

La reserva hereditaria común

J. A. DORAL GARCIA

SUMARIO: 1. Origen de la reserva.—2. Interés actual.—3. Régimen jurídico en el Código Civil.—4. Supuestos.—5. Idea provisional de la reserva.—6. Referencias históricas.—7. Personas interesadas en la reserva.—8. Bienes reservables: A) Patrimonios relacionados con la reserva. B) Título y procedencia. C) Relación de los acreedores en orden a los bienes.—9. Efectos de la reserva: la obligación de conservar: A) Efectos en la "situación de pendencia": 1.º Tipicidad técnica: a) Tesis del desdoblamiento. b) Abandono de la tesis. c) Equiparación a la sustitución fideicomisaria. d) Derecho sometido a condición. 2.º Tipicidad social: a) Conflicto de intereses. b) Analogía con las titularidades fiduciarias. B) Actos de disposición de bienes reservables: a) Enajenación y gravamen de los bienes sujetos a reserva por el reservista. b) Actos *mortis causa*. c) Obligaciones accesorias.—10. Acciones pertinentes a los reservatarios: 1) Carácter y plazo de la acción sucesoria. 2) Acciones impugnatorias. 3) Legitimación procesal.—11. Disposición del derecho por el reservatario: A) Actos de disposición del reservatario mientras vive el reservista. B) Consumada la reserva.—12. Extinción.—13. Recapitulación.

Con pacífica convicción la doctrina moderna atribuye a la reserva ordinaria el carácter de institución de derecho sucesorio. La reserva ordinaria o común puede ser definida, dice Castán, como «la institución-constitutiva de una sucesión especial— por la que se impone al viudo que contrae segundas o ulteriores nupcias o ha tenido en estado de viudez un hijo natural, la obligación legal de conservar en favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del difunto consorte o de los parientes de éste en consideración a él» (1).

A ese carácter institucional alude también la jurisprudencia. La S. de 27 de noviembre de 1929 afirma que la institución de la reserva

(1) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, reimpresión de la 7.^a ed., t. VI, *Derecho de sucesiones*, vol. I. *La sucesión en general* (Madrid, 1969), p. 169; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V., vol III (Barcelona, 1963), p. 246; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Hipótesis y tesis del artículo 811 del Código civil*, en R. D. P. 46 (1961), p. 1020.

no puede confundirse con el usufructo, «pues es una institución *sui generis* con fin determinado» (2).

Con el título de institución se expresa el carácter total y sistemático de los elementos y principios organizadores, sin que coincida con ninguno de ellos aisladamente considerados.

Pero el simple hecho de que quepa calificar la reserva como institución nos revela que el repertorio de problemas a que da lugar responde a lo que tienen de peculiar los factores integrantes.

Prestar atención a lo que tienen de peculiar estos factores facilita la comprensión de la reserva en aquellos puntos que son fundamentales y en aquellos otros que son simples especificaciones o concreciones.

Casi todas las cuestiones que la reserva suscita se refieren a uno de estos núcleos o zonas de interés:

1. La titularidad hereditaria, lo que tiene de peculiar en la reserva; las condiciones que la hacen posible; si proviene del causante de la reserva por vía directa o indirecta, a través de la herencia del reservista.

2. El patrimonio, las implicaciones que el hecho de la reserva tiene en el patrimonio del reservista; principios y alcance del poder patrimonial en orden a esa masa de bienes; límites, obligaciones, garantía, transmisión.

3. A esas cuestiones enunciadas se añade una última dimensión posesoria, que suele pasar inadvertida: la liquidación del estado posesorio a que da lugar la reserva consumada; problemas relativos a la pérdida, deterioro, mejoras en los bienes reservables. La reserva sólo se hace inteligible cuando se descubren los nexos que enlazan entre sí lo que tienen de peculiar los factores integrantes en esa unidad organizada.

1. ORIGEN DE LA RESERVA ORDINARIA.

1.º Cabe dudar acerca de si esa obligación de reservar determinados bienes que tiene el cónyuge que repite nupcias en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio se anticipa a una sucesión futura o si prepara y dispone las cosas para una sucesión causada en el momento de producirse el hecho que la origina.

