid, 1942, págs. 8 y 9). A juicio del Doctor Angélico una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida a la naturaleza misma de la cosa (*ex ipsa natura rei*), y esto es derecho natural (*Et hoc vocatur jus naturale*). Hoy en Alemania se halla en plena actualidad la valoración de la *naturaleza de las cosas* (véanse los textos de COING, GUSTAV RADBRUCH, STRATENWERT, MAHOFFER, BOBLIO, FECHNER y el propio KARL LARENZ, que este autor cita en su trabajo *Tendencias metodológicas en la ciencia jurisprudencia alemana actual*, en «Rev. Der. Priv.», XLIII, mayo 1959, págs. 372 y sigs.).

(819) Véase la síntesis de su crítica en *Interpretación, localización sistemática y...*, en «Rev. Der. Priv.», XLIII, págs. 278 y sigs. y las citas de las notas 11, 12 y 13.

(820) Ver su examen crítico por FEDERICO DE CASTRO, *Op. cit.*, vol. I, parte IV, cap. I, V, págs. 528 y sigs.

positivo puede ofrecer para llenar el vacío que el artículo 811 deja respecto la cuestión que investigamos (821).

2.º Que la norma del 811 ha de ser integrada con los principios generales del derecho común de sucesiones, y que entre éstos figura el de prelación de órdenes y grados, recogido tanto en la sucesión intestada como para la atribución de las legítimas, en la cual la línea descendente excluye a la ascendente y no es llamada la colateral (822).

3.º Que en materia de reserva viudal, limitada a favorecer a los descendientes comunes del binubo y de su cónyuge premuerto, el artículo 973 del Código civil hace una llamada a «*las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente*», y que al aplicarse esta norma analógicamente a la reserva lineal del artículo 811, que llama a ascendientes y colaterales del descendiente, debe referirse a las reglas *prescritas para la sucesión en las líneas ascendente y colateral*, con la consiguiente preferencia de aquélla respecto a ésta (823).

4.º Que en artículo 938 del Código civil, al decir que: «*Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria*», si bien invoca el 811 en el sentido de considerar la reserva como limitación de los derechos hereditarios correspondientes a los ascendientes, su expresión «*sin perjuicio*», «puede significar también el reconocimiento en favor de ellos [los ascendientes] de unos derechos hereditarios distintos a los representados por su llamamiento en la sucesión intestada», y que cabe deducir del mismo 938, como engarce sistemático y punto de partida, que en lo no sustraído por el 811 a la ordenación general de la sucesión intestada, ésta debe ser aplicada (824).

Pero estos argumentos tienen adecuadas réplicas, aun sin salir de los meros criterios exegéticos:

1.º Que la aplicación analógica de las reglas de la sucesión intestada del descendiente heredado por el reservista debe sufrir demasiadas limitaciones y alteraciones para que en conjunto pueda estimarse adecuada. Así resulta: a) Que no puede extenderse a los hijos naturales; b) que no puede comprender a los parientes

(821) Criterio que al parecer sustentó DÍAZ COBEÑA (*Op. cit.*, dict. XV, C, pág. 233), apoyándose en que, a su juicio, la reserva del 811 constituye una sucesión intestada, aunque limitada y parcial.

(822) Especialmente, HERNÁNDEZ GIL, *La prelación de órdenes y grados...*, loc. cit., VII, pág. 9.

(823) ROCA SASTRE (*Notas al Kibp*, loc. ult. cit.), a su afirmación «... adquiriendo dichos bienes los reservatarios según el orden de sucesión intestada», añade en apoyo, entre paréntesis: «art. 973, aplicable [a la reserva del 811] en virtud del criterio de las sentencias de... (citando varias de las que han aplicado analógicamente a la reserva del 811 preceptos reguladores de la viudal).

(824) HERNÁNDEZ GIL, *Loc. ult. cit.*, XI, págs. 11 y sigs.

que no pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes; c) ni a los más alejados del tercer grado; d) que no se aplica a los existentes a la muerte del descendiente, sino en el momento posterior del fallecimiento del ascendiente que le heredó, y que tal vez ni siquiera existían en aquel primer momento.

2.º Que la integración del 811 por el principio general de la prioridad de orden de los descendientes respecto los ascendientes y colaterales y de los segundos respecto los terceros, sería adecuada si la reserva consistiera en una sucesión retardada del descendiente (en virtud de una nueva delación repetida), pero que esto no es así (825).

3.º Que la analogía con el artículo 973, § 1.º, sólo lleva a aplicar las reglas sucesorias de la línea descendente del ascendiente reservista a los descendientes comunes de éste y del otro ascendiente del que procedían los bienes (826), y que, en cambio, extender la analogía a la sucesión de otra persona—como es el descendiente—equivaldría a desencajar la analogía. Esta es exacta en aquel caso, pero resulta arbitraria en ese otro (827).

4.º Que el artículo 938 del Código civil no tiene otro sentido normativo que el de aclarar que la sucesión intestada de un descendiente por sus ascendientes tiene que someterse a las limitaciones de los artículos 811 y 812. Si Hernández Gil cree conveniente actuar «aprovechando ciertos elementos gramaticales del artículo 938 y superando, además, el plano de la rígida interpretación gramatical» (828), es porque le faltan otros argumentos más sólidos y necesita acudir a elementos gramaticales aislados y forzar la interpretación gramatical, es decir, interpreta exegéticamente forzando la exégesis.

b) En defensa de la aplicación del *principio sucesorio de prioridad por proximidad de grado desligado de toda preferencia de ordenes entre los parientes pertenecientes a las líneas de procedencia de los bienes*, se ha argumentado:

1.º Que el artículo 921 proclama para las herencias al principio de proximidad de grado, y está colocado en la sec. 2.ª del capítulo III del lib. III, sección que se ocupa de concepto tan general como es el *parentesco*; por lo cual, como principio general,

(825) Ver II, § 2.º, núm. 14, args. primero, segundo, tercero y cuarto, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 749 y sigs., y ANTONIO MAURA, *Dictámenes*, vol. cit., dict. núm. 5, págs. 7 y sigs., y en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 144 págs. 15 y sigs.

(826) Utilizaron la analogía de ese modo correcto LOZANO SICILIA (*Op. cit.*, págs. 197 y sigs.) y MAURA (*Dictámenes*, vol. cit., págs. 96 y sigs.); este último al aplicar la representación en la línea recta descendente común del reservista y otro ascendiente.

(827) Vimos que los reservatarios suceden al hábito en la reserva vi dual en II, § 2.º, B, núm. 8; en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 685 a 688 y, en especial, págs. 696 y sigs., y en las *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958*, en AN. DER. CIV., XII-I, pág. 361, nota 18.

(828) HERNÁNDEZ GIL, *Loc. cit.*, pág. 13.

debe complementar la norma del artículo 811. Tanto más cuanto que la aplicación de las reglas más específicas de la sucesión intestada (prioridad de unos órdenes respecto a los otros, atribución a los hermanos de doble vínculo de doble porción que a los de vínculo sencillo) no resulta adecuada para la reserva lineal, porque al no tratarse de la sucesión del descendientes no deben aplicarse las reglas de su sucesión intestada, y no es posible aplicar las de la sucesión del reservista cuando se trata precisamente de beneficiar a quienes no son parientes suyos (829).

2.º Que de los antecedentes legislativos del artículo 811 del Código civil en el seno de la Comisión codificadora, resulta (830) —según dice Manresa (831)—«que el sistema de la sucesión lineal *no se* adoptó al fin en la sucesión a favor de los ascendientes: que en sustitución del mismo y como más eficaz al fin que se deseaba se creó *la reserva* en favor de los parientes dentro del tercer grado, asegurando de este modo a la línea los bienes de ella procedentes, sin alterar *en su esencia* el régimen sucesorio moderno». Solución, «que viene a ser una transacción entre dos principios sucesorios radicalmente distintos, el lineal y el de la proximidad de parentesco» (832), por lo cual en el Código civil, «donde el sistema normal es el de proximidad de grado»: «Entre los parientes del tercer grado que existan al fallecimiento del ascendiente obligado a reservar, el sistema de sucesión, en Castilla debe ser aquél que en su esencia no quiso alterarse, el de la proximidad de grado, el legítimo y geminamente castellano al publicarse el Código» (833).

3.º Que con este criterio «se cumple el fin que el legislador se propuso, y hasta puede decirse que se cumple mejor, primero, porque la mayor proximidad al tronco debe suponer mayor afectación a los bienes, y segundo, porque manteniéndose unidos en lo posible estos bienes, representarán más valor y habrá más interés en conservarlos» (834).

A estos argumentos se ha podido replicar:

1.º Que el Código civil no aplica el principio de proximidad de grado, más que dentro de cada orden sucesorio, como se observa tanto en la sucesión intestada como en la forzosa, y que en el artículo 973, § 1.º lo aplica para la reserva viudal precisamente en la línea común del orden descendente, y que en ningún caso mezcla los órdenes sucesorios de descendientes legítimos, ascen-

(829) Ver MAYRA, *Dict. últ. cit.*, vol. cit., págs. 64 y sigs., y «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 144, págs. 10 a 19.

(830) Mejor que en otro lugar alguno puede apreciarse cuál fué la *mens* de la Comisión Codificadora en ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 188 y sigs. y 255.

(831) MANRESA, *Op. cit.*, vol. VI, art. 811, I, F, primera cuestión, primero, pág. 267.

(832) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, B, pág. 250.

(833) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, F, primera cuestión, segundo, pág. 280.

(834) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, F, primera cuestión, cuarto, pág. 271.

diente legítimos y colaterales, por lo que no cabe aplicar la proximidad de grado como principio general aislado de la proximidad de los órdenes sucesorios.

2.º Que el régimen de Castilla anterior al Código civil, así como el de este cuerpo legal, no es puramente el de proximidad de grado, sino encuadrado en la prioridad de los órdenes establecidos.

3.º Que la afirmación de que la mayor proximidad al tronco debe suponer mayor afección a los bienes, no lleva consigo que la mayor proximidad al tronco corresponda a la mayor proximidad de grado, respecto al descendiente. Y que la conveniencia de no dividir excesivamente los bienes, si bien arguye en contra del criterio de distribuirlos entre todos los comprendidos en los requisitos de línea y tercer grado expresados en el artículo 811, en cambio, no es razón suficiente para que el sistema de proximidad de grado con respecto al descendiente sea preferido a cualquier otro que de igual o mejor manera evite esa división excesiva de los bienes.

B) Elevándose por encima de la mera exégesis, es decir, buscando el *criterio más adecuado a la esencia de la reserva lineal, a su finalidad institucional y a la naturaleza misma de las cosas, vista con un prisma a la vez finalista y realista*, sin empeñarse en no deducir principios jurídicos fuera de la letra de los textos de derecho positivo, han podido aplicarse otros criterios integrativos para resolver la cuestión de que tratamos. Fundamentalmente, éstos pueden concretarse en las siguientes soluciones: excluir el orden de los ascendientes, como ocurrió en algunos Fueros castellanos y análogamente a lo que sucede en el régimen troncal navarro; aplicar el sistema de parentelas aisladas—característico del régimen de troncalidad continuada—como el más adecuado a la finalidad perseguida por la reserva lineal; o computar la preferencia de orden y grado con respecto a la persona de quien el descendiente hubo los bienes, aunque limitándola a los parientes de éste dentro del tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, por estimar que éste es el sistema más ceñido al fin perseguido por el artículo 811 y al carácter estrictamente familiar del mismo.

c) El criterio de *prescindir de la línea ascendente* del descendiente (835), tiene a su favor las siguientes razones:

1.º Que la reserva es una resurrección en el moderno Código del orden de suceder, establecido en nuestros Códigos antiguos; los bienes, después de usufructuados por el ascendiente pasan a los colaterales que *tienen mejor derecho a suceder al descendiente*

(835) ACACIO CHARRÍN, «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 92, Consult. cit., págs. 109 y sig. RAFAEL RAMOS (*Op. cit.* y cap. cit., núm. 12, pág. 54) sólo sitúa como parientes dentro del tercer grado del descendiente a sus hermanos, hijos de hermanos y tíos.

heredado», pues «los padres y abuelos que heredaban a sus hijos y nietos no adquirían los bienes en pleno dominio y con facultad de disponer de ellos libremente, sino que sucedían con la obligación, después de su muerte, de que la raíz tornara a la raíz (836) : venían pues a ser los ascendientes meros usufructuarios» (837).

2.º Que la ley 6, tit. III, lib. XIII del lib. III de la Novísima recopilación de Navarra, ya aludida por Manresa (838), ha sido invocada al integrar el artículo 811 por la Dirección General de los Registros y del Notariado (839) y por el Tribunal Supremo (840), y que, conforme a dicha Ley, los colaterales excluyen a los ascendientes que sólo heredan el usufructo (841).

Pero, como vimos en la primera parte de este trabajo (842), los antecedentes sin continuidad, de algunos fueros locales y territoriales no parecen suficientes para ofrecer una base seria de interpretación al artículo 811. Ni tampoco nos la brinda la legislación foral navarra, tanto más cuanto tenemos otros regímenes

(836) Ver Fuero de Soria, § 310; de Salamanca, § 207; de Ledesma, § 135; Fuero Viejo de Castilla, V-2, 1.

(837) No han faltado autores, como DÍAZ COBENA (*Op. cit.*, dict. XV, F, págs. 251 y sigs.), FERNÁNDEZ SERRANO (*Loc. cit.*, págs. 287 y sigs.) y VILLARES PICÓ (*Loc. cit.*, págs. 66 y sigs.) que para los casos de ser preferido algún ascendiente a colaterales del grado y línea exigidos montan una nueva reserva a favor de tales colaterales (ver parte I, nota 291, y parte II, nota 159).

(838) MANRESA. *Loc. últ. cit.*, segundo, págs. 268 y sigs.

(839) Res. 20 marzo 1905, tercer considerando, que en defensa de la opinión de preferir al único hermano (de doble vínculo) del descendiente a cualquier otro pariente de grado más remoto, declaró: «Que abonan también dicha interpretación los precedentes de las legislaciones forales, que admiten el sistema de troncalidad en las sucesiones y especialmente el precepto contenido en la Ley 6.ª, título 13, libro 3.º de la Novísima Recopilación navarra, que es el que más analogía presenta con el citado artículo 811, y en el que se dispone que los ascendientes no pueden suceder a los descendientes en los bienes troncales y dotales, sucediendo en ellos a falta de hermanos los parientes más cercanos de donde procedan tales bienes, estableciendo, por tanto, terminantemente en esta sucesión especial la preferencia de grado.»

(840) Sent. 2 marzo 1956, primer considerando. Previamente al estudio del modo de computar el tercer grado de parentesco con el descendiente—sea a través de la línea de procedencia de los bienes o bien independientemente de la misma, con tal de pertenecer a ella, si por otra línea el grado es más próximo—declara esta sentencia que el art. 811, «es precepto que no tenía precedente en el derecho común de Castilla, pero que ofrece grandes analogías con lo establecido con carácter troncal en un derecho también español, el de Navarra, que en la ley sexta, título trece, libro tercero de la Novísima Recopilación ordena que los bienes troncales y dotales procedentes de un ascendiente deben pasar a falta de hermanos a los parientes más próximos de la línea de donde tales bienes procediesen, siendo usufructuados por los padres contrajesen o no segundas nupcias.»

(841) Observemos, una vez más, la incongruencia en que incurre la sentencia citada en la nota anterior con referencia a esta ley navarra, pues después de invocarla prefiere un ascendiente a un colateral.

(842) I, § 3.º, núm. 10, págs. 48 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 374 y sigs.

forales españoles con versiones diferentes de la troncalidad. En cambio, arguye claramente en contra de esta solución la exposición—hecha por Alonso Martínez (843)—del criterio de la Comisión Codificadora, la cual entre los tres remedios propuestos, rechazó el de atribuir las legítimas a los ascendientes en usufructo y el de aplicar la sucesión lineal y aceptó como temperamento—por indicación del mismo Alonso Martínez—«la extensión de las reservas a los abuelos y a los tíos, ya que no a todos los colaterales», con lo que fué modificada «en sus accidentales la institución de las reservas, para extenderla a otras personas y usos distintos de los señalados por las leyes vigentes». Y, también resulta contraria, en general, la posición de la jurisprudencia (844).

d) La opinión de que la preferencia *debe determinarse con relación a la persona de quien proceden los bienes*, tiene a su favor argumentos finalistas, realistas y de equidad:

1.º La reserva del artículo 811, como se ha indicado (845), más que troncal es familiar, y hoy día precisamente el concepto de familia es más restringido y limitado, concretándose más que en el tronco genérico en cada una de sus ramas. Si lo que trata de evitar es que por un azar imprevisto los bienes de una familia pasen a otra, no parece lógico que precisamente en su virtud salgan del ámbito más estricto de la familia, formada por la descendencia común de ambos ascendientes, para distribuirse entre otros parientes de la misma línea situados fuera de ese círculo más estrecho (846). Así ocurriría si la abuela fuese preferida a los hermanos del descendiente, de cuya madre éste hubo los bienes.

2.º Con el criterio de preferir los reservatarios por la prioridad determinada con la prelación de órdenes de la sucesión intestada del descendiente, resultaría que al ser preferida una abuela al hermano del descendiente, hijo común de la madre de quien éste hubo los bienes y del propio reservista, se correría el riesgo de que, al morir la abuela, los bienes reservados se distribuyeran entre otros descendientes de ésta ajenos al círculo más delimitado de la familia a la que pertenecían, integrada por el padre o madre de quien hubo los bienes el descendiente, la madre o padre obligado a reservar y la descendencia común de ambos (847).

3.º La solución contraria—ha dicho Fernández Serrano (848)—«está en manifiesta contradicción con lo que quiso el legislador al establecer lo dispuesto en el artículo 811, y por ello debe desecharse. La ley no puede estar en contradicción consigo misma. Toda

(843) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 188 y 191.

(844) Ver las sentencias citadas en I, § 3.º, 16. a), pág. 40, y AN. DER. CIV., X-II, pág. 364.

(845) I, § 3.º, 19, págs. 50 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 376 y sigs., y I, § 5.º n. 30, a), págs. 110 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 731 y sigs.

(846) CADABAL, *loc. cit.*, V, págs. 807 y sigs.

(847) I, § 5.º, 30, a), pág. 112 y AN. DER. CIV., *últ. cit.*, pág. 735.

(848) FERNÁNDEZ SERRANO, *loc. cit.*, pág. 280.

interpretación e inteligencia de la ley que conduzca al absurdo es inoperante, y absurda sería la solución que condujera a privar a F [hermana de doble vínculo del descendiente] de los bienes que pertenecieron a su madre muerta, para que *por azares de la vida* fueran a parar a otras personas extrañas a la familia cuyo tronco era la madre común fallecida. Esto la ley no lo quiso y, por ello, la ley ha de dar solución al caso. Ahondemos el problema planteado que *el saber de las leyes non es tam solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas.* (Partida I, tít. I, ley XIII).

Hemos visto que la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, tratando de bienes procedentes del padre del descendiente, atendió en su tercer considerando—«sin perjuicio de lo que pudiera resolverse» si procedieran de otro hermano— a la «posición en línea y grado» respecto a dicho padre de quien hubo los bienes el descendiente, para determinar la preferencia y atribución de tales bienes reservables entre los reservatarios que reunían los requisitos exigidos por el artículo 811.

¿Hubiese seguido el mismo criterio esta Sentencia en supuesto de que el descendiente hubiese obtenido los bienes de un abuelo o de un hermano? Es decir, ¿hubiera atendido, en esos casos, para determinar la preferencia, a la posición en línea y grado respecto a dicho abuelo o hermano, respectivamente? Expresamente, dejó a salvo la solución para este último supuesto—«hipótesis que ahora ha de eliminarse por ser ajena al pleito», dice el mismo considerando—y el primero ni siquiera lo planteó. Pero parece que la solución, en correlación lógica a la dada por el fallo y a lo argumentado en dicho considerando tercero, sería la de atender, en cada caso, a la posición en línea y grado con respecto al ascendiente o al hermano de quien recibió los bienes el descendiente del artículo 811. A no ser que la solución de la sentencia fuera dada con criterio más intuitivo que lógico, y que por eso fuera evitada toda posible declaración generalizadora.

En contra de estas opiniones, se pueden argüir los criterios exegéticos antes indicados. Pero, además, en sentido contrario a ellos, también cabe oponer que existe otra solución más en armonía con la finalidad perseguida por la reserva del artículo 811, más adecuada a la situación de hecho y más equitativa; es decir, más concorde con la naturaleza de las cosas. Es la que vamos a examinar a continuación.

c) El criterio denominado de *parentelas aisladas*, presenta, con respecto al que acabamos de analizar, diferencias en cuanto a los resultados de hecho que de su aplicación se derivan. Aunque ambos estén ceñidos al criterio que corresponde según creemos, a la expresión de que los beneficiados por la reserva *«pertenecían a la línea de donde los bienes proceden»* (849), limitado a com-

(849) I, § 4.º, 24, págs. 82 a 86 y AN. DER. CIV. X-III, págs. 707 y siguientes.

prender los parientes que hayan sido titulares de los bienes en cuestión o que descendan de un antiguo titular de los mismos, observaremos las siguientes diferencias entre ambos sistemas:

2.^o Si el descendiente hubiese habido los bienes de *su padre o su madre*, de aplicar la prelación de órdenes y grados con relación a ese padre o madre, serían preferentes: primero, los descendientes de éstos; luego, sus ascendientes y, finalmente, sus colaterales, y aplicados los límites de grado y línea exigidos por el artículo 811, llegaríamos a establecer la siguiente prioridad: 1.^o Los hijos y los nietos que sean hijos de hijo premuerto, o sea, los hermanos y sobrinos del descendiente. 2.^o Los ascendientes del padre o madre, si hubiesen sido titulares de los bienes reservados o descendieran de un antiguo titular de los mismos, o sea, un abuelo o abuela o, en su defecto, un bisabuelo o bisabuela del descendiente. 3.^o Los hermanos del padre o la madre, si los bienes hubiesen pertenecido a algún ascendiente de ellos, o sea, los tíos del descendiente. En cambio, de aplicar el sistema de parentelas aisladas, adaptado al régimen del 811, tendríamos una variante a este resultado, consistente en que los tíos pertenecientes a la parentela del abuelo serían preferidos al bisabuelo.

β) Si los bienes *procedieran directamente de un abuelo*, aplicada la prelación de órdenes y grados respecto a éste entre quienes reúnan los requisitos del artículo 811, tendríamos la siguiente preferencia: 1.^o los descendientes del abuelo no más alejados del tercer grado de parentesco del descendiente, que serían el padre de éste, o en su defecto, representando su estirpe, los hermanos o los sobrinos hijos de hermano premuerto del descendiente, y, con el mismo rango que el padre, por cabezas, los tíos del descendiente, como hijos, igual que el padre de dicho abuelo, y 2.^o el bisabuelo si hubiere sido titular de los bienes o descendientes de un titular anterior. De aplicar el régimen de parentelas aisladas en los límites del 811 tendríamos un orden de preferencia muy diverso, a saber: 1.^o, el padre o en su defecto los hermanos, hijos de éste, o los sobrinos, nietos de dicho padre, hijos de hermano premuerto, es decir, la parentela del padre; 2.^o, el abuelo que hubiese sido descendiente de un anterior titular (pues de haber sido) él mismo su titular donante jugaría el art. 812), o en su defecto, los tíos del descendiente, hijos de dicho abuelo e integrantes de su parentela en el tercer grado de parentesco con el descendiente; 3.^o, el bisabuelo que hubiese sido titular de los bienes o que descendiera de otro titular anterior.

γ) Si el descendiente del 811 hubiese recibido los bienes de un hermano, aplicando con relación a éste la prelación de órdenes y grados entre los parientes dentro del tercer grado de aquél y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, obtendríamos la siguiente prioridad: 1.^o, el mismo hermano, en caso de

sobrevivir (850), o en su defecto, los descendientes legítimos del mismo, es decir, los sobrinos del descendiente que constituyan la parentela de su referido hermano; 2.º, los ascendientes de dicho hermano, con prelación de grado entre ellos, que reúnan la condición de haber sido anteriores titulares de dichos bienes o que descendieran de algún antiguo titular de los mismos, es decir, primero el padre o madre comunes del descendiente y de su referido hermano; en su defecto, el abuelo o abuela, y en defecto, también de éste, el bisabuelo o bisabuela; 3.º, los colaterales que sean: primero, hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo de ambos hermanos, recibiendo doble porción los hermanos que los medio hermanos, y conjuntamente los sobrinos hijos de hermano premuerto; y segundo, en defecto de hermanos y sobrinos, los tíos de la línea de procedencia de los bienes. En cambio, aplicado el sistema de parentelas aisladas, dentro de los márgenes delimitados por el artículo 811, si bien no variaría la prelación en cuanto la preferencia en primer lugar del hermano donante, si viviere, o, en otro caso, de los descendientes legítimos del mismo, en cambio, diferiría en los demás órdenes de prelación, siendo preferidos a continuación: 2.º, el padre o madre común de ambos hermanos, o, en su defecto, su respectiva parentela, es decir, los demás hermanos comunes a ambos o a falta de alguno de los sobrinos, hijos de ese premuerto; 3.º, el abuelo o abuela y, en su defecto, los tíos de ambos hermanos pertenecientes, como hijos de tal abuelo, a la parentela del mismo, y 4.º, el bisabuelo que también reuniere las mismas condiciones de haber sido titular de los bienes reservados o de ser descendiente de un anterior titular de los mismos.

El criterio de adaptar a la línea de procedencia de los bienes el sistema de parentelas aisladas, a contar de la persona de quien inmediatamente hubo los bienes el descendiente, o bien del ascendiente inmediato de dicha línea si los hubo de otro ascendiente más lejano, ¿es verdaderamente más armónico a la finalidad perseguida por la reserva lineal, mayormente adecuado a la situación familiares de hecho existentes y más equitativo que el criterio de aplicar con relación a dicho otro ascendiente o hermano la prelación de órdenes y grados que correspondería a su sucesión intestada?

Ante todo, debemos observar que—Alonso Martínez (851) al

(850) Esta posibilidad de sobrevivir el hermano de quien procedían los bienes, reservables conforme el 811, no tiene posible correspondencia en el supuesto de proceder los bienes de su ascendiente, pues la sobrevivencia sólo cabe en caso de haber donado dichos bienes, y de ser donante un ascendiente no llegaría a aplicarse el artículo 811, por actuar antes el 812, imponiendo directamente la reversión al ascendiente donatario de los bienes donados, con lo cual se elimina la posibilidad de su adquisición siquiera en parte por otro ascendiente que, en caso de llegar a adquirirlos, hubiese estado obligado a reservar.

(851) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 188 y 190.

explicar la elección por la Comisión codificadora del criterio de extender las reservas a [favor de] *los abuelos y los tíos*—como temperamento del supuesto que quiso remediar, preferible al de resucitar la sucesión lineal o al de reducir la atribución de sus legítimas a los ascendientes en simple usufructo—, sin nombrar a *hermanos y sobrinos*, ni tampoco a los *bisabuelos*, atendió tan sólo a la aplicación del propio supuesto por él planteado. Recordemos que el descendiente era el hijo único y de muy corta edad del primogénito premuerto de un magnate (el abuelo paterno) que además, tenía otros hijos supérstites. No existía, pues, descendencia del padre del descendiente, y la familia contemplada era la formada por los hijos del abuelo (*vástagos directos del magnate*—escribió—*viven en la estrechez y tal vez en la miseria, mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a la familia*). Es decir, que a falta de descendencia del padre se protege a la del abuelo.

De haber existido descendencia del padre—amenazada por la posible predilección de la madre por otros hijos de ella, habidos en un posible matrimonio anterior, contra la que nada salvaguardaría la reserva clásica—, creemos más verosímil que la preocupación se hubiera centrado precisamente en primer lugar en defender la familia (en sentido restringido) de dicho padre. Es decir, se hubiese pensado en proteger a los hermanos del hijo *integrantes de la parentela de aquél*, antes de extender la preocupación al abuelo paterno y a su parentela, formada por los hermanos del padre. No nos parece verosímil pensar que se hubiese preferido que unos bienes pertenecientes ya a la parentela del hijo, se colocaran en situación de ser diluídos en la más amplia parentela del abuelo y a través de ésta en la de los tíos, en perjuicio, por lo menos en parte, de la parentela de la que inmediatamente procedían, apartándolos—paradójicamente—de ella en virtud de un precepto creado con preocupaciones lineales y dirigido a evitar desviaciones de los bienes de una familia debidos al azar. Sinceramente creemos que Alonso Martínez y, en general, la Comisión hubiese preferido mejor en el caso contemplado, a los demás tierros vástagos del hijo mayor del magnate, de haberlos tenido este hijo, que al propio magnate con sus demás hijos.

Sin salir del mismo texto, en que Alonso Martínez nos explica la finalidad de la nueva reserva y los motivos de la elección de este remedio, creemos que pueden espigarse suficientes razones para justificar la respuesta que acabamos de aventurar:

1.º Que la preocupación de la Comisión se concretó en la defensa de la última parentela de la línea de procedencia de los bienes existente en el supuesto contemplado. Parece, pues, lógico que de haber existido otra parentela más inmediata, fundamentalmente la del padre, ésta hubiese sido la especialmente protegida y preferida del mismo modo que la parentela del abuelo se prefirió a la del bisabuelo.

2.º Que, al decidir que el temperamento adoptado fuera la extensión de la institución de las reservas—modificadas en sus accidentes— a otras personas y casos distintos, se designó una Subcomisión «que redactara las bases a que había de sujetarse esta especie de reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde procedan...» (852). Luego, si se trata de una reversión al tronco, lo lógico es que la reversión se haga en el lugar del mismo más próximo a la persona por la cual salieron de él, es decir, por las ramas derivadas de la persona de quien inmediatamente recibió los bienes el descendientes, y más cercanas a éste.

3.º Que la afirmación de que «el principio de la proximidad de parentesco hace en ocasiones pasar a las familias por la amargura de ver su patrimonio en poder de personas extrañas y naturalmente repulsivas» (853), no justifica que la familia del abuelo sea preferida a la del padre si naturalmente los descendientes de éste pertenecen a la línea de procedencia de los bienes, sino al contrario aboga en favor de que los bienes no salgan de la familia del padre si continuando en ella quedan en la referida línea (854).

4.º Que la solución elegida de extender las reservas a los abuelos y los tíos (855), parece indicar que estos abuelos y tíos deberían ser llamados como extensión, es decir, después de los llamados tradicionalmente en la reserva clásica—o sea, de los descendientes comunes de ambos ascendientes—, pero sin interferirse con ellos.

Además de estas razones finalistas, muy adecuadas a la realidad familiar y a la naturaleza de la situación que la reserva quiso remediar, existen también otros argumentos favorables a la aplicación del sistema de prelación que defendemos. Así:

1.º Con arreglo al razonamiento contenido en el tercer considerando de la Sentencia de 4 de enero de 1911: «Si el temor de que salieran de la familia formada por el matrimonio y su descendencia bienes que venían constituyendo su patrimonio, fué la causa de la obligación impuesta por la ley al cónyuge viudo que contrajo segundas nupcias de reservar los adquiridos a título gratuito, en razón de aquella unión matrimonial, en favor de las generaciones que a ella debieron su nacimiento, no es racional presumir que en otro caso la misma ley dispusiera que los bienes pasaran a parientes del tercer grado o con perjuicio

(852) ALONSO MARTÍNEZ, pág. 191.

(853) ALONSO MARTÍNEZ, pág. 188.

(854) Lo que—a juicio nuestro—resulta del razonamiento expuesto por ALONSO MARTÍNEZ, es que la Comisión codificadora no pensó en implantar la reserva lineal cuando quedare descendencia común del padre y la madre reservista, tal como hemos defendido para el caso de que ésta sólo deje común descendencia (I, § 5.º, 34, págs. 124 y sigs. y An. DER. CIV. X-III, págs. 749 y sig.), aplicándose sólo la reserva—según creemos—en el caso de que además deje descendencia no común.

(855) ALONSO MARTÍNEZ, págs. 188 y 191.

de la posteridad común, ni esto ha podido ordenarlo el artículo 811 del Código, porque implicaría la derogación virtual del sistema de la sucesión de los descendientes.»

2.º) Hemos aceptado como principio fundamental que el carácter de *ius singulare* de la reserva requiere que la limitación de los resultados a que llevarían las reglas comunes de la sucesión del reservista se ciñan a evitar la desviación que la reserva quiere impedir, sin producir otras innecesarias desviaciones del resultado de hecho, no exigidas por la *ratio* singular de la norma prohibitiva (856). Ello nos lleva a aceptar que la reversión producida no debe alejar los bienes de la familia en la que se hallaban mientras en ella queden parientes de la línea correspondiente a los bienes reservados. Débese preferir, por lo tanto, la familia (*extricto sensu*) del padre del descendiente a la de su abuelo.

3.º) La equidad pide que los bienes entrados en una familia (*extricto sensu*) no pasen a otra—aunque ésta más amplia comprenda a aquélla—por virtud de una norma que sólo trata de evitar su salida de la línea a que pertenecían, y que, por ella, los bienes atribuidos a la estirpe de un hijo no se repartan con las de los demás—por *voluer* al abuelo—mientras aquélla no se haya extinguido. También la equidad inclina a preferir la estirpe del hermano donante a las de los demás hermanos.

Trazada la doctrina general de la preferencia entre los reservatarios, podemos afrontar el examen de las diversas cuestiones concretas que hemos visto planteadas en la doctrina y en la práctica. Pero conviene recordar que la prioridad que acabamos de señalar sólo se refiere a los supuestos en que la reserva pudo ser reclamada, por no haber sido cumplida por el reservista, *inter vivos* ni *mortis causa*, y a los casos de no resultar compatible la reserva con la sucesión intestada del reservista sin posibilidad de armonización.

Seguimos siempre la misma línea interpretativa: 1.º *La reserva pretende evitar la salida de los bienes de la línea de donde proceden, cuando el peligro resulte normal por carecer el reservista de descendientes de esa línea o por tener otros que no pertenezcan a ella.* 2.º *Esa reserva sólo debe limitar la sucesión testada e intestada del reservista en cuanto sea preciso para que la reserva se cumpla.* 3.º *En caso que la voluntad del reservista ni las reglas de su sucesión intestada satisfagan el resultado perseguido por la reserva debe admitirse que sea exigida la reversión lineal, procurando que su resultado de hecho aleje lo menos posible los bienes de la estirpe familiar a la que correspondían y de la que no deben salir si no es estrictamente necesario que salgan para dar cumplimiento a la reserva.*

(856) I, § 2.º, 15, págs. 37 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 361 y sigs.

Esta línea interpretativa —finalista y realista— debe darnos la solución de todas las cuestiones que se planteen, entre las cuales repasaremos las más interesantes.

Primera cuestión: *Concurrencia de padre o madre y hermanos de doble vínculo del descendiente*. Presupone este supuesto que los bienes los heredó este descendiente de su abuelo o abuela, que eran padre o madre de ese padre o madre supérstite. Fallecido abintestato el descendiente, aquellos bienes los habían heredado abintestato por mitad el reservista y el supérstite.

Díaz Cobeña (857) examinó este problema. Prefirió al padre supérstite, por ser pariente de primer grado del descendiente, mientras los hermanos de éste lo son de segundo grado, y todos de la línea de procedencia de los bienes, sin perjuicio de entender que el padre preferido como reservatario quedaba sometido a una nueva reserva.

Nuestra opinión se descompone en tres proposiciones: 1.º Los hijos del reservista comunes al otro ascendiente tendrán derecho a su legítima computada con inclusión de los bienes reservables (858). 2.º Aparte de esta limitación, el reservista podrá disponer de los bienes reservables a favor de cualquiera de los reservatarios (II, § 5.º, núm. 32). 3.º Si el reservista fallece abintestato le heredarán sus hijos, recibiendo los hijos comunes los bienes reservables con exclusión de sus demás descendientes (II, § 6.º, núm. 34, I). 4.º Si el reservista ha dispuesto de bienes reservables a favor de extraños, creemos que para exigir su reversión deberá ser preferido el padre o madre del descendiente como cabeza de la parentela más próxima de la línea de procedencia de los bienes y, a falta de dichos padre o madre, dentro de su parentela el pariente más próximo en grado del descendiente.

Segunda cuestión: *Concurrencia de hermanos de doble vínculo y un abuelo del descendiente*.

Aparte la distribución igualitaria a la que se llegaría de seguirse la opinión de Scacvola—según la cual los hermanos y el abuelo concurrirían por cabezas con los demás parientes de la línea de procedencia de los bienes incluidos dentro del tercer grado con relación al descendiente—, también hemos visto que Clemente de Diego (859) se manifestó expresamente por la igualdad de rango de

(857) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, dict. XV, F, págs. 249 y sigs. A juicio nuestro, en el supuesto planteado por DÍAZ COBEÑA, no debía haber reserva, pues el reservista sólo dejaba descendencia común a la línea de procedencia de los bienes. Pero puede plantearse el problema dejando el reservista además descendientes de un matrimonio anterior.

(858) Ver I, § 7.º, núm. 48, págs. 177 y sigs. y AN. DER. CIV. X-IV, páginas 1105 y sigs.; ver también la rectificación de la nota 76 de esta I parte, en la nota 721 de esta II.

(859) CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, III, dict. 45, I, c), págs. 535 y sigs., coloca en igualdad en segundo grado a los abuelos de

abuelos y hermanos del descendiente; que Fernández Serrano (860) ha preferido a los hermanos, y que Antonio Hernández Gil (861) se ha inclinado a favor del abuelo y de los demás ascendientes con prioridad a los hermanos y demás colaterales.

En cambio, la aplicación de nuestro punto de vista general, que acabamos de resumir, nos lleva al siguiente resultado: 1.º El reservista sufrirá las limitaciones dimanantes de las legítimas de sus hijos y las derivadas de la reserva lineal (que, creemos, sólo debe afectarle si, además de su descendencia común al otro ascendiente, tiene, a su vez, otros descendientes no comunes): los bienes reservables se computarán para calcular las legítimas de los hijos comunes, y, en cuanto no queden comprendidos en ellas, el reservista podrá disponer de dichos bienes en beneficio de cualquier reservatario, ya sea hermano o abuelo, sobrino o tío del descendiente (II, § 5.º, núm. 32). 2.º Si el reservista fallece abintestato, sus descendientes serán sus herederos y, como tales, los que sean comunes al mismo y al otro ascendiente recibirán los bienes reservables (II, § 6.º, núm. 34, I). 3.º Si el reservista hubiere dispuesto de los bienes reservados a favor de personas que no reunieren la cualidad de reservatarios, la posibilidad de exigir su reversión corresponderá con prioridad a los hermanos, como integrantes de la parentela del ascendiente inmediato de la línea de la que procedían los bienes, es decir, de la familia en sentido estricto de la cual salieron los bienes al efectuarse el cambio de línea que se trata de corregir.

Tercera cuestión: *Concurrencia de hermanos de vínculo sencillo con abuelo del descendiente.*

Tres subhipótesis de concurrencia pueden plantearse: a) Que los hermanos sean de la línea de donde proceden los bienes por ser hijos del otro ascendiente del que procedían los bienes o hermanos del hermano de quien los recibió el descendiente. b) Que sean de la línea de donde proceden los bienes, pero por otro enlace distinto del ascendiente común; v. gr., en el caso de ser hermanos por parte del ascendiente reservista y no serlo por parte del ascendiente de quien procedían los bienes, pero siendo parientes de la línea de procedencia de los bienes, a saber, por ser hijos de un hermano de ese ascendiente de quien el descendiente obtuvo los bienes, o sea, hermanos por parte del reservista y primos hermanos por parte del ascendiente de quien procedían los

la línea de donde procedían los bienes y los hermanos de doble vínculo o medio hermanos de la parte de donde los bienes proceden.

(860) FERNÁNDEZ SERRANO, *Loc. cit.*, págs. 287 y sigs.

(861) HERNÁNDEZ GIL, *La prelación de órdenes y grados...*, loc. cit., V, y sigs., págs. 7 y sigs.

(862) I, § 1.º, núm. 5, A), págs. 19 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.

bienes. c) Que los medio hermanos lo sean por la parte del reservista y no pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes.

En esta tercera subhipótesis no existe problema de colisión de reservatarios, pues los medio hermanos de línea diferente a la de los bienes tienen la consideración de reservatarios.

De la segunda ya nos hemos ocupado anteriormente al señalar que la pertenencia a la línea y el parentesco de tercer grado con el descendiente constituyen dos requisitos diferentes; de modo que el grado debe contarse a los parientes de la línea por la trayectoria más corta, pero no necesariamente a través de la línea (863). Con ello, *por ser hijos del reservista—a la vez que reservatarios*—quienes sean medio hermanos por parte del reservista y primos hermanos por la línea de procedencia de los bienes, llegamos a los mismos resultados 1.º y 2.º de la anterior cuestión (864). El resultado 3.º, en cambio, tratándose de recuperar unos bienes de los que fueron excluidos por su propio padre, el reservista, es más discutible. Por una parte, los medio hermanos que sean primos por la línea de los bienes, pertenecen a la misma parentela que el abuelo, y en ella, éste, como cabeza de la misma, debe considerarse en primer y preferente lugar. Pero, por otra parte, puede sostenerse que, en igualdad de parentela, debe ser preferido al pariente que menor desviación origine en el derecho común de sucesiones, lo que ocurre con estos medio hermanos, como hijos que son del reservista. Claro que, indiscutiblemente, en lo que el medio hermano tendrá prioridad respecto del abuelo, será para *reclamar* al reservista los bienes reservables que sean precisos para complementar su legítima (865).