Precisamente alrededor de esta duda giran los problemas relativos a la titularidad hereditaria del reservatario, al alcance y carácter del poder patrimonial del reservista sobre esos bienes y a la índole y entidad de las medidas tendentes a asegurar la restitución de los bienes o de su valor al consumarse la reserva.

De la posición que se adopte al respecto dependen, entre otras, las siguientes consecuencias prácticas:

a) Si se requiere el consentimiento de los reservatarios para deslindar la masa de bienes reservables no determinados en las operacio-

(2) S. núm. 89, tomo 191. J. C. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, publicada por la Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid, 1931), p. 439.

nes particionales del premuerto y para las adjudicaciones concretas hechas por el albacea contador partidor designado por el reservista en testamento con amplias facultades, o sólo pueden los reservatarios impugnar los actos realizados en contravención de sus derechos. Cuestión esta que trata de resolver la Res. 14 de abril de 1969, inclinándose por la opinión de que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista.

b) Si la renuncia prevista en el artículo 970 del Código civil implica la renuncia a una herencia futura, en cuyo caso se trataría de una excepción a la regla general contenida en el artículo 1.271 del referido Cuerpo legal, o se refiere a una herencia ya deferida (3).

Cuestión esta examinada con frecuencia por los Tribunales y por la Dirección General de los Registros y Notariado, S. 18 de abril de 1942, Res. de 30 de marzo de 1925.

c) Si es o no irrelevante para determinar el *quantum* de lo que el reservista puede disponer por mejora entre los hijos y descendientes comunes, artículo 972 del Código civil, la previsión del cónyuge premuerto en orden a la legítima estricta; en definitiva, si en la reserva hay legítima y cómo se computa (4).

2.º Si el reservista, esto es, el cónyuge viudo que repite nupcias o reconoce en estado de viudez un hijo natural, tiene una propiedad disminuida por la amputación considerable del poder dispositivo respecto de los bienes origen de la reserva, o más bien, ostenta sobre aquellos bienes una titularidad que podemos calificar como fiduciaria.

(3) Problema análogo se plantea en el supuesto de enajenación "pendente conditione" por el reservatario. La S. de 18 de abril de 1942 declara que no implica "contrato sobre herencia futura" ni cae en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 del C. c. En el caso concreto se trataba de una venta de parte indivisa con carácter de reservable.

(4) En rigor, el aspecto principal al que se agregan las cuestiones más controvertidas en sede de reserva es el relativo a la titularidad hereditaria del reservatario.

Y así, de existir una delación reservataria, si el llamamiento es directo y exclusivo del causante de la reserva, que se opera, como tal llamamiento, sin el intermediario del reservista, parecería correcto:

a) que los descendientes adquieran por derecho propio en defecto de los padres, incluso de renunciar éstos a su derecho;

b) que la desheredación procediera sólo por causas producidas con referencia a la persona del causante de la reserva;

c) que el reservatario responda por deudas afectas al patrimonio hereditario del causante de la reserva.

Mientras que, de operarse la sucesión por vía indirecta, las consecuencias "lógicas" son otras:

a) que los descendientes no adquieran esos bienes caso de renunciar los padres (actos propios);

b) que la desheredación tenga en cuenta las causas relativas a la persona del reservista;

c) que el requisito de la supervivencia indica esa adscripción de los bienes a la herencia del reservista;

d) resulta explicable que los reservatarios no puedan impugnar o atacar actos otorgados por el reservista sin renunciar a su herencia, merced a la doctrina de los actos propios, como continuadores de la personalidad del *de cuius*.

No escapa a la intuición de la práctica el enlace de la reserva vidual con otras instituciones fiduciarias; «no es raro, declara en uno de los considerandos la Res. de 14 de abril de 1925, encontrar dentro del ordenamiento familiar casos en que se concede un verdadero poder dispositivo o facultad de enajenar a personas que no pueden reputarse propietarias definitivas o incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, a situaciones especiales y racionales previsiones».

Esta opinión, de indudable interés práctico, tiene apoyo en su origen romano, donde el nervio de la institución es, como veremos, la idea de *fides*; en los textos legislativos, el artículo 810 del Proyecto de 1851, relativo a la garantía hipotecaria que comprende el deber de asegurar la «buena administración de los inmuebles no enajenados», y en la inspiración misma de la reserva, que convierte en obligación jurídica lo que sin duda es un deber moral, deber que, en expresión de Puig Brutau, recae sobre el padre o madre que ha contraído nuevo matrimonio (5).

3.º Si las garantías de «restitución» completan el cuadro de una razonable medida de protección a los hijos, si aquellas cautelas corresponden más bien a la preocupación de evitar el desplazamiento de los bienes reservables a otra familia, o a una simple actitud de recelo o desconfianza ante las segundas nupcias .

La cuestión ahora apuntada no es irrelevante en la interpretación de las normas; de ordinario, la jurisprudencia asigna a tales normas el carácter de excepción a los principios generales en materia de sucesiones, a lo que se debe la interpretación restrictiva, S. de 11 de marzo de 1861, J. C., t. VI, núm. 136, pág. 346 (6).

Pero, como veremos, la normativa aplicable rebasa el ámbito sucesorio e incide en puntos de capital relieve alusivos a manifestaciones de la personalidad:

a) En la *libertad matrimonial*, si la reserva tiende o no a dificultar las segundas bodas, a lo que añade el carácter de pena o coerción (7).

b) En la *libertad de testar*, al alterar criterios generales sobre la delación.

c) En la *libertad del dominio*, ante la merma o limitación experimentada por las facultades dispositivas y entrometerse especialmente en la propiedad inmueble y en el crédito territorial.

d) En la *libertad contractual*, ante la restricción impuesta a la autonomía privada determinante de la eventual ineficacia de actos originariamente válidos.

(5) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. III (Barcelona, 1964), p. 230.

(6) Dicha sentencia ofrece el interés de referirse a un supuesto de heredamiento prelativo y condicional; se establece en capítulos el pacto relativo a la preferencia entre los hijos comunes si uno de los cónyuges se vuelve a casar.

(7) «La obligación de reservar, dicen DE LA SERNA y MONTALBÁN, no puede considerarse como pena, según algunos autores han afirmado, porque esto sería una señal de reprobación dada por las leyes contra las segundas bodas, lo que han estado bien lejos de imaginar». Cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. 2, (Madrid, 1861), p. 244.

La doctrina moderna insiste en que las normas han de interpretarse siempre conforme a su verdadera *ratio*; diríamos que sin predisposición ante ellas, pero no hay que perder de vista la índole y magnitud de las cuestiones en juego ahora aludidas.

Conviene, no obstante, hacer hincapié en ese criterio general interpretativo porque, como veremos, no pocos de los reparos que ante la reserva opone la doctrina son fruto de una determinada y discutible interpretación surgida a propósito de situar el centro de gravedad del instituto en el alcance de la sujeción de los bienes y en su repercusión frente a terceros, esto es, en la esfera económica, hasta el punto de romper la regularidad de sus líneas históricas.

Sin conocer la historia (8), sólo puede tenerse de estos grandes problemas una idea aproximada de su importancia. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida entienden esta reserva como un tipo de delación cuyo supuesto de hecho se perfecciona gradualmente, completándose al tiempo de la muerte del reservista, pero relacionando entonces la sucesión con «acontecimientos ulteriores que le dan el ser»; tipo de delación que recibe, dicen, la genuina inspiración de un «modelo histórico», por más que no se identifiquen con él (9).

¿En qué consiste ese «modelo histórico»? ¿qué línea traza esa genuina inspiración?, ¿en qué puntos se desvía?

En la institución se descubren claros precedentes romanos pero incluso en Roma su régimen jurídico varía, acomodándose a la estructura social y costumbres.

Las soluciones dadas a esos problemas corresponden a la triple dirección histórica que sigue la defensa del patrimonio de los hijos para ponerle al abrigo de las segundas nupcias. Defensa que se inicia ya en la época clásica del Derecho romano y que culmina en el Bajo Imperio, con medidas tendentes a poner al *pater binubus* en la precisión de que ejecute sin abuso los poderes que toma sobre los hijos comunes.

De ahí el doble carácter, familiar y sucesorio, de la reserva ordinaria. Podemos afirmar que la reserva ordinaria supone el cambio de rumbo que conduce a la *patria potestad* —institución puramente romana— desde su originaria concepción como poder soberano a su carácter

(8) Entre nosotros, afirma BENITO GUTIÉRREZ, las reservas cuentan con la misma antigüedad que las más antiguas leyes de nuestros Códigos; existían ya en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real. Lo que destaca “con patriotismo moderado”, por el hecho de que, en su opinión (en este caso, como veremos, poco fundada) “fue desconocida en el antiguo Derecho”, donde “la ley más antigua” es, a su juicio, la 3.^a del tít. IX, libro V del Código. Cfr. B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.^a ed., tomo 3.^o (Madrid, 1881), pp. 700 y ss.