La primera subhipótesis plantea la cuestión entre unos parientes del descendiente que no lo son por sangre del reservista. Éste puede legarles libremente, sin distinción, los bienes reservables. Ninguno de ellos puede ser heredero abintestato suyo. Solo les queda, por tanto, el remedio de exigir la reversión lineal y para su ejercicio nos inclinamos por la misma solución expuesta en el resultado 3.º de la cuestión anterior. Es decir, estimamos preferente el hermano del descendiente por la línea de procedencia de los bienes con respecto al abuelo, por ser dichos her-

(863) I, § 4.º, núm. 28, págs. 103 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 725 y sigs.

(864) No fué este criterio el del Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de marzo de 1956, que hemos criticado en I, § 4.º, núm. 27, págs. 99 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 723 y sigs.

(865) El problema de la concurrencia de los medio hermanos del descendiente por parte del reservista y medio primos del mismo por línea de procedencia de los bienes, con el abuelo de esa línea, tiene otra versión al concurrir aquéllos con éstos del descendiente por dicha línea. Este problema se planteó dos veces al Tribunal Supremo y fué resuelto contradictoriamente en las Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 1 de julio de 1955 (ver I, § 4.º, núm. 27, págs. 96 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 721 y sigs.).

manos de la parentela del padre o madre, que es el ascendiente más inmediato de la línea de los bienes, ya que entendemos que la parentela del padre ha de ser preferida a la del abuelo.

Cuarta cuestión: *Concurrencia de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo.*

Con hermanos de doble vínculo pueden concurrir otros que lo sean de vínculo sencillo, ya por parte del padre o madre perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, sea por parte del reservista, o bien, aun siéndolo por parte de este último que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes en otro grado más alejado (v. gr., en cuarto grado, si eran hijos de un hermano del padre, o de una hermana de la madre, de quien procedían los bienes).

Hemos repetido que los medio hermanos por parte del reservista no son reservatarios. Sólo hemos de salvar de esta exclusión a aquellos que, no obstante, pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes.

Enfrentados hermanos de doble vínculo y hermanos sólo por parte del padre o madre de quien procedían los bienes, los autores han propuesto una de estas dos opiniones:

a) Por aplicación del inciso final del § 3.º, artículo 921, y del artículo 949 del Código civil, que los hermanos de doble vínculo recibirán doble porción que los de vínculo sencillo (866).

β) Que la igualdad de grado, al no atenderse a más vínculo que el correspondiente a la línea de procedencia de los bienes (867) y al no tratarse realmente la sucesión entre colaterales (868) debe

(866) SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, F, pág. 352; CADABAL, *Loc. cit.*, pág. 101; ACOSTA INGLETT, *Loc. cit.*, pág. 71; FÉLIX CRUZADO, *Op. cit.*, págs. 484 y sigs., y ENTRENA KLETT, *Loc. cit.*, pág. 213. En especial, ver los razonamientos del tercero de estos autores.

(867) NOVOA SEOANE, *Un supuesto de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.», VII (diciembre 1919), pág. 274: «Si al morir los medio hermanos no existiera la madre de éstos y recayese por ministerio de la ley toda la herencia en los hermanos, sería de aplicar el precepto del artículo citado 949, correspondiendo a los de doble vínculo doble porción que a los otros, porque la sucesión no sería esencialmente lineal, sino meramente ordinaria; pero en la reserva troncal se atiende a la línea, y dentro de ella al grado de parentesco, y es natural que los hermanos y los medio hermanos de aquéllos por parte de padre se hallan entre sí en el mismo grado de parentesco dentro de la línea paterna, y respecto de los bienes reservables de esa línea tendrían iguales derechos.»

CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., págs. 195 y sigs., dice: «En el caso de reserva [los hermanos] no concurren por el vínculo sencillo o doble parentesco, sino por la pertenencia a esa línea especial; si pertenecen, tienen tanto derecho como los otros; si no pertenecen, están excluidos y no concurren.»

(868) ANTONIO MAGRA, *Dictámenes*, vol. IV, dict. núm. 5, págs. 63 y sigs. y en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 144, págs. 9 y sigs.: «Con toda certeza resulta que la transmisión no se verifica por herencia de colaterales hermanos; y con sólo esto queda excluida la norma de reparto que se expresa en el artículo 940. Toda vez que el caso no entra en la excepción, hay que atenderse a la regla general prescripta por el párrafo pri-

determinar que hereden con igualdad por cabezas tanto los hermanos de doble vínculo como los de vínculo sencillo de la línea de procedencia de los bienes.

Nuestra opinión sigue la misma pauta que en los casos anteriores: 1.º) Las masas de cálculo y de extracción de las legítimas de los hijos comunes en la herencia del reservista comprenderán los bienes reservables. 2.º) Con esa salvedad, el reservista podrá disponer de los bienes reservables a favor de cualquier reservatario. 3.º) De morir aquél abintestato le heredarán los bienes reservables exclusivamente sus hijos comunes al otro ascendiente, es decir, los hermanos de doble vínculo del reservista. 4.º) Para reclamar los bienes reservables de que se hubiera dispuesto por el reservista a favor de personas que no sean reservatarios, se hallarán en igualdad de condiciones los hermanos de doble vínculo o los que solamente lo sean por la línea de procedencia de los bienes del descendiente, por ser, unos y otros, de la misma parentela más inmediata a la que pertenecía al descendiente en cuestión, por hallarse en ella en igual posición y estar en idéntico grado de parentesco respecto al mismo.

Concurrentes hermanos de doble vínculo y hermanos sólo por parte del reservista pero pertenecientes por su otro ascendiente a la línea de procedencia de los bienes; es decir si concurren hermanos de doble vínculo con medio hermanos por parte del reservista que sean medio primos por la línea de procedencia de los bienes, tendremos inversamente que: 1.º) Las legítimas de unos y otros en la herencia del reservista deberán computarse con inclusión de los bienes reservados. 2.º) Unos y otros podrán recibir *inter vivos* o *mortis causa* del reservista bienes reservables. 3.º) Unos y otros heredarán abintestato del reservista con igualdad posicional los bienes reservables. 4.º) Para ejercer la reversión frente a extraños, deben ser preferentes los hermanos de doble vínculo, por pertenecer a la parentela del ascendiente de la línea de los bienes más inmediato al descendiente (es decir, de su padre o madre de dicha línea), siendo en cambio de la parentela del abuelo o abuela de esta línea los medio hermanos por parte del reservista y medio primos por la línea de los bienes.

Combinando los resultados de estas dos últimas concurrencias obtendremos los correspondientes al concurso de medio hermanos de la línea de procedencia de los bienes con medio hermanos por parte del reservista que, a la vez, sean medio primos por la línea de procedencia de los bienes. Estos serán legitimarios con derecho a legítima computada con inclusión de los bienes reservables y, en su caso, herederos abintestato del reservista, mientras aquéllos no serán ni lo uno ni lo otro. En cambio, los medio hermanos por la línea de procedencia de los bienes serán prefe-

mero del artículo 921, o sea, la participación por igual de ambos reservatarios» (pág. 73 *Dict.* y pág. 18 «*Rev. Gen. Leg. y Jur.*»).

rentes para exigir la reversión contra extraños por corresponder a la parentela del padre o madre de la línea de los bienes, mientras los otros medio hermanos, sólo primos por la línea de los bienes, corresponden a la parentela del abuelo o abuela de la línea.

También obtendremos, con igual combinación, el resultado de la concurrencia múltiple de unos y otros y esos medio hermanos con los de doble vínculo.

Quinta cuestión: *Concurrencia de sobrinos, hijos de hermano premuerto de la línea de procedencia de los bienes con el abuelo de dicha línea.*

Tanto el principio de proximidad de grado con el descendiente, como el criterio de preferir los órdenes según las reglas de la sucesión intestada del mismo, determinarían la preferencia del abuelo respecto a los sobrinos. En cambio, de admitir el principio de proximidad de grado atenuado por el derecho de representación, quedarían en igualdad los sobrinos y el abuelo. Y si se determinase la preferencia, entre los pariente de tercer grado del descendiente y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, según la proximidad de parentesco con el ascendiente de quien los recibió el descendiente o por el sistema lineal de parentelas: serían preferidos los sobrinos, respectivamente como descendientes del ascendiente de quien procedían los bienes y como integrantes de la parentela del padre o madre de dicha línea por ser preferente esta parentela a la del abuelo o abuela de la misma línea.

Con nuestro criterio—que reiteradamente venimos aplicando—, los sobrinos, en caso de ser hijos de un hermano de doble vínculo premuerto, como nietos del reservista, hijos de hijo premuerto, serían legitimarios, y su legítima habría de ser computada con inclusión de los bienes reservables, y, en su caso, serían herederos abintestato del reservista, con derecho excluyente, respecto los bienes reservados, de sus coherederos que no fueran reservatarios. Y, en fin, fueran o no hijos del reservista, es decir, aunque sólo fuesen hermanos de vínculo sencillo del descendiente por parte del padre o madre de la línea de procedencia de los bienes, deben considerarse como preferentes para exigir la reversión de los bienes reservables de que el reservista hubiera dispuesto a favor de extraños, por ser esos hermanos—tanto los de doble vínculo como los que lo sean sólo por la línea de los bienes—integrantes de la parentela del padre o madre en esa línea de procedencia de los bienes.

Sexta cuestión: *Concurrencia de sobrinos, hijos de hermano premuerto de la línea de procedencia de los bienes con el bisabuelo de dicha línea o y con tíos de la misma.*

El principio de proximidad de grado daría lugar a la igualdad por cabezas de unos y otros. Atenuado este principio por

el derecho de representación serían preferidos los sobrinos. Aplicada la preferencia de órdenes y grados de la sucesión intestada del reservista, el bisabuelo sería preferido a tíos y sobrinos, y los sobrinos a los tíos. Computada la preferencia entre los reservatarios con relación a su posición de orden y grado con el ascendiente de quien el reservista hubo los bienes, serían preferidos los sobrinos como descendientes del mismo. E igual resultado se obtendría aplicando el sistema de parentelas.

Con nuestro repetido criterio las soluciones no diferirían de las obtenidas en la cuestión inmediata anterior.

II) *La preferencia entre los reservatarios para reclamar la reversión de los bienes reservables ¿es meramente prelativa o bien es excluyente de la posibilidad de reclamarlos por los reservatarios no preferentes, aunque los preferentes no los reclamen, hayan renunciado a reclamarlos o fallecieron después que el reservista sin haber intentado su reclamación?*

Paralela a esta cuestión se halla la relativa a si cualquiera de los reservatarios de grado preferente puede pedir la totalidad de los bienes sujetos a reversión, o bien solamente la parte viril que le correspondería en concurrencia con los demás de igual grado. La primera solución, se sobreentiende sin perjuicio de que sus corresponsarios de igual rango puedan reclamar la parte que a ellos les corresponda. Y la segunda solución se estima que ha de ser igualmente aplicada, aunque los demás reservatarios del mismo rango no intenten su correspondiente reclamación.

La Sentencia de 5 de diciembre de 1958 pudo haberse enfrentado con ese problema. Un medio hermano reclamaba la mitad de los bienes considerados como reservables a un hermano de doble vínculo del descendiente; pero, era el caso, que además existían unos sobrinos hijos de otro medio hermano de dicho descendiente. El fallo concedió al medio hermano reclamante la mitad de los bienes reservables, sin atender que en caso de tener los sobrinos, derecho a ellos, sólo le hubiese correspondido una tercera parte y no la mitad. Pero hay que tener presente el limitado campo en que nuestra casación puede moverse. Por eso, el tercer considerando de la Sentencia hace notar: «sin que haya venido al recurso el supuesto solamente aludido en el mismo, de la existencia de los sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, lo que impide el examen de esta cuestión». Ni éstos reclamaron, ni la demandada alegó su existencia para oponerse en parte a la petición de la demandante. Por eso, no se entró a examinar ese posible caso de representación en la reserva lineal, ni el problema —que ahora examinamos— de si un reservatario puede reclamar, cuando los demás no lo reclamen, aquello que por reserva le correspondería si los no reclamantes no existieran (869).

(869) Ver nuestras observaciones a esta Sentencia, en II, § 4.º, número 25, b), y en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 826 y sigs.

En cambio, la Sentencia de 17 de abril de 1956, se enfrentó con la reclamación formulada por unos reservatarios de ulterior grado después de haber renunciado a la reserva los reservatarios de grado preferente. De hecho el fallo rechazó plenamente la reclamación, pero en su tercer considerando, lo fundamentó, en su apreciación de que los reservatarios preferentes para renunciar la reserva hubieron de aceptarla previamente (870). Y, en su cuarto considerando, afirmó que los reservatarios de tercer grado tenían sometido su derecho a la doble condición suspensiva de sobrevivir al reservista y de la premoriencia o repudiación de los reservatarios de segundo grado. Vemos, pues, en el fallo una solución negativa, pero explicada en los considerandos como un supuesto de exclusión de la solución afirmativa—aceptada en el cuarto—por entender que la renuncia en favor del reservista—que en aquel caso fué compensada prácticamente con otra renuncia por parte de éste—supone una aceptación previa de lo renunciado, que implica que no haya verdadera renuncia. Todo lo cual no deja de parecernos artificioso.

Aldecoa, en su Memoria de 1901, como Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (871), al abordar la posibilidad de *ius transmissionis* en la reserva lineal, escribió que «asalta la duda fundadísima de si puede y debe considerarse extinguido para la persona que pudiendo ejercitarlo no lo ejercitó [el derecho de reclamar los bienes reservables, por muerte del reservista], y debe pasar, por lo tanto, no al heredero de esta persona, sino a otra de las llamadas directamente por la ley». La cuestión que tratamos se refleja en las palabras que hemos subrayado. La ausencia de *ius transmissionis*—que luego examinaremos—¿extingue la posibilidad de exigir la reserva en caso de que los reservatarios preferentes hubieren fallecido sin haberla reclamado, o bien dá lugar a que puedan exigirla otros reservatarios menos preferentes, si los hubiere? Más adelante, el mismo Aldecoa, añade que cuando la persona en quien concurrieran las circunstancias requeridas por la ley «no le plugo ejercitarla, no le convino aprovecharse del beneficio o, por consideraciones de familia o por cualquier otra causa, debe entenderse caducado o pasar a otro pariente que reúna aquéllas».

Un análisis cuidadoso del problema nos obliga a examinar todas y cada una de sus posibilidades, que se descomponen en las siguientes:

a) ¿Puede cualquier reservatario exigir la reversión lineal de los bienes reservables de que el reservista hubiera dispuesto a favor de personas no comprendidas en la línea y grado precisados

(870) II, § 4.º, núm. 25, b), y II-1 y en AN. DER. CIV., XII-III, pág. 829.

(871) Este párrafo de ALDECOA lo transcribe SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, VI-II, núm. 142, nota de la pág. 1017.

en el artículo 811, y puede reclamarlos totalmente, aunque hubieren otros reservatarios preferentes o, por lo menos, de igual rango?

b) ¿Podrá exigirla íntegramente cualquier reservatario sólo en el caso de que tanto los más preferentes como de igual rango hayan renunciado a exigir dicha reversión?

c) ¿Se reducirá esa posibilidad de ejercicio por los reservatarios de rango ulterior al supuesto de que los preferentes hubieren fallecido sin haber podido intentarla?; y la posibilidad de ser exigida en su totalidad por cualquiera de los reservatarios de igual rango, ¿se limitará a los casos en que los demás hubiesen muerto sin haber podido entablar esa reclamación?

Entendemos que *la cuestión a)* debe ser contestada negativamente, por las siguientes razones:

1.º Supondría la existencia de una solidaridad activa entre todos los reservatarios para la reclamación de los bienes reservables a quien los detentare—sin perjuicio de la prioridad, o en su caso de la concurrencia proporcional, que en la relación interna entre los reservatarios pudiera existir—. Y la solidaridad no se puede presumir, pues tal presunción es excluida en el apartado 2.º del artículo 1.137 del Código civil.

2.º Prácticamente daría lugar a una serie de reclamaciones que resultarían inútiles, pues la ulterior reclamación de otro reservatario más preferente inutilizaría el resultado favorable de las verificadas previamente por los reservatarios menos preferentes. Y esto iría no sólo contra el principio de economía procesal sino, además, contra la misma seguridad jurídica.

3.º Presupondría que la prioridad entre los reservatarios no es excluyente, siendo así que —como en seguida recordaremos—la plena eficacia, extintiva de la reserva, de la renuncia hecha por los reservatarios preferentes, demuestra palmariamente la exclusividad que éstos tienen a su ejercicio y la consiguiente exclusión de los demás.

Para estudiar de *la cuestión b)*, debemos comenzar por repasar lo dicho al tratar del efecto liberatorio de la renuncia de los reservatarios.

Allí, ocupándonos de la renuncia a la reserva verificada en vida del reservista por los reservatarios preferentes (872), concluimos que: «La renuncia o remisión otorgada al reservista por los reservatarios preferentes debe entenderse como liberatoria de aquél 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 atribuya este último sentido; que no hay base para presumir—».

Y, al ocuparnos de la renuncia a la reserva otorgada sólo por alguno de los reservatarios de igual rango—concretamente de la

(872) II, § 4.º, núm. 25, b), 3, al final en AN, DER. CIV. últ. cit., pág. 824.

verificada en la reserva viudal por alguno pero no a todos los hijos comunes (873)—, afirmamos que: «la renuncia a 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 actos del mismo [reservista] que la hubieran 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...» «los hijos renunciantes no podrán, y sí, en cambio, los otros..., 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».

Ahora, el problema lo enfocamos hacia el supuesto de renuncia verificada *después del fallecimiento del reservista*. Pero, debemos mantener la distinción entre *renunciar a exigir la reversión lineal para cumplimiento de la reserva incumplida por el reservista y renunciar a los bienes reservables que por sucesión testada o intestada del reservista recaigan en el reservatario renunciante* (874). La renuncia a exigir el cumplimiento de la reserva puede concretarse: *α*) A que un heredero del reservista, que tenga la condición de reservatario, renuncie a imponer a sus coherederos, que no tengan dicha cualidad, su derecho a excluirles totalmente de los bienes reservables. *β*) A que un heredero abintestato de rango subsidiario renuncie a exigir los bienes reservables que le correspondan por la especial *successio graduum et ordinum* (que expusimos en II, § 6.º, 34, II). *γ*) A que un reservatario preferente para el ejercicio de la acción de reversión lineal, renuncie a

(873) II, §, 4.º, núm. 25, c)4 en AN. DER. CIV. últ. cit., págs. 831 y sigs. Notemos que la renuncia a los bienes que hecha durante la vida del reservista hubiese sido una renuncia a herencia futura; muerto éste puede ser renunciada, con independencia de que el renunciante a la reserva acepte la herencia. De modo que hecha antes resulta vedada por el artículo 991 del Código civil; la hecha después puede estar prohibida por el 990, salvo que se halle comprendida la autorización de los artículos 833 y 890. En cambio, la renuncia a ejercitar la acción de reversión, antes o después de fallecer el reservista no choca con prohibición alguna.

(874) La prelación excluyente del reservatario de mejor condición elimina el derecho de los demás. Pero así como—y eso luego lo discutiremos— el carácter personalísimo de la cualidad de reservatario impide la cesión a personas extrañas del derecho a exigir la reversión de los bienes reservables, en cambio, autoriza esa cesión si el cesionario cumple los requisitos de ser pariente dentro del tercer grado del descendiente y de pertenecer a la línea de procedencia de los bienes reservados, porque cualquier persona que reúna estas circunstancias tiene *in potentia* esa cualidad personalísima de reservatario y, por ende, es apto para alcanzar la *in actu*. Las razones que determinan la intransmisibilidad de la acción de reversión lineal a quien sea extraño a la reserva, no juegan cuando el cesionario reúne los requisitos del inciso final del artículo 811. Siendo así, no puede existir obstáculo para que el reservatario preferente pueda renunciar al ejercicio de su acción en beneficio de otro de rango secundario o de un correservatario de igual rango.

actuarla para recuperar los bienes reservables de que el reservista hubiera dispuesto en favor de personas que no estén incluidas en la línea y grado determinados en el artículo 811 del Código civil.

Creemos que, ante todo, y en cualquier caso, habrá que distinguir quién es el destinatario de la renuncia: Otorgada en beneficio de los derechohabientes del reservista, extinguirá la acción de reversión que competía al renunciante, y ya no la podrá ejercitar ningún corresponsatario suyo, ni los reservatarios subsidiarios. Verificada en beneficio de éstos, en cambio, la acción de reversión del renunciante no se extingue, sino que acrece a sus corresponsatarios o, en defecto de éstos, a los reservatarios de rango subsiguiente.

Pero, si al renunciar a ejercitar la reversión lineal no se expresa en beneficio de quién se otorga: ¿Qué efectos producirá esta renuncia? ¿En beneficio de quién redundará?

No nos ofrece duda que la reserva se establece genéricamente en el artículo 811 a favor de los parientes incluidos en su último inciso. Todos en potencia son reservatarios. Pero, tampoco hemos vacilado en opinar, que los reservatarios que al fallecer el reservista resulten preferentes excluyen a los demás. Sólo ellos son reservistas *in actu*. Por eso, el poder jurídico que compete a aquéllos para reclamar los bienes reservables—exclusivo ya, una vez llegado el instante de su ejercicio—pueden declinarlo tanto en beneficio del sujeto pasivo de su acción, como permitiendo que sea ejercitado por aquellos otros reservatarios que por la prioridad del renunciante quedaban excluidos. Ahora bien, en la duda, cuando la renuncia se haya hecho en términos abstractos, nos parece que el beneficiado con ella debe ser el sujeto pasivo de la acción, con mejor razón que los otros posibles reservatarios—pues quedaron excluidos total o parcialmente por la prioridad del reservatario preferente—, a no ser que el renunciante haya abdicado expresamente a favor de éstos el ejercicio de su acción para recuperar dichos bienes (875). En la duda—repetimos—creemos que el efecto liberatorio ha de preferirse al efecto traslativo.

Quienes dogmáticamente configuran la reserva como un legado legal condicionado—luego discutiremos esa calificación—, tal vez, en contra de lo dicho, aduzcan lo dispuesto en el artículo 888 del Código civil: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer». En la reserva, hay siempre—arguirán—sustitución legal del reservatario de rango preferente por los de rango subsiguiente y derecho de acrecer entre los de igual rango.

Pero—aun sin discutir la aplicación analógica basada en una

(875) II, § 4.º, núm. 25, b), §, al final, y en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 823 y sigs.

equiparación dogmática que no compartimos—creemos que hay un error de percepción en dicha apreciación.

Hay sí una atribución legal determinable *inter alteris* en el momento de fallecer el reservista. Pero no hay una verdadera sustitución, porque existe un rango excluyente entre los presuntos reservatarios. Esta prelación da la sensación de una sustitución de los más preferentes por los demás. Pero, no hay más que una indeterminación subjetiva que queda aclarada en el momento de consumarse la reserva. Por eso, no es consecuencia necesaria, ni siquiera dogmáticamente, que aquélla continúe después de nacido el derecho a ejercitar la reserva. Entonces la indeterminación ha concluído.

Pende, en vida del reservista, la posibilidad de que el ejercicio preferente de la reclamación lineal se concrete en mayor o menor número de personas. Esta posibilidad, vista aisladamente, puede dar la sensación de que existe derecho de acrecer. Pero la posibilidad inversa de que al faltar el reservista hayan varios reservatarios con el mismo rango preferente, no demuestra que también en este caso de concurrencia simultánea haya un problema de indeterminación subjetiva, correspondiente al verdadero derecho de acrecer, ya que no es necesario que dicha incertidumbre se prolongue después de fallecido el reservista hasta el momento de ejercitarse la reclamación del cumplimiento de la reserva.

Llegamos, anteriormente, a la conclusión de que: la renuncia al ejercicio de la reserva verificada en vida del reservista por los reservatarios de rango preferente, era siempre eficaz para liberar de la reserva al reservista y, por ende, a sus herederos, siempre y cuando los renunciantes, al morir éste, conservaren ese rango preferente, que entonces se transforma en excluyente. Siendo éste el efecto de la renuncia verificada antes de consumarse la reserva, con mayor razón, la renuncia que se realice después de llegado el momento de consolidar esa preferencia excluyente para ejercitar su acción de reversión lineal, debe tener efecto liberatorio de la reserva para los herederos del reservista.

¿Vale este argumento de *minus ad maius*, igualmente para el supuesto de renuncia por uno de los corresponsarios de idéntico rango? Antes (876), hemos aludido al acrecimiento o no decrecimiento que, en caso de renuncia en vida del reservista por alguno de los hijos comunes, se produce a favor de los demás, según Manresa, Scaevola, Morell, Valverde y Roca Sastre, así como de las dudas al respecto de De Buen. Entonces, observamos que la renuncia a la reserva en vida del reservista no significa la renuncia a heredar los bienes reservables, sino a exigir que las disposiciones del reservista se atengan a los límites de la reserva, concretada—en la reserva del 811—en la renuncia a exigir después de fallecer el reservista, la reversión lineal de los bienes de que

(876) Ver notas 510 a 515, loc. cit. en la nota anterior.

éste hubiera dispuesto en contravención de su obligación de reservar. Ahora, tratamos de la renuncia a esa misma acción de reversión verificada después de fallecido el reservista, es decir, una vez consumada la reserva. *En este instante el derecho a pedir la reversión ya ha dejado de corresponder globalmente a la entidad formada por los hipotéticos reservatarios y se ha concretado en determinados favorecidos y para cada uno en una determinada proporción.* Por lo tanto, *no vemos razón necesaria para que actúe en la reserva consumada el no decrecimiento,* entendido por Roca Sastre para la hipótesis de reserva pendiente, y, menos aún, *el acrecimiento propiamente dicho.*

La cuestión c) se enfrenta a un caso en que no ha habido renuncia expresa, pero tampoco ejercicio del derecho a exigir la reserva lineal. ¿Equivale a una renuncia esta falta de ejercicio? ¿*Quid* es el caso de fallecimiento de un reservatario ocurrido sin oportunidad para haber ejercitado antes la acción para recuperar los bienes reservables dispuestos indebidamente por el reservista?

A juicio nuestro, las respuestas a las dos preguntas que acabamos de formular pueden no ser idénticas. Pero, de una y otra, nos deberemos ocupar seguidamente al tratar del carácter personalísimo de la acción de reversión lineal.

37. *Carácter personalísimo del derecho de los reservatarios a reclamar la reversión de los bienes dispuestos por el reservista en contravención de su obligación de reservar.*

El carácter personalísimo del beneficio de la reserva ha sido reiteradamente afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por primera vez, la Sentencia de 16 de diciembre de 1892 afirmó que se trataba de un *«derecho o beneficio personalísimo»*, como punto de apoyo para rechazar la extensión de la reserva a un primo del descendiente en representación de su madre, tía de dicho descendiente.

La Sentencia de 16 de enero de 1901, rechazó la aplicación al *ius transmissionis* a la reserva lineal, esgrimiendo como razón que ésta: «constituye un beneficio otorgado por consideraciones familiares exclusivamente a favor de determinadas personas» (Primer considerando); que sólo puede ejercitarse por quien reúna las condiciones exigidas en el artículo 811 (Segundo considerando), y es *derecho de carácter personalísimo.*

La Sentencia de 8 de noviembre de 1906 insistió, para rechazar la aplicabilidad de los derechos de representación o transmisión a favor del hijo de una tía reservataria, en que ese *«beneficio o derecho de carácter personalísimo* sólo pueden ejercitarlo aquéllos a cuyo favor lo ha establecido la ley de modo taxativo» y de que se trata de «un beneficio concedido exclusivamente en favor de determinadas personas».

La Sentencia de 27 de enero de 1909 reitera que se trata de un *derecho o beneficio personalísimo*, que «sólo puede ejercitarlo la persona en quien concurren las circunstancias que en él se determinan y no otra alguna aunque invoque el carácter de causahabiente de aquél que no lo ejercitó si, a su vez, no reúne las condiciones requeridas por la ley».

Sólo de pasada invocó ese carácter personalísimo la Sentencia de 4 de mayo de 1910.

En la Sentencia de 30 de diciembre de 1912 se consideró que «siendo *únicamente* las personas que reúnan dichas circunstancias, es decir, las que se hallen en tercer grado de parentesco, *las que pueden ejercitar y obtener el derecho de reserva, el cual no lo transmiten a sus herederos o causahabientes...*».

La Sentencia de 2 de enero de 1929, al fallar que el derecho a los bienes reservables no se extingue si el reservatario fallece habiéndolos reclamado, v.gr.—como había ocurrido en aquel caso—instando el acto de conciliación, indicó que «lo que se ha tratado de evitar es que las personas que no reúnan los requisitos exigidos por la ley, puedan pedir los bienes reservables, pero no el que una vez pedidos por quien a ellos tiene derecho, sus herederos o continuadores no puedan hacerlos efectivos, siendo éste el sentido que debe entenderse la *cualidad de personalísimo*, atribuída al derecho a tales bienes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

De pasada afirmó la Sentencia de 12 de diciembre de 1945 que «constituye tan sólo un beneficio otorgado por consideraciones familiares *exclusivamente a favor de determinadas personas*».

Pocos meses antes, la Sentencia de 14 de junio de 1945, había desvirtuado en buena parte esa reiterada calificación, pues al aludir a su expresión por las Sentencias de 16 de enero de 1901, 9 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912 y 11 de marzo de 1927, afirmó que el carácter de derecho o beneficio personalísimo de la reserva por el que sólo pueden reclamar los bienes personas a cuyo favor se estableció, «no impide, en cambio, una vez adquirido por persona que se encuentre en él (y la adquisición se produce *ope legis* por muerte del reservista), pueda adquirirlos su inmediato sucesor, no por la virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio de su causante; solución que realmente se concibe sin agravio del carácter personalísimo del derecho, textos que, de otro modo interpretados estarían en abierta e inexplicable oposición».

La Memoria del Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1901, José de Aldecoa (877), que entonces presidía, se apoyó en la naturaleza especialísima de la reserva; su alcance y trascendencia, la intención y objeto que el legislador se propu-

(877) Ver los textos de esta Memoria de ALDECOA que transcribe SÁNCHEZ ROMÁN, en nota de las págs. 1017 y sigs., *Op. cit.*, VI-II.

so al establecerlo, las condiciones restrictivas que le rodean por las consecuencias contradictorias con dicha intención que produciría su aplicación extensiva, para deducir que «no es ni más ni menos que un beneficio otorgado a determinados parientes de carácter personalísimo, ya que es menester que en estos parientes concurren determinadas circunstancias, y, puesto que tiene este carácter, no cabe suponer que si no se ha instado su realización por quien pudo hacerlo legalmente, pueda luego un tercero, sin condiciones legales venir a reclamarla a título de representación o sucesión, no tratándose, como no se trata, de uno de tantos derechos comunes u ordinarios, sino de un derecho que, por las condiciones especialísimas de su regulación, hay que entender que el legislador no quiso que en ningún caso pudiese ser ejercitado sino por la persona en quien concurrieran las circunstancias requeridas por la ley, y que, consiguientemente, cuando a ésta no le plugo ejercitarle, no le convino aprovecharse del beneficio, o por consideraciones de familia o por cualquier otra causa, debe entenderse caducado, o pasar a otro pariente que reúna aquéllas».

Como se puede ver, la Memoria de 1901 concuerda con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada de sus sentencias comprendidas entre las de 16 de diciembre de 1892 y 2 de enero de 1929, y, en cambio, no está de acuerdo con la interpretación formulada en el segundo considerando de la Sentencia de 14 de junio de 1945.

Son llamados *personalísimos* los derechos intransmisibles en cuanto inseparables de su titular (878). Esa inseparabilidad puede referirse únicamente a la *alienabilidad* o a la *heredabilidad* o bien comprender ambos efectos. Rechazamos antes (879) la afirmación de Roca Sastre (880), de que el derecho a la reserva no es un derecho «subjetivado o personalísimo» sino un derecho «subjetivamente real». Ahora, nos interesa observar que la no heredabilidad de los derechos personalísimos presenta algunos matices de excepción. Es conveniente repasarlos en el texto del Código civil:

El artículo 112 admite tres supuestos excepcionales en que los herederos del marido pueden impugnar la legitimidad de un hijo atribuido a aquél. A saber: si el marido hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo señalado a su ejercicio; si muriese después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella, y si el hijo nació después de la muerte del marido.

El artículo 118, acepta que la acción competente al hijo durante toda su vida para reclamar su legitimidad, sólo se transmitirá a sus herederos si falleciere en la menor edad o en estado de demencia.

(878) Véase CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, 8.ª ed., I-II, § XIII, IV, 2, pág. 24.

(879) II, § 4.º, 26, posición negativa, arg. 4.º, en AN. DER. CIV., XII, III, págs. 844 y sigs.

(880) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., pág. 323.

El artículo 653, al disponer que la acción de revocación por ingratitud del donatario no se transmitirá a los herederos del donante, «si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado», *sensu contrario*, indica que se transmite si el donante falleciere sin haber podido ejercitarla.

Estas constataciones nos obligan a afinar particularmente el examen de la calificación que debe asignarse al derecho de los reservatarios a reclamar los bienes dispuestos por el reservista en contravención del artículo 811.

Pero tal calificación no responde sino al reflejo sintético de la proyección concreta de los fines de la reserva lineal a los problemas de aplicar a la misma los derechos de representación y transmisión y determinar la transmisibilidad *inter vivos*, después de muerto el reservista, de la acción que para exigir la reversión lineal correspondiere al reservatario preferente. Examinaremos los tres sucesivamente.

38. Actuación y límites del derecho de representación respecto los bienes reservables.

Llegamos a una de las cuestiones que más literatura jurídica en torno al 811 ha suscitado. También el Tribunal Supremo ha tenido que preocuparse de ella. A veces la ha aludido en sus *considerandos* a pesar de no tratar propiamente de supuestos de verdadera representación. En otras ocasiones sus fallos han resuelto auténticos problemas de esa especie.

Han tratado de la existencia o no del derecho de representación entre reservatarios las Sentencias de 16 de diciembre de 1892, 8 de noviembre de 1906, 11 de marzo de 1927 y 14 de junio de 1945.

La de 16 de diciembre de 1892 contempló un supuesto en que se reclamaba para un primo hermano que—con arreglo al art. 811 del C. c.—la madre del descendiente le reservara los bienes que ella había heredado abintestato de éste procedentes del padre del mismo (tío del actor). Invocado en el recurso el derecho de representación, que colocaría al primo hermano en el lugar de su madre—tía del descendiente—, rechazó esta alegación el considerando segundo, «porque constituyendo la reserva de bienes un derecho o beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esto materia de interpretación restrictiva la representación establecida en los artículos 924 y 925 del Código civil».

La Sentencia de 8 de noviembre de 1906 se halló también ante una reclamación de los pretendidos bienes reservables por un primo hermano del descendiente. Alegada en casación la infracción del artículo 925 del Código civil, fué rechazada, arguyendo el segundo considerando razones casi iguales a las expresadas en la Sentencia de 1892, y, además, «que, según dicho artículo, la

representación sólo alcanza en la línea colateral a los hijos de hermanos, circunstancia que no concurre con D. G. de A., por ser hijo de un tío de doña P [la descendiente] y tratarse de la sucesión de ésta).

La Sentencia de 11 de marzo de 1927 se enfrentó con un supuesto algo más complejo. Unos abuelos, pretendidos reservistas, vendieron sus derechos a la herencia de su nieto a varias personas, entre ellas un tercio por mitad al actor del pleito y al padre de los demandados. Por parte de éstos se alegó que el demandante no tenía derecho alguno a los bienes que reclamaba porque eran reservables y los habían comprado a un reservista que como tal no podía enajenarlos. Pero, el Tribunal Supremo entendió que no cabía invocar la reserva lineal, pues no quedaba pariente alguno del descendiente que reuniera los requisitos de línea y grado determinados en el art. 811, pues sólo vivían hijos de dos tías, que tendrían que apoyar su derecho a la reserva, parte en el hecho de representación y parte en el de transmisión de las respectivas madres, si esos derechos se diesen en la reserva. Y recordó que, «según constante doctrina de este Tribunal, el derecho de representación no tiene lugar en esta reserva del artículo 811».

En el caso visto por la Sentencia de 14 de junio de 1945, reclamaba también una prima hermana del descendiente, pero no se trataba propiamente de un supuesto de derecho de representación sino de derecho de transmisión, que en la parte final del segundo considerando es admitido («no impide... que, una vez adquirido por persona que se encuentre en él... pueda adquirirlos su inmediato sucesor, no por la virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio del causante»). A pesar de ello y de que no se dió lugar a la reserva, por estimar el Tribunal Supremo, que había habido una previa renuncia en transacción, no obstante su Ponente, don Manuel de la Plaza, aprovechó el segundo considerando para aportar en favor de la aplicación del derecho de representación los argumentos siguientes:

1.º «La consideración de que el derecho de representación a que aluden los artículos 921 y siguientes del Código civil forma parte del derecho común de sucesiones y es, por tanto, aplicable a la intestada.»

2.º «La de que, sobre esta base, las disposiciones del artículo 973, a cuyo tenor, en los bienes sujetos a reserva, el descendiente ha de heredar «conforme las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente», son aplicables a la reserva lineal contemplada por el artículo 811, tal como han declarado, refiriéndose a los 974, 975, 977 y 978, las Sentencias de 8 de noviembre de 1894, 30 de diciembre de 1897 y 6 de julio de 1916.»

3.º «La de que, lejos de contradecirse y oponerse el régimen de representación y el de la reserva, nada obsta ni lógica ni jurídicamente, a que se concuerden y armonicen para el logro de la finalidad que el instituto de la reserva persigue, siempre que no

se quebrante el principio rector de la limitación, ni se pretenda extenderla abusivamente más allá de lo que consiente el número de grados y llamamientos establecidos por el legislador.»

É indica el siguiente argumento—referido especialmente al derecho de transmisión—que «el artículo veda, explicablemente, que el derecho a la reserva pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado que el propio artículo determina por obra de la representación».

Finalmente, la Sentencia de 8 de junio de 1954, de un modo incidental en su cuarto considerando, dejó «a salvo, en su caso, el derecho de representación en línea colateral dentro del tercer grado».

En resumen, tenemos tres Sentencias que rechuzan la aplicación del derecho de representación en beneficio de los primos del descendiente, y no admiten que, en virtud del mismo, éstos pudieran colocarse en el grado de sus representados, tíos del descendiente. Otra Sentencia, que no resuelve ningún supuesto de representación, pero que, en uno de sus considerandos, razona su admisibilidad en la reserva lineal siempre que con su aplicación no se favorezca a parientes del descendiente más alejados del tercer grado. Y otra que, incidentalmente, declaró la aplicación de esas doctrinas, que beneficiaría en su supuesto a los sobrinos, hijos de hermanos del descendiente. Pero esa última hipótesis no se ha planteado realmente en casación. Pudo haberlo sido en la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, en la que discutían un hermano de vínculo sencillo y otro de doble vínculo del descendiente y existían, además, unos sobrinos, hijos de otro hermano premuerto, todos de la línea de procedencia de los bienes. Sin embargo, su tercer considerando, al final del mismo, hizo la siguiente salvedad: «sin que haya venido al recurso el supuesto solamente aludido en el mismo, de la existencia de los sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, lo que impide su examen en esta sentencia».

Aldecoa, en su antes citada Memoria de 1901, refiriéndose a la Sentencia de 10 de diciembre de 1892, dijo que «este Tribunal hubo de declarar que la representación no daba capacidad al representante para el objeto de colocarse en el grado del representado, estimando para hacer esta declaración, el carácter especialísimo de este derecho de reserva de aplicación restrictiva y la diferencia que existía entre el mismo y los demás a que se refiere el artículo 924 del Código».

La doctrina aparece dividida:

a) Negaron la aplicabilidad del derecho de representación a la reserva lineal—además de Aldecoa—Manresa (88r), Scaevola

(88r) MANRESA, *Comentarios...*, vol. VI, art. 811, I, D, Tercera cuestión, págs. 277 a 379.

(882), Morell (883), Ramos (884), Sánchez Román (885), Valverde Valverde (886), Clemente de Diego (887).

La argumentación en que se apoya esa doctrina negativa, destaca el carácter singularísimo de la reserva, que se trata de una materia de interpretación restrictiva, en beneficio exclusivo de determinados parientes con carácter personalísimo. Por todo lo cual, concluye que para la aplicación del derecho de representación a ese supuesto excepcional sería preciso que la ley lo hubiera establecido expresamente.

Manresa arguye, además, que mientras en la reserva viudal el derecho de representación resulta plenamente aplicable, «en el artículo 811 ese fundamento no es suficiente, porque sólo limitadísimamente es susceptible de aplicación», y, ese «desigual resultado prueba que el derecho de representación nada resuelve en el sentido que se busca, dentro de la reserva del artículo 811». Y Morell rechaza su aplicación, también, porque produciría el efecto de traspasar el límite marcado por la ley. Razón que parece indicar que, este comentarista, por considerar que el derecho de representación no es totalmente aplicable a la reserva lineal, deduce que tampoco debe aplicarse parcialmente (888).

b) Lozano Sicilia (889), que como es sabido limita el beneficio de la reserva en favor de los descendientes comunes del ascendiente reservista y del otro ascendiente de quien procedan los bienes, admite ilimitadamente el derecho de representación en la línea descendente común de ambos, aun tratándose de bienes sujetos a la reserva del artículo 811. Es decir, lo aplica en beneficio de los sobrinos del descendiente y de los demás descendientes de sus hermanos de doble vínculo, alcanzando no sólo los nietos, sino también a biznietos, tataranietos, etc. del reservista, quienes en representación del hijo del reservista ocupan—con este criterio—

(882) SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, F, e), págs. 349 a 351.

(883) MORRELL Y TERRY, *Reserva creada por el artículo 811 del Código civil*, en «Estudios...», pág. 304, y en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. IV, arts. 191 a 199, B, pág. 400.

(884) RAFAEL RAMOS, *Op. vol. y cap. cit.*, núm. 13, págs. 56 y sigs.

(885) SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, VI-II, núm. 142, págs. 1016 y sigs.

(886) VALVERDE VALVERDE, *Op. y vol. cit.*, cap. X, art. 811, pág. 230.

(887) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., Lec. 88, págs. 196 y sigs.; *El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811*, en «Rev. Der. Priv.», XIV (febrero 1927), págs. 61 y sigs., y *Dictámenes...* vol. cit., dicts. 43 y 44, págs. 505 y sigs. Notemos que DE DIEGO, en el último de los citados dictámenes—según él mismo escribió—, «no deja de considerar la fuerza de los argumentos que en contra han sido sostenidos por otros autores», razón por la cual se propuso una fórmula transaccional.

(888) Esas son las interpretaciones que deducimos del contexto de los razonamientos de MANRESA y MORELL (locs. últ. cit.), contrarias a las deducciones que algunos autores quieren inducir de algunas frases que examinan aislandolas de las demás y del hilo lógico de la argumentación de ambos autores. Recomendamos su lectura íntegra y detenida.

(889) LOZANO SICILIA, *Op. cit.*, págs. 184 y sigs.

el segundo grado de parentesco del descendiente del 811. A su juicio, es de aplicación del artículo 933 del Código civil, según el cual «los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales». La analogía con la reserva viudal—mayor aún bajo su criterio—lleva a igual resultado.

Antonio Maura (890), aunque no limitó la reserva a los descendientes comunes, pues la aplicó de acuerdo con la doctrina común, en cambio, entendió que los reservatarios que fuesen descendientes comunes de ambos ascendientes heredaban del reservista los bienes reservables, y estimó, por lo tanto, aplicable el derecho de representación en la línea descendente del ascendiente reservista dentro de los límites marcados en el artículo 811. Aplicó el artículo 834 del Código civil y, en consecuencia, dictaminó que los nietos del reservista, hijos de hermano del descendiente, excluyen a los tíos carnales de éste.

c) La aplicación del derecho de representación a la reserva lineal dentro de los límites del tercer grado, ya fué defendida en 1897 por A. Charrín (891), en 1905 por Díaz Cobeña (892), en 1908 por Acosta Inglott (893), en 1919 por Novoa Seoane (894). Por lo cual, entendieron que los sobrinos del descendiente son preferidos a los tíos de éste, y que siendo hijos de hermano premuerto, en su representación, concurren con los demás hermanos del mismo. Luego, este criterio fué defendido por De Buen (895). La Cueva y Donoso (896) fué su más ardiente defensor, generalizándose después esta tesis, que han apoyado Escobar de la Riva (897), Castán Tobeñas (898), Motta Monreal (899), y aceptado Gómez Morán (900), Royo Martínez (901), Roca Sastre (902), Entrena Klett (903), Docavo (904).

(890) ANTONIO MAURA, *Dictámenes...*, vol. cit., dicts. 6 y 7, págs. 98 y sigs. y 105 y sigs.

(891) A. CHARRÍN, ¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de los bienes reservables con arreglo al artículo lo 811 del Código civil?, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 91, págs. 430 y sigs.

(892) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, Dict. XV, C (Madrid, febrero 1905), pág. 236.

(893) ACOSTA INGLOTT, *Loc. cit.*, págs. 69 y sigs.

(894) NOVOA SEOANE, *Loc. cit.*, pág. 373.

(895) DE BUEN, *Notas al Colón y Capitán*, vol. cit., págs. 396 y sigs.

(896) DE LA CUEVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811*, págs. 71 y sigs. y 273 y sigs.

(897) ESCOBAR DE LA RIVA, *Loc. cit.*, págs. 9 y sigs.

(898) CASTÁN TOBEÑAS, *El derecho de representación en la sucesión lineal...*, en «Rev. Der. Priv.», XXIV, págs. 205 y sigs.

(899) CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Loc. cit.*, págs. 102 y sigs.

(900) GÓMEZ MORÁN, *Loc. cit.*, pág. 79.

(901) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 213.

(902) ROCA SASTRE, *Notas al Kibb*, vol. cit., § 4.º, 2, pág. 43.

(903) ENTRENA KLETT, *Loc. cit.*, págs. 213 y sigs.

Los argumentos esgrimidos a favor de la aplicación del derecho de representación en los términos expresados en la reserva del artículo 811, fundamentalmente son:

1.º Que el derecho de representación forma parte del derecho común de sucesiones con el que debe integrarse la norma del artículo 811.

2.º Que si se aplica el principio de proximidad de grado en virtud del artículo 921 del Código civil, debe serlo con la salvedad, que el mismo expresa, del derecho de representación, y si se aplican las reglas de la sucesión intestada del descendiente, entre los parientes de la línea y grado determinados en el artículo 811, no podrá prescindirse de los artículos 924 y 925 del Código civil.

3.º Que el artículo 973 al hacer, para la reserva clásica, una llamada a «las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente», naturalmente engloba el derecho de representación como una de las piezas básicas de dicha sucesión, y que esta solución debe trasladarse por analogía a la nueva reserva creada en el artículo 811.

4.º Que el derecho de representación no se contrapone a la finalidad perseguida con la reserva del artículo 811, pues: No contradice su carácter personalísimo, ya que la representación no supone transmisión alguna (cosa que han olvidado algunos fallos que confunden el derecho de representación y el de transmisión). Ni atenta al sentido restrictivo ceñido a su *ratio* singular con que debe interpretarse, mientras el derecho a la reserva no se extienda a personas no incluidas en el ámbito del tercer grado de parentesco con el descendiente. Motta (906) ha subrayado que esa extensión no puede darse tratándose de la sucesión de un descendiente sin descendencia, ya que, al no darse la representación en la línea ascendente y por no favorecer en la colateral más que a los hijos de hermanos, sólo a favor de éstos podría actuar la representación a la reserva lineal y éstos se hallan en tercer grado de parentesco.

Esa concreción de los posibles beneficiarios de la aplicación del derecho de representación en la reserva lineal, no la han visto clara todos los autores. Así, Fernández Serrano (906), para defender la prioridad de los hermanos del descendiente, frente a sus abuelos, ha dicho que aquéllos se colocan por derecho de representación en el lugar del padre o madre del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, y que así se hallan en primer grado de parentesco, preferente al segundo en que se encuentran los abuelos. Mucho antes Díaz Cobeña (907) tuvo que contestar negativamente a la pregunta de si los tíos del descen-

(904) MANUEL DOCAVÓ NUÑEZ, *Las reservas*, en «Rev. Grad. de Der.», XV (junio 1959), pág. 518.

(905) MOTTA, *Loc. cit.*, págs. 104 y sigs.

(906) FERNÁNDEZ SERRANO, *Loc. cit.*, pág. 287.

(907) DÍAZ COBEÑA, *Op. y dict. últ. cit.*, págs. 235 y sigs.

diente podían representar a los abuelos de éste, colocándose así en segundo grado de parentesco lineal.

Este último autor, también limitó la posibilidad de la representación en el artículo 811, aplicándola solamente a favor de los sobrinos hijos de hermanos premuertos del descendiente, tanto si concurrieran con otros hermanos, como si con ellos no entrase a suceder hermano alguno del descendiente. A su juicio: «El derecho de representación en favor de los sobrinos, hijos de hermanos del causante de la sucesión, no está limitado por la ley al caso de que concurren a ella con sus tíos carnales, o sea, con otros hermanos del mismo causante, sino que se les otorga en general y sin consideración a tal circunstancia, como lo demuestra el texto del párrafo segundo del artículo 925 del Código civil...», pues, «según resulta de la lectura del párrafo 2.º del artículo 925 del Código..., ese derecho se otorga a los hijos de hermano siempre y sin relación con el parentesco de los demás colaterales que concurren a la herencia». Además, no halla razón ninguna en contra, «filosófica ni moral, porque no puede haberla ciertamente para hacer de peor condición a los sobrinos cuando concurren con tíos del causante, parientes de tercer grado, que cuando concurren con hermanos que están en el segundo».

En cambio, contesta negativamente a la pregunta de si cabe esta representación en los tíos carnales que, colocándose en el lugar de sus padres, resultan situados en el puesto de los abuelos del causantes, y por lo tanto, como éstos, en segundo grado. Tres argumentos aduce Díaz Cobeña en defensa de su negativa: 1.º, «porque según el citado párrafo segundo del artículo 925, en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos, y lo que en ella [en la consulta] se indica es hacerla extensiva a los hermanos de los padres, con infracción manifiesta del recordado precepto»; 2.º, «porque el párrafo primero de dicho artículo prohíbe terminantemente la representación en la línea ascendente, y esto sería, sin embargo, lo que se hiciere colocando a los tíos del causante en lugar de los abuelos», y 3.º, «porque el derecho de representación... permite al que lo disfruta ocupar un grado más próximo de parentesco con relación al causante de la herencia, pero no cambiar la naturaleza del mismo llevando al agraciado de la línea colateral, a la que pertenece en su calidad de tío, a la línea recta ascendente de que forma parte el abuelo».

Aún añade, Díaz Cobeña, que: «Si esto fuese posible, llevaría como consecuencia indeclinable la exclusión forzosa de todos los colaterales, incluso los hermanos, con arreglo al artículo 935 del Código civil). Pero, esa consecuencia final es inexacta, pues, por la misma vía, los hermanos representarían al padre o a la madre y ocuparían en defecto suyo su lugar, tal como acabamos de ver que ha insinuado Fernández Serrano. Así llegaríamos, por una curiosa vía, a aplicar el régimen de sucesión lineal por parentelas

aisladas con *representación sucesoria*, que Ficker llama *Vorfolgerecht* y con la cual aquélla es perfectamente compatible (908).

d) *Nuestra opinión* difiere necesariamente en la raíz de su planteamiento con la doctrina antes expuesta, tanto negativa como afirmativa de la representación sucesoria en la reserva lineal.

Hemos dicho que la reserva no supone una nueva forma de sucesión sino una limitación de las facultades dispositivas del reservista, *inter vivos* y *mortis causa* (909) para que los bienes no salgan por mediación del mismo de su línea familiar de procedencia, y que sólo en caso de incumplimiento puede dar lugar a la actuación del poder jurídico del reservista dirigido a exigir la reversión lineal de los bienes transmitidos a personas ajenas al círculo de reservatarios (910).

Ello nos obliga a distinguir los diversos supuestos de cumplimiento voluntario y subsidiario e incumplimiento de la reserva lineal. Insistimos en que no tratamos porque sí de hallar soluciones casísticas, sino de adaptar los principios fundamentales, básicos y simples a la mudable realidad de los hechos. Por ese camino llegamos a las siguientes soluciones:

1.º) Si el reservista ha cumplido voluntariamente su deber de reservar no cabe hablar con propiedad de derecho de representación (911). Habrá previsto probablemente el testador la sustitución vulgar de los reservatarios llamados por los respectivos descendientes que ostenten igual condición de posibles reservatarios. Pero, de faltar tal previsión, premuerto el llamado no podrá jugar la representación sucesoria (912).

Otro problema, paralelo al de la representación, puede presentárenos en los supuestos de cumplimiento voluntario de la reserva, en virtud de disposición testamentaria del reservista. Consiste en resolver si, en caso de ordenar éste la sustitución de sus hijos o nietos, comunes al otro ascendiente, por los descendientes legítimos de los mismos, podrá ser eficaz esa sustitución a pesar de hallarse esos descendientes del reservista (bisnietos o tataranietos) más alejados del tercer grado del descendiente contemplado en el 811. Para nosotros, la respuesta a esta cuestión ha de ser idéntica a la que en seguida vamos a dar para la representa-

(908) Ver BRAGA DA CRUZ, *Op. cit.*, vol. I, nota 164, págs. 104 y sigs., y las citas de JULIUS FICKER que en ella reiteradamente hace.

(909) Ver II, § 2.º, núm. 14, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 749 y sigs.

(910) II, § 2.º, núm. 16, en AN. DER. CIV. últ. cit., págs. 755 y sigs.

(911) Sucesión testada y representación son términos técnicamente incompatibles por ser, la segunda, pieza de la sucesión intestada, que en la testamentaria tiene como contrapunto la sustitución vulgar. ROCA SASTRE, *Estudios...* vol. cit., págs. 259 y sigs., y MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «Rev. Der. Notarial», VII (enero-marzo 1955), págs. 14 y sigs.

(912) Sentencia de 6 de diciembre de 1952 y Resolución de 14 de agosto de 1950.

ción en la línea recta común de ambos ascendientes, pues lo que resulta de la ley para los supuestos de falta de voluntad del causante no puede estimarse vedado a la expresa y formal voluntad de éste.

2.º) Si el reservista fallece abintestato (913), creemos que deberán aplicarse los artículos 925 y 933 con respecto a aquellos de sus herederos abintestato que además tengan la condición de reservatarios. Lo mismo creemos aplicable cuando el testamento del reservista resulte en todo o en parte ineficaz por preterición o desheredación (arts. 814, § 1.º, y 815, en relación con el 912, 1.º y 2.º, y con los 924 y sigs.) con respecto a alguno de sus descendientes que además de legitimario tenga la condición de reservatario.

Así, todos los descendientes del reservista que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes entrarán en representación de los hijos del mismo a ocupar el lugar de éstos, colocándose de ese modo en el segundo grado de parentesco del descendiente (914).

Abona esta aplicación de los artículos 925 [«El derecho de representación tendrá *siempre* lugar en línea descendente...»] y 933 [«Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales»] su analogía por identidad de *ratio*, con el artículo 973, § 1.º, que para la reserva viudal dispone que *«los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio [en el 811 serán los «comunes a ambos descendientes»] sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente»*, y entre éstos sin duda se halla el artículo 933.

Pero lo que nos parece más decisivo, por su carácter finalista y no meramente exegético, es el siguiente razonamiento: La finalidad del 811 es evitar la desviación de los bienes de su línea de procedencia. El bisnieto, común al reservista y al otro ascendiente del que procedían los bienes, no hay duda que pertenecé a dicha línea y dentro de ella a la familia constituida por la persona de

(913) Ver antes, II, § 6.º, núms. 33, 34 y 35.

(914) Supongamos que el reservista a su fallecimiento deja un bisnieto común al otro ascendiente del que procedían los bienes y un hijo de un matrimonio anterior o bien un hijo natural habido antes de su primer matrimonio. En el segundo caso, el bisnieto será único heredero abintestato del ascendiente reservista. Y en el primero también será heredero, en representación del hijo premuerto del cual es nieto, compartiendo por mitad su título de heredero legal con el hijo del anterior matrimonio del reservista; pero sólo el bisnieto tendrá derecho a los bienes reservables, que fueron de su bisabuela y debió reservar su bisabuelo. Pero sólo será así si aceptamos el derecho del nieto a representar a su abuelo premuerto—pariente de segundo grado del descendiente que heredó a la bisabuela y fué heredado por el bisabuelo reservista—. En otro caso, los bienes podrían escaparse de la descendencia común para ir a parar—sin que así resulte de la *ratio* del 811—verbigracia, a un tío del descendiente y seguir por la rama de éste desviando así el curso normal de dos mismos, fuera de la finalidad perseguida por la reserva lineal.

quien el descendiente del 811 recibió los bienes. Por lo tanto, cualquier desviación de los bienes consistente en apartar de ellos al biznieto común sería utilizar el artículo 811 contra su *ratio*, produciendo una excepción de las reglas sucesorias comunes, no sólo fuera de la finalidad perseguida, sino incluso en contra de la misma, pues apartaría los bienes de la descendencia directa del ascendiente de quien los hubo el descendiente del artículo 811 para beneficiar a unos colaterales de dicha familia. No puede decirse que esa aplicación del derecho de representación más allá del tercer grado de parentesco del descendiente contradiga el sentido restrictivo con que debe interpretarse el artículo 811, pues precisamente con ella son resguardadas las normas comunes de sufrir la desviación que supondría preferir unos colaterales, hermanos del otro ascendiente (tíos del descendiente), a los descendientes legítimos comunes de dicho ascendiente y del reservista (915).

3.º) En el supuesto de que la reserva no quede cumplida por voluntad del reservista, ni por las reglas de sucesión intestada, ni siquiera mediante las específicas *accretio* y *successio graduum et ordinum*, y sólo pueda ser reclamada exigiendo la reversión de los bienes reservables, es decir, accionando su reivindicación lineal, entonces no puede hablarse técnicamente de derecho de representación. Pero, si la preferencia para el ejercicio de dicha reivindicación lineal viene determinada—según acabamos de ver—por el sistema de parentelas aisladas con representación sucesoria tan sólo limitada por el tope del tercer grado de parentesco con el descendiente, resultará que tendremos como criterio natural de preferencia, no ya el *iure representationis* romano, sino el *derecho de entrada troncal* o *Eintrittsrecht*, según la denomina Ficker (916). Antes (917) hemos llegado a la conclusión de que el régimen de parentelas aisladas, limitadas por el tercer grado de parentesco con el descendiente es el más adecuado para determinar la preferencia en el ejercicio de la reivindicación o reversión lineal. Ahora debemos precisar si dentro de cada parentela las parientes de grado más próximo excluyen siempre a los más remotos o si esta regla tiene como excepción la representación del premuerto de igual

(915) No se dan, en cambio, esas circunstancias a favor de los hijos de aquel medio hermano—uterino o consanguíneo—del reservista que, a su vez, sea medio hermano—inversamente consanguíneo o uterino—del otro ascendiente (ver II, § 6.º, 34, II, a), pues atribuyendo la condición de reservatarios a aquéllos—que serán primos hermanos del descendiente—en representación de su padre—que es tío del descendiente—se aplicaría sin duda extensivamente el 811, y se contradeciría su carácter de norma de aplicación restrictiva, al extenderla a un pariente más alejado del tercer grado del descendiente, a quien por derecho común tampoco correspondería la sucesión de dichos bienes.

(916) Ver la cita de FICKER en la referida nota 164 del vol. I de la obra de BRAGA DA CRUZ.

(917) II, § 7.º, núm. 36, 1, c).

grado por su estirpe (o más exactamente, en la terminología troncal, *la entrada de la estirpe del premuerto en lugar de éste*).

La cuestión se contrae a los supuestos de concurrencia de hermanos con sobrinos que sean hijos de hermanos premuertos del descendiente. La razón de este límite radica en que la parentela del padre o madre del descendiente agota el tercer grado de parentesco con éste en sus sobrinos, y en que la parentela del abuelo o la abuela ya alcanza con los tíos ese tercer grado.

¿Cabe que a ese poder jurídico, que permite ejercitar la reversión lineal, le sean aplicadas las normas del § 2.º del artículo 925 y 948 del Código civil? Ciertamente es que no se trata de una verdadera sucesión del descendiente ni de auténtica representación sucesoria. Y, por ende, no hay verdadera analogía conceptual—a juicio nuestro—entre ambos supuestos. Pero sí la hay en el aspecto posicional familiar y, por lo tanto, en los fundamentos racionales y de justicia que colocan los sobrinos huérfanos en igual posición que los hermanos sobrevivientes. Y esto nos parece decisivo para inclinarnos por su aplicación.

39. ¿Cabe «*ius transmissionis*» de derecho de los reservatarios?

El Tribunal Supremo se ha ocupado de supuestos de posible transmisión del derecho de los reservatarios a reclamar los bienes reservables en las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912, 11 de marzo de 1927, 2 de enero de 1929 y 14 de junio de 1925.

En el supuesto que dió lugar a la de 1909: La madre había heredado abintestato de su hija bienes que ésta heredó del padre. Fallecida la madre en junio de 1892 fué heredada por su segundo esposo sin que reclamara los bienes reservables la hermana de su primer marido—tía de la descendiente—, cuñada que falleció cuatro años más tarde en diciembre de 1896. Un hijo de ésta entabló demanda reclamando los bienes reservables, que fué estimada por el Juzgado del distrito del Hospicio, pero su sentencia fué revocada por la Sala primera de la Audiencia de Madrid.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso del demandante: «Considerando que la obligación de la reserva, establecida en el artículo 811 del Código corresponde a un derecho que sólo puede ejercitar y reclamar la persona en quien concurren las circunstancias que el mismo artículo requiere, y no otra alguna si a su vez no reúne las condiciones de la ley; porque supuestos los términos de dicho artículo, así como la índole de esta clase de reserva, limitativos de los derechos legitimarios del ascendiente, que no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad, y atendido a que constituye un beneficio otorgado por consideraciones familiares exclusivamente a favor de determinadas personas, con fundamento menos poderoso que el de la reserva de nuestra antigua legislación..., se impone su restrictiva interpretación y no parece lógico

ni conforme con la naturaleza de la expresada institución jurídica que cualquiera, que podría ser un extraño, a título de heredero o representante del que no tuvo por conveniente reclamar dicho beneficio, lo pretendiese para sí, con exclusión acaso de parientes en los que concurriesen las circunstancias legales, como si los bienes formasen ya parte del haber del causante, sin que procediera un acto libérrimo de voluntad de éste y el ejercicio consiguiente del derecho para darle vida y realidad con relación a los bienes reservables.»

A lo cual, declarado como premisa mayor, añade en su tercer considerando, como premisa menor y como conclusión, «que por no haber doña M. A. de la V. [tía del descendiente] ejercitado su derecho mientras vivió, ni cuando doña J. T. [la reservista] heredó a su hija Elvira, ni cuando murió dejando heredero al general B. R. [segundo esposo de la reservista], dando lugar a que ésta dispusiese de parte de los bienes reservables, dejó sin vida y realidad para ella un derecho de carácter personalísimo que sólo podría ejercitar al presente otro pariente que se hallase en las condiciones de la ley, pero no quien sólo ostenta un derecho sucesorio de carácter universal».

En la Sentencia de 27 de enero de 1909 se desestimó el recurso de casación interpuesto por una tía y heredera del presunto reservatario, tío a su vez del descendiente, la cual pretendía reclamar al comprador unos bienes que fueron reservables. La reclamante y sus hermanos eran herederos abintestato del reservatario que había fallecido casi tres años más tarde que la reservista sin haber intentado reclamar los bienes reservables:

«Considerando que según el principio establecido en el artículo 811 del Código civil y la doctrina reiteradamente desenvuelta en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo acerca del mismo, el derecho a la reserva de bienes a que se contrae dicho precepto sólo puede ejercitarlo la persona en quien concurren las circunstancias que en él se determinan, y no otra alguna, aunque invoque el carácter de causahabiente de aquél que no lo ejercitó, si a su vez no reúne las condiciones requeridas por la ley.»

Por lo cual—en su segundo considerando—dedujo «en consecuencia que al declarar el fallo recurrido [de la Audiencia de Albacete]... que no habiendo hecho uso don L. P. [el tío reservatario] del derecho a la reserva de los bienes en litigio, no pudo transmitirlo a sus herederos, entre los que se encuentra la demandante y hoy recurrente doña L. S., a quien tampoco puede reconocérsele por no reunir las circunstancias exigidas por la ley, lejos de infringir la doctrina de las sentencias invocadas... hizo recta aplicación de la misma al caso de autos..., toda vez que la Sala sentenciadora no niega el derecho a la sucesión a la herencia de D. L. P., sino que se limita a declarar que no transmitió una acción extinguida por no haberla ejercitado aquel a quien la ley la

reconoce como derecho o beneficio personalísimo de aplicación restrictiva».

La sentencia de 30 de diciembre de 1912 declaró, en su primer considerando, que *únicamente* las personas que reúnan las circunstancias exigidas en el artículo 811 «pueden ejercitar y obtener el derecho de reserva, el cual no lo transmiten a sus herederos o causahabientes». En realidad, su supuesto de hecho no presentaba una reserva consumada sino únicamente en pendencia. La madre reservista vivía y la reclamación fué planteada por una tía de los descendientes, que actuaba por sí y en representación de sus hijos menores, parientes de cuarto grado de los descendientes heredados por la reservista. Alegaba la actora que el parentesco con arreglo al artículo 811 no debía computarse con relación al descendiente, sino al ascendiente de quien aquél hubo los bienes. Las tres sentencias de Juzgado, Audiencia y Sala de la Civil del Tribunal Supremo reconocieron el derecho de la tía reclamante «y de cuantas otras personas tengan igual parentesco de tercer grado» con respecto a los hijos de la reservista demandada, pero rechazaron la posibilidad de derecho alguno de los hijos de la demandante por estar en cuarto grado de parentesco con los descendientes heredados por la reservista, por no ser transmisible el derecho a los bienes reservables de los reservatarios a sus herederos o causahabiente y porque «no se da el derecho de representación en cuanto a la reserva».

De la sentencia de 11 de marzo de 1927 ya nos hemos ocupado antes. Declaró que unos primos del descendiente no podrían reclamar los bienes reservables y, por lo tanto, no podía prosperar la alegación del demandado que invocaba el derecho preferente de tales parientes al del demandante. El rechazado derecho de esos primos—que no intervinieron en el pleito—sólo podría haberse apoyado parte en el derecho de representación y en parte en el de transmisión de sus respectivas madres, de haberse admitido para la reserva lineal en beneficio de los hijos de tíos premuertos. El Tribunal Supremo rechazó tal posibilidad, aunque sólo afirmó que, «según constante doctrina de este Tribunal, el derecho de representación no tiene lugar en esta reserva del artículo 811».

El caso de la Sentencia de 2 de enero de 1929 ofrecía la siguiente particularidad: La madre reservista falleció el 12 de abril de 1925; una tía del descendiente—hermana de su padre—reclamó en acto de conciliación los bienes reservables el 8 de junio de 1925, pero falleció sin haber interpuesto la demanda el día 23 del mismo mes y año. Sus herederos—que eran sus hijos y, en cuanto la cuota legal, su viudo—ejercitaron la acción.

El Tribunal Supremo aceptó su ejercicio. Su cuarto considerando, después de reiterar que «ha declarado esta Sala que es personalísimo y, por tanto, no puede transmitirse a personas que no estén dentro del grado que dicho artículo determina, nace cuando fallece la persona obligada a reservar los bienes que tienen tal

carácter», y de destacar que la reservataria «por medio de la interpelación judicial mencionada los reclamó—ejercitando su indiscutible derecho a pedirlos», estima innegable que sus herederos, no como tales sino como continuadores de su personalidad, pueden hacerlos efectivos, «pues de lo contrario tal derecho se extinguiría con la vida de la persona que lo ostentase si la muerte la sorprendiera..., antes de hacerlos suyos, pero ya reclamados, lo cual no es ni pudo ser, ciertamente, la intención de los autores del Código, ni el sentido de las Sentencias antes citadas, ni el espíritu que conforma el artículo 811 de dicho cuerpo legal, ya que lo que indudablemente se ha tratado de evitar es que las personas que no reúnan los requisitos exigidos por la ley puedan pedir y obtener los bienes reservables, pero no el que una vez pedidos por quien a ellos tiene derecho, sus herederos o continuadores no puedan hacerlos efectivos, siendo éste el sentido en que debe entenderse la cualidad de personalísimo atribuída al derecho a tales bienes por la jurisprudencia de este Tribunal».

En el pleito que fué concluído en Sentencia de 14 de junio de 1945, una prima hermana de los descendientes, años después de muerta su madre—tía de dichos descendientes y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes—, los reclamó sosteniendo su carácter reservable y afirmando que, a pesar de que su dicha madre falleció años después que la reservista sin haber reclamado los bienes, porque no le fué posible ejercitar la acción en Barcelona durante la guerra, éstos correspondían a la demandante como heredera de la misma.

Al defender en casación su tesis alegó que los bienes se transforman de reservables en reservados y propiedad de los favorecidos por la reserva, *ipso facto*, por el solo hecho del fallecimiento del reservista, produciéndose desde aquel día una acción real, semejante a las antiguas acciones *in rem scriptae* y en especial de la Pauliana y que, por esto, si el reservatario muere después del reservista puede transmitirlos. Invocó que en el caso de la Sentencia de 2 de enero de 1929 la demanda se interpuso más de los dos meses más tarde de la celebración del acto de conciliación, es decir, fuera del plazo durante el cual produce, conforme al artículo 479 de la Ley de Enjuicimiento Civil, el efecto de interrumpir la prescripción. Y que dicha Sentencia de 1929 estimó que el derecho a la reserva nace *ipso facto* (afirmación que después examinaremos más detenidamente).

La Sentencia del Tribunal Supremo no dió lugar a la reserva por apreciar cosa juzgada por una Sentencia de 1931 y transacción y renuncia de la reservataria fallecida. No obstante, la sentencia razona en su segundo considerando, al principio y en su apartado d) a favor del *ius transmissionis* del derecho a la reserva del reservatario que sobreviva al reservista y fallezca sin haberlo ejercitado; y, en sus apartados a), b) y c), argumenta a favor de la aplicación del derecho de representación, a pesar que no se daban

en el caso discutido los supuestos para aplicarla. Se trata, pues, de una argumentación que, indudablemente, no puede tener valor como *ratio decidendi*, ya que el fallo, aunque sea por otras razones, no acepta la reclamación de los bienes reservables. Constituyen tales razones, por lo tanto, meramente un *obiter dictum*, que no sólo no decide la solución del caso, sino que en el caso en cuestión nada tiene que ver con su solución (918).

Sea cual fuere su valor, dicha argumentación en lo referente al derecho de transmisión dice que: «en cuanto a la naturaleza y alcance del derecho de reserva lineal, no es menos atendible la tesis de que el derecho de reserva ya *adquirido* por titular que se encontraba dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes es transmisible al sucesor que lo adquiere por ese concepto y no por el de reserva, pues, aparte de otras razones de menos peso, pueden traerse a colación en su apoyo los argumentos siguientes (...siguen los argumentos a, b y c, que se refieren única y exclusivamente al derecho de representación y que hemos transcrito en el epígrafe anterior al ocuparnos de esa cuestión), pero que nada tienen que ver con el derecho de representación), y d) ...esa es la conclusión que cabe obtener tras un minucioso estudio de la jurisprudencia establecida, pues aun cuando *prima facie* parece deducirse otra cosa de la contenida en Sentencias de 16 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912 y 11 de marzo de 1927, en cuanto declaran esencialmente en estos términos, que la reserva de bienes constituye un derecho o beneficio personalísimo, que *sólo* pueden reclamar las personas en cuyo favor se estableciere, puestas en parangón estas resoluciones con la de 2 de enero de 1929, que acometió resueltamente el problema de la transmisión del derecho ya adquirido, muestran inequívocamente que la tesis última de este Tribunal, en que ahora se insiste para definirla con entera diafanidad, es la de que si el artículo veda, explícitamente, que el derecho a la reserva pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado que el propio artículo determina, por obra de la representación, no impide, en cambio, que, *una vez adquirida por persona que se encuentre en él* (y la adquisición se produce, *opé legis*, por muerte del reservista), pueda adquirirlo su inmediato sucesor, no por la virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio de su causante: solución que realmente concilia sin agravio del carácter personalísimo del derecho, textos que, de otro modo interpretados, estarían en abierta e inexplicable oposición».

Notemos que si bien es cierto que, en gran parte, la Sentencia

(918) Acerca de la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi* puede consultarse el enjundioso trabajo de nuestro buen amigo José PÉREZ BRUJAL, *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», vol. LXX (enero-febrero 1953), págs. 40 y sigs.

de 1945 sigue el razonamiento de la Sentencia de 1929, no es menos cierto que omite una fundamental expresión repetidas varias veces en ésta, que matizaba y concretaba la interpretación, al decir: «en quien los reclamó», «pero ya reclamados», «que una vez pedidos», con lo cual se condicionaba la transmisión al hecho de que el adquirente del derecho a la reserva hubiese reclamado los bienes en cuestión. Así, en la Sentencia de 1929 resulta claramente la diferencia entre *hacer efectivos* o *hacer suyos* los bienes—que no se estimó imprescindible para transmitir a los herederos el derecho a reclamarlos—y *haberlos reclamado* o *pedido*—requisito necesario para su transmisión según dicha Sentencia de 1929.

Los bienes son reservables «per se» sin necesidad que se los declare así, porque «desde el momento de haberle premuerto la persona causante de la reserva y la obligada a reservar—dice la Sentencia de 1929—nació «ipso facto», en quien los reclamó, el derecho a ellos y el carácter reservable de los mismos». Pero, ese derecho, sólo se transmite *mortis causa* si ha sido ejercitado, o, por lo menos, si han sido pedidos los bienes. Eso ocurre con los derechos personalísimos, que son transmisibles si su titular ha iniciado su ejercicio, exigiéndose a veces la presentación de la demanda (art. 112, C. c.), o simplemente el ejercicio de la acción o la prueba de no haber podido ejercitarla (art. 653, C. c.). La Sentencia de 1929 fué más benévola con el derecho a reclamar los bienes reservables, al contentarse con su petición en acto de conciliación, aunque ésta a efectos de interrumpir la prescripción hubiese caducado sin haberse interpuesto la demanda conforme artículo 479. Si bien es de notar que, en cambio, no había caducado a los efectos de poderse interponer la demanda sin necesidad de interponer nuevo acto de conciliación, para lo cual el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala el plazo de los dos años siguientes al acto de conciliación verificado.

Pero, aun de este requisito prescindió la Sentencia de 1945 en su segundo considerando.

El *obiter dictum* de este considerando se halla en franca oposición con la *ratio decidendi* de las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909. Aldecoa en su Memoria del Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (919), explicó cuál era la verdadera significación que el Tribunal Supremo daba al calificativo de *personalísimo* que venía aplicando reiteradamente al derecho o beneficio de los reservatarios. He ahí sus palabras:

«A primera vista, teniendo sólo en cuenta que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, surge una impresión favorable a la transmisión de tal derecho [a exigir la reserva lineal]

(919) Ver los fragmentos de la Memoria de ALDECOA que transcribe SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, vol. VI-II, núm. 142, nota de las págs. 1017 y sigs.

cuando nació y pudo ejercitarse en vida de la persona a quien la ley le otorga, mas reflexionando acerca de la naturaleza especialísima de tal derecho, de su alcance y trascendencia, del objeto que el legislador se propuso al establecerlo, de las condiciones restrictivas que la rodean, asalta la duda fundadísima de si puede y debe considerarse extinguido para la persona que pudiendo ejercitarlo no lo ejercitó, y debe pasar, por lo tanto, no al heredero de esta persona, sino a otro de las llamadas directamente por la ley».

Más adelante—después de recordar «la necesidad de restringir su aplicación, como reconoció esta Sala en las Sentencias del año 92 y ha repetido ahora para que no resulte, de otra suerte, llevada a un extremo que podía ser contradictorio, absolutamente contradictorio, de los fines perseguidos por el legislador, y esto con tanto mayor motivo cuanto que dicho precepto constituye una notoria restricción del derecho legítimo de los ascendientes, sin fines trascendentales para la familia»—concluye que:

«La reserva de que trata el artículo 811 del Código, no es ni más ni menos que un beneficio otorgado a determinados parientes de carácter personalísimo, ya que es menester que en estos parientes concurren determinadas circunstancias y, puesto que tiene este carácter, no cabe suponer que si no se ha instado su realización por quien pudo hacerlo legalmente, pueda luego un tercero sin condiciones legales venir a reclamarlo a título de representación o de sucesión, no tratándose, como no se trata, de uno de tantos derechos de los comunes y ordinarios, sino de un derecho que, por las condiciones especialísimas de su regulación, hay que entender que el legislador no quiso que en ningún caso pudiese ser ejercitado sino por persona en quien concurren las circunstancias requeridas por la ley, y que, consiguientemente, cuando a éste no le plugo ejercitarle, no le convino aprovecharse del beneficio, o por consideraciones de familia o por cualquier otra causa, debe entenderse caducado o pasar a otro pariente que reúna aquéllas».

«A pesar de todas estas consideraciones, no puede desconocerse que la cuestión es de aspecto algún tanto dudoso; pero por esto mismo se imponía la necesidad de resolverla con un criterio de amplia equidad, inspirado, como queda dicho, en la naturaleza de esta clase de reserva, en su verdadero alcance y trascendencia, en la intención y objeto que el legislador debió proponerse al establecerla, en las consecuencias contradictorias con esta intención que produciría su extensiva aplicación, y en la índole restrictiva del precepto que la regula...».

De todo ello se deduce que el reservatario, que no sea heredero del reservista, no adquiere *ipso iure* ni *ope legis* los bienes reservados, sino un derecho a reclamarlos o pedirlos para obtener su restitución lineal, que además de ser potestativo suyo, es personalísimo e intransmisible a persona que a su vez no reúna igual-

mente la condición de reservatario, como razonan el tercer considerando de la Sentencia de 16 de enero de 1901, el primer considerando de la Sentencia de 27 de enero de 1909 y la exposición de Aldecoa en su Memoria como Presidente de dicha Sala de lo Civil. No se trata, pues, de un derecho a aceptar y repudiar la herencia según el artículo 1.006 del Código civil, sino de un derecho dirigido a pedir o reclamar los bienes reservables en ejercicio de su reivindicación o reversión lineal, y que sólo es transmisible a los herederos cuando éstos, a su vez, reúnan las condiciones exigidas para ser reservatarios en el artículo 811.

Las opiniones de los autores son francamente discrepantes (920).

a) Han sostenido la inaplicación del *ius transmissionis* al reservatario que, a pesar de haber sobrevivido al reservista, fallezca sin haber ejercitado su derecho a reclamar los bienes reservados—además de Aldecoa—Reino Caamaño (921), La Cueva (922), Ossorio y Gallardo (923) y Feijoo (924). El punto de vista de estos autores se apoya en el carácter personalísimo del derecho a la reserva. Ossorio y Gallardo observó que para la consumación de la reserva es necesario no sólo que el descendiente hubiera tenido bienes que hubiese adquirido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano que fallezca, que la transmisión de dichos bienes a sus ascendientes se realice por ministerio de la ley, y que al morir el reservista exista algún reservatario en las condiciones determinadas en el artículo 811, sino que, además, «hace falta una condición más: que el reservatario ejercite su derecho, y si no lo hace porque no pueda o porque no quiera, no consuma la reserva ni entran los bienes en su patrimonio».

b) Contrariamente han defendido la aplicabilidad del *ius trans-*

(920) No han faltado autores, como, v.gr., SCAEVOLA (*Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, F, e), págs. 349 y sigs.) y SÁNCHEZ ROMÁN, padre (*Op. cit.*, VI-II, 142, págs. 1015 y sigs.), que sólo han referido lo intransmisibilidad de la reserva al período de su pendencia, es decir, en vida del reservista; sin plantear la aplicabilidad o no del artículo 1.006 del Código civil en el supuesto que ahora nos interesa de que, a pesar de sobrevivir el reservatario al reservista, aquél fallezca sin haber ejercitado su derecho a obtener la reversión lineal de los bienes reservados.

(921) REINO CAAMAÑO, *La reserva como objeto de contrato*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 124, págs. 39 y sigs.

(922) LA CUEVA, *La verdad sobre el 811*, pág. 181 y pag. 228: Conclusión octava, donde dice que el derecho de reserva, apara que pueda ser adquirido no basta el hecho de la muerte del reservista, sino que hay que reclamarlo, entrar en posesión de los bienes bajo el concepto de reservatario y no de heredero»; y conclusión décimooctava, proposición segunda, según la cual «el solo hecho de la muerte del ascendiente reservista no determina la traslación del derecho al dominio del reservatario, mientras no haya hecho la reclamación del mismo o se haya posesionado de los bienes por el concepto de reservables».

(923) OSSORIO Y GALLARDO, Discusión en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia sobre el caso por él mismo propuesto, ver su resumen en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 148, págs. 460 y sigs.

(924) FEIJOO, discusión referida en la nota anterior, loc. cit., págs. 456 y sigs.

misionis del artículo 1.006 del Código civil al derecho del reservatario que sobreviva al reservista, Manresa (925), Morell (926), Calderón Neira (927), Barachina (928), Jerónimo González (929), Valverde Valverde (930), Sánchez Román Gallifa (931), Díaz Fernández (932), Clemente de Diego (933), De Buen (934), Castán

(925) MANRESA, *Comentarios...*, vol. IV, art. 811, II, F. cuarta cuestión, págs. 279 y sigs.

(926) MORELL y TERRV, *Comentarios...* vol. IV, arts. 191 al 199, B, pág. 400, al comentar la Sentencia de 16 de enero de 1901 dice que: «Buena es en la materia la interpretación restrictiva, pero no tanto. Adquirido ya en definitiva el derecho de los bienes reservables, se adquiere sin limitaciones y no es siquiera discutible la facultad de disponer en el adquirente por actos entre vivos o *mortis causa*. Aun sin disponer expresamente el derecho se transmite con la herencia según el artículo 659 del Código civil.»

(927) MANUEL CALDERÓN NEIRA, *Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 107 (2.º semestre 1905), págs. 476 y sig.