(9) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, II (Zaragoza, 1973), página 343.

La línea histórica no corresponde a esa defensa social consistente en mantener el equilibrio de fortunas, como la regla *paterna paternis*. Vid. G. SIGARD, *Recherches sur les dévolutions fractionnés dans le droit du Bas Empire et la Législation wisigothique*, en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, t. III (1953), pp. 105 y ss.

moderno de *officium* o función. Un enfoque patrimonialista de la herencia desvió la atención de este viraje histórico, de indudable trascendencia, al concebir la reserva como simple limitación de la autonomía de la voluntad en las sucesiones *mortis causa*.

Y así la reserva viudal, institución familiar y sucesoria, encierra en una antigua y rica armazón jurídica el testimonio de un interés tan digno de tutela que su defensa, patente en la historia, hoy encuentra formulación legal, artículo 56 del Código civil: la prevalencia del interés familiar, que la reserva ordinaria concentra alrededor de los hijos comunes, respecto del interés personal de cada uno de los cónyuges; ese mismo interés común inspira una medida bien concreta, ya introducida en época clásica del Derecho romano, frente a las prerrogativas abusivas de la patria potestad.

2. INTERES ACTUAL.

Entiendo que el estudio de la reserva recobra actualidad merced a una triple circunstancia:

1.º La plasmación normativa del principio de «interés familiar», introducido de modo expreso en la nueva ley de igualdad jurídica.

2.º El cabal entendimiento de que es susceptible la reserva al haber sido acogida con matices y tonalidades diferentes en las Compilaciones.

3.º A estas circunstancias se añade el hecho de que en el título preliminar se incluyan ahora nuevas directivas en torno a puntos conexos con el estudio de las reservas, como el abuso de derecho, la buena fe, y con el valor general de la analogía.

A) *La reserva ante el interés de la familia.*

El interés familiar asume, como es sabido, una triple función:

- a) como criterio interpretativo;
- b) como modulador de la eficacia de los actos;
- c) como determinante de la legitimación procesal, de especial importancia para oponerse a actos dirigidos a frustrar el interés protegido.

En torno a estas funciones gira, como veremos, la temática principal de la reserva ordinaria.

Con carácter interpretativo se acude al interés familiar en el Derecho castellano para determinar, v. g., la extensión de la reserva a los bienes reservables. La ley 2.^a del tít. V, libro IV del Fuero Juzgo, sujeta las arras a reserva en base a que «menester es que aquellos (hijos y nietos) ende ayan algun provecho por la crianza de los cuales fue fecho el casamiento».

La ley 15 de Toro confirma expresamente el carácter de reciprocidad, propio de los deberes comunes de los esposos ante el interés familiar. La doctrina y la jurisprudencia advierten bien este significado, dando relieve al texto legal, al confirmar que allí reside el verdadero

centro hermenéutico, pese a que la referida ley no regula la institución; da por supuesta su inspiración romana, con la precisión de quitar la significación punitiva y acoplar la disciplina genuina al régimen castellano de gananciales. De aquí que la cuestión debatida por las escuelas acerca de si el consentimiento del marido para que la mujer pueda volver a casarse extingue o no la obligación de reservar, se resuelve según criterio interpretativo en sentido negativo: «porque no ha sido introducida en favor suyo» (10).

Que es también ahora el interés familiar lo que se protege, se desprende de estas manifestaciones:

1.º El carácter de reciprocidad típico de los efectos personales del matrimonio.

2.º La concreción de la tutela jurídica a los hijos comunes.

3.º La referencia a la familia legítima, donde el «interés familiar» tiene su sede propia, es decir, el término encuentra allí significado propio.

4.º La reserva presupone la liquidación de la sociedad ganancial, pero admite el acuerdo de los herederos con el cónyuge viudo respecto del pago de la legítima, y permite los pactos de continuación con inherente designio familiar.

5.º La ineficacia relativa de los actos dispositivos —la lógica de la anulabilidad— otorgados por el reservista denota una impronta común con la defensa del interés familiar a que ahora responden los nuevos arts. 57 y 65, modificados por ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre situación jurídica de la mujer casada.

Precisamente al destacar ahora el legislador esa jerarquía funcional en que cabalmente consiste el interés familiar, recobra actualidad aquella institución de pasado lejano; pero podemos preguntarnos: ¿resulta la reserva hoy innecesaria?, ¿ha culminado el ciclo de su evolución?, ¿no es acaso suficiente la plasmación legislativa que incluye el espíritu de las fórmulas antiguas?

En el estudio de la reserva viudal se advierte que la defensa del interés familiar es lo permanente, su constante histórica, mientras que su vertiente económica, por ser lo accesorio, es también susceptible de modalidades diferentes (11).

(10) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, o. c., pág. 250, frente a la postura contraria mantenida por Antonio Gómez y Matienzo.

(11) El régimen jurídico a que está sujeta la reserva en el Código civil presupone una determinada concepción de la familia, que se apoya en estas notas características:

1.º Matrimonio indisoluble y familia legítima: "Nuestras antiguas leyes observa MORELL Y TERRY, al establecer la reserva hablan siempre de marido y mujer, de modo que sólo quisieron favorecer a los hijos legítimos, y a ellos solamente se refiere el artículo 968 del Código civil. Quedan, por lo tanto, excluidos los ilegítimos, aunque sean naturales reconocidos, y los adoptivos. Los legitimados por subsiguiente matrimonio se consideran legítimos". Cfr. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2. ed., tomo 4.º (arts. 118-264), Madrid, 1930, p. 384.

La circunstancia de existir separación personal o divorcio, dice CASTÁN, bien sea en el anterior o en el posterior matrimonio, no puede modificar la

La reserva viudal se recoge en Derecho justinianeo al tratar de las segundas nupcias (Código 5, 9, 1 y 2) y, ante el recelo de las segundas nupcias, toda la disciplina aparece allí marcada con el matiz de pena o coerción, que induce a la interpretación restrictiva. Pero, como veremos, Justiniano se limita a colorear con la idea de pena lo que antes sólo eran medidas de protección.

Y así, la reserva ordinaria presenta en Derecho posclásico dos aspectos: positivo uno, proteger a los hijos denunciando el peligro, y negativo otro, impedir el eventual abuso del destino familiar de los bienes recibidos en vida del causante de la reserva: cónyuge anterior, padre de tales hijos.

El Código civil extiende la protección al supuesto de reconocimiento de un hijo natural en estado de viudez y amplía la condición de reservables a los bienes recibidos antes por el causante de la reserva de parientes «en consideración», esto es, adquiridos con un deber de gratitud comunicable al reservista. Prepondera entonces el matiz sucesorio, merced a la entrada de los hijos naturales en el círculo de los herederos forzosos y la transmisión *mortis causa* de otros deberes morales, elemento añadido a aquel núcleo originario.

La justificación de la reserva, esto es lo indudable, no reside en el disfavor de las segundas nupcias, ni tampoco se conserva como muestra ancestral de una actitud de desconfianza. La reserva no es separable de una nota que pretendo en este trabajo destacar: el carácter fiduciario que cobra la titularidad del reservista sobre los bienes adquiridos al advenir la obligación de reservar.

B) *Su acogida en las Compilaciones.*

Haber sido recogida la reserva en las Compilaciones, pese al disfavor de un amplio sector de la doctrina que propone incluso su erradicación del Derecho civil, impone la necesidad de reconsiderar aquellos argumentos que hicieron merecer a la reserva un juicio tan desfavorable.

obligación de reservar: "pues tales situaciones no implican destrucción del vínculo matrimonial".

2.º Discriminación a efectos sucesorios entre los hijos legítimos y los naturales. La reserva ordinaria se establece sólo en favor de parientes legítimos.

La jurisprudencia confirma este criterio de "separación perfecta entre la familia legítima y la nacida fuera de matrimonio" en S. de 10 de junio de 1918. J. C., t. 143, núm. 108; sentencia que recoge como "principio general de derecho reconocido por la jurisprudencia, que el derecho de parentesco que "ha un home con otro por razón de sangre non se puede tóller, por postura ni por ley", aplicada en el caso concreto al no haberse reconocido en la sucesión del ascendiente común en un supuesto de reserva: "la reserva extraordinaria del artículo 811 del C. c., como la ordinaria del artículo 968 del mismo Cuerpo Legal, vienen establecidas en favor de los hijos legítimos".