(928) BARRACHINA, *Comentarios...* vol. III, cap. XII, pág. 336: «Sobre el que aquél [el reservatario], no vemos fundamento que prohíba la transmisión de ese derecho que ya lo había adquirido el reservatario, aun cuando no hubiese reclamado los bienes, reclamación que, accionada judicialmente, no es sino poner en ejercicio el derecho que se tiene, y como tal derecho, transmisible por título *inter vivos* o *mortis causa*.»

(929) JERÓNIMO GONZÁLEZ, discursión en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, sobre el caso propuesto por Ossorio y Gallardo, ver «R. G. L. y J.», 148, págs. 454 y sigs. A su juicio: «En el momento en que el reservista muere, la reserva se consolida, de expectativa pasa a ser un derecho perfecto, y nada importa ya que el reservatario—la hija, en este caso—muera sin recoger los bienes, porque lo podrán hacer sus sucesores, con sólo que aquel derecho haya estado un instante en su patrimonio. Se dice frente a esto que los bienes tienen que ser reclamados por el propio reservatario, porque ese derecho no se transmite; mas hay que tener presente que en todo derecho se distinguen tres cosas: el derecho mismo, la reclamación y la acción, y lo que en este caso se transmite no es el derecho sino la reclamación, que es cosa independiente.»

(930) VALVERDE VALVERDE, discursión citada en la nota anterior, *loc. cit.*, pág. 456.

(931) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, discursión cit., *loc. cit.*, págs. 457 y sigs.

(932) DÍAZ FERNÁNDEZ, discursión y *loc. cit.*, pág. 460.

(933) CLEMENTE DE DIEGO, resumen del Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, sobre el cit. caso, ver *loc. cit.*, páginas 582 y sigs. y 675 y sigs. Comienza comparando los dos últimos métodos distintos de interpretación y aplicación que utilizaron los defensores de las tesis opuestas: «Uno cerradamente técnico» (el de J. GONZÁLEZ, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, DÍAZ); otro, ético, social intuitivo, pero no excluyente de la técnica» (el de OSSORIO y FEIJOO). En la pág. 682, leemos: «aun reconociendo que se trata de un derecho personalísimo, ¿discrepa este derecho sucesorio del reservatario del derecho hereditario restante del Código civil? Absolutamente en nada; por ello tiene que quedar sometido, mientras el legislador no diga otra cosa, a las reglas fundamentales que rigen la transmisión y la sucesión, la vida de ese derecho hereditario». Y, en la pág. 683: «La doctrina que impera en el Código civil es la del artículo 1.006...» «Los derechos en general, que son derechos de carácter económico patrimonial, son derechos transmisibles mientras la ley no diga otra cosa: es el contenido del artículo 1.112 del Código, puesto que a obligaciones se refiere, y aun se trata de una legal, la de reservar.»

Tóbeñas (935), De Motta (936), Royo Martínez (937). Los argumentos que los sustentadores de esta tesis han esgrimido contra la doctrina de Aldecoa, aplicada por el Tribunal Supremo, son fundamentalmente los siguientes:

1.º Que a la muerte del reservista se cumple la condición resolutoria de la que pendía la titularidad del reservista y los reservatarios adquieren el pleno dominio de los bienes reservables (Manresa), o bien, por lo menos, el *ius delationis*, o derecho a aceptar o repudiar la sucesión de los bienes reservables, transmisible conforme al artículo 1.006 (De Diego y Motta).

Este argumento tiene, a nuestro juicio el defecto de que es puramente dogmático y meramente técnico. Parte, además, de dos construcciones conceptuales de la reserva que hemos rechazado. La reserva no consiste en someter la titularidad de los bienes al juego automático y recíproco de una doble condición resolutoria para el reservista y suspensiva para los reservatarios (938), ni en una vocación sucesoria condicionalmente reproducida a favor de los reservatarios (939).

2.º Que es regla general, declarada en el artículo 1.112 del Código civil, que: «Todos los derechos, adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario» (Clemente de Diego), y que con arreglo al artículo 659, la herencia comprende todos los bienes, *derechos* y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte», y que no puede presumirse la extinción de los derechos por la muerte de su titular (Manresa).

Si el anterior argumento es puramente conceptual, este segundo es estrictamente lógico formal y, además, en buena lógica, falso. En lugar de mirar con realismo la situación concreta y valorarla con arreglo a la finalidad de la reserva lineal, atendiendo a los resultados queridos por el legislador y los que no pretendió se produjeran, pretende deducir de otras normas un contenido más universal del que resulta de su propia formulación, colocación sistemática y finalidad, para deducir su conclusión, aplicando la pretendida regla general como premisa mayor, dándole carácter universal, y tomando como premisa menor la falta de excepción legal expresa, en lugar de examinar si las circunstancias del caso en relación a los fines de la institución deben determinarla.

3.º Que el mismo carácter *personalísimo* atribuido al derecho de los reservatarios tiene también el derecho de los legítimos, y no hay quien sostenga el absurdo jurídico de que el hijo

(934) DE BUEN, notas al Curso de Colin y Capitant, vol. VIII, pág. 396.

(935) CASTÁN TOBEÑAS, *El derecho de representación...*, en «Rev. Der Priv.», XXIV, págs. 210 y sigs.

(936) MOTTA MONREAL, *loc. cit.*, págs. 106 y sigs.

(937) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, cap. XIX, pag. 214.

(938) Ver II, § 2.º, núm. 13, en AN. DER. CIV. XI-III, págs. 730 y sigs.

(939) Ver II, § 2.º, núm. 14, en AN. últ. cit. págs. 739 y sigs.

que sobreviva a su padre, pierde ese derecho si no ejercita por sí mismo, reclamando los bienes que por su legítima le correspondan.

La comparación es inexacta, pues una cosa es un derecho atribuido *intuitus personae* y otra diferente un derecho *personalísimo*, es decir, no ejercitable más que por aquella persona a quien se le atribuyó. En ambos juega el *intuitus personae* pero en un caso se detiene en la *atribución* y en el otro se extiende al *ejercicio* del derecho. Del primer tipo es el derecho correspondiente a los legitimarios para exigir cuanto legalmente les corresponda, y, en cambio, es del segundo tipo, el derecho del donante a exigir la revocación de la donación por ingratitud del donatario. El carácter que debe corresponder al derecho de los reservatarios a exigir la reversión lineal, no puede deducirse dogmáticamente ni por mera lógica formal, sino atendiendo a los fines de la institución y al carácter que le corresponde en el derecho común de sucesiones, como *ius singulare*.

Antes de exponer nuestra opinión, y con el fin de centrar con la mayor claridad posible el problema, preferimos replantear de nuevo el caso presentado por Ossorio y Gallardo a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y que motivó la discusión recogida en el tomo 148 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y a la cual ya nos hemos referido.

HECHOS:

A contrajo matrimonio en el año 1909 con B.

De este matrimonio nacieron dos niñas: C y D.

En 1918 murió A, sucediéndole en sus bienes su viuda B y sus hijas C y D.

En 1920, falleció la niña C, a los diez años de edad, y, por tanto, sin testamento, por lo que heredó todos sus bienes su madre B con el carácter de reservables, a tenor del artículo 811 del Código civil.

Y, el 10 de junio de 1923, víctimas de un accidente automovilístico, murieron B, y a las *cuatro horas siguientes*, su hija D, menor de edad y soltera.

PREGUNTAS:

1.ª ¿A quién corresponden los bienes que B tenía en reserva, según el precepto del artículo 811 del Código civil?

2.ª ¿Se consumió dicha reserva en su hija D por el hecho de haber sobrevivido ésta a su madre B (cuatro horas), y, por consiguiente, ha adquirido y podido transmitir los bienes comprendidos en aquélla a sus herederos (abuelos maternos)?

3.ª O, por el contrario, no habiéndose ejercitado (ni lo fue posible hacerlo), su derecho a esos bienes por D, ¿puede hoy reclamarlos, como pariente que es dentro del tercer grado definido por la ley, B, hermano de A?

RESPUESTAS.

Los académicos que intervinieron en la discusión se dividieron en dos grupos:

Jerónimo González, Valverde, Sánchez Román hijo, Díaz Fernández y, en su resumen presidencial, Clemente de Digo, aplicaron el *ius transmissionis* al derecho reservatario que correspondió a la menor *D* y optaron por contestar afirmativamente a la pregunta 2.ª. De ese modo los bienes pasarían de *D* a sus abuelos maternos.

Feijoo y Ossorio y Gallardo, contrariamente, entendieron que al fallecer *D* sin haber reclamado los bienes reservables no transmitió derecho alguno a sus herederos y que el derecho a la reserva, no ejercitado por ella, correspondió a *E*, su tío paterno, único pariente de *C*, comprendido en el tercer grado y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes.

Pero, la primera solución pudo ser defendida con otra razón, que no escapó a Sánchez Román Gallifa (940), cuando observó que «puede darse el caso de que dicho reservatario sea a la vez, como aquí sucede, heredero del reservista, y entonces la solución propuesta [de no dar lugar a la transmisión] sería absurda, porque en tal caso lo que le corresponde no es promover el juicio como acreedor [de la obligación de reservar impuesta por el artículo 811], sino ejercer la acción de petición de herencia».

Creemos que esta razón es la determinante de la solución correcta del caso concreto planteado. La transmisión se operó a favor de los abuelos maternos de *D*, al adquirir éstos *mortis causa* el *ius adeundi* que a dicha hija *D* correspondía en la herencia de su madre *B*, con cuya sucesión [de *B* por *D*] quedaba cumplida la reserva sin necesidad de que tuviese lugar reversión o reivindicación lineal alguna, sólo respecto a la cual no cabe el *ius transmissionis*.

Con estos antecedentes nos queda preparado el camino para la exposición de nuestra tesis. Del mismo modo que hemos hecho al ocuparnos del derecho de representación, tenemos que distinguir de qué modo es cumplida la reserva. Así podrá ocurrir:

a) Que la reserva haya sido cumplida voluntariamente por el reservista por acto *inter vivos*. En ese caso los reservatarios beneficiados serán propietarios de los bienes aun antes de fallecer el reservista, tanto más, por lo tanto, en caso de sobrevivirle: los bienes que fueron reservables integrarán su herencia y con ella serán transmisibles a sus herederos o legatarios con arreglo a los artículos 657 y 659 del Código civil.

b) Que el reservista cumpla la reserva por acto de última voluntad o quede cumplida por aplicación de las reglas de la sucesión intestada. Supuestos en los cuales nos parece indudable la aplicación del artículo 1.006 del Código civil.

(940) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, *loc. cit.*, pág. 459.

c) Que no quede cumplida la reserva ni voluntariamente por el reservista ni supletoriamente por las reglas de sucesión intestada, por lo cual, los parientes comprendidos dentro del tercer grado de parentesco con el descendiente y que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes que se hallen en situación preferente—conforme las reglas que antes vimos (núm. 36)—para ejercitar la reivindicación o reversión lineal, tendrán que actuarla. A este tercer supuesto creemos aplicable la jurisprudencia del Tribunal Supremo dimanante de las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912, 11 de marzo de 1927 y 2 de enero de 1929, por las razones expuestas, mejor que por nadie, por el que fué Presidente de la Sala de lo Civil, José de Aldecoa. En estos casos, fallecido el reservatario preferente sin haber reclamado la reversión lineal—por lo menos en acto de conciliación no caducado a efectos de poder interponer la demanda sin necesidad de celebrar nuevo acto conciliatorio—ese derecho potestativo suyo a reclamarla no se transmitirá a sus herederos, a no ser que éstos a su vez sean parientes del descendiente comprendidos en el tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes.

Esta solución tiene precedentes doctrinales muy antiguos en el ámbito de la reserva clásica, en la opinión de Ripa, Baldo, Decio, Alejandro, Antonio Gabriel, citados por Sanz Morquecho (941) que como ellos entendió «quod si filii viva matre non sunt conquesti de transitu ad secunda vota, morientes non transferunt hoc ius in haeredes», y en la de Febrero (942), según quien «si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre a segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no transfieren a sus herederos este derecho que tenían adquirido, antes bien por su silencio es visto habérselo condonado, y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial».

Determinada esta solución, nos queda todavía otro cabo por atar. Quedó suelto antes cuando tratamos (II, 36, II, c) de si los reservatarios que al fallecer el reservista no resultaran legitimados para ejercitar la acción de reversión o reivindicación lineal, por existir otros preferentes, pudieren llegar a estarlo en caso de que éstos fallecieren sin haber ejercitado dicha acción. Anunciamos, entonces, que trataríamos de resolver ese problema al tratar del *ius transmissionis* que ahora nos ocupa. Hemos visto que Aldecoa para el caso de no tener lugar el derecho de transmisión, planteó si cabía que otros reservatarios de segundo rango pudieran reclamar la reserva que no ejerció el preferente—mente legitimado para hacerlo. Y acabamos de observar que Osso

(941) PEDRO SANZ MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione* (Madrid 1601), Lib. IV, cap. XII, núm. 45, pág. 369.

(942) JOSÉ FERRERO, *Librería de Escribanos...*, parte segunda, tomo segundo (ed. Madrid 1781), Lib. II, cap. V, § 2.º, núm. 26, pág. 352.

rio y Gallardo y Feijoo sostuvieron esa tesis en un supuesto en el cual la reservataria falleció, cuatro horas después que la reservista, sin haber ejercitado su derecho.

Prescindiremos, ahora, del especial criterio que en esa cuestión hemos sostenido, derivado del carácter de heredera de la reservista que correspondía a la reservataria. Y, supondremos, para colocarnos en la situación exacta correspondiente a nuestro problema, que un reservatario no heredero del reservista (v.gr., un abuelo por parte del otro ascendiente) fallece después que el reservista pero sin haber reclamado los bienes reservables. ¿Caducará la acción para exigirlos, o bien, podrá ejercitarla otro reservatario de rango subsiguiente (v. gr., un tío del descendiente perteneciente a la línea de procedencia de los bienes)? ¿Habrá que distinguir según el fallecimiento del reservista legitimado hubiere ocurrido sin haber sido posible ejercitar la acción o habiendo podido reclamar los bienes sin haberlo hecho? Así se acepta en el supuesto de revocación de donaciones por ingratitud del § 1.º, artículo 653.

Y en la hipótesis de admitir que esa imposibilidad permite el ejercicio de la acción a los reservatarios de rango subsiguiente: ¿podrá presumirse dicha imposibilidad en caso de haber muerto el reservatario en un determinado período de tiempo, más o menos próximo al fallecimiento del reservista? ¿Cuál será este término?: ¿el de nueve días expresado en el artículo 1.004 del Código civil? ¿o el de los ciento ochenta días establecido en la Ley Hipotecaria a los legatarios para pedir la anotación preventiva de su derecho con prioridad a cualquier acreedor o subadquirente del heredero?

No nos inclinamos, por falta de analogía posicional, por ninguno de ambos supuestos. Creemos que la imposibilidad de su ejercicio, sólo podrá ser apreciada por el juez, como en el supuesto del artículo 653, § 1.º, del Código civil. Si su ejercicio fuese posible, opinamos que la acción habrá caducado: si no lo fué, nos inclinamos por entender que en caso de que ninguno de los herederos del reservatario de rango preferente reuniera los requisitos del artículo 811, el ejercicio de la acción de reversión quedará expedito a los reservatarios de rango subsiguiente.

40. Disponibilidad del derecho a ejercitar la reversión o reivindicación lineal.

Para concluir nuestro análisis del carácter personalísimo del derecho de los reservatarios a reclamar la reversión lineal, nos queda por examinar si una vez fallecido el reservista pueden transmitir por acto *inter vivos* su acción para reclamarla.

El expresado carácter personalísimo del beneficio de la reserva lineal, su sentido familiar y el carácter restrictivo con que ha

de aplicarse, en cuanto exceda de su *ratio*, inclinan por su respuesta negativa.

No obstante, en el supuesto que dió lugar a la Sentencia de 2 de marzo de 1956, la abuela del descendiente había cedido todos sus derechos a un hijo político suyo, lo cual no fué obstáculo para que el resultado del pleito fuese favorable para este último. Bien es cierto que la cuestión que ahora discutimos, no fué allí ni siquiera planteada.

Por otra parte, el sentido realista—que a juicio nuestro debe presidir la interpretación jurídica—nos obliga a aceptar la endeblez práctica de la solución de la intransmisibilidad. Siempre cabría que, obrando externamente a nombre del reservatario legitimado con un apoderamiento meramente formal de éste, el cesionario actuara encubiertamente en interés propio. A pesar—es claro—de los riesgos que, dada la revocabilidad del poder, correría ese cesionario enmascarado, ya que la causa de la cesión, por ser contraria a derecho, en caso alguno podría justificar la irrevocabilidad de su poder (943).

Es de suponer que la cesión de la acción para ejercitar la reversión lineal, lógicamente tendrá un precio inferior al del valor de los bienes a reclamar. Los gastos judiciales, el factor duración del pleito, la incertidumbre en la determinación de los bienes y en la fijación de las cantidades que los herederos del reservista puedan detracer por los diversos conceptos que luego discriminaremos, han de influir indudablemente en la depreciación de los derechos de los reservatarios a exigir la reversión. Siendo así, dicha cesión se prestaría a la especulación de los cesionarios, que obtendrían una participación en el valor que al reservatario le debía revertir del reservista, y que no cabe admitir como resultado legítimo de una correcta valoración de la situación jurídica cubierta por el artículo 811. La privación del valor reservable, que sufre la herencia del reservista en virtud de la reversión lineal, tiene razón de ser, tan sólo, para beneficiar a los legitimados para reclamarla; mas no para dar ocasión a los especuladores y pescadores en río revuelto para que se aprovechen de ella.

Todo esto, incita a plantear si cabe aplicar a la reclamación del cumplimiento de la obligación de reservar del artículo 811 el llamado retracto de créditos litigiosos o de la ley Anastasiana. Nuestro Código civil lo regula en el artículo 1.535, que dice:

«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio

(943) La doctrina de las Sentencias de 22 de mayo de 1942 y 1 de diciembre de 1944, según la cual el poder de representación puede ir unido a relaciones jurídicas causales de diverso y complejo contenido que habrán de influir sobre su revocabilidad e irrevocabilidad, requiere naturalmente la validez de dicha relación causal. Por lo tanto, no será aplicable al supuesto que examinamos, si es cierto, como creemos, que el derecho a ejercitar la reversión lineal no es cedible.

desde el día en que éste fué satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días contados desde que el cesionario reclame el pago.»

Seguramente, a la aplicación de este precepto a la cesión del derecho de los reservatarios a reclamar la reversión después de interpuesta la demanda—antes de interponerla nos inclinamos por su absoluta intransmisibilidad por las razones expuestas—, se objetará la razón dogmática de que es real el derecho a la reivindicación lineal. Se dirá que la expresión de la *obligación* de reservar del artículo 811 no tiene carácter técnico.

Pero, no hemos de volver a insistir en el poco valor que, para nosotros, tienen los argumentos puramente conceptuales. Sólo los criterios finalistas, a juicio nuestro, puede resolver esta cuestión de analogía que facilita la terminología del artículo 811, que si bien técnicamente no siempre es correcta (puede serlo cuando el deber de reservar se haya difuminado en una restitución de valor), responde teleológicamente a la valoración legal de la situación posicional contemplada en la cesión de créditos litigiosos desde la Ley Anastasiana hasta el artículo 1.535 del Código civil.

Como conclusión formulamos las siguientes proposiciones:

a) Antes de interponer la demanda, creemos intransmisible la acción para ejercitar la reversión o reivindicación lineal.

b) Después de interpuesta, admitimos su cesibilidad, pero sometida al retracto previsto en el artículo 1.535 del Código civil, exceptuando los supuestos regulados en el artículo 1.536 que resulten aplicables.

41. *Los derechos de los reservatarios frente a los herederos de los reservistas.*

Al ocuparnos de la posición de los reservatarios después de muerto el reservista, debemos necesariamente establecer distinciones en atención a los supuestos reales que, en cada caso, se planteen.

Para ello, debemos recapitular las diversas posiciones en que el reservatario puede hallarse, y que en síntesis son:

a) Reservatario no heredero del reservista, que puede encontrarse en las siguientes situaciones:

a₁) Ser legatario, donatario o adquirente por cualquier otro título dimanante del reservista de parte o de todos los bienes reservables.

a₂) Tener necesidad de ejercitar la reivindicación o reversión lineal para obtener todos o parte de los bienes reservados detentados por los herederos del reservista, supuestos en los cuales habrá que subdistinguir según dichos bienes se hallen determinados o puedan determinarse específicamente, o bien no sea posible y haya que establecer una cifra de valor a la que se contraiga el cumplimiento de la obligación de reservar.

a₃) Necesitar el ejercicio de dicha acción de reversión contra adquirentes de bienes reservables a título singular derivado del reservista.

b) Reservatario heredero del reservista, que pueda tener cuestiones pendientes por razón de la reserva, tales:

b₁) Con los demás herederos del reservista, sean éstos de igual rango o de rango preferente al suyo, a quienes, por su excluyente prioridad respecto los bienes reservables, puede reclamárselos, trátense de bienes específicos, genéricos o cifra de valor.

b₂) Con adquirentes de bienes reservables a título singular derivado del reservista, sean donatarios, compradores, legatarios, etcétera.

En el epígrafe 44 nos ocuparemos especialmente de la acción de los reservatarios para reivindicar bienes reservables a adquirentes del reservista a título singular, en especial por donación o venta. Ahora, vamos a examinar las cuestiones posibles entre reservatarios y herederos del reservista.

Cuando aquéllos sean también coherederos, de igual o subsiguiente rango, las cuestiones que plantea la reserva con los demás herederos no diferirán en líneas genéricas de los problemas particionales, con las particularidades dimanantes de las reglas de concurrencia en caso de compatibilidad parcial entre reserva y herencia del reservista, que antes hemos examinado (ver II, § 6.º, núm. 35), y con los problemas de subrogación de bienes, aumentos y deterioros, ya apuntados (II, § 3.º, núm. 21).

Por eso, centraremos ahora la cuestión al supuesto de reclamación contra los herederos del reservista por reservatarios no herederos de éste.

Debemos preguntar, ante todo, si existe algún modo especial para determinar las personas a quienes asiste este derecho de reclamar los bienes reservables.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de marzo de 1905, en su último considerando, apreció «que de los documentos presentados resulta que don M. M. R. era el único hermano sobreviviente del menor don E., y, por consiguiente, que aquél es la persona a quien por ministerio de la ley corresponden los bienes a su favor reservados, lo que excusa en el presente caso la necesidad de la propia declaración judicial, no siendo ésta necesaria para justificar que no existen otros interesados con igual derecho porque, según lo declarado por esta Dirección en diferentes Resoluciones, las leyes no tienen establecido procedimiento para justificar estas circunstancias negativas, ni son, por tanto, éstas precisas para que los herederos puedan ejercitar, desde luego, los derechos que en tal concepto les correspondan».

Contrariamente, al año siguiente, la Resolución de 27 de junio de 1906, en sus dos últimos considerandos, afirmó:

«Que si bien por no haberse modificado o ampliado las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, para armonizarlas con

las nuevas instituciones o derechos creados por el citado Código, pudiera suponerse que no existe procedimiento adecuado para la declaración de los derechos sucesorios en el caso del repetido artículo 811, esta razón no puede ser bastante para prescindir de la indicada declaración y atribuir a los Registradores la facultad de apreciar por sí el derecho de los presuntos herederos, pues *atendiendo el carácter contradictorio que éste pueda tener, el Juez ante quien se solicite aquélla es el que designará, según las circunstancias, la clase de juicio que estime más ajustado a la ley, mientras no se establezca un procedimiento especial para estos casos, si así se juzgara necesario.*»

«Que la principal cuestión planteada en el recurso que dió lugar a la Resolución de 20 de marzo de 1905, citada por el recurrente, era distinta de la que es objeto de este recurso, y aun cuando en ella se acordó ser innecesario, en el caso a que se refería, la previa declaración judicial, fué por las circunstancias particulares que en el mismo concurrían, o sea, por estar reconocido y resultar de los documentos presentados, que el adjudicatario de los bienes, era el único hermano del descendiente de quien aquéllos procedían.»

Este mismo criterio es aceptado de pasada en el segundo Considerando de la Resolución de 2 de octubre de 1931, al decir que «los reservatarios a quienes corresponda suceder en ellos [los bienes reservables] por muerte del reservista no pueden inscribirlos a su nombre *sin obtener título de su derecho en el procedimiento judicial que la autoridad de ese orden crea pertinente.*»

La Resolución de 12 de junio de 1930, en su segundo Considerando, volvió a oscilar el criterio al afirmar: «que por no existir ni en el Código civil ni en la Ley de Enjuiciamiento de igual carácter, un procedimiento adecuado para determinar las personas llamadas en cada caso a la reserva ni para fijar la cuantía de los bienes reservables y hacer las oportunas adjudicaciones, *ha de partirse cuando del Registro no aparezcan protegidas terceras personas, de la presunción que atribuye a los herederos autorizados, según las normas civiles e hipotecarias, para disponer de la masa relicta la facultad de señalar los reservatarios y de especificar los inmuebles reservables, siempre que no se pongan por tales declaraciones en abierta contradicción con los preceptos que regulan la materia o no sean aquéllas impugnadas ante los Tribunales de Justicia por los presuntos perjudicados.*»

Y la Resolución de 16 de septiembre de 1947, en sus dos últimos Considerandos, entiende: «que si bien la jurisprudencia tiene declarado que para determinar quienes sean los reservatarios al tiempo de extinguirse la reserva, ante el silencio que en materia del procedimiento a seguir se observa en el citado artículo 811 del Código civil, es indispensable la correspondiente declaración judicial acreditativa de tales extremos, *tampoco puede desconocerse que este Centro directivo, con el plausible propósito de*

evitar molestias, gastos y dilaciones, ha reconocido que la repetida declaración no es necesaria cuando de los documentos aportados resulta con evidencia quiénes sean las personas favorecidas con la reserva»; y «que del testamento otorgado por don J. de D. G. O., aparece con toda claridad que tenía tres hijos, a los cuales instituyó herederos, extremo corroborado en cuanto al número de hijos, con la partida de defunción que también se acompañó; que el auto de declaración de herederos tramitado como consecuencia de la muerte en Rusia de don J. de D. G. P. acredita su fallecimiento, y que del testamento y partida de defunción de la madre también consta que quedaron, al morir, dos únicos hijos, que son los comparecientes en la escritura calificada, y dada la renuncia de uno de ellos, hay bastantes elementos para deducir quién es el único reservatario, sin que sea necesaria la declaración exigida por el Registrador para justificar este punto ni tampoco para demostrar que no existen otros interesados con igual derecho porque las leyes no requieren prueba de las circunstancias negativas».

Aunque no se trataba de determinar los reservatarios favorecidos, en cambio, se cuestionaba el medio adecuado para acreditar fehacientemente quién era el pariente más cercano—y, en aquel caso, además más joven—, por línea paterna o materna del testador, en el supuesto que motivó la Resolución de 24 de febrero de 1950, que consideró igualmente suficientes al efecto: «las informaciones para perpetua memoria, actos de la denominada jurisdicción voluntaria, atribuido a la autoridad judicial» y «las actas notariales de notariadad..., ya que su finalidad, conforme al párrafo primero del artículo 209 del Reglamento Notarial es la comprobación y fijación de cualidades y hechos notorios y en ellas el Notario, después de practicar cuantas pruebas reputé necesarias, sean o no propuestas por el requirente, consignará de oficio, si estima justificada la notoriedad».

Morell (944) y De Buen (945) opinaron que el procedimiento establecido para la declaración de herederos en la Ley de Enjuiciamiento civil es el más adecuado para la determinación de los reservatarios.

A juicio nuestro, la doctrina de la Dirección General de los Registros puede armonizarse y concretarse en las siguientes proposiciones:

1.º En caso de resultar con evidencia de los documentos presentados quiénes sean las personas favorecidas con la reserva, no es necesario justificar ese hecho por procedimiento alguno, así como tampoco lo es para demostrar la inexistencia de otros interesados con igual derecho, porque las leyes no exigen prueba de

(944) MORELL, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, IV, arts. 191 al 199. B, pág. 400.

(945) DE BUEN, voz *Reserva de Bienes*, C, III, b, en «Enciclopedia Jurídica Española», vol. cit., pág. 354.

las circunstancias negativas (Resoluciones 20 marzo de 1905 y 16 de septiembre de 1947, confirmando la primera, y pese a su criterio general diverso—la Resolución de 27 de junio de 1906).

2.º En caso de plantearse contradicción deberán determinarse en procedimiento judicial (Resolución de 27 de junio de 1906 y, *sensu contrario*, Resolución de 12 de junio de 1930).

3.º De no haber contienda, son siempre adecuados: la declaración judicial de herederos (al parecer, Resoluciones de 20 de marzo de 1905, *a contrario*, 27 de junio de 1906, 2 de octubre de 1917, 16 de septiembre de 1947); las informaciones para perpetua memoria y las actas notariales de notoriedad (Resolución de 24 de febrero de 1950). Nosotros creemos que la declaración judicial de herederos abintestato, no es medio adecuado cuando los reservatarios no sean herederos; título que solo podrán ostentar respecto al reservista en los supuestos que antes hemos examinado, pero nunca—respecto al reservista ni al descendiente heredado por éste—en la hipótesis que ahora examinamos.

Determinados los reservatarios que pueden ejercitar la acción para exigir la reversión lineal, vamos a examinar cuáles son los derechos, que de tal cualidad, dimanar, con respecto a aquella parte del caudal relicto por el reservista que tenga carácter reservable y frente a los herederos de éste.

Al ocuparnos de la posición de los reservatarios en el período de pendencia de la reserva (946), subrayamos que tenían *una expectativa jurídicamente protegida, que no supone derecho actual alguno «en» ni «a» los bienes*. Fallecido el reservista y consumada la reserva, los reservatarios que no sean herederos de éste, consolidan su derecho *«a» los bienes reservables*.

Hemos dicho «a» y no «en» los bienes reservables, porque: pueden exigirlos, pero no los adquieren automáticamente si no los reclaman. Así resulta fundamentalmente de la doctrina de las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912 y 11 de marzo de 1927, que acabamos de examinar al tratar de la intransmisibilidad del derecho de los reservatarios fallecidos después que el reservista sin haber iniciado la reclamación de los bienes reservables. Si los reservatarios hubiesen adquirido automáticamente la titularidad de los bienes reservables al morir el reservista, los hubiesen ingresado en su patrimonio y naturalmente formarían parte de su herencia. Pero sería excesivo ese efecto, tratándose de una norma limitativa del derecho común de sucesiones, y para cuya efectividad es ya suficiente que se deje a la libre decisión de los reservatarios beneficiados. Si éstos no lo ejercitan, no hay razón suficiente para privar a los herederos del reservista de su derecho a dichos bienes que solo debe estar limitado por el poder jurídico de los reservatarios a reclamarlos. De no ser así, los herederos de éstos, ajenos a la

línea y grado familiar protegidos por el precepto del 811, sin que jugara la voluntad de sus causantes, podrían provocar fuera de la *ratio* de esta norma un resultado contrario al derecho común, sin razón jurídica—es decir, de justicia—que lo justificara. Para el fin de la reserva lineal, no es necesaria esa adquisición automática por los reservatarios que no sean herederos ni legatarios del reservista, pues basta que puedan reclamar los bienes reservados si quieren hacerlo.

Centrado de este modo el problema, podemos deducir, de las obligaciones del reservista—expresadas en los artículos 977 y 978 del Código civil—, cuáles son los derechos que, al morir éste, consolidarán los reservatarios, y que serán:

1.º Reclamar los bienes inmuebles y muebles reservados en el estado en que se hallen a la muerte del reservista.

2.º Exigir el importe de los deterioros ocasionados por culpa o negligencia del reservista.

3.º Igualmente, la entrega del precio recibido por el reservista por los bienes muebles enajenados, o del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4.º Y la del valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados (Sentencias de 21 de noviembre de 1902, 8 de octubre de 1923, 8 de julio de 1942, 10 de junio de 1943).

Del contenido de estos derechos, visto desde su reverso, es decir, desde el lado del reservista obligado, nos hemos ocupado anteriormente (947) y nos remitimos a cuanto allí dijimos. Luego, al ocuparnos de la forma de determinar el caudal reservable, trataremos de qué modo los reservatarios pueden obtener la efectividad de la reserva.

Pero, ¿de qué plazo dispondrán éstos para ejercitar sus derechos antes de que la prescripción los excluya?

El problema de la fijación del plazo de prescripción extintiva del derecho de los reservatarios a exigir el cumplimiento de la reserva, puede ser desdoblado según se trate: de la reclamación de bienes reservables que se hallen en poder del heredero del reservista, o de bienes de igual condición que hubieren sido enajenados por éste a terceras personas, cuando no se hallaren a salvo de dicha reivindicación (948).

El primer supuesto fué discutido en el recurso de casación que fué resuelto por la Sentencia de 26 de noviembre de 1943. El segundo Considerando de ésta, afirmó que la doctrina de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la reserva, iniciada en la Sentencia de 11 de mayo de 1898, ratificada en la Sentencia de 21 de noviembre de 1902 y en cierto modo reiterada en Sentencia de 8 de julio de 1942 y 10 de junio de 1943, la atri-

(947) II, § 3.º núm. 21, en AN. DER. CIV. XII-III, págs. 782 y sigs.
 (948) II, § 3.º núm. 20, en AN. últ. cit., págs. 760 y sigs.

buje carácter real (949). Y añadió, que el momento inicial para el cómputo del plazo de prescripción es el de la muerte del reservista, por lo cual, en aquel caso, la acción no podía haber prescrito, fuera ésta real o personal.

De ser la acción real—según este criterio—habrá que distinguir, según se refiera: sólo a bienes muebles, a bienes inmuebles o a una masa patrimonial integrada por bienes de diversa naturaleza. En el primer caso, el plazo sería el de seis años previstos en el artículo 1.962 del Código civil; en los otros dos casos, el de treinta años del artículo 1.963 del Código civil.

En el supuesto de que la reserva quede circunscrita a la obligación de indemnizar del artículo 978, habrá que aplicar: sea el plazo de veinte años o bien el de quince años, previstos en el artículo 1.964 del Código civil, según haya sido asegurada con hipoteca su restitución o no lo hubiese sido.

En supuesto de dirigirse la acción contra un adquirente a título intervivos del reservista, vimos antes (950) que, de tratarse de una acción de rescisión o de anulabilidad, el plazo de prescripción sería de cuatro años en virtud de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 1.299 y 1.301 del Código civil. Pero, a juicio nuestro, dada la relativa ineficacia de la enajenación y por su carácter de reivindicación lineal, la determinación del plazo de prescripción de la acción, en este caso, se regirá por las mismas reglas, antes referidas, para el supuesto de dirigirse la acción contra los herederos del reservista.

42. *Derechos de los herederos de los reservistas ante la reclamación de los reservatarios: ¿les corresponde derecho de retención por las cantidades que éstos deban reintegrarles?*

El reservista pudo realizar impensas en los bienes reservables—necesarias, útiles o mejoras y suntuarias—, de las cuales pueden exigir su reintegro sus herederos, y de las que ya nos hemos ocupado antes (951). Pero, además, el reservista, pudo haber abonado deudas y cargas de la herencia del descendiente y que, por tanto, mermaban el caudal reservable.

Así lo entendió la Sentencia de 30 de abril de 1906, al afirmar que dos términos del artículo 811 del Código civil no autorizan la infundada e ilógica suposición de que para determinar los bienes reservables hayan de alterarse las condiciones de la liquidación de toda clase de herencias; condiciones a tenor de las que el pago de lo debido debe realizarse, ya con los mismos bienes del deudor, ya en otros cuando subsista la deuda; y porque no ha-

(949) II, § 2.º, núm. 9, a, en AN. DER. CIV. XI-III, págs. 702 y sig.

(950) II, § 3.º, núm. 20, 2.º, a, en AN. DER. CIV. XII-III, págs. 763 y sigs.

(951) II, § 3.º, núm. 21, c, en AN. XII-III, págs. 793 y sig. Ver también d. III, págs. 706.

biendo en ningún caso herencia líquida, mientras no se hayan satisfecho las obligaciones y deducido las responsabilidades de la misma, es obvio que sólo tiene derecho al saldo que resulte de la herencia de [el descendiente] después de deducidas las obligaciones de éste».

Y la Sentencia de 4 de mayo de 1910 declaró que, del artículo 811, «no se infiere, ni contra toda razón de justicia y equidad cabe inferir que merezcan el concepto de reservables más que aquéllos [bienes] que, deducidas las cargas y responsabilidades a los mismos efectos, resulten libres y bien determinados, tanto más cuanto que ese derecho personalísimo es, según jurisprudencia establecida, de interpretación restrictiva».

Este había sido el criterio que, al criticar la Sentencia de 21 de noviembre de 1902—referente al mismo caso que la de 30 de abril de 1907 (952)—, habían sustentado Morell y Terry (953) y Calderón Neira (954).

Preguntó aquél si: «La Ley, ¿otorgará a los parientes lineales, porque sí, un beneficio sin cargas, aunque las haya en la sucesión, un derecho de disfrutar sin deberes que cumplir?». Su respuesta, como se deduce del mismo planteamiento de la pregunta, fué rotundamente negativa: los reservatarios debían cumplir las obligaciones inherentes a la línea familiar y a los bienes que, por su procedencia de ésta, debían corresponderles como reservables.

Calderón opinó, en el mismo sentido, que: «El reservatario recibirá del heredero el activo de la sucesión descontando el pasivo, y en cuanto a las deudas por vencer prestará caución de satisfacérselas en su día. El heredero del ascendiente reservista sigue siendo heredero de la persona de quien proceden los bienes. Él tiene la representación jurídica del descendiente causante de la reserva y del causante anterior que transmitió la herencia al descendiente, el reservatario no tiene más que el beneficio líquido de la sucesión deducidas cargas. Ocurre en esto lo mismo que en la venta de una herencia».

Salvemos los argumentos dogmáticos, con los cuales Morell y Calderón fundamentaron su solución. Aquél en la aplicación analógica del artículo 510 del Código civil, asimilando el reservista

(952) Las Sentencias de 14 de julio de 1890, 21 de noviembre de 1902 y 30 de abril de 1906 se refirieron al mismo supuesto. La primera confirmó la nulidad de un testamento y la sujeción a la reserva de la totalidad de los bienes que la causante había heredado de su padre y que de ella por la nulidad del testamento heredó abintestato su abuela materna. La segunda admitió que se debía satisfacer al reservatario el valor del crédito total del otro ascendiente, que por confusión se extinguió en el patrimonio del reservista. Y la tercera rechazó la reclamación del importe de dicho crédito dotal, mientras no se hubiera liquidado la herencia de la descendiente.

(953) MORELL, *Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en «R. G. L. y J.», 197, págs. 137 y sigs.

(954) CALDERÓN NEIRA, *loc. cit.*, pág. 482.

al usufructuario de la totalidad o de parte alicuota de una herencia, al que concede derecho a exigir—al extinguirse el usufructo—la restitución, sin interés, de las deudas hereditarias, correspondientes a los bienes usufructuados, que hubiere anticipado. El segundo en considerar a todo reservatario como legatario de un activo líquido de la sucesión del descendiente, aunque sea con carácter condicional y aplazado a la muerte del reservista. La cierto es que, independientemente de toda solución o analogía de tipo dogmático, la proyección de la finalidad de la reserva a la realidad de las cosas impone igual solución.

El deber de reservar no puede comprender más de lo que se recibe, porque el fin de la reserva no es empobrecer al reservista, privándole de una cuantía mayor que el haber reservable, sino únicamente evitar todo cambio de línea de éste producido por su mediación. El enriquecimiento ilícito, que arguye la Sentencia de 4 de diciembre de 1933, podría también aplicarse a este supuesto para justificar que los reservatarios deben reintegrar a los herederos del reservista las deudas y cargas hereditarias, correspondientes a los bienes reservables, que éste anticipó.

Con anterioridad a la Sentencia de 1902 y a su crítica por Morrell y Calderón, ya la Academia Matritense del Notariado (955), había afirmado en sus conclusiones 19 y 20 que: «La liberación de cargas de los bienes sujetos a reserva realizada por 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» y «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 libro 2.º».

¿Tienen los herederos del reservista derechos de retención mientras no les sean abonadas las cantidades anticipadas por razón de los bienes reservados?

Tratándose de impensas necesarias o útiles nos parece indudable la aplicación del artículo 453 del Código civil, por corresponder a la regulación general de las mismas, que concede el derecho de retención al poseedor de los bienes que las efectuó. La Sentencia de 4 de diciembre de 1933, reconoció dicho derecho por las mejoras y gastos útiles hechos por el reservista en los bienes reservables. En el recurso que fué rechazado por la Sentencia de 7 de febrero de 1952, se había invocado también el derecho de retención de los herederos del reservista mientras no les sean abonadas las mejoras realizadas por éste; pero no fueron invocados los preceptos legales pertinentes, razón por la cual la Sala

(955) Academia Matritense del Notariado, ver el folio 134 de su Libro de actas correspondiente a la sesión académica de 30 de mayo de 1894, en la que se hicieron públicas las conclusiones.

primera del Tribunal Supremo no entró a examinar la cuestión planteada.

Respecto los gastos de la herencia del descendiente y las cargas correspondientes—aquéllos y éstas—a los bienes reservables, creemos que igualmente tienen los herederos del reservista derecho de retención, no ya de bienes concretos—como en el supuesto de impensas y mejoras en un bien reservable—sino de todo el caudal, por la sencilla razón de que éste no queda determinado mientras no sea líquido. Cuestión, de la que precisamente nos ocuparemos a continuación (956).

43. *Liquidación de sociedades conyugales y herencias; juicios de testamentaría, abintestato y otras formas de determinación del caudal reservable.*

El examen metódico de los problemas que se refieren a la determinación del caudal reservable, requiere enfocar sucesivamente: el posible objeto; el vehículo del derecho que los reservatarios tienen a dicho objeto; los medios procesales de que éstos disponen para hacerlo efectivo, y los requisitos necesarios para probar qué bienes y qué valor son reservables.

A) Acerca del *posible objeto* de la reserva, hemos visto en la primera parte de este trabajo (957), que la tesis mantenedora de que la reserva sólo se refiere a cosas determinadas, defendida, principalmente, por Riaza (958), fué rechazada por la mayor parte de la doctrina y por el Tribunal Supremo (959), que reiteradamente ha admitido la reserva de bienes no específicos y fungibles (Criterio no sólo apoyado sino ampliado por la aplicación integradora del artículo 978 de Código civil, que reconoce la reserva de valor («importe», «precio», «valor», dice el precepto) (960).

(956) Según la conclusión 21 de la Academia Matritense del Notariado (folio 135): «En el caso de herencia intestada y de que todos los bienes de ella sean troncales, podrán enajenarse sin limitación alguna por razón de la reserva los indispensables para pagar los gastos de enterramiento y de testamentaría.»

(957) I, § 3.º, núm. 20, págs. 52 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 277 y sigs.

(958) NARCISO RIAZA MATRO, *Contribución al estudio de...*, cit., págs. 53 y sig. A su juicio, «sólo pueden considerarse reservables aquellos bienes que han adquirido individualidad, que son susceptibles de diferenciación respecto de otros, que presentan aspecto propio y característico, que son determinables en cualquier momento».

(959) Sentencias de 8 de noviembre de 1891, 21 de noviembre de 1902, 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916 y 20 de abril de 1917.

(960) Es cierto que para algunos autores (CALDERÓN NEIRA, *loc. cit.*, pág. 487, y NOVOA SEOANE, *loc. cit.*, pág. 371) la reserva lineal es una reserva de cosas determinadas o bienes concretos, mientras la clásica o viudal es reserva de capital. El fin familiar más que troncal de la reserva del artículo 811 y el criterio que presidió su elaboración de extender la reserva clásica a otros supuestos y su beneficio a los abuelos y los tíos (ver I, § 3.º, núm. 19, págs. 51 y sigs. y en AN. DER. CIV., X-II, pág. 276) no autorizan para aceptar esta distinción.

Jerónimo González (961) opinó que: «Lo que en realidad hay en la reserva es un *patrimonio* (no debe olvidarse que se trata siempre de patrimonios, no de cosas concretas)».

Pero, si bien es cierto que no nos satisface la conceptualización de la reserva lineal como reserva de bienes concretos, tampoco nos parece admisible su definición como reserva de un patrimonio, aunque nos lo maticen de patrimonio separado, diferenciado o especial. Calificación que han aplicado a la reserva, además del mismo Jerónimo González (962), Roca Sastre (963), Puig Peña (964), Mezquita del Cacho (965).

La denominación *patrimonio separado* no cabe en el concepto clásico de patrimonio (966) y, además, es muy discutible la utilidad de su elaboración conceptual (967). Por otra parte, aun aceptándola, resulta que faltan a los bienes reservables características que son fundamentales para la catalogación de su objeto en

(961) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *loc. cit.*, pág. 455.

(962) JERÓNIMO GONZÁLEZ, observaciones al trabajo de ROCA SASTRE, *La autocontratación y los patrimonios especiales*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», III (julio, 1927), pág. 513.

(963) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, *La subrogación real*, en «Rev. Der. Priv.», XXXII (abril, 1949), pág. 287. Califica: «Patrimonios de restitución: patrimonio fideicomitido, reservable, etc.».

(964) FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I-II (Madrid, 1958), cap. XVI, 4 c, b, 10, pág. 376.

(965) JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, *Principales aplicaciones de la Subrogación Real en nuestro Derecho*, en «Rev. de Der. Español y Americano», IV, núm. 17 (enero-marzo, 1959), pág. 654.

(966) El concepto clásico de patrimonio, caracterizado por su atribución a una persona, unidad, inseparabilidad de su sujeto e individualidad, aparece claramente resumida por ROCA SASTRE, *El patrimonio*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», II (marzo, 1926), págs. 171 y sigs.

(967) Han dicho BLAS PÉREZ y JOSÉ ALGUER (*Notas al Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, I, 1.^o, § 125, II, pág. 619): «Estas distintas masas patrimoniales reciben un trato muy diverso, hasta el punto de ser dudosa, a nuestro juicio, la utilidad del concepto general de los patrimonios separados. Unas veces esas masas patrimoniales no tienen más especialidad que las de recaer sobre ellas un derecho de administración que generalmente implica facultades más amplias que las normales de un simple administrador; otras es el destino especial de los bienes la que los caracteriza; en ocasiones, la prelación en cuanto al pago de deudas, y, por último, en su caso, el de la herencia aceptada a beneficio de inventario, la neta separación de responsabilidades y la eliminación de toda idea de confusión, de tal suerte que se asemeja a una ficción de subsistencia de dos sujetos patrimoniales». Según escribió ROCA SASTRE (*loc. ult. cit.*, pág. 186), sólo se trata de una parte del patrimonio de una persona, sometida a un control o régimen jurídico especial, a manera de un expediente que la ley establece en ciertas situaciones, con finalidades prácticas y al objeto de garantizar derechos, estimulando y dando facilidades a fin de no entorpecer el funcionamiento...», y, como añadió en otro trabajo (*La autocontratación y...*, *loc. cit.*, pág. 510), casi como determinados bienes singulares pueden estar sujetos a un régimen especial (hipoteca, prohibición de enajenar, condición resolutoria, etc.), sin que estos bienes lleguen a formar un grupo patrimonial destacado del patrimonio que los comprende, así también pueden estarlo ciertos grupos de bienes que por su procedencia, fina-

dicha construcción dogmática (968). Así: observamos que en ella no es regla normal la subrogación *res succedit in loco rei*, a diferencia de lo que ocurre en la dote (art. 1.337, C. c.) o en los gananciales (arts. 1.401 y 1.404, C. c.), pues ésta sólo cabe aplicarla a la reserva pendiente en caso de disposición legal que la imponga, compromiso previo contraído por el descendiente o sus causantes o por convenio del reservista con los reservatarios (969). Normalmente sólo tiene lugar la subrogación de *valor*, con arreglo a los artículos 976 y 978, números 3 y 4 del Código civil. Así lo aplica, a la reserva del artículo 811, la Sentencia de 8 de julio de 1942 al afirmar que «recae sobre bienes específicos, y en caso de haber desaparecido estos bienes subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos». Efecto que se produce—fuera de toda separación o diferenciación de masas de bienes—por toda imposibilidad culposa de cumplimiento de cualquier obligación de dar (arts. 1.122, núm. 1, 1.136, 1.147, 1.182 y sig., 1.451, § 2.º C. c.), con la particularidad de que en la reserva la suma debida puede ser, bien el precio (art. 978, núm. 3, ap. 1.º, C. c.), o proplamente el valor (art. 978, núm. 3, ap. 2.º y núm. 4) (970).

La característica de los bienes reservables, que los peculiariza en el patrimonio del reservista, radica en que su sujeción a la reserva se inserta en el mismo título adquisitivo del reservista, lo cual los hace en cierto modo independientes de las vicisitudes que pueda tener el patrimonio general del mismo. Hemos dicho *en cierto modo*, porque si bien esa inafección a las deudas personales del reservista es absoluta tratándose de bienes inmuebles, no ocurre igual con los bienes muebles por ser éstos enajenables (artículo 975, C. c.) y por las dificultades de su individualización (971). Cuando los bienes reservables, total o parcialmente, se han transformado por su enajenación, pérdida o deterioro, en una cifra de valor, esa cifra se refleja en la herencia del reservista como una deuda de valor, que por tener su causa inserta en la adquisición por el reservista de los bienes valorados, tiene un carácter preferente a cualquier deuda personal del propio reservista, y debe detraserse previamente de su caudal relicto, como se detraerían los bienes subrogados, en su calidad de reservables, por dicha deuda de valor.

unidad u otra causa, parecen constituir un patrimonio especial o separado, pero que en rigor no quedan dislocados, pues la nota de ser atribuibles a un mismo titular, basta para que la unidad abstracta del patrimonio no se destruya ni reduzca.

(968) Tal vez por esto autores tan distinguidos como Blas Pérez y José Alguer (*Loc. cit.*) y Castán Tobeñas (*Derecho civil español común y foral*, I-II, 8.ª ed., Madrid, 1952, XXVI, II, B, b), pág. 432), no incluyen las reservas en la enumeración de los patrimonios especiales.

(969) Ver II, § 3, A, núm. 21, *id.*, en AN. DER. CIV., XII-III, página 784.

(970) II, § 3.º, A, núm. 21, *id.*, y en AN. DER. CIV., págs. 785 y sigs.

(971) Por esa razón el artículo 978 número 1 del Código civil y el

El objeto de la restitución por la reserva lo constituyen *primariamente bienes*, que llevan insita *propter rem*, con garantía de derecho de retención, la obligación del pago de deudas, cargas o impensas imputables a los reservatarios; pero *secundariamente*, por la *subrogación* de valor, que hemos examinado, cabe que se transformen, en todo o en parte, *en una cifra de valor* a sustraer de la herencia del reservista con prelación a las deudas personales del propio reservista (972).

B) *La determinación de cuál es el vehículo jurídico del derecho de los reservatarios a los bienes reservables*, ha sido objeto de disparidad de apreciación por parte de la doctrina.

Hemos repasado anteriormente (973) las diversas teorías que quieren explicar la atribución de los bienes reservables a los reservatarios, sea:

Heredando éstos inmediatamente del descendiente la nuda propiedad de dichos bienes (Falcón, Alcubilla, Firmat).

Recibiéndolos del mismo descendiente a través de un fideicomiso condicional (Navarro Amandi, Scaevola, Roca Sastre).

O bien, mediante un llamamiento legal bajo condición suspensiva (Mañresa, Morell, Ureña), bajo término inicial condicionado (Capó Bonafonts), o simplemente en expectativa, pendiente de la perfección de su supuesto de hecho, mientras viva el reservista (De Diego, De Buen, Ossorio Morales, Azurza).

Sucediendo forzosamente al reservista (Valverde Maruri, Lozano Sicilia, Reino Caamaño, Maura, Marín Monroy).

Por medio de una obligación legal impuesta al reservista, que con arreglo al artículo 4.º del Código civil dé lugar a la nulidad de los actos de éste que la contravengan (Gayoso Arias), y que autoriza a quien sea su acreedor para promover el juicio de testamentaría o abintestato del reservista (S. 7 noviembre 1912).

Por la actuación de una reversión legal (Sánchez Román, Charrín, Acosta Inglott, De Buen y, vacilando, De Diego) (974).

O, diversamente, según el reservatario sea heredero voluntario o intestado o legatario del reservista—hipótesis en que el ve-

artículo 184 de la Ley Hipotecaria imponen al reservista la obligación de asegurar con hipoteca su restitución.

(972) La obligación de hipotecar impuesta al reservista para garantizar a los reservatarios el abono del importe de estos deterioros, precios o valores (art. 978, núms. 2, 3 y 4 del C. c.), subraya esa prelación, y su fin es evitar que el reservista con disposiciones *inter vivos* la haga inútil dejando un patrimonio insuficiente para cubrirías.

(973) II, § 2.º, núms. 10 y sigs., en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 706 y sigs.

(974) Además de las citas de SÁNCHEZ ROMÁN, ACOSTA y DE DIEGO que hicimos en el núm. 10, b), § de esta segunda parte (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 760), añadimos: ACOSTA CHARRÍN, Consulta, en «Rev. Grad. de Leg. y Jur.», 92 (primer semestre 1898), pág. 112: «La reserva que podemos llamar *la reversión*», y DE BUEN, en *Enciclopedia...*, loc. y vol. cit., C. V, b), pág. 354, y en sus *Notas al Colón y Capitán*, vol. cit. pág. 390: «La reserva encierra más un caso de *reivindicación lineal o familiar que de sucesión hereditaria*».

hículo será la herencia o el legado que le confiera dichos bienes—, o bien no siendo derechohabiente del reservista, si necesita reclamar los bienes para ejercitar su derecho de reversión lineal—supuesto en el cual el vehículo de su derecho será un derecho potestativo a exigir dicha reversión—. Distinción que ya hemos planteado en el presente trabajo.

La doctrina ha discutido el carácter universal o singular del título de adquisición de los reservatarios.

Morell (975) se inclinó por la primera opinión, estimando que —en el caso examinado—la reservista sucedía a la descendiente, «como heredera igual a todos los demás, pues en el artículo 811 nada autoriza para desvirtuar ese carácter, al suceder en los derechos sucedió en las obligaciones».

E igualmente Manresa (976) fué del mismo criterio. En su opinión en la mayoría de los casos, «a los efectos del artículo 811, eso que pudiera llamarse cosa cierta y determinada constituye toda la herencia del descendiente que, en definitiva, debe pasar íntegra a los parientes dentro del tercer grado...» «En el artículo 811, cuando hay bienes de distinta procedencia, lo que hace [la Ley] es separar dos sucesiones distintas». Como argumentos adujo la responsabilidad de los reservatarios por las deudas de la herencia del descendiente—que estima de justicia—y la aplicación que el artículo 938 del Código civil hace del 811 a la sucesión intestada. Pero, ninguna de las razones nos convence: La sucesión a título singular no sólo comprende los legados de cosa determinada, sino también de conjuntos de bienes, que pueden llevar anejos gravámenes y cargas. Y el artículo 938 no supone el llamamiento de los reservatarios del 811, como herederos abintestato del descendiente, sino la sujeción de los ascendientes que le heredan legalmente a las limitaciones de la reserva lineal, cuando se den los supuestos prevenidos en el 811.

En cambio, Calderón Neira (977), respondió: «Sin vacilar con texto que es legatario..., según el artículo 768, el heredero instituido en cosa cierta y determinada, será considerado como legatario. La institución de heredero está caracterizada por dar al sucesor todos o la generalidad de los bienes del causante, o una parte alícuota de ellos, mientras que el legatario sucede en bienes determinados. Así como sería legatario el instituido heredero en los bienes que el testador designara como adquiridos en un contrato de compra, también lo es el instituido en una herencia que adquirió el difunto. El testador, cuando adquirió esa herencia, adquirió todo, un haber, la generalidad o una parte alícuota del mismo; pero en el momento que adió la herencia, ese todo se

(975) MORELL, *Jurisprudencia sobre el artículo 811...*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 107, pág. 139.

(976) MANRESA, *Comentarios...*, vol. 6, art. 811, 4, b, 3.º, págs. 309 y sigs.

(977) CALDERÓN, *Loc. cit.*, págs. 480 y sigs.

confundió con el haber del heredero y al disponer ese heredero de la herencia ya *no dispone de todo su haber, de la generalidad o de una parte alicuota, sino de una parte determinada, de aquí que ese haber que a él hizo heredero, a su sucesor no le hace más que legatario*». Al efecto citó la Sentencia de 13 de marzo de 1868 que calificó de legatarios a los nombrados herederos de todos los bienes que el testador había adquirido de sus padres. A su juicio: «El reservatario recibirá del heredero el activo de la sucesión descontado el pasivo, y en cuanto a las deudas por vencer prestará caución de satisfacerlas en su día... el reservatario no tiene más que el beneficio líquido de la sucesión, deducidas las cargas. Ocurre en esto lo mismo que en la venta de una herencia».

De Diego (978) fué de esta segunda opinión: «Los reservatarios suceden al descendiente a través del ascendiente reservista y le suceden en sucesión legal intestada, *por título singular*, puesto que la sucesión se circunscribe a los bienes reservables y no a los demás».

Ese criterio de considerar a título singular la adquisición por los reservatarios de los bienes reservables, es aplicable a la tesis que considera que consiste en una reversión lineal el título a través del cual los reservatarios no herederos del reservista pueden reclamar los bienes reservables. Los argumentos antes expresados son válidos también para esta hipótesis.

Para nosotros, es tanto más evidente que la reversión, reclamada a los herederos del reservista por los reservatarios que no ostenten dicha cualidad, se opera a título singular, como la compra o la donación de una herencia, cuanto que—según acabamos de ver—el objeto de la reserva lo constituyen bienes determinados (aunque sujetos a retención por los herederos del reservista mientras no les sean abonadas las cargas y los gastos de la herencia del descendiente que sean inherentes a estos bienes y correspondientes a impensas verificadas en los mismos) o bien un crédito dinerario, equivalente al valor reservable conforme a los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 978 del Código civil. La adquisición de varios bienes vinculada a obligaciones *propter rem* a favor de los herederos del reservista e inherentes a su adquisición, ni la de varios bienes más un crédito de valor por enajenaciones, pérdidas o deterioros, presuponen una adquisición a título universal, pues falta de ambos supuestos la característica fundamental de esas adquisiciones, consistente en el hecho o fenómeno de suceder o subrogarse el adquirente sólo, o conjuntamente si son varios, en la posición jurídica activa y pasiva del causante.

La Sentencia de 4 de mayo de 1910, en su segundo consideran-

(978) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., pág. 202. Pero, aunque respeta la calificación sucesoria de la reserva, a seguido observa que «esa construcción resulta artificiosa y acaso contradictoria en algunos de sus extremos» y que «en definitiva, lo que los reservatarios tienen es derecho familiar o lineal a favor de determinados parientes».

do, afirmó que el artículo 811 otorga a los reservatarios «un derecho *para reivindicarlos*». La de 9 de julio de 1933, de pasada, como *mero obiter dictum*, dijo que del 811 nace una *acción de petición de herencia*. Entre ambas afirmaciones, el último considerando de la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, estimó que «en este caso no se trata del ejercicio de una acción reivindicatoria propiamente dicha, sino más bien de una acción de petición de herencia», para deducir que «no dirigiéndose aquélla contra tercero, sino contra el causahabiente el reservista ha de estimarse inaplicable la doctrina jurisprudencial establecida sobre concurrencia de los tres requisitos de la acción reivindicatoria».

C) *Los medios procesales de que disponen los reservatarios para hacer efectivos sus derechos* han sido discutidos en casación en diversas ocasiones.

La Sentencia de 4 de septiembre de 1905 afirmó que el derecho reconocido por el artículo 811, «implica [a la muerte del reservista] el poder promover el correspondiente juicio de testamentaria para determinar la existencia y origen de tales bienes, cuando esto no se ha hecho constar en la época del fallecimiento de las personas a quienes viene a heredar la obligada a la reserva».

La de 30 de abril de 1906 declaró que «los términos del artículo 811 del Código civil no autorizan la infundada e ilógica suposición de que para determinar los bienes reservables hayan de alterarse las condiciones de liquidación de toda clase de herencias».

La Sentencia de 4 de mayo de 1910, en su cuarto considerando, indicó que «confundidos dentro de la masa hereditaria así los bienes particulares de F. M. [el reservista] como los sujetos a reversión, el procedimiento legal más adecuado para la oportuna discriminación de los unos y de los otros, es, no el período de ejecución de sentencia, sólo aplicable cuando se trata de llevar a efecto derechos reconocidos por el Tribunal competente, sino el juicio de división judicial o convencional».

El tercer considerando de la Sentencia de 7 de noviembre de 1912 afirma que, «según jurisprudencia establecida, los reservatarios como acreedores de los bienes objeto de la reserva, tienen derecho no sólo a intervenir en las operaciones del inventario, avalúo, división y adjudicación del caudal relicto por la persona obligada a reservar, sino también a promover el juicio universal que proceda».

La Sentencia de 4 de diciembre de 1933 señaló, en su cuarto considerando, que no puede discutirse en procedimiento de precario—que entablaron los reservatarios—las cuestiones derivadas de la reserva.

Las Sentencias de 8 de junio de 1917, 8 de junio de 1948 y 5 de diciembre de 1958, de que seguidamente nos ocuparemos, han admitido que en juicio declarativo ordinario se reclamen los bienes reservables debidamente determinados e identificados en dicho procedimiento.

Como resumen, diremos que de la doctrina del Tribunal Supremo resulta:

1.º Que no son adecuados ni el período de ejecución de sentencia ni el juicio de desahucio por precario para reclamar los bienes reservables.

2.º Que siempre es posible y apropiado el juicio sucesorio universal, sea de testamentaria o de abintestato, del reservista.

3.º Que el procedimiento declarativo ordinario es utilizable con eficacia si en él pueden determinarse e individualizarse los bienes reservables.

D) *El modo y los medios de probar qué bienes y qué valor son reservables*, también han sido muy discutidos en casación.

La Sentencia de 8 de junio de 1917 afirmó, en su primer considerando, «que la ley *no exige* para hacer valer los derechos que nacen de la disposición del artículo 811 del Código civil, a los parientes en cuyo favor establece la reserva, que éstos tengan el deber de probar por medio de escritura pública, que el descendiente de quien proceden los bienes los adquirió de otro ascendiente o hermano por título lucrativo, y que a su vez el ascendiente reservista heredó de aquél los mismos bienes por ministerio de la ley, siendo necesario a este efecto acreditar por medio de documentos públicos la liquidación de las herencias respectivas, y que en ellos conste la adjudicación sucesiva de los bienes reservables..., porque la obligación que impone el citado artículo 811 al reservista, era exigible a los sucesores de D. A. F. N. [el reservista] en cuanto a las fincas determinadamente pedidas en la réplica de la demanda por haber declarado probado el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, *sin que para ello tuviera que sujetarse a un medio taxativo de prueba*, que el causante de los demandados heredó esas mismas fincas por ministerio de la ley de su hija doña T., quien las hubo por igual título de su madre doña M. C...».

Su segundo considerando razona, que «el artículo 1.279 del Código civil menciona únicamente los contratos en que se exige la forma especial de la escritura pública y no aplicable al caso de autos»; que «documento público, es también y de transmisión la sentencia que condena a los demandados a entregar las fincas en cuestión al demandante», y que «reclamándose cosas específicas y no la universalidad de bienes que doña T. F. M. [la descendiente] heredó de su madre, y de aquélla su padre D. A. F. N. [el reservista], el actor no venía obligado a promover previamente los juicios universales que se indican en el motivo tercero del recurso [por liquidación de sociedad conyugal y herencias], sino los recurrentes si entendían que no debían ser entregadas las fincas, por venir afectas a bajas o responsabilidades pendientes de liquidación, que no han opuesto en el pleito, y últimamente, porque la acción del demandante se ha dirigido contra los causahabientes del reservista en concepto de tales y no contra terceros que inde-

bidamente detentaran los bienes sujetos a reserva, pues sólo en este último caso tendrán aplicación los preceptos legales que presiden el ejercicio de la acción reivindicatoria».

En la Sentencia de 9 de julio de 1933, su único considerando afirmó que, «solicitándose en la súplica de la demanda, ratificada en la réplica, que se declare el carácter de reservables de los bienes que se concretan en los hechos, por su naturaleza, situación, linderos y medida superficial, era preciso para que tal escueta pretensión prosperase, sin incurrir en vicio de incongruencia, que se hubiese determinado que tales bienes habían ingresado en el patrimonio de don E. y don M. Z. S. [los descendientes] por herencia intestada de su padre don H. Z. C., y como los propios recurrentes demandantes en el pleito, afirmaron que a la muerte de don H. su viuda doña M. C. S. G. [la reservista], no solicitó la declaración de herederos correspondiente, ni practicó operación de liquidación, división y adjudicación del caudal, así como que al fallecimiento de los don E. y don M. no se formalizó la sucesión, limitándose la madre a hacerse cargo de los bienes pasando a la masa general, con confusión material de éstos, es evidente que ni siquiera se llegó a liquidar la sociedad conyugal al efecto de fijar para su distribución la existencia y valuación de los gananciales, hasta tanto no se practiquen las cuentas particionales correspondientes, *deslindando en ellas extremo tan esencial*, no es dable prever si los concretados inmuebles tienen o no el carácter de bienes reservables».

La Sentencia de 6 de febrero de 1936 aceptó la plena eficacia de la declaración de hecho de la Sentencia recurrida de que no habían bienes reservables, a pesar de no haberse hecho en juicio universal de abintestato o testamentaria sino en juicio ordinario declarativo.

La Sentencia de 7 de junio de 1948 después de plantear, en su primer considerando, si es o no de necesidad la previa liquidación de la sociedad conyugal y la realización de las operaciones particionales de herencias para determinar los bienes reservables, y de indicar en su segundo considerando, la posición no uniforme a primera vista, de las Sentencias de 9 de julio de 1933 y 8 de junio de 1917, explicó en su tercer considerando, «que esta discrepancia jurisprudencial es sólo aparente y susceptible de conciliación en el fondo, *si se tienen en cuenta las especiales circunstancias que puedan concurrir en los distintos casos sometidos a concreto enjuiciamiento* por los Tribunales, pues bien se advierte que en situaciones procesales como la contemplada por la Sentencia de 9 de julio de 1933, en que los bienes reservables pasaron al patrimonio de la reservista en confusión material con los de ésta, no sea posible diferenciar los unos de los otros sin la previa liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente partición, pero no debe pretenderse que este criterio sea elevado al rango de norma absoluta y única aplicable a todas las situaciones procesales sobre identi-

ficación y calificación de bienes sujetos a reserva lineal, pues en términos generales, y a esta finalidad *no hay limitación de medios probatorios*, y los Tribunales pueden utilizar todos los que se les ofrezcan para adquirir la convicción de que se dan los presupuestos objetivos del artículo 811 sobre identificación, procedencia y sucesiva transmisión de los bienes reclamados en concepto de reservables, porque como dice la aludida Sentencia de 8 de junio de 1917, la ley no impone un taxativo o único medio de prueba, ni sería procedente tampoco, sin riesgo de burlar el designio del legislador, que el derecho del reservatario, quedase supeditado en su efectividad a una previa partición de las herencias del ascendiente de quien proceden los bienes y del descendiente causante de la reserva, sólo sometidas a la voluntad de quienes tienen un interés económico en pugna con el del reservatario».

La Sentencia de 14 de diciembre de 1957, desestimó una reclamación de bienes reservables planteada en un juicio declarativo ordinario porque: «en razón a las especiales circunstancias habidas, derivadas de las ínfimas participaciones que recibió la causante como heredera abintestato de sus descendientes, referidas tan sólo a tres fincas rústicas, a las adjudicaciones que en la disolución de la sociedad conyugal se le hicieron por su mitad de gananciales y cuota viudal y a la extensión superficial que una de ellas experimentó... en virtud de información posesoria..., todo ello dió lugar a que estos bienes reservables, en unión de los privativos, al integrar todos el patrimonio del reservista, quedarou confundidos, sin ser posible, dada su escasa importancia, el poder ser diferenciadas», por «*da confusión material* en que entraron en el patrimonio de la reservista—afirmación no combatida en el recurso por el cauce adecuado—...».

La Sentencia de 5 diciembre de 1958 en su último considerando rechazó que hubiera infracción del artículo 348 del Código civil no dirigiéndose la acción contra tercero, sino contra el causahabiente del reservista, porque «declarando la sentencia recurrida, por aceptación de la primera instancia, que se hallan perfectamente determinados e identificados los bienes que la reserva comprende, y que los poseyó la reservista y de ésta pasaron a la recurrente, declaraciones de hecho no combatidas en forma por la vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, carece también de consistencia el motivo en este particular, aun dentro de la tesis del mismo».

En resumen: la determinación o identificación de los bienes reservables se estima cuestión de hecho apreciable por los Tribunales sin limitación de medios de prueba en juicio ordinario declarativo o en el juicio universal correspondiente, siendo previsible que en ciertos casos no sea posible obtener la prueba en juicio ordinario y sea indispensable acudir al juicio universal de testamentaria o abintestato, cuestión que en cada caso queda también a la apreciación de los Tribunales.

44. *La reivindicación de los reservatarios contra los adquirentes a título inter vivos de bienes reservables. ¿Pueden entablarla quienes ostenten la cualidad de herederos del reservista?*

Hemos visto (979) que el reservista está facultado para disponer libremente *inter vivos* de los bienes muebles reservables. Por ello, fallecido el reservista, los reservatarios tampoco podrán reivindicarlos. Solamente en caso de haberse hecho la enajenación en fraude de la obligación de reservar, si se reúnen todos los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción Pauliana (arts. 1.291 núm. 3 y 1.295, § 2.º, C. c.), podrán los reservatarios utilizarla para recuperarlos de los adquirentes *concius fraudi* en los términos previstos en el artículo 1.295, § 1.º del Código civil.

También vimos que son inatacables las adquisiciones de bienes inmuebles reservables inscritos en el Registro de la Propiedad si no constare en el mismo su sujeción a la reserva. Salvo, también, si la enajenación se hubiere celebrado en fraude de acreedores u otorgado a título gratuito (980). Asimismo constatamos la posibilidad de que los reservatarios reiviniquen, después de muerto el reservista, los inmuebles no inscritos (981) y los inscritos si expresamente estuviese mencionada o anotada marginalmente la reserva (982).

Acabamos de ver que, planteada la más o menos rigurosa exigencia de los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, la Sala primera del Tribunal Supremo ha distinguido en algunos considerandos, atendiendo a si la reclamación de los bienes reservables fuera entablada contra los herederos del reservista—supuesto en el cual suaviza su exigencia (Sentencia 5 diciembre 1958, últ. considerando)—o bien contra terceros adquirentes—hipótesis en que impone estrictamente su exigencia (Sentencia 8 junio 1917, considerando 2.º).

Ahora vamos a dedicar especial atención al problema de si pueden obtener esa reivindicación lineal aquellos reservatarios que sean a la vez herederos del reservista. Es tema que tiene hondas raíces en el Derecho común y en las Partidas, donde fué muy discutido si los hijos que heredaron a su padre podían reivindicar los bienes de su peculio adventicio o los feudales, amayorazgados o de otra suerte sujetos a restitución que su dicho padre hubiese enajenado. Problema que afectó al supuesto de que los hijos del primer matrimonio del padre o madre binubo que enajenó bienes sujetos a la reserva binupcial fueran herederos de éste. Examinaremos estos precedentes, antes de abordar la cuestión concreta que nos ocupa y veremos si ésta es o no es una secuencia de ellos.

A) *Límites a la reivindicación por los hijos de los bienes ena-*

(979) II, § 3.º, núm. 20, en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 760 y sigs.

(980) AN. DER. CIV. y loc. últ. cit., pág. 780.

(981) Pág. 768.

(982) Pág. 780.

enajenados por su padre y que éste debía restituirles por cualquier causa (*peculio adventicio, fideicomiso, feudo, mayorazgo, etc.*).

El examen de esta cuestión obliga a distinguir diversas hipótesis, que los autores separaron cuidadosamente.

a) *Reclamación por el hijo no heredero.*

La Ley 1.^a Cod. De bonis maternis (VI-LX, 1), al ocuparse del *peculio adventicio* («Res. quae ex matris successione, sive ex testamento sive ab intestato, fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate...»), concluyó advirtiendo a quien adquiriere bienes de esta clase enajenados por el padre, que no podrían oponer prescripción alguna a los hijos que los reivindicquen («quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quando res suam vindicantibus»).

En cambio, la Ley 24, título XIII de la Quinta Partida en sus versículos tercero y cuarto dispuso que: «É si por aventura los enagenasse, fincarían por ende obligados, e empenados al fijo los bienes del padre, después de su muerte fasta que rescibiese entrega dellos, de aquello que el padre lo ouiese enagenado, o malmetido. E si por aventura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que non compliesen, o que ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera; entouce, pueden demandar sus bienes a quien quier que los fallen, e de velos cobrar».

Gregorio López (983) planteó si la parte transcrita de esta ley había derogado en parte el Derecho romano. Para conciliarlos propuso cuatro soluciones: 1.^a) Que se aplicara la Ley de Partidas cuando el hijo prefiriera usar la acción personal contra los herederos del padre o la hipotecaria contra los poseedores de los bienes del mismo, a la de dominio contra los poseedores de la cosa de su propiedad enajenada por el padre. 2.^a) Que sólo fuera aplicable cuando el padre realizara lícitamente la enajenación, pero no empleara el precio en provecho del hijo (pero, él mismo rechazó esta segunda explicación: porque las palabras de la Ley se refieren al supuesto de ser la enajenación ilícita porque de ser lícita no parece aceptable que los adquirentes deban responder del correcto empleo del precio de los bienes). 3.^a) Que esa Ley sólo era aplicable a la enajenación de cosas fungibles, conforme lo anotado por Angelo a la Novela 108, capítulo 2, versículo *ea illo supleri*. 4.^a) Que únicamente se refería a las cosas dotales estimadas, mas no a las inestimadas. Concluyendo, que «para poner de acuerdo esta Ley de Partida con el Derecho común, y al efecto de evitar un absurdo, es preciso escoger entre la primera, la tercera o la cuarta interpretación, por más que parezcan algún tanto aventuradas» (984).

(983) GREGORIO LÓPEZ, gl. 4 a la ley 24, Tít. XIII, P. 5.^a; ver pág. 316 y sigs. del vol. III de la versión de Saponts y Barba, Martí de Eixadá y Ferrer y Subirana.

(984) Dice GREGORIO LÓPEZ: «dicit videantur aliquatenus divina»

Antonio Gómez (985) interpretó literalmente esta Ley. Covarrubias (986), también, la entendió así: «qua constitutum est, patrem non posse alienare bona adventitia filiorum, quod si ea alienaverit, manere bona ipsius patris obligata pignori, et hypothecae ipsis filiis ad rei adventitiae satisfactionem, in nunc sane modum, ut mortuo patre, tunc possit filius rem alienatam ab emptore vindicare: cum ex bonis paternis, facta excussione non potest iustam aestimationem rei per patrem alienata consequi». No obstante lo cual, criticó duramente esa disposición (987).

Ibáñez de Faria (988) trató también de conciliarla con la Ley 1 del título *De bonis maternis* del Código de Justiniano. A su juicio, la Ley 1 se ocupó del padre que enajenó como propios los bienes

tertiis». IBÁÑEZ DE FARIA (*Adiciones a las varias resoluciones de Covarrubias*, lib. I, cap. VIII, núm. 32, pág. 50, Coloniae Allobrogum 1728) comentó estas cuatro interpretaciones de GREGORIO LÓPEZ «quas ipse divinatorias, aut impobabiles ingenue fatetur». Y, como nota adicionada por los traductores de las glosas, se lee en la citada edición de las Partidas (pág. 316, vol. cit., gl. 123 al Tít. XIII, 5.^a P.): «Por más que esta ley deba resultar derogatoria del Derecho romano, no podemos dejar de tomarla en su sentido literal; no hallándose cláusula alguna en la misma ni en otra ley alguna de las Partidas, en que puedan fundarse las interpretaciones que en seguida indica GREGORIO LÓPEZ, interpretaciones que él mismo reconoce ser aventuradas.»

(985) ANTONIO LÓPEZ, *Opus praeclarum...*, in legem XLVIII, Tauri, núm. 16 (fol. 245): «Tamen hodie de iure regio videtur dispositum, quod si pater alienat bona adventitia filii quiae administrabat mobilia vel immovilia, etiam si reperiantur penes tertium possessionem, non potest filius petere nec vindicare ab eo praedicta bona, sed tantum potest agere contra patrem vel eius successores ad pretium et aestimationem eorum...»

(986) COVARRUBIAS, *Variarum Resolut.*, Lib. I, cap. VII, núm. 5, en *Opera Omnia* vol. I, cit., pág. 197.

(987) COVARRUBIAS (*loc. cit.*, not. an., núm. 6, pág. 198), después de examinar la posición de Azón respecto los bienes adventicios que el padre enajenó como administrador por causa de necesidad [«Et pro conservatione, inquit Azo, istarum rerum adventitiarum, vel pretii ipsarum, habet filius tacitam hypothecam, et cum pater non vendidit ob aes alienum solvendum haecenus is auctor probat, patre alienante rem adventitiam, in qua usumfructum habet: absque acri alieni necessitate, filium habere tacitam hypothecam adversus bona patris. Sed hypothecaria nunquam obtinet contra tertium possessorem, nisi prius in bonis principalis debitoris praemissa fuerit excussio»], comentó que: «Nam si venditio nulla est, atque filio venditio, ut domino iure competir: optime colligitur, filium eam rem posse vindicare ab emptore nulla praemissa patrimonii paterni excussione, nec textus in authent, hoc si debitor quidquam oberit: cum hic non tractamus de re propria ipsius patris ab alio, qui eius haeres non sit possessa, tunc etenim locus est necessariae excussioni sed agitur maxime de evincenda ab emptore re propria ipsius agentis, qui eius vere dominus est, rei que vindicationem habet: eo quidem titulo quod a non domino fuerit alienata. Ex quibus satis ut fallor, compertum est Regiam Partitarum constitutionem adhuc non potuisse ab ac posteriori Azonis sententia deduci: nisi cum recte intellectam ab illarum legitima conditoribus fuisse asseveremus. Superest ergo eam decisionem a iure Romanorum omnino alienam esse.»

(988) IBÁÑEZ DE FARIA, *Loc. cit.*, núm. 33.

de sus hijos («qui alienavit bona filii tanquam propria») y la de Partidas, del padre que enajenó algún bien de los hijos obrando como legítimo administrador de los mismos. «Primo casu filius directe potest possessorem convenire sine discussione facultarum patris, quoniam talis alienatio est interdicta, in d. l. 1 et sic nulla, ut omnis actus contra leges factus» y «Secundo autem casu, prius sunt patris bona discutienda, quia ipsi ut legitimo administratori permissum est, bona filii nomine alienari, etiam immobilia propriis auctoritate...; tamen justa causa necessitatis desideratur, et qualis sufficiat ejusdem patris arbitrio relinquitur; quo casu prius ex mala administratione ad facultates paternas, quam ad tercios possessores, quibus nihil imputari potest, deveniendum est...; et hac modo intellectu d. l. 24 Partitae non refragatur Caesarea constitutiōni, ac juris communis correctio evitatur». Solución muy parecida a la expuesta en segundo lugar por Gregorio López, y que este anotador estimó la menos convincente de las cuatro por él propuestas.

El mismo Gregorio López, hacia el final de la glosa referida, y apoyándose en la ley glosada, afirmó que si el padre ha fundado un mayorazgo a favor del hijo del segundo matrimonio con bienes comprados con dinero perteneciente a los hijos del primero, puede sostenerse que este mayorazgo subsistirá, limitándose el derecho de los hijos del primero a la demanda del dinero que les pertenecía. Criterio que estimó de acuerdo con lo anotado por Baldo en el § penúltimo de *his qui feud. dar. poss.*, col. 4.

b) *Reclamación por los hijos que sean sucesores de su padre enajenante.*

La Ley 24 del Título XIII de la Quinta Partida, continúa, después de los versículos comentados, que: «E esto se entiende, quando non quisieren heredar, nin aver parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen heredar en ellos, entonce non podrían demandarlos sus bienes propios, a aquellos a quien los otusse el padre enajenado, segund que es dicho: porque todos los pleytos derechos que el padre hobiesse fechos, serían tenidos de guardar, e non venir contra ellos, después que fuessen herederos».

Gregorio López, en su glosa a la palabra «entonce» del último versículo de la ley (989), preguntó: «Y si el padre enajenase bienes sujetos a restitución, cual los del mayorazgo y los feudales, ¿podrá el hijo heredero demandarlos?»

La respuesta a esta interrogación dió lugar a que los autores formularan distinciones y subdistinciones atendiendo a las diversas circunstancias que colorearan en cada caso la cuestión. Procuraremos seguirles en su itinerario discursivo:

2) Si el hijo fué instituido heredero universal por su padre y aceptó la herencia sin utilizar el beneficio de inventario, la ma-

1080) GREGORIO LÓPEZ, glosa 10, a la ley 24, tít. XIII, P. 5.ª, vol. y ed. cit., págs. 317 y sigs., gl. 124.

por parte de la doctrina entendió que no podía reivindicar en caso alguno los bienes adventicios ni los demás sujetos a restitución a su favor que hubiese enajenado su padre y causante. No obstante, no faltaron quienes para diversos supuestos sostuvieron otras soluciones. Así:

1.ª) Pedro de Peralta (990) opinó que si enajenación hecha por el causante es inválida, el heredero puede accionar contra ella, y que si la enajenación fué hecha en contravención de una prohibición legal el heredero no tiene por qué aceptarla como perfecta.

2.ª) El jurista portugués Arias Pinelo (991), tratando concretamente de la enajenación de bienes de mayorazgo, admite su reivindicación por el sucesor, aunque sea heredero del enajenante, porque el mayorazgo fué instituido en honor de la familia y en memoria del instituyente, «favor *publicae utilitatis*», y porque el sucesor no por ser heredero del enajenante puede perjudicar a los sucesores ulteriores.

3.ª) Peláez de Mieres (992) y Hermenegildo de Roxas (993) limitaron la regla impeditiva de la reivindicación al hijo del enajenante que fuera su heredero, admitiendo tan sólo la reclamación en caso de que la enajenación se hubiera hecho en fraude del heredero sucesor o de ulteriores sucesores. El segundo de estos autores advierte que el fraude se colige cuando se hubieran verificado grandes excesos enajenando o haya sido hecho como donación.