3.º Una determinada concepción del régimen económico del matrimonio, inspirada en el principio de invariabilidad *post nupcias* y en la sociedad legal de gananciales, cuya liquidación presupone la reserva sólo por muerte.

Esta filosofía del Código civil explica la incidencia en la concepción misma de la reserva ordinaria de otras tendencias y criterios.

«Yo veo en esta reserva, dice Valverde, dentro de esa línea argumental, un caso de retorno sucesorio, lo que no se adapta bien al principio cardinal de nuestro Derecho de sucesiones», y en esta razón basa su propuesta de que debe desaparecer en la reelaboración del Código civil.

Para Falcón encierra la reserva «una contradicción al espíritu de la época», y a Castán le resulta también la reserva una institución poco conforme a los «principios de derecho moderno», en cuanto que obedece, agrega, a un «espíritu o sistema de recelos y desconfianzas»; su régimen jurídico, increpa el ilustre maestro con tono severo, es «injusto en el terreno de los principios» y «estéril en las relaciones prácticas» (12).

¿Qué explicación tiene entonces que con estos reparos y censuras sobre la reserva nuevo impulso en las Compilaciones? A ella dedican el art. 139 la Compilación aragonesa; el art. 269 la Compilación catalana; la Ley 278 el «Fuero Nuevo de Navarra». La Ley 278 de la Compilación navarra al remitir a las disposiciones del Código civil y de la Ley hipotecaria en puntos concretos (inventario, enajenación y garantía) da entrada a ese régimen y a sus principios en un sistema tan diferente, ya que su derecho privativo dedica a la reserva el libro II con el título «de las donaciones y sucesiones», mientras que en el Código civil figura entre las «disposiciones comunes a las herencias», artículo 968.

Entre otras diferencias, podemos señalar:

1.^a En Derecho navarro las leyes forales miran con precaución la repetición de nupcias (Ley 48 de las Cortes de 1765 y 1766).

2.^a No existe la prohibición de donaciones entre cónyuges, por lo que el supuesto de cualesquiera otro «título de munificencia o liberalidad» se amplía.

3.^a La legítima formal, inspirada en el principio de libertad civil, facilita la distribución no individualizada entre los reservatarios de bienes reservables dispuesta por el reservista en testamento o en pacto (sin los problemas a que da lugar en el Código civil la facultad de mejorar en bienes reservables).

4.^a Tienen régimen especial las arras que, en Derecho navarro, revisten el carácter de aumento de dote de la mujer y se exceptúan de la obligación de reservas, Ley 274 (13).

La Ley hipotecaria, al mencionar las obligaciones garantizadas por hipoteca legal, art. 968, 2.^o, alude, además de los casos señalados en el Código civil, arts. 811, 968, 980, a «cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales»; ¿tiene la reserva una contextura

(12) Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Parte especial. Derecho de sucesión *mortis causa* (Valladolid, 1916, p. 464. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 7.^a ed. Reimpresión, t. VI, vol. I, *La sucesión en general* (Madrid, 1969), p. 173.

(13) Sobre los bienes reservables en Derecho navarro, Vid. F. ARZIVU y AGUADO, *Las donaciones intervivos en el Derecho Civil de Navarra*, vol. 1.^o (Pamplona, 1964), p. 58.

afín en un sistema de legítimas que en un sistema de libertad de testar? (14).

El diferente marco puede dar lugar a conflictos de derecho interregional y su estudio plantea un primer problema de calificación: si nos encontramos ante una institución de familia o sucesoria, ¿qué se protege, un patrimonio o más bien intereses y deberes de carácter familiar? De otra parte, ¿la normativa de las Compilaciones aporta nuevas luces a esclarecer los puntos oscuros que deja a la discrepancia doctrinal el Código civil? ¿Tiene lugar la analogía entre normas de distinta procedencia, común y foral, relativas a supuestos en que se contiene una «razón de semejanza»?