4.ª) Rodrigo Suárez (994), Gregorio López (995), Antonio Gó-

(990) PEDRO DE PERALTA, in rubr. de hered. instit., núm. 79 y concretamente para los mayorazgos, núm. 95 y pág. 54 (citado por PELÁEZ DE MIERES).

(991) «Arii Pinelli lusitani, Jurisconsulti ad constitutiones Cod. de Bonis Maternis doctissime amplisimique Comentarii, quibus maternae successionis iure felicitas explicantur» (Lugduni, 1560). Lex prima, Tertia pars, núm. 99, págs. 572 y sigs.

(992) MELCHOR PELÁEZ DE MIERES, *Op. cit.*, Cuarta pars, Quaest. XIV, núm. 2.ª, fol. 449 vto; concluyó: «Quod primogenitus licet sit haeres patris, potest agere revocatoria, si pater in illius fraudem vendidit feudum primogeniturae.»

(993) HERMENEGILDO DE ROXAS, *Tractatus de incompatibilitate Regnorum et Majoratum* (ed. Lugduni, 1745). Pars. V, Cap. VI, núm. 26, «Nona limitatio: quando antecesser alienasset rem, vel res ad Majoratum pertinentes, in fraudem filii primogeniti vel alterius successoris in Majoratu, qui postea sit successor et haeres patris antecessoris».

(994) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitionis Legis Quoniam in Prioribus Cod. de iust. testamento*, ampliatio septima, núm. 6, en «Opera Omnium», ed. Duaci, 1614, pág. 398.

(995) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit.: «Empere, sino hizo inventario, el hijo heredero universal deberá respetar las enajenaciones hechas por el padre como si él las hubiese verificado, según BARBO en d. l. «ley 6.ª Cod. und. liber.» ed. 79.

mez (996), Covarrubias (997), el doctor Luis de Molina (998), Alfonso de Guzmán (999) y el portugués Alvaro Valasco (1000) fueron partidarios de la irreivindicabilidad por el heredero.

Suárez, Peláez de Mieres, Molina y Valasco fueron quienes con mayor detenimiento trataron esta cuestión, que intentaremos resumir:

La tesis negativa se apoyaba, de una parte, en la ley *Vindicatem* (Dig. XXI-II, 17) y, de otra, en la *Heredem* (Dig. I-XVII, 59). Aquella proclamó que el vendedor que reivindicaba la cosa que él mismo vendió puede ser repelido con la excepción de dolo, aunque haya adquirido el dominio por otro título de derecho, «porque sin prohibición intenta hacer objeto de evicción una cosa vendida por él». La segunda proclamó: «*Heredem eiusdem potestatis, iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat*». Concretamente se halló una solución análoga en la ley *Filium*, 31 del título *De liberali causa* (Dig. XI-XII), que prohibía al hijo heredero del padre que reclamase la esclavitud del manumitido por su padre (1001). La solución se entendió invariable, aunque el comprador hubiera renunciado a la evicción (1002).

Al contra argumentó de que tratándose de una venta nula, prohibida por la ley, puede pedirse la nulidad, incluso por los hijos herederos del enajenante, replicó Molina (1003): «*Nam haec omnia intelligenda sunt, quando nullus alius est, qui valeat alienationem nulliter factam revocare; sed solum ille, in cuius favorem alienatio prohibita fuit, vel ejus haeres: secus tamen quando alienatio etiam favore aliorum prohibita fuit, ut supersunt alii, qui illa revocari possint. Tunc namque is qui alienarit, rei ejus haeres illem non revocabunt, sed posteriores, que nec alienantunt, nec alienationi consenserunt, nec etiam fuerunt haeres alienantis*».

(996) ANTONIO GÓMEZ, *Op. últ. cit.*, in legem XL Tauri, núm. 84, vers. *Iusta quod tamen notabiliter quero*, en el inciso en que afirma, «quod non tenetur stare contractui si non est successor eius universalis».

(997) COVARRUBIAS, *In titulum de testamentis interpretatio*, caput. Primum, núm. 13, en «*Opera Omnia*», cit., vol. II, pág. 26.

(998) LUIS DE MOLINA, *De primogenitorum hispanorum...*, cit., Lib. IV; Cap. I, núm. 17, pág. 572.

(999) ALFONSO DE GUZMÁN, *De Evictionibus* (Lugduni, 1676) Quaest. XXXVIII, núm. 19, pág. 215, donde apoyándose en la autoridad de BALDO y BARTOLO, afirma que «haeres adeundo contrahit veram obligationem de observando disposita per defunctum, ita quod etiam si praeterdat bona proprio vigore fideicommissi, exceptione repellatur».

(1000) ALVARO VALASCO, *Decisionum, consultationum ad rerum iudicatum in Regno Lusitaniae* (ed. Coloniae Allabrogum, 1735), Consult. LXIX, núm. 10 (pág. 144).

(1001) Cfr. PELÁEZ DE MIERES, *Loc. cit.*, núm. 1 Primo, fol. 448 vto.; VALASCO, *Loc. cit.*, núm. 1 (pág. 14).

(1002) Ver RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 10, vers. «*Hoc teneo*», p. 400, y MOLINA, *Loc. cit.*, núm. 28, pág. 574.

(1003) MOLINA, *Loc. últ. cit.*, núm. 20 (pág. 573), y en el mismo sentido, PELÁEZ, *Loc. últ. cit.*, núm. 1, sexto, fol. 449.

Precisando Valasco (1004) que el axioma de que es posible ir contra los propios actos si fueron hechos contra la ley, sólo es aplicable a dos casos: cuando la nulidad fué introducida en favor del enajenante, o bien cuando la ley la ordenó en interés público. Y que, en los supuestos que discutimos, la prohibición no se dispuso a favor de aquél sino *intuitu filiorum*, y éstos, como herederos de su padre, no pueden reclamar la nulidad de lo obrado por éste, puesto que el mismo padre no pudo demandarlo.

A los que estimaban admisible la reclamación entablada por el hijo, heredero de su padre, en el caso de que éste hubiere realizado la enajenación *para defraudarle*, se replicó (1005): que no puede presumirse la intención fraudulenta; que el heredero aceptante, puesto que se licra con la herencia, debe pechar con sus obligaciones, y que con la adición se consienten los actos realizados por su causante, incluso los fraudulentos, de los que sin duda responde el aceptante como heredero suyo.

3) Si el hijo, sin usar del beneficio de inventario, heredó solamente una cuota de la herencia de su padre, se estimó que únicamente se le había de denegar la acción para vindicarla en la misma proporción en que fuese heredero (1006). Así había sido resuelto en la ley 14, Cod. III-XXXII, en la cual Diocleciano y Maximino dispusieron: «*Quum a matre domum filii, te sciente, comparasse prepones, adversus eum dominium vindicantem, si matre non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem, doli mali, exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis*».

7) Si el hijo y heredero, universal o de cuota, utilizaba el beneficio de inventario, se afirmó por algunos autores (1007) que podía reivindicar la cosa sin que pudiera oponérsele la excepción antes expresada, «*quia confectio inventarii ponit haeredem in eadem statu et gradu, in quo esset si hereditas adita non fuisset*», e «*inducitur separatio honorum et obligationis*». Pero predominó la opinión (1008) de que debía respetar la enajenación en cuanto

(1004) VALASCO, núm. 14 (pág. 145).

(1005) VALASCO, núm. 15 (pág. 146).

(1006) Ver RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 7, pág. 390; GREGORIO LÓPEZ, *gl. y loc. últ. cit.*; ANTONIO GÓMEZ, *Op. últ. cit.*, in legem XLVIII, núm. 16, fol. 245 («*nisi talis filius sit haeres patris: quia tunc pro ea parte pro qua est haeres, non potest agere*»); ARIAS PINELO, *Op. cit.*, núm. 70, vers. «*Eadem conclusio*», págs. 513 y sigs.; PELÁEZ DE MIERES, *Loc. últ. cit.*, núm. 3, fol. 450; HERMENEGILDO DE ROXAS, *Loc. cit.*, núm. 25, pág. 250 (este autor explicó: «*Ratio est quia haeres representat personam sui antecessoris pro ea parte quam est haeres; quod vero ad alia partes, decitur extraneus*»); VALASCO, *Loc. cit.*, núms. 9 y 10.

(1007) PELÁEZ, *Loc. cit.*, núm. 1, fol. 448 vto.; GUZMÁN, *Loc. cit.*, núm. 20, pág. 215; ROXAS, *Loc. cit.*, núm. 38, pág. 251.

(1008) Ver GREGORIO LÓPEZ, *gl. últ. cit.*; RODRIGO SUÁREZ, núm. 10, in fine, p. 400; ARIAS PINELO, *Op. cit.*, núm. 81, pág. 514; MORJNA, *Loc. cit.*, núm. 24, pág. 573; VALASCO, *Loc. cit.* núm. 10, vers. *Stat ergo*, págs. 144 y sigs.

montare el valor inventariado que le hubiere correspondido. «Nam si inventarium fecisset—escribió Rodrigo Suárez—, non repelletur pro cuota est heres, sed solum in quantitate».

No faltaron (1009) quienes trasladaron a los mayorazgos la doctrina de Alberico—afirmativa de que si un interés de afección lleva al hijo que haya hecho inventario a recobrar, por ser de abolengo, la heredad vendida por su padre, no podía denegársele la reclamación, si bien estaría obligado al saneamiento.

δ) *Si el hijo únicamente heredó a su padre en la cuota hereditaria forzosa, habiendo utilizado el beneficio de inventario*: fué muy discutido si la reivindicación intentada por aquél podía ser rechazada en la participación hereditaria que representaba su haber. Fué discrepante la posición de los glosadores y los comentaristas. Gregorio López (1010) y Hermenegildo de Roxas (1011) opinaron con Bartolo y Angelo que si el heredero no hubiese recibido del causante lo que le correspondiera, podía contravenir lo obrado por éste. En cambio, siguiendo a Baldo, Saliceto, Paulo, Alejandro, Jason, Corneo y Jacovino, entendieron Rodrigo Suárez (1012), Covarrubias (1013), el doctor Luis de Molina (1014) y Alvaro Valasco (1015) que la vindicación podía ser rechazada en proporción a la cuota legitimaria o, habiendo aceptado a beneficio de inventario, en la cuantía obtenida. «Probetur—dice Rodrigo Suárez—quia non potest negari quod si iste filius evinceret rem suam ab emptore, ille emptor esset creditor hereditatis. Sed creditor praefertur filio etiam in legitima». Y, al argumento de que los hijos deben haber su legítima sin ninguna carga ni gravamen, respondió, «quod haber intelligi sine onere et gravamine legatorum et fideicommissorum et qualibet alio gravamine apposito per patrem in testamento. Secus tamen est in onere creditorum et aeris alienum potentius sit quam legitima: imo ipsa dicitur aere alieno deducto».

Arias Pinelo (1016), en cambio, insistió en la opinión de Bartolo, y a los argumentos antes expuestos opuso que: «...sed haec consideratio id tantum evincit ut filio rem suam vendicante, emptori detur actio ad pretium et interesse evictionis, solutio que emptori facienda hereditate, eandem minuat, et consequenter le-

(1009) GREGORIO LÓPEZ, *Loc. últ. cit.*; ROXAS, núm. 33, pág. 251; VALASCO, núm. 22, pág. 148. En contra, ver MOLINA, núm. 29, vers. *Nec in hac re*, pág. 574.

(1010) GREGORIO LÓPEZ, *Loc. últ. cit.*

(1011) HERMENEGILDO DE ROXAS, *Loc. últ. cit.*, núm. 27, décima succedit.

(1012) RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 11, pág. 399.

(1013) COVARRUBIAS, *In tit. de Testam.*, cap. I, núm. 13 (vol. cit., pág. 26), donde propone: «compensatione legitimae cum ista re alienata».

(1014) LUIS DE MOLINA, *Primogeniarum...*, lib. y cap. cit., núm. 26, pág. 573.

(1015) ALVARO VALASCO, *Loc. cit.* núm. 7, págs. 143 y sigs. y núm. 10, págs. 144 y sigs.

(1016) ARIAS PINELO, *Op. cit.*, núm. 80, págs. 516 y sigs.

gitimam filii postea deducendam: atque ita regulae iuris servantur, ut aes alienum deducatus ante legitimam, filiusque re sua non privetur, cum a patre ex haereditatae nihil habeat et sic absque perplexitatae in iudicio ius suum uniuersique reddetur, cum ex comuni traditione, ingens oriatur confusio». De lo cual dedujo que, computada la legítima con deducción las deudas y entre ellas de la obligación de prestar evicción, el legitimario podrá vindicar la cosa sin que su reclamación pueda ser rechazada más que por cuanto haya recibido por encima de su legítima.

La confrontación de ambas tesis nos presenta una disparidad de enfoque. Rodrigo Suárez se enfrenta con la legítima *pars hereditatis*. Arias Pinelo con la legítima como activo líquido, *pars bonorum*. Con aquélla se recibe un activo bruto con el que hay que responder de las deudas y cargas, y, aun en caso de haber aceptado a beneficio de inventario, se sigue respondiendo de las no incluídas en pasivo del inventario, como sucederá con la obligación de evicción derivada de la ulterior vindicación de la cosa vendida por el causante, ejercitada por el hijo y legitimario de éste. Como *pars bonorum* se calcula el saldo activo después de deducidas todas las deudas, incluso la obligación de evicción cuando la vindicación del legitimario dé lugar a ella. Por eso, si la legítima se recibe a título de heredero parece más adecuada la primera solución y, en cambio, si se recibe a título singular debe aplicarse la segunda (1017), como vamos a ver seguidamente.

ε) *Si la legítima la recibió el hijo a título singular*, en efecto, no podía ser rechazada su vindicación, aunque la consiguiente obligación de evicción redujese su montante. Esta doctrina fué expuesta con referencia a la legítima atribuída mediante un legado de cuota o por una institución *ex re certa* concurrente con instituídos *ex asse*. Así lo vemos en Rodrigo Suárez (1018), el doctor Luis de Molina (1019), Hermenegildo de Roxas (1020) y Alvaro Valasco (1021).

Así, después de afirmar que el legitimario heredero puede ser rechazado en su reclamación en la proporción de su cuota, vemos cómo el últimamente citado Molina prosigue: «Quod intelligendum est, quando filius in quota haereditatis institutus est, secus autem quando in quota bonorum, seu in legitima, tamquam quota bonorum, vel re certa institutus est, dato coherede universali.

(1017) Este diverso resultado confirma una vez más nuestra afirmación de que «desde un punto de vista práctico no hay duda que el legitimario a quien no se le dejen más que sus derechos estrictos gozará de una posición más tranquila y ventajosa recibíendolos a título de legado» (II, § 6.º, Conclusión, pág. 303, AN. DER. CRV., V-III, pág. 911).

(1018) RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 12, págs. 400 y sigs.

(1019) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *Loc. ult. cit.*, núm. 27, pág. 574.

(1020) HERMENEGILDO DE ROXAS, *Op. y loc. cit.*, núm. 34, pág. 251.

(1021) ALVARO VALASCO, *Loc. cit.*, núm. 10, vers. *Quintus casus est*, página 145.

Cum enim in eo casu jure haereditario non succedet, nec actiones activae nec passivae in illum pertrauseant, consequens est, ut a re a patre alienata vendicande repelli non possit, tametsi ex quota honorum aes alienum, atque id, quod nomine evictionis debetur, detrahendum sit.»

B) *Límites a la reivindicación, por los hijos reservatarios que sean herederos del reservista, de los bienes reservables enajenados por éste, según la doctrina anterior a nuestro Código civil.*

La doctrina que hemos expuesto no la hemos visto aplicada expresamente a los bienes sujetos a reserva clásica por ningún autor de los siglos XVI y XVII. Ninguno de los que hemos consultado se planteó la cuestión. Pero su aplicación era evidente, pues referida a los bienes adventicios de los hijos en potestad del padre, con mayor razón tendría aplicación a los bienes reservables respecto los cuales el derecho del bñubo tenía más amplias posibilidades.

Así lo entendió la Sentencia de 4 de julio de 1896 al considerar que «aun cuando dicha ley [24, tít. XIII, P. 5.^a] se refiere únicamente al peculio adventicio del hijo, su fundamento y razón es perfectamente aplicable al caso de enajenación hecha por el padre de bienes reservables de los hijos, en los que como en aquéllos sólo tiene el padre el *mero usufructo* (1022), y respecto de que al morir éste no tienen sus hijos personalidad distinta, sino que se confunde con la de aquél al heredarle, por lo que se infringe la doctrina derivada de dicha ley cuando se reconoce a los hijos que heredaron a su padre acción para deshacer lo hecho por éste, pretendiendo conciliarla con la obligación de sanear, excluyente de aquélla por su naturaleza».

Febrero (1023), siguiendo el criterio de dicha ley de Partidas y con cita de Covarrubias y Pinelo, afirmó que los reservatarios tampoco pueden reivindicar los bienes reservables, después de muerto su padre bñubo, «si aceptan su herencia, sin hacer previa excusión en los paternos, pues como herederos universales están obligados a observar los contratos celebrados por su causante; y así sólo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra el poseedor; pero si la renuncian no necesitan hacer la excusión para intentar su repetición».

Benito Gutiérrez Fernández (1024), pocas décadas antes de

(1022) Calificación conceptual que no empece ni afecta la doctrina concreta reconocida por la sentencia.

(1023) JOSEF FEBRERO, *Librería de escribanos*, Parte Segunda, T. II (Madrid, 1781), Lib. II, Cap. II, § II, núm. 35, pág. 357. Ver también la versión de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado y anotado*, P. II, T. IV, pág. 151, Lib. II, Cap. V, § 2, núm. 32, y la de EUGENIO DE TAPIA, en su versión *Febrero novísimo*, T. I, pág. 585, Lib. II, Tít. II, Cap. XXIV, núm. 32.

(1024) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, vol. III, pág. 656, Lib. III, cap. VI, sec. IV, final, art. 4.

promulgarse nuestro Código civil, escribió que: «Sostienen por fin los intérpretes la validez de las enajenaciones hechas después de haber pasado el viudo o viuda a segundo matrimonio, aun quedando hijos o descendientes al tiempo del fallecimiento, si dejare bienes suficientes para reintegrarles su importe, pues si no los dejase podrán éstos revocarla, pero en concepto de renunciar antes a la herencia del padre o madre que hizo la enajenación, aplicando por interpretación a este caso lo que sobre peculios dispone la Ley 24, título XIII, P. 5.^a».

En cambio, Gómez de la Serna y Montalbán (1025) objetaron: «Esta opinión, que pudo tener en algún tiempo más o menos fuerza, no parece conforme en el día con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, ni con lo dispuesto por la Ley Hipotecaria, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ésta.» Como jurisprudencia citaron la Sentencia de 21 de mayo de 1861, que en su segundo considerando afirmó que «la enajenación que de ellos hiciere [el bínubo] no es eficaz sosteniéndose solamente durante su vida, porque no ha podido transmitir un dominio que no tenía», y en su fallo rechazó el recurso interpuesto por quien había adquirido del reservista e invocaba las leyes 24 y 25, título XIII, P. 5.^a Pero, aparte el dudoso problema interpretativo de la ley 24, en lo relativo al requisito, previo a la reivindicación, de hacer excusión de la herencia del padre bínubo, lo cierto es que la afirmación del referido considerando nada innovaba y que, en el caso cuestionado, los reservatarios vindicantes, previamente a entablar la demanda, habían renunciado a la herencia del reservista; y del mismo modo ocurrió en el supuesto de la Sentencia de 26 de enero de 1874. Por otra parte, años después, hemos visto que la Sentencia de 4 de julio de 1896 continuaba manteniendo el viejo criterio dominante entre los autores de Derecho común.

Lo cierto es que si bien la jurisprudencia conserva la justa doctrina, en cambio, en este punto como en otros, resulta penoso constatar la notable disminución del nivel jurídico de nuestros autores de los siglos XVIII y XIX—tanto entre los defensores de una como de la otra de las tesis en discusión—con respecto al alcanzado para nuestros juristas de los siglos XVI y XVII.

Como resumen de la doctrina y la jurisprudencia de estos últimos siglos podemos sentar.

Que la opinión de Febrero y Benito Gutiérrez, que aplicaban literalmente la ley 24, T. XIII, P. 5.^a (en contra del intento de armonizarla con el Derecho común pretendido por Gregorio López e Ibáñez de Faria), fué rechazada en la Sentencia de 21 de mayo de 1861 que no requirió la previa excusión de los bienes del padre

(1025) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. II (Madrid, 1881, 13 red.), núm. 105, pág. 132 y nota 2 de esa página.

para que el hijo, que renunció a la herencia del mismo, pudiese reclamar los bienes reservables enajenados por éste. Criterio que también presupone, en un *obiter dictum*, el segundo considerando de la Sentencia de 16 de junio de 1862, pues afirma que los derechos que concede a los hijos la ley 24, tít. XIII, P. 5.^a es *para el caso de que el hijo no quiera ser heredero ni haber parte en los bienes del padre*. Y que siguió la Sentencia de 26 de enero de 1874 al proclamar, en su quinto considerando, «que D. J. F. S. al reivindicar, como dueño después del fallecimiento de su padre D. M. W. y *después de haber renunciado la herencia del mismo*, la casa sita en el pueblo de B, calle del R., núm. 17, objeto de este pleito, que su indicado padre había adquirido por sucesión intestada de su otro hijo del mismo matrimonio, D. M. J., ha estado en su perfecto derecho, así como lo ha estado al solicitar simultáneamente que se declare nula y de ningún valor ni efecto la venta que de dicha finca hizo el D. M. W. en 29 de octubre de 1850».

Y, en cambio, la posibilidad de oponerse a la reivindicación intentada por el hijo que aceptó la herencia de su padre, el reservista enajenante, la reiteró la Sentencia de 4 de julio de 1896 de acuerdo con la doctrina del Derecho común, al destacar su primer considerando que a los hijos sólo les es posible entablar la reclamación «cuando no fuesen herederos del mismo [padre enajenante], pues si quisiesen heredarle carecerían de acción para hacer dicha reclamación, porque en tal caso están obligados a guardar todos los pleitos derechos que al padre hubiese hecho y no ir contra ellos [la cual] se funda evidentemente en el principio consignado en las mismas leyes de que quien hereda sucede en todos los bienes del difunto, y así en sus derechos como en sus obligaciones, porque sería contradictorio que quien como heredero tiene el deber de salir a la defensa del que contrató con su causante cuando un tercero le perturbe en la posesión del derecho adquirido, fuese quien le perturbase, no siendo por una acción que el difunto hubiese podido ejercitar en vida».

(C) *Posición del reservatario heredero del reservista después de la vigencia del Código civil, ante las enajenaciones de bienes reservables hechas por el reservista a favor de extraños.*

La doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 1895, que hemos expuesto, se refirió al derecho anterior a la vigencia del Código civil, pero es de notar—como observó Scaevola (1026)—que:

«La mayor importancia de esta doctrina es la de haberse publicado varios años después el Código sin que el Tribunal Supremo se preocupara de la posibilidad de su derogación. Por el contrario, la sentencia se refiere a principios jurídicos constantes, y saca deducciones de la propia naturaleza del derecho hereditario, que

(1026) MUCIUS SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XVII, arts. 974, 975 y 976, D. 2.^a, pág. 202.

no ha sufrido modificación en el Código, y hace creer que el Tribunal Supremo sostiene la misma opinión después de derogada la ley 24, tít. XIII, de la Partida 5.^a)»

La Sentencia de 6 de mayo de 1902, en un supuesto en que se reclamaba la nulidad de la venta de una finca y de una participación indivisa de otra, adquiridas con dinero que se afirmaba reservable y que no cubría la herencia de la reservista, declaró en su tercer considerando, que:

«Aun en el supuesto de que el mencionado móvil [de defraudar a los reservatarios] pudiese estimarse como causa de la venta, doña J. M. [la reservataria] carecería de acción para reclamar la restitución de las fincas enajenadas, porque siendo continuadora de la personalidad jurídica de su madre en el concepto de heredera de la misma, siquiera se hubiera acogido al beneficio de inventario, que no produce otros efectos que los establecidos en el artículo 1.023 del Código civil, le alcanza la regla 2.^a del artículo 1.306, que niega al culpable la facultad de repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido, cuando, como sucede en el caso actual, el otro contratante estuviere exento de culpa, doctrina que, con relación a un caso análogo, ha sido declarada por este Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 1896, alegada en el recurso.»

Contra el criterio de esta jurisprudencia se han manifestado Scaevola (1027), De Diego (1028), De Buen (1029), Marín Monroy (1030), Sols García (1031) y Ruiz Artacho (1032). Castán To-

(1027) SCAEVOLA, *Loc. últ. cit.*, págs. 292 y sigs.

(1028) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes...*, vol. cit., dict. número 42, pág. 42) al ocuparse de si el reservatario heredero del reservista podía pedir la nulidad de un legado [no ya, en dicho caso, de una enajenación *inter vivos*] que vulneraba la reserva, contestó afirmativamente y añadió: «Sin que sea obstáculo la circunstancia de que sea heredero del reservista, porque al accionar de nulidad no actúa su personalidad de heredero sino la de reservatario. Bien sabido es que *unus homo plures personas sustinere potest* y lo que haga en una cualidad no influye ni para bien ni para mal en la otra cualidad.»

(1029) DE BUEN, *Notas al Curso de Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 392: «En realidad es contrario al sentido de la ley que los hijos no puedan prevalecerse de normas establecidas para protegerlos contra actos perniciosos para ellos de sus padres, aparte de que los bienes reservables forman un patrimonio regido por reglas especiales que los hijos no reciben de su padre reservista a título de sucesores y que, por tanto, los actos realizados por aquéllos, en cuanto a ese patrimonio, no pueden considerarse como actos propios de los hijos.»

(1030) MARÍN MONROY, *La reserva llamada...*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VI, págs. 904 y sigs. y nota 185. El texto en que critica las sentencias de 4 de julio 1896, y 6 de mayo de 1902 dice que: «Tal doctrina implica en el padre reservista el poder eludir la reserva o la legítima, y el hijo reservatario tendrá que contrapesar y elegir entre una y otra, siendo así que la Ley precisamente quiere que reciba las dos». Y en la nota, comentando la aplicación de la Ley, 24, tít. XIII, P. 5.^a, observa: «La venta por el reservista era nula; no era, pues, *pleyto derecho*, con lo cual cae por su base toda la argumentación del Tribunal Supremo.»

beñas (1033) se ha limitado a decir que «esta doctrina [del Tribunal Supremo] es combatida por Scaevola y la generalidad de los autores».

Sánchez Román (1034), señaló entre las causas de extinción de la reserva: «La confusión de derechos, por título universal bastante del reservatario a la reserva y de la obligación a reservar del reservista; pero no por título singular de reunión de los caracteres de acreedor y deudor por acto *inter vivos*, doctrina que confirma el Tribunal Supremo al declarar que «la confusión y consiguiente extinción de obligaciones establecida en el artículo 1.192 del Código civil no puede afectar a los derechos independientes de los actos y herencia de la persona en quien se hayan reunido los caracteres de acreedor y deudor, en cuyo caso se encuentran los derechos declarados por el artículo 811, pues siendo diferentes los conceptos jurídicos de los dos expresados preceptos, hay que diferenciarlos necesariamente, sin que proceda declarar que el artículo 1.192 ponga obstáculos a la aplicación del 811 en casos regidos únicamente por éste» (1035).

Díaz Cobeña (1036) reconoce que, a tenor de la doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 1892, los herederos de la reservista en quienes, además, concorra la cualidad de reservatarios de los bienes indebidamente enajenados por aquélla, «es notorio que carecen de acción y derecho para ello con arreglo a la citada doctrina del Tribunal Supremo». Pero, de lo dispuesto en los artículos 976 y 978 del Código civil, deduce que, «con mayor razón [los reser-

(1031) SOLS GARCÍA, *El heredero; ideas para su estudio*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XX (septiembre 1944), págs. 575 y sigs., argumenta la independencia del título de reservatario y del carácter de heredero, «por lo que es lógico que pueda accionar [el reservatario] con absoluta independencia de su carácter de heredero continuador del causante», y que nuestro Derecho admite «la posibilidad de ejercitar, sin negar esa cualidad [de heredero]; es más, invocándola en ocasiones, acciones contra actos del *de cuius* cuando éstos sean contrarios al actor por haber violado el testador o causante un precepto legislativo que favorece al heredero».

(1032) RUIZ ARRACHO, *Loc. cit.*, pág. 435 y sigs., opina que la doctrina de la sentencia de 12 de abril de 1944, determinante de la nulidad de las ventas simuladas hechas en fraude de legítimos, es aplicable por analogía a las enajenaciones de bienes reservables otorgadas por el reservista de quien los reservatarios sean herederos universales, y cree que «podrán los reservatarios impugnar aquellos actos de enajenación no sólo porque la ley está por encima de la voluntad del causante, sino porque..., las dichas enajenaciones de bienes inmuebles reservables llevan en sí la posibilidad legal de su anulación posterior...».

(1033) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, vol. cit., tema LXXV, página 477.

(1034) SÁNCHEZ ROMÁN, *Curso...*, vol. VI-II, núm. 161, c), págs. 1041 y sigs.

(1035) Sentencia de 21 de noviembre de 1902. Pero es de notar que, en el supuesto contemplado en ella, las cualidades de acreedor y deudor no se habían confundido en el reservatario, sino en el descendiente.

(1036) DÍAZ COBEÑA, *Dictámenes* cit., dict. XV, D (20 abril 1908), pág. 243.

vistas] deben ser responsables del valor de los inmuebles que indebidamente enajenan, y hay que considerar a sus herederos obligados a indemnizar a los reservatarios que con su enajenación se ven privados de recibirlos». Y, si bien observa «que este derecho carece de utilidad práctica en la casi totalidad en los casos en que... se reúnen en unas mismas personas los caracteres de reservatarios y herederos del reservista, puesto que la indemnización que deben recibir en el primer concepto es con cargo y como baja del caudal que les corresponde en el segundo», destaca que, en el caso por él dictaminado, «como la señora marquesa viuda de... distribuyó dos tercios de su herencia en una legado y una mejora que no les alcanza a aquéllos, y los bienes reservables, o el valor de los que se hayan enajenado, ha de dividirse por partes iguales entre todos los reservatarios, lo que perciben por indemnización de los últimos será siempre más que lo que para satisfacerla disminuya su haber hereditario, en justa proporción a la legítima corta a que éste se halla limitado».

Manresa (1037) y Valverde Valverde (1038) han interpretado la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de limitar su aplicación solamente al caso de *haber enajenado los bienes* el reservista *puramente o sin constar la condición* y haber *aceptado* los reservatarios *puramente la herencia del reservista*. Pero la han considerado inaplicable: a) Si la enajenación la verificó el reservista bajo condición resolutoria, haciendo constar ésta expresamente, es decir, supeditando su firmeza a que la reserva no se consumara. b) Si los reservatarios aceptasen la herencia del reservista a *beneficio de inventario*, «pues—según Manresa—con arreglo a lo previsto en el artículo 1.023, no se confunden en tal caso, la personalidad del causante con la de los herederos, y éstos conservan todos sus derechos contra la herencia». Añade Manresa que la aceptación pura de la herencia «no estorba el derecho de reclamar a los demás herederos las indemnizaciones que procedan legalmente aun cuando, como es natural, contribuyan a su pago como herederos de los mismos hijos o descendientes del primer matrimonio».

En cambio Borrell i Soler (1039) consideró notoriamente insuficiente para poder reclamar contra las enajenaciones del reservista haber aceptado su herencia a beneficio de inventario. A su juicio, el reservatario para poder ejercitar acción real contra el comprador de bienes reservables debe hallarse totalmente desligado de los actos del reservista, «pues de otro modo la fuerza de los actos propios del causante, que debería respetar, paralizaría su acción».

(1037) MANRESA, *Comentarios...*, VII, arts. 968 a 980, II, págs. 290 y sigs.

(1038) VALVERDE VALVERDE, *Op. y vol. cit.*, pág. 480, nota 1.

(1039) ANTONI M. BORRELL I SOLER, *Miscel·lania Jurídica*, «Rev. Jur. de Cal.», XXXII, cit., pág. 309.

Royo Martínez (1040) se limita a recoger la doctrina del Tribunal Supremo.

Dávila García (1041) y Virgili Sorribes (1042) han examinado con especial atención aquellos supuestos en que los reservatarios sean, respectivamente: herederos voluntarios; a la vez herederos voluntarios y legitimarios, y, finalmente, legitimarios pero no herederos del reservista enajenante. Como sea que Dávila proclama la absorción de la condición de legitimario por el título de heredero —«donde hay herencia no hay legítima»— asimila los dos primeros supuestos. Para ambos compañeros, el legitimario que no sea heredero del reservista, puede, como reservatario, impugnar las enajenaciones de bienes reservables hechas por su causante (1043); solución que Dávila extiende al heredero aceptante a beneficio de inventario (1044). En cambio, el reservatario que además sea heredero voluntario del reservista, sea o no legitimario suyo, dice Dávila, no puede impugnar las ventas de bienes reservables realizada por aquél (1045). Virgili distingue: entre el heredero voluntario que no es legitimario, al que rotundamente niega la posibilidad de impugnar como reservatario las enajenaciones de bienes reservables

(1040) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, cap. XX, págs. 234 y sigs.: «En cuanto a los reservatarios, pueden ejercitar las acciones de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 975, pero si tienen además el carácter de herederos del reservista, las Sentencias de 4 de julio de 1896 y 6 de mayo de 1902 han declarado que, en cuanto tales herederos, no les es lícito impugnar los actos realizados por su causante.»

(1041) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios (Donde hay herencia, no hay legítima)*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XIV (octubre 1943), págs. 667 y sigs. y 670.

(1042) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero)*, «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XVIII (julio-agosto 1945), págs. 488, 489 y 492 y sigs.

(1043) Dice DÁVILA (pág. 670): «El legitimario puede impugnar todos los actos que haya realizado su causante en contra de su legítima o en fraude, artículo 654 del Código civil.» Precisa VIRGILI (pág. 489): «El legitimario puede impugnar las ventas de los bienes sujetos a reserva. Como hijo o padre tiene derecho a la legítima; como reservatario, a los bienes reservables.»

(1044) DÁVILA (pág. 670) añade en el mismo párrafo que hemos transcrito la frase citada en la nota anterior: «Situación muy análoga a la del legitimario es la del heredero a beneficio de inventario (art. 1.023).»

(1045) «El heredero asume todas las obligaciones y responsabilidades de su causante, y los actos realizados por éste se estiman como realizados por el mismo heredero. Por ello no puede impugnar ninguno de aquellos que el causante hubiera cometido con perjuicio del heredero» (pág. 667). De la doctrina de las Sentencias de 4 de junio de 1896 y 6 de mayo de 1902 dice aque, conforme a las bases de nuestro Derecho positivo e histórico, es totalmente correcta y exacta. Si el heredero responde incluso con sus bienes propios del pasivo de su causante (1.003 del Código civil), ¿cómo no va a respetar esas enajenaciones? Si sobre los bienes propios del heredero puede disponer igualmente, puede condicionar la legítima, suspenderla o no reconocerla en tanto el llamado a la herencia la accepte simplemente» (pág. 668).

verificadas por su causante (1046), y el heredero voluntario que sea legitimario, quien a su juicio puede impugnarlas si renuncia la herencia y cobra su legítima (1047).

Los argumentos aducidos a favor y en contra de la impugnabilidad por los reservatarios, que sean herederos del reservista, de las enajenaciones de bienes reservables hechas por éste, podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

Argumentos a favor de la impugnabilidad:

1.º La diversidad de los títulos de heredero del reservista y de reservatario permite actuar al reservatario con independencia de su cualidad de heredero del reservista, de modo que al pedir la nulidad de las ventas otorgadas por el reservista no actúa como heredero suyo y, por ende, fuera de la esfera de sus actos propios, sino simplemente como reservatario (Scaevola, De Diego, De Buen, Sols).

Argumento que tiene la falta de examinar sólo una cara del problema, pues por la otra cara el reservatario, como heredero del reservista, sufrirá su deber de evicción.

2.º Que los actos del *de cuius* perjudiciales al heredero por haber violado con su realización un precepto legislativo que favorezca a éste, pueden ser impugnados por este último (Scaevola, De Buen, Sols, Ruiz Artacho).

Criterio que también olvida el derecho del adquirente por evicción, y confunde las enajenaciones nulas de derecho, aunque efec-

(1046) Pág. 488: «Fallecido A [el reservista] y aceptada pura y simplemente su herencia por B [el reservatario], éste no puede impugnar aquellas ventas [de bienes reservables realizadas por A], porque su condición de heredero de A le impide ir contra los actos de aquél, aun causados en su perjuicio. Mas supongamos que B pudiera impugnar aquella venta, ¿cuál sería el resultado práctico de aquella impugnación? Nulo. Veamos: Si A vendió y el comprador no tiene la condición de tercero, la venta puede ser atacada; B recobrará el inmueble, pero el comprador ejercerá sus acciones (en último término, la que nace del enriquecimiento sin causa) contra los herederos de A, o sea, contra B, y éste dará a aquél con una mano (como heredero de A) lo que le quitó con la otra (como reservatario de X). No cabe tal absurdo: *Nullus eadem subimet edicit reluctari*, proclamó la *Novela* 48.»

(1047) Pág. 492: «Creemos que la más pura lógica impera. B tiene derecho a su legítima paterna y además tiene derecho a la herencia de su madre. Pueden actuar estos dos derechos: renunciando a la herencia, cobrando su legítima (art. 833 del Código civil) y reclamando la herencia de su madre. Pero si acepta la herencia paterna, como heredero voluntario, tendrá que respetar las enajenaciones practicadas por su padre de los bienes reservables. No cabe hablar de que se le ha perjudicado, pues él cobra su legítima, que es el único derecho intangible que tiene; el otro—la herencia materna—lo renuncia tácitamente al aceptar su condición de heredero voluntario de su padre». Aceptada la validez de la *cautela Saccini* por el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de diciembre de 1939, razona VIRGILI (pág. 493) que: «De admitir la legalidad de esta cláusula cuando el testador explícitamente la impone, ¿por qué no admitir la eficacia cuando deriva de la aplicación de los principios generales del derecho sucesorio y, por lo tanto, de la voluntad tácita del testador?»

tivas de hecho mientras no se impugnen, con las simuladas y las en fraude de la ley. Por otra parte, el carácter legal que tienen tanto la reserva como la legítima del heredero, plantea una cuestión distinta que luego trataremos de analizar.

3.º Que el fin de la reserva se destruiría en caso de percibir los herederos no reservatarios el importe de las enajenaciones, o parte del mismo, en perjuicio de los reservatarios herederos (*Scaevola*).

Razón que no tiene en cuenta que ese valor deberá atribuirse a los reservatarios herederos, que si no pueden reclamar al adquirente, tienen conforme al artículo 1.085 del Código civil, derecho a reclamar a sus coherederos no reservatarios la parte a ellos correspondiente en dicho valor, del que en caso contrario se lucrarían injustificadamente. La obligación de evicción corresponde a todos los herederos y no sólo a los reservatarios, y si bien éstos, en su virtud, no pueden reclamar los bienes indebidamente enajenados por el *de cuius* reservista, tal como hemos visto observaron perfectamente Manresa y Díaz Cobeña, pueden reclamar a los demás coherederos la parte correspondiente a su cuota respectiva, a tenor del artículo 1.085 del Código civil.

4.º Que si bien la obligación de sanear es incompatible con el derecho a pedir la nulidad, este derecho corresponde sólo a los herederos reservatarios, mientras la obligación de saneamiento incumbe también a los demás herederos, por lo cual la imposibilidad de impugnar perjudicaría a los primeros y beneficiaría injustificadamente a los segundos.

Resultado que sería realmente injusto, si pudiera llegarse a él, cosa que no cabe como hemos subrayado al criticar el argumento anterior, pues los herederos no reservatarios deberán indemnizar a los que reúnan ambas cualidades por la parte de dicha obligación que corresponda a aquéllos como obligación y carga que es de todo la herencia, integrante de su pasivo.

Argumentos favorables a la inimpugnabilidad:

1.º La confusión de la personalidad patrimonial de causante y heredero, siendo éste continuador de la personalidad jurídica de aquél (Sentencias 4 julio 1892 y 6 mayo 1902, Manresa, Valverde, Díaz Cobeña, Borrell, Dávila).

2.º La doctrina de los actos propios que se extiende también a los herederos de quien los realizó (Borrell, Dávila, Virgili).

Cuestión ésta muy complicada a la que luego haremos una muy breve referencia.

3.º Que el heredero del reservista, como tal heredero, responde a quienes adquirieron de su causante, del saneamiento por evicción de los mismos bienes enajenados que podría reclamar como reservatario, con lo cual con una mano debería restituir lo recuperado con la otra (Díaz Cobeña, Virgili).

Aparte de estas dos posiciones, aplicadas al supuesto de ser el reservatario heredero del reservista, tampoco ha faltado quien

haya defendido (1048) que aquél, aun no siendo heredero de éste, no puede dirigirse nunca contra los adquirentes de dichos bienes sin hacer previa excusión de la herencia del reservista. El fundamento de esa opinión se halla en el criterio de conceptuar que son *rescindibles* las enajenaciones de bienes inmuebles reservables hechas por el reservista, con lo cual se aplicaría el artículo 1.204 del Código civil que declara el carácter subsidiario de la acción para reclamar la rescisión, pues afirma que «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». Con ello se llegaría a un resultado igual al deducido de la letra de la ley 24, tít. XIII, P.^o 5.^o. Pero si antes (1049) hemos rechazado la opinión de que meramente sean rescindibles las enajenaciones de inmuebles reservables dispuestas por el reservista, también deberemos desechar ahora la aplicación de sus consecuencias al caso que estudiamos.

Previamente a exponer nuestra opinión, creemos necesario examinar las variaciones que la promulgación del Código civil haya podido introducir en el planteamiento del tema.

a) El artículo 661 es fiel a la posición clásica de la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*».

b) En cambio, la regla general de Derecho romano que asignaba a los coherederos una responsabilidad por las deudas hereditarias proporcional a su respectiva cuota en el *as* hereditario (Dig. XLV-I, 56, § 1.^o) ha sido modificada en el artículo 1.084, que dice en su primer párrafo: «Hecha la partición los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.—En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la participación, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda».

La excepción contenida en la segunda parte del primer párrafo del artículo transcrito coincide con el efecto 1.^o de la aceptación a beneficio de inventario, determinado en el artículo 1.023: «El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma». Interesa también el efecto 3.^o, señalado en este mismo artículo

(1048) Tales VALVERDE MARURI (*Op. cit.* citada por SCAEVOLA, vol. XVII, pág. 288) y los primeros colaboradores del vol. VII de la obra de MANRESA (ver la referencia a esa anterior opinión que se lee en dicho volumen, pág. 301 de la 6.^a ed.).

(1049) II, § 3.^o, núm. 20, 2.^o, 8), en AN. DER. CIV. XII-III, págs. 760 y sigs.

1.023: «No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia».

c) El texto de la ley «*Indicantem*» (Dig. XXI-II, 17) no ha sido recogido en ningún artículo del Código civil. Pero notemos que dicho fragmento del Digesto transcribía una opinión de Ulpiano (Lib. XXIX ad Sabinum) deducida de principios jurídicos generales, al considerar que «*improbe enim rem a se distractam evincere conatur*». Y a esa misma solución podemos llegar, a través de nuestros principios generales, partiendo de las obligaciones de entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, expresadas en el artículo 1.461 del Código civil. Corresponde ese resultado al denominado principio de convalecencia, del cual Jerónimo González (1050) hizo aplicación, entre otros casos: «2.º Si el enajenante adquiere efectivamente la cosa, que ha enajenado cuando no era dueño. 3.º Si el mismo enajenante es heredado por el verdadero titular, y éste responde ilimitadamente por las deudas de su causante». Añadiendo respecto de ese último supuesto: «Caso de que el verdadero titular herede pura y simplemente al enajenante, por efecto de la fusión de personalidades, se consolida la enajenación que este último ha hecho sin facultades. *Heres facta defuncti proestare debet*. No surge una obligación propiamente dicha del heredero sino que se provoca una disminución de su patrimonio por virtud de la convalecencia».

d) El saneamiento en caso de evicción es regulado en los artículos 1.475 a 1.483 inclusive. El artículo 1.478 trata de la extensión de la obligación de saneamiento por evicción, que comprende en primer lugar: «La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta». Es decir, que el importe del precio de saneamiento corre paralelo al valor de la cosa en el instante la evicción, y al mismo todavía deben añadirse los frutos o rendimientos a reintegrar, las costas del pleito que motiva la evicción, los gastos del contrato pagado por el comprador, y los daños, intereses y gastos voluntarios o de puro recreo u ornato si se vendió de mala fe.

También, previamente, debemos precisar el objeto de nuestro problema y a dicho fin hay que discriminar:

a) Que no trata de enajenaciones simuladas, total o parcialmente, supuestos en los cuales cabría a los herederos del pseudo-transmitente la posibilidad de actuar contra el adquirente simulado para romper la mera apariencia, tras cuya cortina no hay ninguna transmisión real ni querida (en caso de simulación absoluta), o solo un acto gratuito—donación *inter vivos* o *mortis causa*—radical-

(1050) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ. *Principios hipotecarios*, IX Principio de trazo sucesivo, E, en «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», t. I (Madrid, 1948), págs. 421 u 424, y en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», III (septiembre 1927), págs. 683 y sigs.

mente nulo por falta de forma sustancial (1051), o por lo menos rescindible en cuanto perjudique derechos legítimos (1052) o cualesquiera otros que no puedan ser perjudicados por disposiciones a título gratuito.

b) Que tampoco se trata de enajenaciones verificadas en fraude de la reserva o la legítima, que requerirían la confabulación fraudulenta de comprador y vendedor (1053) y que estarían viciadas de nulidad por ilicitud de la causa, reclamable por los reservatarios y por los legítimos, aunque sean herederos del enajenante (1054), sin posibilidad de oponerles la doctrina de los actos propios (1055).

(1051) Sentencias de 26 de octubre de 1926, 23 de octubre de 1929, 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953. Como dice FEDERICO DE CASTRO (*La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble*, en AN. DER. CIV., VI-IV, septiembre-diciembre 1953, págs. 1003 y sigs.), el requisito de la forma pública del artículo 633 del Código civil exige que la forma cubra los elementos esenciales del negocio y, por lo tanto, la voluntad de donar. Ver también Sentencia de 29 de octubre de 1956, si bien ésta calificó de *mortis causa* la donación disimulada, estimándola nula por faltarle la forma testamentaria.

(1052) Sentencias de 29 de enero de 1945 y 2 de junio de 1956. Tesis defendida principalmente entre nosotros por TORRELLA MAS DE XEXAR (*La forma de las donaciones simuladas de inmuebles*, Tesis doctoral, 1953, citada por F. DE CASTRO) y DÁVILA GARCÍA (*Herederos o legítimos, Actos y contratos simulados*, en «Rev. Crit. de Der. Inmob.», XVIII, febrero 1945, págs. 106 y sigs.).

(1053) Así lo destacó la sentencia de 6 de mayo de 1906, no bastando la mera intención del vendedor si no sale del ámbito subjetivo e intrasendente de los motivos.

(1054) Sentencias de 28 de octubre de 1897, 12 de noviembre de 1920, 19 de mayo de 1932, 12 de julio de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946. Ver AMADRO DE FUENMAYOR CHAMPÍN (*Intangibilidad de la legítima*, en AN. DER. CIV., I-I.º, págs. 51 y sigs.) que resume: «A la vista de esta doctrina de nuestro Tribunal Supremo, podemos afirmar, como conclusión interesante a nuestro objeto, que la donación disimulada bajo un contrato de compraventa y realizada con objeto de burlar los derechos legítimos de los herederos forzosos del otorgante, rebasando el área de los contratos simulados, penetra en el campo de los negocios ilícitos y con ello adquiere el carácter de absolutamente nula». «Precisa notar, empero—añade—, que en algún supuesto la tesis contraria antes citada en Dávila García debe considerarse exacta: tal ocurre en el caso de celebrarse una donación disimulada sin propósito de burlar los derechos sucesorios del donante» (págs. 56 *in fine* y 57).

(1055) Sentencias de 19 de mayo de 1932, 12 de abril de 1944. La aplicación de la doctrina de los actos propios fué extendida a los herederos de quien los efectuó (ver, v.gr., Novela XLVIII, pr.), pero siempre se le señalaron límites en los supuestos de tratarse de actos que el propio causante podía impugnar y reclamar su nulidad o bien de actos nulos por razón de interés público (ver, v.gr., RODRIGO SÁNCHEZ, *Op. últ. cit.*, Ampl. séptima, núm. 9, pág. 399). La Sentencia de 31 de mayo de 1930 llegó a la conclusión de que ese principio nunca ha podido amparar actos que por su ilicitud no hayan debido realizarse (ver el intento de JOSÉ PUIG BRUTAT, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*—Barcelona, 1951— págs. 97 y sigs., en especial 111 a 113, dirigido a delimitar el ámbito de aplicación del principio *tenere contra factum proprium non va*

c) Ni tampoco de enajenaciones sometidas por sus otorgantes al término resolutorio de la no consumación del derecho del transferente (1056).

d) Que, en cambio, el problema se centra en el examen de las enajenaciones verificadas sin simulación alguna, ni ilicitud de causa, es decir, sin fraude compartido por transmitente y adquirente y realizadas con ánimo dispositivo definitivo y absoluto; pero que sobrepasen el ámbito del poder dispositivo del transferente. Razón por la cual los reservatarios pueden reclamar su ineficacia, a partir de la muerte del reservista; pero los herederos de éste deberán responder de evicción al adquirente que sufra la impugnación.

He ahí el exacto planteamiento del problema. Determinado ya, intentaremos explicar nuestra posición. Para ello, una vez más, deberemos distinguir:

a) *Reservatario heredero voluntario del reservista, que acepta puramente la herencia.*

La responsabilidad solidaria (art. 1084) de todos los coherederos al saneamiento por evicción (art. 1.461 y 1.478) de las enajenaciones de su causante (art. 661), impide a los reservatarios, que además sean herederos del reservista, impugnar las enajenaciones de bienes reservables hechas por éste.

No obstante, conforme al artículo 1.085, podrán reclamar a sus coherederos, a prorrata de sus respectivas cuotas, la parte a éstos correspondiente en la obligación de evicción de los bienes que el reservatario, por ser heredero del reservista, no pudo reclamar al adquirente. Resultado al que igualmente se llegaría, aunque el artículo 1.085 del Código civil no existiera, porque la obligación de evicción es deuda del caudal del causante, que debe restarse para hallar el activo líquido.

b) *Reservatario heredero voluntario del reservista que acepta a beneficio de inventario.*

Conforme al número 3 del artículo 1.023, parece en principio que el aceptante a beneficio de inventario podrá como reservatario reivindicar los bienes reservables. Pero, en cambio, es evidente que deberá responder de evicción dentro del límite del número 1.º del mismo artículo 1.023, esto es, hasta donde alcancen los bienes que por la herencia le correspondan. Por lo cual entendemos que en tanto en cuanto cubra la obligación de evicción con bienes del activo líquido de la herencia, el aceptante a beneficio de inventario no podrá reclamar contra las enajenaciones de bienes reservables verificadas por su causante.

let), ni puede amparar los actos ilícitos del causante realizados en convivencia con el adquirente, precisamente en fraude de los derechos legítimos o reservatarios dimanantes de la Ley.

(1056) Supuesto para el cual es correcta la solución de MANRESA y VALVERDE VALVERDE (*locs. cit.*).

c) *Reservatario que sea legitimario, pero no heredero del reservista.*

En este caso es evidente que el reservatario, por no ser realmente heredero (1057), podrá reivindicar los bienes reservables y no responderá de evicción. No obstante, aunque no le obligue personalmente el saneamiento por la evicción de dichos bienes, en cambio, como deuda que es de la herencia, disminuirá el activo líquido hereditario y, por ende, la cuantía de su legítima.

d) *Reservatario que sea legitimario y heredero del reservista.*

En principios tendrá legalmente derecho a los bienes reservables, como reservatario, y al montante de su legítima, como legitimario.

Por ello, si acepta la herencia a beneficio de inventario, deberá tener cubierto, además del valor de su reserva, el montante líquido de su legítima, naturalmente computada deduciendo del caudal con el pasivo la obligación de saneamiento. Su posición, por lo tanto, apenas varía respecto de la de cualquier otro aceptante a beneficio de inventario, pues sólo hay legítima en proporción a la medida en que existe activo.

Pero, si no hace uso de dicho beneficio, su posición no variará con respecto a la del reservatario que sea heredero voluntario del reservista. El beneficio de inventario exige unas formalidades, establecidas para garantizar a los acreedores del causante (y acreedor sería todo adquirente suyo vencido por evicción) que no les serán ocultados ni distraídos bienes integrantes del activo hereditario. Si el legitimario no cumple los necesarios requisitos, que a dicho fin establece la ley y que ésta deja en su mano cumplimentarlos, es lógico que no goce de beneficio alguno frente a dichos adquirentes. Sin perjuicio, es claro, de que pueda repercutir a los demás coherederos a prorrata de sus respectivas cuotas—conforme al art. 1.085 y en este caso también al art. 815—el perjuicio que se le haya ocasionado por la obligación de saneamiento por evicción de su causante.

45. *Calificación del derecho de los reservatarios a reclamar los bienes reservables.*

Una de las consecuencias de la dogmática conceptual ha sido la pretensión de clasificar en figuras típicas meramente técnicas la posición de todos y cada uno de los protegidos por normas jurídicas. Centrada íntegramente la elaboración del conceptualismo dogmático en la figura del derecho subjetivo (1058), se pretendía

(1057) Ver nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 3.º, págs. 25 y sigs.; y II, § 6.º, F, págs. 298 y sigs.

(1058) Ver FEDERICO DE CASTRO, *Op. y vol. cit.*, parte V, cap. I, II, 2, b, pág. 583, que critica esa posición preponderante en las escuelas jurídicas modernas.

construir una especie tipificada de derecho subjetivo para cada posición específica de protección normativa, y clasificarla, en primer lugar, en una de las dos categorías más amplias, es decir, en la de los derechos reales o en la de los créditos, y, después, con intento de precisar más, en otras subcategorías más concretas.

En cambio, con una visión realista, podemos distinguir en la situación de los sujetos jurídicamente protegidos notables variaciones y tonalidades, dependientes de la actuación de los sujetos principalmente obligados, de la posición y titularidad de los detentadores o poseedores del objeto, y de la misma esencia, existencia y estructura de éste. Diversidades, a veces no captadas por la pandectística o que, en otras ocasiones, causarían la desesperación de sus epígonos, como v.gr., en las hipótesis de la prenda de créditos o del usufructo de cosas consumibles.

Así, el titular de un derecho lo defenderá de modo diferente, según se trate de un fundo, de un cosa mueble, de un crédito; según cual sea la agresión que sufra, y según cual sea la posición jurídica o antijurídica que adopte el agresor. Las acciones de reivindicación, las negatorias, posesorias, indemnizatorias, etc. etc., indican que la posición del sujeto jurídicamente protegido se traduce en derechos diversos según cuales sean las circunstancias en las cuales necesite hacer valer su situación jurídicamente prevalente.

Esta misma variedad de medios, confluyentes en el mismo fin de protección jurídica, observamos en los reservatarios del artículo 811 del Código civil.

Ahora sólo vamos a enfocar esa diversidad al momento de consumarse la reserva y a los supuestos de tener necesidad los reservatarios, debidamente legitimados para ello, de reclamar los bienes reservables para hacer efectiva a su favor la específica protección de que son titulares.

Si repasamos los epígrafes inmediatamente anteriores al presente podemos apreciar una evidente variedad de situaciones, que vamos a tratar de entresacar. Tales:

a) El reservatario que pueda reclamar los bienes reservables como heredero o legatario del reservista, utilizando las clásicas acciones *petitio hereditatis* y *de legati*.

b) El reservatario que sea uno de los varios herederos del reservista y que necesite reclamar a sus coherederos no sólo la concreción de su porción hereditaria sino además la efectividad de su derecho preferente y excluyente a los bienes reservables, utilizando una especial *actio familiae erciscundae* matizada por esas peculiaridades.

c) El reservatario que, no siendo heredero del reservista, puede reclamar a los herederos de éste la reversión lineal de bienes reservables específicos y determinados.

d) El reservatario que no sea heredero del reservista pero que por hallarse confundidos los bienes reservables en el caudal relic

to por éste, necesite interponer el juicio de testamentaria o abintestato para la concreción de su derecho de acreedor a la reserva.

e) El reservatario que no sea heredero del reservista pero que, por no quedar bienes reservables en el caudal relicto por el reservista, únicamente pueda obtener las restituciones, devoluciones e indemnizaciones, previstas en el artículo 978 del Código civil, sea ejercitando la hipoteca legal, si se hubiese constituido para asegurarla, o bien, de no haberse formalizado, actuando la acción meramente personal de carácter crediticio contra los herederos del reservista o, en el supuesto del artículo 1.298 del Código civil, contra los adquirentes de mala fe de cosas reservables destruidas, perdidas o que no puedan ser reivindicadas en poder de otras personas.

f) El reservatario que necesite ejercitar la reivindicación lineal contra adquirentes de bienes inmuebles reservables y pueda actuarla en los supuestos en que cupiere.

Los supuestos c) y f) son los que fundamentalmente nos interesan aquí. Este último, referido a la reclamación contra adquirentes a título singular del reservista, es el supuesto al cual conviene mejor la denominación de *reivindicación lineal*. Para aquí, aplicado a la reclamación de bienes concretos a los herederos del reservista, resulta más adecuada la denominación de *reversión lineal*.

En ambos casos, las respectivas pretensiones de los reservatarios se traducen en sendas acciones *in re* dirigidas a la consecución de la cosa (Sentencias 1 mayo 1897, 11 mayo 1898, 8 julio 1942, 10 junio 1943). En ese carácter *in re* de la acción, las dos se asemejan al caso, comprendido en la letra e), de tener aseguradas con hipoteca legal las restituciones e indemnizaciones de que sean acreedores; pero se diferencian de él en cuanto éste no se dirige más que a una prestación dineraria. Precisamente en eso mismo se diferencian los casos c) y f) de los d) y e), pues en éstos los reservatarios actúan respectivamente como acreedores de bienes o cantidades sin determinar (Sentencia 7 noviembre 1912) o de la prestación del *id quod interest* (art. 978, C. c.), con derecho puramente crediticio, si no ha sido asegurado con la hipoteca legal establecida en el repetido artículo 978 del Código civil y 184 de la Ley Hipotecaria y concordantes de esta Ley y del Reglamento para su aplicación.

En cambio, en estos cuatro casos—c), d), e) y f)—el derecho de los reservatarios presenta una particularidad, derivada de carácter personalísimo del beneficio atribuido por el artículo 811. Depende del carácter facultativo que tiene, no sólo el ejercicio sino la transformación de ese derecho personalísimo en elemento patrimonial separable de su sujeto activo, y que requiere que su ejercicio se inicie, por lo menos en acto de conciliación que no caduque, para que pueda ser transmitido a los herederos del re-

servatario (Sentencias 16 de enero 1901, 27 enero 1909, 30 diciembre 1912, 11 marzo 1927, 2 enero 1929).

46. *Recapitulación sobre la posición de reservatarios y reservistas.*

Ha llegado el momento de deducir las conclusiones del análisis que hemos realizado desde el epígrafe 18 al 45 inclusive de esta segunda parte. Trataremos de sintetizarlas con la máxima concisión posible, distinguiendo los dos momentos de la reserva y, en cada uno, las posiciones respectivas de reservistas y reservatarios.

I) *En el período de pendencia.*

A) *El reservista:*

a) Se halla obligado (núm. 19):

1.º A inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar la cualidad reservable de los inmuebles y tasar los muebles (artículo 977, C. c.).

2.º A asegurar con hipoteca las restituciones e indemnizaciones, referidas en el artículo 978 del Código civil.

b) Sufre la sujeción de tener limitadas las facultades dispositivas (núm. 20) respecto de los bienes inmuebles no inscritos y los inmuebles inscritos con constancia de su cualidad de reservables; de modo tal que, en caso de consumarse la reserva, a partir de la muerte del reservista su enajenación no podrá perjudicar a los reservatarios, si éstos los reclaman una vez ocurrido el óbito del reservista.

c) Se halla personalmente sujeto al cumplimiento de la obligación en pendencia—que de consolidarse gravitará sobre sus herederos, con prelación a cualquier otra obligación del causante—de restituir los bienes reservables, su precio o su valor y las pérdidas o deterioros debidos a dolo, culpa o negligencia suya. Pero como se trata de una sujeción puramente personal, únicamente podrá hacerse efectiva en su herencia y sólo subsidiariamente, si se dieran las circunstancias requeridas para el ejercicio de la acción Pauliana, contra los adquirentes que fueran *concius fraudi* (artículos 1.291, núm. 3 y 1.295, § 2.º, C. c.) o hubiesen adquirido a título gratuito (1.297, § 1.º C. c.).

B) *Los reservatarios:*

Tienen una expectativa jurídica puramente especulativa, que no supone derecho actual alguno *sobre* los bienes reservables, ni siquiera un crédito actual a los mismos (núm. 22), y que sólo les permite la reclamación de determinadas medidas de protección jurídica, caracterizada por:

a) Corresponder a todos los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, aunque especulativamente sus respectivas expectativas tengan diferentes probabilidades según el rango de prioridad establecido entre ellos.

b) Poder exigir—exclusivamente—la efectividad de las medidas previstas en los artículos 977 y 978 del Código civil y 184, § 1.º de la Ley Hipotecaria en los siguientes casos: 1.º Si el reservista ha contraído segundas nupcias, solamente podrán reclamarlas los descendientes comunes de ambos ascendientes. 2.º Sólo en caso de no tener descendencia común podrán recabarlas los demás parientes comprendidos en la protección del 811 del Código civil. 3.º Y si no hubiese contraído segundas nupcias, únicamente por los descendientes no comunes del otro ascendiente, y solamente por los demás parientes favorecidos por el 811 (núm. 24, a) a falta de descendencia común de ambos o sólo del otro. Esta reclamación puede ejercitarse por los mismos reservatarios; por sus representantes legales; o, en caso de que éstos no lo hicieren o cupiere algún presunto reservatario *noudum concepti*, por el Ministerio Fiscal (núm. 24).

c) Ser renunciables, tanto dichas medidas de protección como la propia expectativa, liberándose al reservista con la renuncia a su sujeción. Para lo cual basta la renuncia de todos los hijos comunes (o de haber premuerto alguno, en su lugar la de los hijos del premuerto), si los hubiere, y de no tenerlos la de los descendientes del otro ascendiente de quien procedían los bienes, aunque hubiere otros posibles reservatarios de ulterior grado, que sólo tendrán derecho a la reserva si premurieren todos los descendientes comunes y todos los del otro ascendiente (núm. 25).

d) Ser intransmisible *mortis causa* y no negociable *inter vivos* (núm. 26).

II) *Una vez consumada la reserva.*

A) *Los reservatarios:*

a) Carecen de derecho alguno para reclamar, si el reservista hubiese dispuesto de los bienes reservables a favor de personas que ostenten la condición de reservatarios.

b) Tienen, en caso de ostentar la cualidad de herederos testados o intestados del reservista, derecho a los bienes reservables con exclusión de los demás herederos de éste y de los reservatarios no herederos del reservista.

c) No podrán reclamar, en ese supuesto de ser herederos del reservista, contra los adquirentes por disposición del reservista, ni siquiera contra los adquirentes de inmuebles no inscritos o bien inscritos con constatación de su carácter reservable, más que en el supuesto de fraude o simulación, o, en el caso de aceptar a beneficio de inventario en cuanto no les resulte compensado con la herencia del reservista.

d) A reclamar a los herederos del reservista, cuando los reclamantes no sean herederos del mismo, la *reversión lineal* de los bienes reservables, por cualquiera de los siguientes medios:

1.º Por juicio declarativo, ordinario, ejercitando acción real si los bienes reservables pueden individualizarse debidamente.

2.º Por el ejercicio de la hipoteca legal si se tratara de indemnizaciones o devoluciones con ella garantizadas, acción que se hará efectiva aunque estos bienes se hallen en poder de tercer poseedor.

3.º Por el juicio de testamentaria o abintestato del reservista.

4.º Por acción personal en juicio declarativo ordinario para obtener de la efectividad de su crédito a las restituciones e indemnizaciones si su importe pudiera ser determinado sin necesidad de acudir al juicio de testamentaria.

e) A reclamar de los adquirentes a título singular del reservista, no siendo los reservatarios herederos de éste, los bienes inmuebles reservables no inscritos o inscritos con constatación de dicha cualidad, ejercitando la *reivindicación lineal*.

f) A ejercitar la acción Pauliana, en su caso, contra los terceros, adquirentes a título gratuito o que sean *concius fraudi* en la adquisición de bienes reservables.

El ejercicio de la reversión y la *reivindicación lineal* y, en general, la reclamación de la reserva, tienen carácter personalísimo e intransmisible a quien no ostente la cualidad de reservatario.

B) *Los herederos del reservista que no sean reservatarios.*

Tienen que sufrir la reversión lineal y la reclamación de las cantidades reservables, pero con derecho de retención—en el primer caso—mientras no se le abonen las deudas y cargas de la herencia del descendiente correspondiente a los bienes reservables que hubiese abonado el reservista y con facultad—en el segundo caso—de compensarlas en la cuantía concurrente.

Por lo tanto:

En vida del reservista, éste tiene un deber jurídico de no defraudar el futuro derecho en potencia de los posibles reservatarios, unido a la sujeción de los inmuebles no inscritos o inscritos con constatación de dicha cualidad para la eventualidad de consumarse la reserva, de modo que quede subordinada la eficacia de las disposiciones de los mismos a la no consumación de la reserva, y a su propia sujeción a soportar las medidas de seguridad y de garantía que legalmente le sean exigidas.

Y, durante ese período de pendencia, los reservatarios sólo pueden exigir la constitución de dichas garantías.

Muerto el reservista se cumplen todas las disposiciones de éste que no infrinjan su deber de reservar y se aplicarán, en su caso, las normas comunes de sucesión intestada en cuanto con ellas la reserva no se incumpla, aplicando si fuere preciso las particulares *accretio* y *successio graduum et ordinum*. En caso de resultar totalmente incompatibles las disposiciones *inter vivos* y *mortis causa* del reservista y las reglas de su sucesión intestada con su deber de reservar, tienen lugar: la *reversión lineal*, con modalidades reales o personales según las circunstancias, y la *reivindicación lineal*, ambas acciones de carácter personalísimo e

intransferible; salvo *mortis causa* a personas que reúnan la condición de reservatarios o cuando el primer legitimado hubiera iniciado la reclamación.

§ 8.º AMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811. ¿A QUÉ REGIONES FORALES ES APLICABLE?

47. *Planteamiento general.*

El artículo 811 se halla fuera del título preliminar y del título IV del libro 1.º, y, por ende, no es norma primariamente aplicable a región foral alguna.

No obstante, el Tribunal Supremo repetidamente ha declarado aplicable esta norma a las regiones forales. Ulteriormente, el Apéndice aragonés y las Compilaciones vizcaína y catalana han adoptado posiciones opuestas. Aquél excluyó la reserva lineal, éstas la aceptan.

Pero ¿cuál ha sido la razón en virtud de la cual el Tribunal Supremo ha aplicado el artículo 811 del Código civil a regiones forales?

La Sentencia de 24 de mayo de 1945 expresó, en su primer considerando, las dos premisas de la conclusión a que llega su segundo considerando.

Premisa mayor: «que según tiene reiteradamente declarado esta Sala—entre otras, en Sentencias de 13 de marzo de 1936, 19 y 30 de diciembre de 1942—, la sucesión intestada se rige en todas las regiones españolas, y respecto a toda clase de herederos, por las normas del citado Código, salvo las reglas especiales contenidas en el Apéndice correspondiente al Derecho foral aragonés».

Premisa menor: «que la reserva establecida en el antes aludido precepto constituye en la sucesión legítima una modalidad especial, tanto por el orden limitado y diferente de llamamientos, en relación con los comunes de dicha sucesión—como lo comprueba el texto del artículo 938 del mismo Cuerpo legal y declaró la Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1912—, como por concretarse a bienes determinados, significando una restricción impuesta a los derechos que corresponden a los ascendientes en la herencia de sus descendientes».

De ser ciertas ambas premisas, sería, sin duda, irrefutable la conclusión formulada en el segundo considerando al deducir de aquéllas que: «no existe razón para eliminar de aquel orden [de suceder abintestato en las regiones forales, excepto Aragón] determinados llamamientos como son los del artículo 811». Pero, pese al criterio predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay razones de extraordinario peso para negar la premisa mayor (1059), que únicamente se apoya en la opinión de que

(1059) Ver JOAQUÍN GIL BERGES, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, la vigencia de las instituciones forales españolas en materia*

la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835 había derogado las normas forales reguladoras de la sucesión intestada.

Creemos, en efecto, que el Tribunal Supremo infringe, no sólo el artículo 12 del Código civil, sino también el artículo 5.º y el párrafo 2.º del artículo 6.º del mismo Código, cada vez que aplica a las regiones forales las reglas del Código civil reguladoras de la sucesión intestada.

La Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1935 respetó las leyes vigentes sobre sucesión intestada y, por lo tanto, las forales, según claramente resulta de las discusiones que precedieron a su publicación y del mismo texto de su ley. Así, leemos en ella: En el primer apartado del artículo 2.º: «Corresponden al Estado los bienes de los que mueren o hayan muerto intestado, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes». En el artículo 16: «Responderá también [la Dirección de los ramos de Amortización] a las acciones que con arreglo a las leyes comunes [es decir, las civiles] se entablen contra los bienes que hubiere adquirido...». En el artículo 26: «Quedan derogadas todas las leyes, ordenanza e instrucciones sobre mostrencos» [sin añadir otra ley alguna y, por lo tanto, ninguna disposición civil común ni foral].

Por eso, un autor al que no es posible tachar de enemigo de la unificación legislativa, como Federico de Castro (1060), ha escrito que: «La Ley de 1835 ni por su letra ni por su fin regulaba la sucesión *ab intestato*. La solución judicial es totalmente injustificada».

No menos rotundas fueron las críticas que el actual Presidente del Tribunal Supremo, Castán Tobeñas (1061), dedicó a dicha jurisprudencia bastantes años antes de ocupar su Presidencia. Afir-
 mó de dicha doctrina, que «ateniendo su punto de partida en una resolución probablemente justa, termina en una serie de fallos rotundamente injustos y disparatados», y que traspasar el criterio que limita el grado de llamamiento de los colaterales abintestato

de sucesiones intestadas (Zaragoza, 1920); la glosa de ese trabajo hecha por MARCELLANO ISABAL en «Rev. Der. Priv.», VIII, pág. 354 y sigs. (diciembre, 1920), y IX, págs. 65 y sigs. (febrero, 1921); JAIMÉ CARNER, *Sucesión intestada de los impúberes en Cataluña según la doctrina del Tribunal Supremo*, IV, en «Rev. Jur. de Cataluña», XXVI, págs. 134 y sigs. (abril, 1920); FRANCISCO DE P. MASPONS, *La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Rev. Der. Priv.», VIII, págs. 97 y sigs. (abril, 1920), y DARÍO DE ARELLANO Y MENDIOLEA, *Derecho civil de Vizcaya*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Española», vol. I, págs. 343 y sigs., que aporta al respecto interesantes citas de la discursión de la Ley de Mostrencos en el Estamento de Procuradores, que resultan decisivas.

(1060) FEDERICO DE CASTRO, *Op. y vol. cit.*, pág. 279, nota 9.

(1061) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, al comentar la Sentencia de 10 de diciembre de 1919, en «Rev. Der. Priv.», VII (junio 1920), pág. 185, donde recuerda su posición que, en igual sentido, ya sostuvo en *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales* (Madrid, 1915).

y la situación en éstos de la viuda y los hijos naturales, «es violentar los textos legales y quebrantar despiadadamente el régimen vigente en los territorios de fuero».

Pero, además, queda demostrado, a mayor abundamiento, que el Tribunal Supremo en este punto incide a palmarios errores, con datos evidentes que demuestran que, al promulgarse el Código civil, se hallaban vigentes las disposiciones forales sobre sucesión intestada y, por ende, su no derogación por la ley de 1835. Tales datos los proporcionan:

1.º La jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo anterior al Código civil, que sin excepción aplicó las disposiciones forales en esta materia. Nos contentamos con citar unas cuantas de las referentes a Cataluña, que son las Sentencias de 1 de febrero de 1861, 14 de septiembre de 1866, 25 de enero de 1870, 27 de noviembre de 1872, 24 de diciembre de 1874, 10 de julio de 1877 y 6 de mayo de 1885.

2.º La opinión unánime de los autores castellanos en el período posterior a la Ley de Mostrencos y anterior al Código civil (1062), al exponer la única posición posible respecto a la regulación de los intestados castellanos. Es decir, al afirmar que seguían regidos por las leyes 3, 4 y 5 del Título XIII de la Partida Quinta, leyes 1, 7 y 12, Título VI, libro III del Fuero Real, y leyes 6, 8 y 12 de Toro, en cuanto se refería a los descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado. De modo que la Ley de Mostrencos no hizo más que establecer los llamamientos para las herencias que civilmente carecían de herederos abintestato, pues la ley 6 del Título y Partida citados, que llamaba a los colaterales hasta el décimo grado, había quedado limitada por la ley 1, Título XI, Libro II y la 6, Título XXII, Libro X de la Novísima Recopilación y los artículos 7 y 8 de la Instrucción de 26 de agosto de 1786 que limitaron aquel llamamiento de los colaterales al cuarto grado (1063). Solución acorde con el texto literal del artículo 2.º de la propia Ley de 1835, que la define como reguladora únicamente de los abintestatos vacantes con arreglo a las leyes civiles vigentes. Natural resulta que, al no limitar tan siquiera la regulación castellana de los abintestatos, que precisamente amplió,

(1062) Ver JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario* cit., vol. II, voz «Heredero legítimo o abintestato», págs. 20 y sigs.; FLORENCIO GARCÍA GOYENA, JOAQUÍN AGUIRRE, JUAN MANUEL MONTALBÁN y JOSÉ DE VICENTE y CARAVANTES, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, 4.ª ed., t. I (Madrid, 1932), núms. 1.927 y sigs., págs. 562 y sigs.; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Op. y vol. cit.*, lib. III, cap. VI, págs. 583 y sigs.; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos...*, vol. cit., núms. 159 y sigs., págs. 104 y sigs.; MARIO NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, t. I (Madrid, 1880), arts. 1.090 y sigs., págs. 552 y sigs.

(1063) Dejemos aparte la cuestión suscitada por la doctrina y en la jurisprudencia acerca de si ese cuarto grado era de computación civil o canónica.

tampoco limitó sino que también amplió en lo no regulado en ellas las disposiciones forales reguladoras de los abintestatos de sus respectivas regiones, que mantuvieron, como lógicamente resulta, su total vigencia.

3.º La referencia a su vigencia, indiscutida en la Comisión Codificadora, que resulta de la exposición del mismo Alonso Martínez (1064), quien después de exponer su criterio sobre el verdadero fundamento de sucesión intestada, declara: «una vez mostrada esta tesis, recordemos el derecho *hoy vigente en las provincias de régimen foral*, cuyas leyes, usos y costumbres consagran en esta materia el principio troncal», y anuncia el carácter conciliador de los representantes forales como «*esperanza de llegar a la unidad*».

Hay que observar que los representantes forales no tuvieron que discutir entonces, porque no se planteó, la cuestión de esa derogación de sus leyes por la de Mostrencos, que el Tribunal Supremo inventó más de medio siglo después de la fecha de esa ley. Así vemos como Durán y Bas, en su «*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*» (1065), sólo se ocupa de la Ley de 1835 por lo que se refiere al llamamiento del Estado después de los parientes de décimo grado, o si debía entenderse llamado el cónyuge supérstite después de los colaterales de cuarto grado y no en el lugar señalado en el edicto *Unde vir et uxor*, y a la inclusión de los hijos naturales legalmente reconocidos (1066).

Concretamente, en la *Memoria sobre las instituciones civiles de Vizcaya que debían continuar vigentes*, que Manuel de Lecanda, vocal de la Comisión general de Codificación, elevó a ésta (1067), dió por vigente la Ley 8 del Título 21 y propuso que en lo sucesivo sólo continuara en vigor respecto a los bienes troncales, al afirmar que «sólo debe *conservarse* de ella la parte que dispone que en la sucesión de abintestato de los bienes raíces, heredan los parientes más próximos de aquella línea de que procedan los bienes excluyendo los otros parientes, cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante». Y Alonso Martínez (1068) mostró su conformidad al criterio de Lecanda, de que *continuase en vigor* la Ley 8 del Título 21 en cuanto a la sucesión intestada troncal de los inmuebles de la tierra llana.

4.º El propio legislador, al aprobar por Real Decreto-Ley de 7 de diciembre de 1925 el Apéndice Aragonés, que regula la su-

(1064) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 239.

(1065) DURÁN Y BAS, *Memoria...*, Barcelona, 1883, págs. 257 y sigs.

(1066) DURÁN Y BAS, pág. 271.

(1067) La Memoria de LECANDA se halla publicada precediendo la obra de la Biblioteca Judicial, *Derecho civil vigente en Vizcaya*, Madrid, 1888, ver, pág. 14.

(1068) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 432 y sigs.

cesión intestada en los artículos 34 al 42, y por Ley de 30 de julio de 1959 la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, que en los artículos 31 a 34 inclusive regula los intestados vizcaínos; ya que, según el artículo 6.º de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888, los Apéndices forales sólo deben contener «las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias donde hoy existen».

Ante estos argumentos, resulta con evidencia que el Tribunal Supremo infringe los artículos 5, 6 y 12 del Código civil cada vez que desestima la aplicación de alguna norma foral reguladora de la sucesión intestada. Las rotundas afirmaciones de la Sentencia de 1 de febrero de 1958, referentes a Navarra, resulta penoso leerlas. Parece que este fallo prefiere imponer su voluntad antes que cumplir unas leyes no derogadas ni derogables más que por otras leyes posteriores y que, con tal de no rectificar, opta por continuar repitiendo una argumentación totalmente insostenible (1069).

(1069) La Ley, según la definición de Santo Tomás de Aquino, es *ordenación racional* al bien común. Pero el hecho de que frecuentemente los legisladores no hayan atendido a ese requisito de esencia ha dado lugar a que algún autor (FRANKSTEIN) haya distinguido el *Recht, rectum, diritto, droit, derecho*, de una parte, y el *Gesetz, laws, lex, legge, loi, ley*: El Derecho fundado en una convicción o juicio de juricidad o justicia y la ley fundada en la voluntad estatal. Desde este punto de vista el Tribunal Supremo es el órgano más elevado de expresión del derecho, emitido como convicción de juricidad, como juicio racional, que en el campo de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad.

Pero parece que la Sentencia de 1 de febrero de 1958 a la inversa valorara mayormente el poder de voluntad impuesto que el peso que la razón, de la que es órgano supremo, puesto que la deja a un lado mientras usa de aquel poder de voluntad, que es función de otros órganos estatales.

Es causa de lo que decimos lo que se lee en el tercer considerando de esta Sentencia en sus tres argumentos. En el primero proclama su jurisprudencia fuente del derecho, pero no de un derecho creado a través de lograr una convicción sino imponiendo su voluntad, en este caso en contravención no sólo de los artículos 5.º y 6.º del Código civil, sino también por aplicación indebida a no respetar el Tribunal la prelación establecida en el artículo 6.º del Código civil, de los artículos 1.687, 1.692 y 1.782 LEC. En el argumento segundo, infringe el artículo 12 del Código civil, y en el argumento tercero, se olvida de las Sentencias, muy anteriores al período republicano, de 16 de abril de 1898, que declaró subsistente la sucesión troncal de los impúberes en Cataluña; de 11 de noviembre de 1902, que aplicó la sucesión intestada vizcaína de los bienes troncales de la tierra llana; de 27 de enero de 1913, que corroboró la anterior, y de 11 de febrero de 1929, que hizo igual declaración que la de 1902 (si bien ésta de 1929 no aplicó efectivamente la doctrina, como hiciera la de 1902, porque aceptó la validez del testamento discutido, con lo cual no hubo lugar a la sucesión intestada).

Es más de lamentar esa imposición de la voluntad sobre la razón por cuanto la realiza el más alto órgano de la razón jurídica. Cuanto más convengan los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo mayor será su prestigio, que ha de basarse en una superioridad racional y no en la alegación de su poder decisorio resultante de su situación orgánica. Esta

Ello sin perjuicio de que en el terreno constituyente estemos de acuerdo con la solución—dada en derecho constituido por el Apéndice y las Compilaciones ya aprobados—de mantener solamente las normas troncales de la sucesión intestada en las regiones forales y remitirse al Código civil en la sucesión intestada de bienes no troncales.

Lo cierto es que la argumentación del Tribunal Supremo para aplicar el artículo 811 a las regiones forales ha partido de una premisa mayor falsa.

Salvada esa evidencia, descenderemos a tratar la cuestión suscitada en cada una de las regiones forales donde la cuestión ha sido planteada.

Problema distinto es el relativo a la aplicabilidad de la reserva lineal al territorio de Fuero de Baylio. Según Isidro Villarreal (1070) la comunicación de bienes entre los cónyuges borra la procedencia familiar de los mismos, de modo que no puede decirse que procedan de una sola de las líneas. Pero esta cuestión no difiere de la relativa a si deben reservarse los bienes gananciales de los ascendientes, que el descendiente hubiese habido a título gratuito de uno de ellos y que del descendiente heredare por ministerio de la ley el otro ascendiente, reservista. En la primera parte de este trabajo (1071) resolvimos que esos bienes eran reservables, pero sólo a favor de los demás descendientes del ascendiente que los hubo y fué heredado por el descendiente, pues sólo aquellos descendientes de aquél pueden considerarse pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, según el criterio a que llegamos al precisar el concepto de línea de donde los bienes proceden (1072)

48. Inaplicabilidad a Aragón.

Ha sido resuelta la inaplicación de las reservas a Aragón, en el artículo 43 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral aragonés, que dice: «*La reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en instrumento público*».

Es de notar, no obstante, que para el derecho anterior al Apéndice, el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 1926 mantuvo el mismo criterio que ha sustentado para las demás regiones forales. Cierto que los tres primeros considerandos de esta Sentencia subrayaron el hecho de que la ascendiente reservista al

le inviste de su fuerza; pero es su razón y su poder de convicción la que marca la medida de su prestigio.