C) *La reserva en las categorías de la dogmática jurídica moderna.*

La reserva vidual entronca con otros institutos que han sido en nuestros días objeto de atención preferente por la doctrina y, con intención ejemplificadora y de contraste, se utilizan sus enfoques, como la legítima, la sustitución fideicomisaria, los pactos sucesorios, la reserva lineal... De aquí la tendencia, no siempre oportuna, de encuadrar la reserva vidual en alguna de las categorías presentadas por la dogmática moderna.

Mientras que entre la reserva vidual y la reserva troncal se establece, por ejemplo, un paralelo, y razones de semejanza hicieron pensar en la oportunidad del procedimiento analógico, de comparación, la S. 27 de junio de 1971 afirma, rotundamente, que la reserva del artículo 811 es *completamente distinta* a la del artículo 968, diferencia que desemboca en la prevalencia de ésta sobre aquélla.

No pierde su aplicabilidad y eficacia —dice la referida sentencia— por las circunstancias de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes. En definitiva, las dos reservas pueden ser concurrentes, criterio éste recogido en la Compilación navarra:

«En caso de concurrencia de reservatarios, según las leyes 274 y 275, el derecho de los hijos y descendientes de anterior matrimonio será preferente al de los parientes troncales, quienes sólo sucederán en defecto de aquéllos.»

¿Cuáles son las líneas maestras que permiten su diferenciación clara? ¿Por qué un mismo término, «reservas», significa institutos diferentes? Mientras que para Lacruz y Sancho ambas reservas son «variedades de un mismo instituto»: se trata, dicen, de una especialísima

(14) La acogida de la reserva ordinaria por las Compilaciones, su inserción en sistemas sucesorios diferentes, exige matizar no pocas afirmaciones tenidas hasta ahora como inconcusas. Entre otras:

a) La afirmación de quienes, como Sánchez Román, consideran la reserva como «complemento necesario del sistema de legítimas», *Tratado de Derecho civil*, t. VI, 3 p. 1853.

b) La afirmación de que la reserva implica y se basa en una «delación legal».

c) Que las normas relativas a la reserva revisten marcado carácter imperativo.

sucesión legal y presenta semejanza con la sustitución fideicomisaria o la reversión de donaciones, condicionales (15).

Pero, sobre todo, porque explica el interés de la distinción entre la titularidad hereditaria y el patrimonio.

La titularidad hereditaria presenta estas dos notas:

a) es una cualidad personal;

b) no es un derecho, sino «fuente» de derechos.

La jurisprudencia alude con frecuencia a la titularidad, con criterios diferentes; de ordinario identificada con el derecho, como una «titularidad en situación de expectativa», S. de 2 de marzo de 1959, «con facultades conservativas hasta el momento de la muerte del reservista en que se consuma plenamente».

Me parece conveniente distinguir la titularidad hereditaria que ostenta el reservatario y la condición de sujeto de derecho a los bienes reservables. Mientras que la titularidad hereditaria es *actual*, el derecho a los bienes es variable e incierto.

Observa con razón Núñez Lagos que la frase «titularidad actual» es una redundancia, porque toda titularidad, dice, es atribución actual de un derecho a un sujeto. Pero expresa gráficamente, añade, una situación cronológica del titular (16).

En ese sentido de conexión cronológica se emplea en este trabajo por esa referencia, en expresión de los profesores Lacruz-Sancho (17), a títulos, acontecimientos y objetos pretéritos.

La peculiaridad de la titularidad hereditaria de los reservatarios

(15) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, II (Barcelona, 1973), p. 329.

Para Valverde las "principales diferencias" que separan la reserva ordinaria y la extraordinaria del art. 811 son las siguientes:

1. Que la extraordinaria impone la obligación de reserva al ascendiente y la ordinaria al viudo o viuda.

2. Que en la extraordinaria la reserva se hace en favor de los parientes que se hallen dentro del tercer grado pertenecientes a la línea de donde los bienes proceden, y en la ordinaria se establece a favor de los hijos de matrimonios anteriores.

3. En la extraordinaria se reservan los bienes que se adquieran por ministerio de la ley, y en la ordinaria los bienes adquiridos del cónyuge pre-muerto o de parientes habida consideración a él.

Cfr. C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, p. 467.