(1070) ISIDRO VILLARREAL, *El Fuero de Baylio*, en «Revista de los Tribunales», t. LXIII, núm. 51 (21 diciembre 1929, pág. 747).

(1071) I, § 3.º, núm. 21, págs. 62 y sigs. y AN. DER. CIV., X-II, págs. 386 y sigs.

(1072) I, § 4.º, núm. 24, pág. 86, y AN. DER. CIV., X-III, págs. 710 y sigs.

suceder a su hija, había invocado las reglas de la sucesión intestada del Código civil, por lo que discurrió que en consecuencia también debía aceptar la aplicación de las normas de este Código en lo que no la favoreciera, entre las cuales hay el artículo 938, que al regular la sucesión en el orden de los ascendientes hace una llamada al artículo 811.

El quinto considerando, cerraba los razonamientos de los anteriores con la afirmación de no ser aplicable el artículo 43 del Apéndice a un pleito iniciado con anterioridad a su promulgación, y de no tener fuerza dicho precepto para destruir el reconocimiento que de la legislación común hiciera la reservista a la muerte de su hija, al solicitar la declaración de heredero abintestato de ésta.

49. *Su aplicación en Cataluña.*

Pudo plantearse por primera vez la cuestión de la vigencia en Cataluña del artículo 811 en la Sentencia de 20 de abril de 1917, referida a un caso en el cual el descendiente había nacido en Puerto Rico, hijo de un catalán casado en dicha colonia. Pero, por razones dimanantes de la compleja situación de hecho, dicho descendiente fué declarado sujeto al Código civil, y, por lo tanto, la madre, que conforme al propio Código le heredó abintestato, obligada a reservar con arreglo al artículo 811.

Fué la Sentencia de 10 de diciembre de 1919, ante un supuesto de sucesión intestada por una ascendiente, la que por vez primera aplicó a Cataluña la reserva lineal, según el razonamiento de su tercer considerando: «ocurrido el fallecimiento del causante después de promulgado el Código civil su herencia debe ser adjudicada con arreglo a lo dispuesto en el mismo, y no existiendo parientes con mejor derecho que la madre a ella corresponde el caudal relicto sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 811, a tenor de lo que estatuyen los 935 y 938 del precitado cuerpo legal».

Hemos visto antes el razonamiento del primer considerando de la Sentencia de 24 de mayo de 1945, al que se remite la Sentencia de 14 de junio del mismo año, para aplicar el artículo 811 a la sucesión intestada de los ascendientes en la herencia de su descendiente civilmente aforado catalán. Al expresado considerando de la Sentencia de 24 de mayo, añade el segundo que el criterio inspirador del artículo 811 «es, por otra parte, análogo al que informaba la regla *paterna paternis, materna maternis*, de observancia en la antigua legislación catalana para los casos de sucesión de impúberes».

La Sentencia de 10 de noviembre de 1953, volvió a aplicar el artículo 811 a Cataluña, y tal aplicación ni tan siquiera fué discutida en casación.

Entre los autores catalanes, Pella y Forgas (1073) opuso al criterio de aplicar el 811 a Cataluña, que: «El buen sentido dice que por ser este artículo una limitación de la libertad de testar (de la misma manera que al tratar de la legítima de los hijos naturales en la Sentencia de 13 de mayo de 1902) debe interpretarse en sentido restrictivo, no sólo en la aplicación a determinados países, y de consiguiente a los países llamados forales. Además, falta la razón de la ley, que en el Código motiva la exorbitante legítima de los ascendientes, o sea la mitad de los bienes según el artículo 809, mientras que sólo es la cuarta parte en Cataluña, ya que en este particular el artículo se refiere a bienes que el ascendiente hubiese adquirido como legítima del ascendiente».

Borrell i Soler (1074), después de señalar que algunos jurisprudencistas catalanes entienden aplicable a Cataluña el artículo 811 del Código civil, como supletorio, porque concuerda con el espíritu del derecho catalán de procurar que el patrimonio no salga de la familia, añade: «aunque rigurosamente no rige aquí [en Cataluña], debe confesarse, mientras se aplique a Cataluña la sucesión intestada del Código civil, resulta equitativo que también se aplique dicho artículo 811 que es complemento suyo, ya que así se logra que algunos parientes excluidos de la sucesión recobren alguna cosa de las que le corresponderían por Derecho romano y de que el Código civil les había privado, como los hermanos que tendrían que concurrir con los padres, a la sucesión de otro hermano», según la Novela 118.

Roca Sastre (1075), después de salvar el acierto o desacierto de la posición jurisprudencial que aplicó la sucesión intestada del Código civil a las regiones forales, y de observar «que el supuesto del artículo 811 del Código no es exactamente el mismo de la re-

(1073) JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, t. III (Barcelona, 1918), art. 811, págs. 262 y sigs. Nos parece interesante por su valor sociológico y por la antítesis que presenta entre el derecho civil tradicional—en que la familia tiene una importante entidad—y el derecho derivado de las ideas individualistas, triunfantes en la Revolución francesa y difundidas con el prestigio del Código de Napoleón. Dice PELLA: «La ocasión se presta a considerar, cómo en el desborde del derecho moderno y, por tanto de nuestro Código, la realidad impone muchas veces soluciones más o menos equivocadas, pero tradicionales. Me refiero a que destruída la familia como entidad patrimonial, independiente de los individuos que la forman, y cómo órgano social y político, se concretó la sucesión por el Código francés y siguieron los demás de Europa, a la familia natural que se disuelve a cada generación; para ello se suprimieron los fideicomisos (aquí se acortaron), se abolió el retracto gentilicio, genuinamente ibérico, y en la sucesión intestada se llamó con preferencia a los segundos colaterales, al cónyuge sobreviviente a la familia, etc., etcétera; cuando ahora, de pronto, bajo la impresión o influencia, tal vez de un caso práctico y, por lo tanto, de la realidad viviente, se monta todo un nuevo sistema de tronalidad patrimonial.»

(1074) ANTÓN M. BORRELL I SOLER, *Dret Civil Vigent a Catalunya*, vol. V (Barcelona, 1923), § 515, pág. 465.

(1075) ROCA SASTRE, *Estudios...* vol. cit., cap. IX, págs. 334 y sigs.

gulación catalana de la sucesión irregular en caso de herencia intestada de los impúberes» (establecida por la Constitución de Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Monzón de 1363, ampliando una Pragmática de Jaime I), estima que, «con todo, el evento que pretenden evitar dicho artículo 811 y dicho principio *paterna paternis, materna maternis*, imponen considerar que dicha aplicación del artículo 811 en las sucesiones regidas por el régimen civil catalán no puede considerarse perturbadora».

«No obstante—añade—no cabe afirmar que el artículo 811 puede ser aplicado en todo caso en Cataluña. A base de la propia argumentación de la jurisprudencia, hay que distinguir. Debe estimarse aplicable dicho artículo 811 siempre que se trate de sucesión intestada, o sea, respecto de los bienes que el ascendiente hubiere heredado a título de *sucesión intestada* de su descendiente, pero no respecto de los bienes que hubiere heredado tal ascendiente de su descendiente por vía de legítima, pues, aunque la sucesión intestada se rija en Cataluña por las normas del Código civil, hasta ahora, en cambio, el régimen legitimario vigente en Cataluña se rige por las normas específicas de esta región, sin que nunca la jurisprudencia haya aplicado en materia de legítimas en Cataluña precepto alguno de la regulación legitimaria del Código civil.»

«Además—concluye—, obliga a entenderlo así una razón de analogía con aquella sucesión intestada irregular de los impúberes, pues en ella el padre excluido de los bienes de linaje conservaba su legítima sobre ellos, y de aquí que antes fuera frecuente en los Capítulos matrimoniales el llamado *pacto de sobrevivencia*, mediante el cual los padres, ante el evento de dicha sucesión de los hijos impúberes, renunciaron para su día la legítima futura que en tales bienes reservables podía corresponderles, constituyendo uno de los tres casos excepcionales en que en Derecho catalán se admite el pacto de legítima futura.»

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (1076) dice en su artículo 272: «También serán reservables los bienes que tengan este carácter según el artículo 811 del Código civil, con la excepción de aquéllos que, conforme al artículo 251 de esta Compilación, adquieran los ascendientes por sucesión intestada de un impúber. Esta reserva no afectará a la legítima de los ascendientes en la sucesión testada o intestada de sus hijos o descendientes, sean o no herederos de éstos. Será de aplicación a esta reserva lo que establecen los dos artículos anteriores; pero lo dispuesto en los párrafos segundo y siguientes del artículo 270 sólo será de aplicación si los reservatarios son hijos o descendientes del reservista».

(1076) Aprobado por Ley de 21 de julio de 1960 y publicado en el «B. O.» 175 del siguiente día.

Y los invocados §§ 2.º y sigs. del art. 270 disponen: «No obstante, el cónyuge podrá distribuir para después de su muerte entre los reservatarios los bienes reservables. Fallecido el cónyuge bínubo con heredamiento universal a favor de alguno de los reservatarios, sin que al otorgarlo ni con anterioridad hubiese ejercitado por actos entre vivos dicha facultad de distribución, se considerará que por el mero hecho de otorgar el heredamiento usó de esta facultad exclusivamente a favor del heredero contractual que llegue a serlo, quien al fallecer el reservista hará suyos los bienes reservables, con excepción de aquéllos que antes del heredamiento hubiere donado el reservista a cualquiera de los reservatarios que le sobrevivan.—Será de aplicación el párrafo anterior al reservatario o reservatarios que resulten ser herederos del reservista por heredamiento puro o preventivo, o por testamento, siempre que el reservista no hubiese ejercido antes o después del heredamiento o testamento dicha facultad de distribución. Igualmente será de aplicación a los reservatarios que resulten ser donatarios o legatarios de bienes reservables, siempre que sobrevivan al reservista. Ejercitada en cualquiera de las formas previstas la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables adquiridos por dichos herederos, donatarios o legatarios, perderán, por ministerio de la ley, al fallecimiento del reservista, la cualidad de reservables y, estimándose a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista, y, en consecuencia, se computarán al objeto de calcular el importe de la legítima que a los reservatarios corresponda en la sucesión de aquél, y se imputarán al pago de la misma».

Con anterioridad (1077) habíamos criticado el criterio, paralelo a éste, sustentado en el § 2.º del artículo 511 del proyecto redactado por la Comisión de Juristas Catalanes (1078). Nos contentaremos con reproducir algunas de las observaciones que entonces hicimos y que conservan su actualidad ante la redacción de los artículos 291 y 292 del Proyecto presentado a las Cortes y 270 y 272 del texto legal aprobado:

«Un presupuesto fundamental para la aplicación de la reserva del artículo 311 a las regiones forales debe ser la coordinación de la *ratio* de su norma con los principios fundamentales del Derecho foral al que se introduce.»

«El fin del artículo 311 es evitar el *cambio de línea familiar* de ciertos bienes por razón de su procedencia, *producido por aser*. El principio fundamental del Derecho foral catalán, navarro, vizcaíno o ayalés, igual que el de Aragón, es la conservación de las casas labradoras (masías o caseríos).»

«La *ratio* del artículo 311 queda cumplida con tal de que los

(1077) *Las reservas en el Esp. V...*, loc. cit., págs. 102 y sigs.

(1078) Proyecto que fué publicado en la «Revista Jurídica de Cataluña», vol. LXXIII (septiembre-diciembre 1956), págs. 360 y sigs.

bienes no pasen a personas que no sean parientes de tercer grado del descendiente y no pertenezcan a la línea de donde proceden los bienes. Por tanto, cabe armonizar perfectamente esa finalidad con el principio de amplia libertad de disposición característica del Derecho catalán y con su *leit motif* de no desmembrar las unidades patrimoniales agrarias. Basta para ello permitir al reservista que nombre libremente entre los reservatarios al que elija como destinatario de los bienes reservados.»

Con arreglo a lo que a lo largo de este trabajo hemos confirmado, la finalidad del artículo 811 permite aceptar como solución más correcta—incluso para el Derecho común—la de estimar que el reservista puede disponer de los bienes reservables sin salir del ámbito de los reservatarios de cualquiera de los tres grados comprendidos en el 811 y con tal de respetar la legítima de los descendientes comunes a ambos descendientes, calculada respecto a dichos descendientes computando los bienes reservables.

Por eso, si bien creemos que la posición de la compilación es progresiva con respecto a la posición de las Sentencias de 8 de octubre de 1930 y 25 de junio de 1954, estimamos que se queda corta respecto la correcta interpretación finalista del 811, y aún más corta con relación a la finalidad fundamental del Derecho sucesorio catalán de conservar y no fraccionar las casas labradoras.

Consecuentemente, terminábamos entonces nuestro comentario y volvemos a concluirlo ahora con la afirmación de que, «respetando las legítimas de los descendientes comunes, creemos que el reservista ha de poder elegir el reservatario favorecido (hijo, nieto, suegro o cuñado) o distribuir entre ellos a su arbitrio los bienes reservables».

¿*Quid en Mallorca?*?

Como Cataluña, rigió Mallorca sus abintestatos por el Derecho Justiniano (1079). Pero, al contrario que en aquella, falta en ésta todo antecedente troncal. Por esto, ha afirmado Pascual González (1080), que la reserva lineal «resulta un elemento extraño y anómalo en el armónico sistema sucesorio romano», por lo que cree no debe aplicarse a Mallorca. Las antes indicadas consideraciones hechas por Pella y Forgas respecto de Cataluña, las ha robustecido aquí con otras dos específicas, de las que creemos con mayor entidad la segunda, que subraya el hecho de que «no existe en Mallorca la sucesión troncal de los impúberes ni nada semejante a tal institución catalana». También Mascaró (1081) re-

(1079) A pesar de la letra del artículo 13 del Código civil, el Derecho romano ha sido aplicado más que como *supletorio* como *consuetudinario* (Sentencias de 6 de junio de 1905, 28 de diciembre de 1923 y 8 de mayo de 1925; Resolución de 19 de septiembre de 1920).

(1080) LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca* (Mallorca, 1951), págs. 343 y sigs.

(1081) MARTÍN MASCARÓ Y ALBERTY, *Derecho foral de Mallorca* (Palma, 1964), págs. 189 y sigs.

chazó la aplicación de la reserva del 811, así como de las innovaciones introducidas por el Código civil a la reserva clásica, y estimó que sigue rigiendo para Mallorca en esta materia el Derecho romano.

No obstante, las sentencias de la Audiencia de Palma, de 24 de noviembre de 1931 y 7 de junio de 1941 aplicaron a Baleares la reserva lineal del 811, «lo cual—dice Pascual González (1082)—ha ocasionado no pocos trastornos y perturbaciones con respecto a situaciones jurídicas que se creían ya consolidadas».

Tanto el Proyecto de Apéndice, aprobado por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca y admitido por su Diputación Provincial el 5 de mayo de 1924, como el Proyecto elaborado por la Comisión de Juristas mallorquines el 22 de febrero de 1949, descartan la aplicación de los artículos 811 y 812 del Código civil. A pesar de ello es aplicado el 811 a Mallorca en Sentencia de 24 de febrero de 1960, en un supuesto procedente de Manacor, pero en el cual no fué discutida la aplicabilidad a Mallorca de la reserva lineal.

50. *El problema en Vizcaya. Solución de la Compilación.*

La cuestión de si es aplicable el artículo 811 del Código civil a la Tierra Llana de Vizcaya tiene un planteamiento diverso que en las otras regiones forales.

En éstas, según hemos visto, el Tribunal Supremo ha efectuado su introducción como una pieza más de la sucesión intestada del Código civil, impuesta por dicho Tribunal a tales regiones. Y, por ende, en ellas solamente ha sujetado a reserva lineal al ascendiente que hubiere heredado abintestato a un descendiente bienes obtenidos por éste a título gratuito de otro ascendiente o de un hermano.

En Vizcaya, en cambio, por una parte, no ha sido tan unánime la jurisprudencia en aplicar el régimen de la sucesión intestada del Código civil. La Sentencia de 31 de enero de 1950, ciertamente afirmó que no existía razón alguna para excluir a Vizcaya de la aplicación del Código civil en esta materia en sustitución de la Ley de Mostrencos. Pero, en cambio, las Sentencias de 11 de noviembre de 1902, 27 de febrero de 1913 y 11 de febrero de 1929 dieron por sentada la vigencia de la ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya (1083), e igualmente la presupuso de nuevo la

(1082) PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 347.

(1083) La ley 15, tít. XX del Fuero de Vizcaya, a que se remite el artículo 10, § 3.º del Código civil, da por previamente sentado, *«que toda tal rraye, que tuviere [el vecino de las villas de Vizcaya] en la tierra llana y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio y Fuero que la otra rraye que posean los vecinos de la tierra llana troncabn*, principio más general que el caso resuelto por dicha ley y que, fuera de ese caso, incluye también el supuesto de la ley 8 del Tít. XXI (este argumento lo hemos expuesto en nuestras *Glosas al § 3.º del artículo 10*

Sentencia de 1.º de diciembre de 1958 al declarar que el Código civil «es de aplicación a la sucesión intestada en su integridad en todo el territorio nacional, *excepto en sus casos especiales*, Aragón y Vizcaya».

Y, de otra parte, se ha aplicado el 811 tanto a la sucesión intestada como a la legítima correspondiente al ascendiente en la herencia testada de su descendiente.

La razón de esas diferencias estriba en que la aplicación del 811 a Vizcaya no se apoyó en su introducción como pieza de la sucesión intestada en el Código civil, sino en su aplicabilidad como derecho supletorio del vizcaíno.

Así la Sentencia de 4 de julio de 1955, en su primer considerando, rechaza la alegación de que se infringe el artículo 12 con la aplicación a Vizcaya del artículo 811 del Código civil por estimar «que dicho artículo 12 no ha podido ser infringido en cuanto de él resulta que si no existe precepto aplicable dentro del derecho foral vigente, el Código civil tiene aplicación por su carácter supletorio».

Ese había sido el criterio de Jado (1084) y de los autores del Proyecto de Apéndice de 1900, que recogieron la reserva lineal en los artículos 45 y 47, según destacó la Sentencia de 1 de diciembre de 1923. Y esa ha sido, sin duda, el determinante de la redacción del vigente artículo 35 de la Compilación, aprobada por Ley de 30 de julio de 1959 que ha declarado: «*Rigen en el Infanzonado los artículos ochocientos once y ochocientos doce del Código civil, sin perjuicio de la sucesión troncal de los bienes a que se refiere el párrafo tercero del artículo séptimo.*»

Esa escueta referencia a estos artículos del Código creemos que no dejará de plantear problemas. Por lo menos la verificada al artículo 811.

¿Se deberá interpretar el artículo 811 del mismo modo que en derecho común, cuando se aplique como supletorio del vizcaíno?

Desde luego, del mismo texto de los artículos 35, 7.º, número 2.º y 36, que sucesivamente se salvan, se deduce una notable diferencia. En efecto, para el régimen común, las sentencias de 8 de octubre de 1909, 9 de marzo de 1910 y 12 de diciembre de 1945 consideraron reservables tales bienes heredados por el descendiente del otro ascendiente, que éste había adquirido a título oneroso durante el matrimonio y legalmente tenían la consideración de gananciales. En cambio, la llamada del artículo 35 de la Compilación al artículo 7.º, número 3.º de la misma, creemos que para el mismo caso incluye en la tierra llana vizcaína la aplicación de la reserva lineal. Este último apartado dispone que «*asimismo lo serán [parientes tronqueros], sin perjuicio de la reserva que esta-*

del Código civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, IV, 6), en AN. Dir. Civ., XI-11, 2.º (julio de 1930, págs. 576 y sigs.).

(1084) ROMERO JADO y VIKRAMUS, *Derecho civil de Vizcaya* (2.ª ed., Bilbao, 1923), págs. 442 y sigs.

blece el artículo 36 de esta Ley, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados constante el matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio). La salvedad hecha en el artículo 35 queda aclarada en el expresado supuesto por esa consideración *como tronquero del cónyuge superviviente*, pues con ella es conceptualizado como pariente de la línea de procedencia de los bienes. Y, aún más, con la sucesiva salvedad que ese número 3 del artículo 7.º hace a la reserva del artículo 36 (notemos que salva la reserva del artículo 36, no la del 35), que comprenderá, por ende, tales bienes, si se da el supuesto —que este artículo prevé— de contraer nuevas nupcias el cónyuge superviviente.

Ahora bien, si los bienes procedentes de la mitad de gananciales del ascendiente premuerto no están sujetos a la reserva del artículo 811 y los bienes troncales a falta de descendientes corresponden a los ascendientes tronqueros y, en defecto de éstos, a los próximos colaterales tronqueros, tanto en la sucesión testada, por la legítima de cuatro quintos (art. 24) comprensiva preferentemente los bienes raíces (arts. 28 y 29), como en la intestada (art. 32. a), resultará difícil hallar el supuesto de aplicación del artículo 811 (1085), fuera de los casos en que se trate de bienes muebles privativos del ascendiente premuerto y de bienes inmuebles no comprendidos en los siete primeros números del artículo 334 del Código civil (1086). La de los muebles parece que

(1085) A no ser que se tuviera el más simplista concepto de línea, limitado a seguir la regla *paterna paternis, materna maternis*, aceptado para el artículo 811 por el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de diciembre de 1897, 8 de noviembre de 1906, 29 de octubre de 1907, 8 de octubre de 1909, 7 de noviembre de 1927 y 26 de noviembre de 1943. Concepto completamente distinto al troncal vizcaíno, que—según repetida frase de PEDRO ECHEVARRÍA Y GOIRI—*requiere coincidencia genealógica de personas y bienes, seguida por las Sentencias de 23 de febrero de 1866 y 25 de abril de 1868 (en contra, Sentencia de 27 de enero de 1913) y que es aceptado en el artículo 9.º, número 2.º, de la Compilación, al definir que tienen la consideración de troncales: «Con relación a las líneas ascendente y colateral todos los bienes raíces sitos en el Infantazgo que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia, incluso los que este último hubiere adquirido de parientes tronqueros...»*. Con aquel criterio podría darse el caso de que faltando parientes troncales hubiese parientes considerados lineales a efectos del artículo 811. Pero anteriormente vimos (I, § 4.º, núms. 23 y 24, págs. 79 a 86, y AN. DER. CIV., X-III, págs. 704 y sigs.) que al concepto enunciado en el artículo 811, al exigir que los reservatarios *pertenescan a la línea de donde los bienes proceden*, corresponde mejor al vizcaíno de la troncalidad pura, que al simplista de la regla *paterna paternis, materna maternis*. Y, aun de no ser así, creemos que este último criterio pugna tanto con los principios básicos del Derecho vizcaíno, que aun cuando se impusiera su aplicación al Derecho común, por dicha razón, no podría seguir integrándolo al encajar la aplicación de ese artículo a la tierra llana de Vizcaya.

(1086) Según el artículo 6.º de la Compilación son raíces los comprendidos en los números 1.º a 7.º inclusive, del artículo 334 del Código ci-

fué la única aplicación pretendida por los redactores del Proyecto de Apéndice y por los de la Compilación.

Respecto al artículo 42 del Proyecto del Apéndice, refleja claramente lo expuesto en él el acta de la sesión 16 de la Comisión redactora. En la discusión entre los señores Salazar y Ramírez Olano, éste puso el siguiente ejemplo, que transcribimos:

«Supongamos una herencia consistente en acciones del Banco de España. Esta clase de bienes no es troncal con arreglo al Fuero ni con arreglo al proyecto, pero... pueden ser acciones procedentes del abuelo, a la muerte del cual pasaron a un hermano de mi padre».

«Al fallecimiento del propietario, las acciones en cuestión pasan a mí, instituido heredero por mi tío, y al disponer yo de ellas [se entiende *mortis causa*], me encuentro en la línea paterna con mi padre y en la materna con un tatarabuelo».

«En tal caso, ¿no sería injusto y muy poco equitativo que yo tuviera que repartir esas acciones por mitad entre las dos líneas?».

El acta continúa diciendo que:

«La discusión se prolongó bastante tiempo interviniendo en ella otros señores, hasta que por fin se aceptó por mayoría la propuesta del señor Salazar».

«Aceptada que fué, dijo el señor Ramírez Olano, que para aminorar en lo posible el mal que a su juicio produciría en muchos casos el acuerdo, se incluyesen en el Apéndice los artículos 811 y 812 del Código civil».

«El señor Quintana dijo que esos artículos desde luego tendrían aplicación como derecho supletorio; pero para evitar dudas en tan delicada materia, se acordó de conformidad con lo indicado por el señor Ramírez Olano».

Las Sentencias de 1 de diciembre de 1923 y 4 de junio de 1955, en cambio, partieron de otros presupuestos.

La primera sostuvo, que a diferencia de lo que ocurría en la sucesión intestada, conforme a la Ley 8, Título 21 del Fuero de Vizcaya, en la cual los profincos colaterales tronqueros excluían a los ascendientes no tronqueros, en cambio, en la sucesión forzosa regulada en la Ley 14, Título 20 del mismo Fuero, los ascendientes aunque no pertenecieren al tronco de procedencia de los bienes raíces eran siempre preferentes a los profincos colaterales tronqueros a los que siempre excluían. En defensa de esta tesis arguyó: que de no interpretarse así resultaría superflua la Ley 9, Título 21 que establece la reserva de los bienes heredados

vil. No lo son, por tanto, los referidos en los siguientes números del mismo.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que, conforme al artículo 3.º de la Compilación, se entienden anejos a las villas no aforadas y regidas por el Código civil terrenos y construcciones situados en territorio tradicionalmente de anteiglesia que dicho precepto determina por sus circunstancias.

de los hijos del primer matrimonio por el padre viudo—de la cual dice, «cuya ley constituye en esencia la institución de los bienes reservables del derecho común, concretada en el artículo 811 del Código civil»—, que con este criterio se defiende mejor la conservación de la finalidad básica del Fuero de que la casería permanezca indivisa, y que en el proyecto de Apéndice foral se incurría en contradicción al establecer la institución de los bienes reservables y afirmar que los colaterales tronqueros son herederos forzosos con preferencia a los ascendientes no tronqueros (1087).

Y la Sentencia de 4 de junio de 1955 se halló ante un supuesto en el cual se había aplicado: para la sucesión forzosa el criterio de la Sentencia de 1 de diciembre de 1923 de preferir los ascendientes no tronqueros a los colaterales tronqueros, y para la sucesión intestada—por el Juzgado de Primera Instancia—el régimen común del Código civil. Pero, antes, veamos su supuesto de hecho: Los abuelos maternos habían donado en capitulaciones matrimoniales el caserío Zubero-Gogeacoa a la madre. Fallecida ésta, dejando tres hijos del matrimonio, tuvo lugar la comunicación foral regulada en la Ley 1, Título 20 del Fuero de Vizcaya, con la que el viudo hizo suya la mitad de dicho caserío, pasando la otra mitad a dichos tres hijos. De éstos fallecieron dos intestados en 1924 y 1926 respectivamente y el tercero en 1944 bajo testamento en el que instituyó único y universal heredero a su padre que había contraído segundas nupcias en 1925 y que, a su vez, falleció en 1946 bajo testamento en el cual instituyó única y universal heredera a una hija de ese su segundo matrimonio. Una hermana de la madre entabló la demanda para reclamar la mitad del caserío que había sido de los hijos de ésta y sobrinos de la reclamante, que invocó la aplicación a Vizcaya de la reserva del artículo 811.

Hecha aplicación del Código civil en la sucesión intestada, los dos tercios de dicha mitad del caserío, correspondientes a los dos hijos fallecidos sin testar, corresponderían al padre sujeto a la obligación de reservar del artículo 811. Y, sosteniendo el criterio de la Sentencia de 1 de diciembre de 1923, de preferir los ascendientes aún no tronqueros a los colaterales del tronco del bien raíz, también el padre sería el heredero forzoso del hijo fallecido en último lugar como único ascendiente de éste. Bajo este supuesto fué aplicado el artículo 811, pese a los argumentos en contra alegados en el recurso (1088).

(1087) No existía tal contradicción, del mismo modo que tampoco existe hoy, después de la Compilación, según acabamos de ver al concordar el artículo 35 con el artículo 7.º, núm. 3, y éste con el 36.

(1088) Los principales argumentos alegados en contra de la aplicación del 811 en el caso discutido, son los que invocan: el carácter más restrictivo de la reserva establecida en la ley 9 del tit. XXI del Fuero de Vizcaya a favor de los hijos del primer matrimonio, cuando el viudo o viuda hubiere contraído segundas nupcias, que excluía, a su juicio, la apli.

La parte demandada explicaba de otro modo la situación. Al fallecer intestados los dos primeros hijos no debió sucederles su padre, sino—conforme la Ley 8, Título XXI del Fuero de Vizcaya—la propia tía materna demandante de la reserva, y como sea que cuando entabló la demanda ya habían pasado más de los quince años señalados en las leyes 1 y 3 del Título XII del Fuero de Vizcaya para la prescripción de toda acción real y de toda acción sobre raíces entre ausentes, hermanos o herederos, carecía ya de toda acción para reclamarlos. Y, en cuanto a la tercera parte del hijo fallecido en tercer lugar, el padre le heredó en virtud de testamento en que le instituyó único y universal heredero, aceptando aquí el criterio de preferir en la legítima el ascendiente no tronquero al colateral tronquero.

Pero, en realidad, conforme a la ortodoxa doctrina (1080), que es aceptada por la vigente Compilación: al fallecer el primero de los hijos, debieron heredarle: no el padre, por tratarse de bienes troncales, ni la tía materna, por ser preferentes a ésta los hermanos de doble vínculo del hijo finado, sino éstos por mitad, y fallecido el segundo, el tercero por igual razón debió quedar dueño de la totalidad de la mitad del caserío, y, finalmente, al fallecer el tercero, en 1946—por lo tanto sin que hubiese prescrito aún el derecho a reclamarlo—su sucesión forzosa en cuanto al bien raíz en cuestión debió corresponder a su tía materna, la demandante, pero no en virtud de la reserva del artículo 811, sino de la sucesión forzosa de bienes troncales, según la correcta interpretación de la Ley 14, Título XX del Fuero de Vizcaya, que ha prevalecido en el artículo 24, § 2.º de la Compilación.

En resumen podemos concluir, que en la sucesión de un descendiente:

a) Tratándose de bienes raíces troncales, seguirá tanto en la sucesión intestada (art. 32, a) como en la forzosa (arts. 28 y 29) la preferencia troncal, con la cual nunca habrá lugar a que se produzca el supuesto que motiva la actuación de la reserva lineal: pues, si hay colaterales tronqueros, éstos serán preferidos a los ascendientes que no lo sean, y si no hay tales colaterales no podrá haber reserva lineal.

cación de la norma más extensa del artículo 811 del Código civil, y que quedarían afacados los principios de indivisibilidad de la casería y de la libertad de testar. En cambio, el principio de la indivisibilidad de la casería no fué roto por la reserva, sino por la comunicación foral, según el tercer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(1080) En tal sentido ver LUIS CHAMARRO, *El Señorío de Vizcaya histórico y foral* (Barcelona, 1885), pág. 61 (citado por ANGELO LAGUNA); JADO, *Op. cit.*, págs. 416 y sigs., y BONIFAZO DE ECHEGARAY, *Derecho foral privado* (San Sebastián, 1950), pág. 45; ASHTIO, *Loc. cit.*, pág. 343. En cambio, DIEGO ANGELO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), págs. 135 y sigs., sostiene la preferencia en todo caso de los ascendientes como herederos forzosa, aun no siendo tronqueros.

b) Tratándose de bienes raíces originariamente adquiridos a título oneroso durante el matrimonio de los padres, es decir, que fueron gananciales de éstos, el supérstite se considerará tronquero (art. 7.º núm. 3) y como tal los heredará del hijo, pero sólo estará sujeto a reserva, en el supuesto del artículo 36, es decir, en caso de contraer ulteriores nupcias y, conforme éste dispone, «a favor de los hermanos de doble vínculo del hijo fallecido o de los hijos o descendientes legítimos de aquéllos, en su caso, con exclusión de los descendientes del matrimonio ulterior» (1090).

c) Tratándose de bienes muebles o de bienes inmuebles que no sean raíces, según el artículo 3.º y por exclusión conforme al artículo 6.º, su sucesión se regirá por el artículo 32, b, y se aplicará el artículo 811 del Código civil por la llamada que a él hace el artículo 35 de la Compilación.

51. La reserva troncal en Navarra.

Naturalmente que la ausencia de legítimas reales y objetivas en Navarra reduce al ámbito de la sucesión intestada el problema de la aplicación de la reserva lineal. En ella, por lo tanto, va en troncado este tema con el de la vigencia del régimen foral o aplicación del Código civil.

La Sentencia de 1 de febrero de 1958—que antes hemos criticado—en su tercer considerando, argumento segundo, afirma que: «si se recuerda la génesis de su formación en el seno de la comisión codificadora, pronto se advierte que ante la pugna del sistema sucesorio de Castilla, fundado en el principio de la familia natural, y el distinto régimen foral de troncalidad, nacido al amparo de un ambiente de unión de la familia a su patrimonio raíz, ciertamente bien transformado hoy, pudo lograrse una fórmula de concordia o avenencia mediante la incorporación al Código civil de una especial legítima o reserva, constitutiva de troncalidad restringida, que se hizo extensiva a todas las provincias españolas, descoyuntando el sistema sucesorio castellano adoptado como norma general, y si por virtud de tal avenencia fué aprobada la redacción de los artículos 811 y 812 del Código civil, no será dudoso afirmar que el principio de troncalidad solamente subsiste en España en la medida que acogieron los preceptos citados y la adición del párrafo último del artículo décimo, con la ligera y única variante, hasta hoy, llevada al Apéndice Aragonés, de tal suerte de

(1090) En caso de contraer segundas nupcias también deberá reservar el padre o madre a favor de los hijos del matrimonio anterior, conforme al artículo 37, *los bienes raíces que por comunicación hubiere adquirido procedentes de la línea del cónyuge fallecido*; y de no dejar hijos comunes «cederán en aquellos bienes los herederos tronqueros de la línea de que procedan». El § 2.º de este artículo dice que: «En cualquiera de ambos casos podrá el testador designar herederos entre las personas llamadas a la sucesión de tales bienes en la forma establecida para la sucesión testada.»

que en este aspecto de unificación legislativa, lograda por virtud de la concordia, hubo de congratularse el eximio Presidente de aquella Comisión Codificadora con las expresivas palabras: «Dicha es y grande» haber conseguido «que una misma ley pueda regir en todas las provincias de la monarquía».

El régimen foral navarro de los intestados en las líneas ascendente y colateral se halla basado en la distinción de los bienes *raíces troncales* y los bienes *no troncales*. En éstos los ascendientes son preferidos a los colaterales (ley 13, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación Navarra). En aquéllos suceden los hermanos o parientes colaterales más próximos de la línea de donde los bienes proceden, con preferencia a los padres y ascendientes (cap. XVI, tít. IV, lib. II del Fuero de Navarra; cap. III del Amejoramiento, y leyes 6 y 7, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación), si bien pueden usufructuarlos vitaliciamente los padres (ley 6, tít. XIII, lib. III de la Nov. Rec.). Aunque parece (1091) que a falta de colaterales tronqueros dentro del cuarto grado heredan los padres y ascendientes con preferencia a los colaterales tronqueros más alejados (ley 5, tít. XIII, lib. III de la Nov. Rec. y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1889).

De ese modo, en los bienes troncales, la sucesión troncal excluye el supuesto de aplicación de la reserva lineal, y para los bienes no troncales ninguna disposición tiene el Derecho navarro que introduzca la reserva lineal.

El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra publicado en 1959 por la Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra, sigue distinguiendo la sucesión en los bienes troncales y en los que no lo son.

La primera es regulada en la Ley 280, que dice así:

«A falta de pacto o disposición testamentaria en contrario, los bienes inmuebles que el causante fallecido sin dejar descendencia legítima hubiera adquirido por título lucrativo, de su cónyuge o de cualquier pariente legítimo dentro del cuarto grado de consanguinidad, y de que no hubiera dispuesto por título *inter vivos* o *mortis causa*, harán reversión al respectivo transmitente o, en su defecto, al más próximo de sus parientes troncales dentro del cuarto grado, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo en su caso. Si al fallecimiento del causante le sobreviviere padre o madre no llamados a la reversión, tendrán éstos, aunque hubieren reiterado o reiterasen nupcias, el usufructo vitalicio de tales bienes, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo en su caso, que se entenderá preterente.»

En estos bienes la sucesión troncal, más drástica que la reserva, elimina el supuesto de hecho que podría dar lugar a la actuación remediativa de ésta.

(1091) Está fué la opinión de VICTORIANO LACARRA Y MENDELUCE *Instituciones de Derecho civil navarro* (Pamplona, 1932), t. II, pág. 286.

Para los demás bienes, la Ley 287 dispone:

«A falta de descendientes y hermanos sucederán los ascendientes más próximos en grado. Los abuelos heredarán distribuyéndose entre ellos la herencia por líneas, y dentro de cada línea por cabezas. Los ascendientes quedarán en su caso sujetos a la reserva troncal establecida en la Ley 273.»

Y esa Ley 278 reglamenta la que llama reserva troncal, en los siguientes términos:

«El que heredare abintestato de un descendiente legítimo, bienes que éste hubiera adquirido por título lucrativo, de otro ascendiente de distinta línea o de un hermano, deberá reservarlos a favor del más próximo de los parientes troncales dentro del cuarto grado que le sobrevivan, a quien harán reversión en su día, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo en su caso.»

Las Leyes 279, 281 y 282 completan su regulación del modo siguiente:

«Ley 279. Serán de aplicación a esta reserva las disposiciones del Derecho común sobre inventario y garantías de los bienes reservables.

»Ley 281. La reserva y reversión ordenadas por las Leyes 278 y 280 se extenderá, en el caso de subrogación real, a los bienes inmuebles adquiridos por efecto de ésta.

»Ley 282. A los efectos de las cuatro Leyes anteriores, se consideran parientes troncales los precedentes del mismo tronco que el que transmitió los bienes al obligado a la reversión o la reserva, y los grados se computarán con referencia al propio transmitente.»

El examen de estos preceptos, sugiere las siguientes observaciones comparativas:

a) La reserva troncal navarra sólo es propuesta para los bienes heredados por un ascendiente *por sucesión intestada y que no sean inmuebles troncales*. Es decir, para los bienes muebles siempre, y sólo para los inmuebles cuando no se hallen comprendidos en la Ley 280.

b) La Ley 278 limita la reserva troncal a los bienes heredados abintestato por el ascendiente de un descendiente que éste hubiere adquirido por título lucrativo de *otro ascendiente de distinta línea* o de un hermano. El requisito de la diversidad de línea, implícito en la reserva lineal establecida en el artículo 811 del Código civil (1092), se expresa específicamente en la Ley navarra.

c) La reserva troncal navarra propone beneficiar a los parientes troncales hasta *dentro del cuarto grado, que sobrevivan al ascendiente*. Al exigir esa sobrevivencia aclara lo que se sobreentiende en el 811 del Código civil. Y al beneficiar hasta el cuarto grado, parece que la extiende a un grado más que la reserva lineal

(1092) Ver I, § 5.º, núm. 30, págs. 100 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 731 y sigs.

del 811, pero la ampliación resulta aún mayor, pues la Ley 282 propone que los grados se computen con referencia al *«grado transmisor»*, es decir, al ascendiente o hermano de quien el descendiente los hubo a título lucrativo.

d) Se establece *sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo del ascendiente reservista*, es decir, del usufructo de fidelidad que regulan las Leyes 200 y siguientes del Proyecto.

e) El concepto de parientes troncales—paralelo al de parientes que pertenezcan a la misma línea de donde los bienes proceden, del 811—nos lo explica la Ley 282. Pero, creemos que continúa prestándose a las mismas diversas interpretaciones que aquél, asimismo oscilantes entre los criterios correspondientes a las troncalidades simples, complejas y puras (1093).

f) La Ley 281 aplica la subrogación real a la reserva con un ámbito mayor que el existente en el régimen del Código civil (1094).

g) El derecho de transmisión, «en caso de que el llamado a recibir los bienes hubiera fallecido después de causar la reversión o la reserva y antes de aceptarla o repudiarla», lo admite el § 2.º de la Ley 282, incluso *en favor de parientes que no se hallen dentro del cuarto grado*. Es decir, siempre en favor de parientes, se presupone *tronqueros*, de cualquier grado aunque sea más alejado del cuarto, y nunca a favor de herederos extraños al tronco. En cambio, el derecho de representación sólo es aceptado—*sensu contrario*—a favor de parientes que se hallen dentro del cuarto grado y resulta expresamente excluido más allá del mismo.

h) La preferencia entre los reservatarios la establece la Ley 278 *«a favor del más próximo de los parientes troncales»*, y, en igualdad de grado, el § 3.º de la Ley 282 establece que *«será preferido el ascendiente, y entre los colaterales, el entroncado en ascendiente anterior»*.

Para concluir este comentario, permítasenos formular una pregunta a la Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra: ¿No resultaría más en armonía con los principios de libertad de testar y de conservación de las unidades patrimoniales familiares, que el reservista pudiese disponer de los bienes reservables a favor de uno cualquiera de aquellos parientes comprendidos en el cuarto grado troncal?

(1093) Pueden verse esos conceptos en I, § 3.º, núm. 18, págs. 46 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 370 y sigs.

(1094) Ver II, § 3.º, núm. 21, a) en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 783 y sigs.