A mi modo de ver, las diferencias más importantes son éstas:

1.^a La reserva ordinaria tiene carácter familiar antes que sucesorio. Ese carácter familiar explica sus mecanismos, frenos y correctivos.

2.^a La reserva ordinaria no atiende tanto a la conservación de unos bienes "dentro de la familia" como a asegurar con ellos el cumplimiento continuado de deberes ineludibles a ambos cónyuges. De aquí que la garantía contemple tanto la diligente administración de los bienes como la restitución de su *valor*.

3.^a La reserva ordinaria es instituto con inveterado ascendiente histórico, mientras que la reserva extraordinaria carece de un precedente con permanencia en el tiempo.

Distintos son, por consiguiente, su carácter, su finalidad y su raíz histórica.

(16) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles* (Madrid, 1953), p. 29, nota 35.

(17) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, o. c., p. 343.

en vida de la reserva es que, en expresión gráfica de Morell y Terry (18), corresponde «a una clase» no individualizada definitivamente, a una «entidad», hijos o descendientes, a todos en general, a la clase, no a los individuos.

Precisamente en esta circunstancia se basan la posibilidad de mejorar, la de desheredar y la representación «especial».

De otra parte, en el plano patrimonial, el derecho pertenece íntegramente y no «por fracciones» a aquella entidad, hijos o descendientes, y así, mientras quede uno en él recaen los bienes.

Respecto de esos bienes, «masa segregada», en vida de la reserva el reservista tiene una titularidad que, a mi modo de ver, puede encuadrarse dentro del género de la titularidad fiduciaria, que la doctrina moderna sitúa, de ordinario, en el ámbito de los negocios de crédito, pero no es ésa su única ni principal parcela.

El carácter fiduciario se muestra con particular visibilidad en estas manifestaciones que iremos pormenorizando:

a) De modo tangible en el *ius eligendi*.

b) En el señalamiento de un «más allá» al derecho «absoluto» del reservista sobre los bienes: condena del abuso, inventario, tasación, guarda y custodia.

c) La necesidad de liquidar en su caso el estado posesorio, donde cobra relieve la responsabilidad por custodia, la *exceptio doli* relativa a los actos dispositivos, la responsabilidad por deterioro extensiva al dolo y culpa.

Todo ello indica que «al dejar» los bienes ha de «dar cuenta», lo que acredita una retención que, en el ámbito personal, mira a la diligencia exigible en la gestión de negocios ajenos y, en el ámbito patrimonial, a la situación posesoria de quien ha de restituir; al cambio de un poseedor entrante y otro saliente. Es el momento de la adquisición definitiva por los reservatarios, a la muerte del reservista.

Acaso, como puede advertirse, es especialmente aplicable a la reserva el adagio «distingue tempora et concordabis iura». Y así, mientras que la titularidad hereditaria nace en el momento de producirse el hecho que origina la reserva, la adquisición definitiva del derecho no se verifica hasta la muerte del reservista. Hasta ese momento el reservista tiene sobre los bienes reservables una titularidad fiduciaria.

La adquisición y la limitación correlativas se explican mejor acudiendo a la vieja idea de *fides*, como trataré de demostrar, en cuanto que permite aportar nueva luz al carácter *causal* —«causa fiduciae»— subyacente a estas titularidades en nuestro Derecho, que contrasta con otras concepciones de procedencia extraña (19).

(18) Cfr. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, pp. 388-390.

(19) Entre las instituciones fiduciarias del Derecho de familia y sucesiones pueden incluirse: el artículo 831 del Código civil (Lacruz-Sancho); el albacea con poder de representación y facultad de disponer; la Res. 7 de

D) *Oscilación de la jurisprudencia*

Finalmente, la reserva ofrece un amplio escenario para presenciar desde allí esa función «complementaria» de la jurisprudencia, a que alude nuestro recién estrenado título preliminar. La Base 18 (20) ordenaba al legislador del Código desenvolver sus normas recogiendo «con la mayor precisión posible» las doctrinas de la legislación vigente «explicadas y comentadas por la jurisprudencia»... ¿En qué medida el cambio de criterio experimentado por la jurisprudencia posterior al Código civil permite al intérprete en nuestros días abandonar directrices legales que plasmaban entonces decisiones jurisprudenciales ahora rechazadas?

3. REGIMEN JURIDICO EN EL CODIGO CIVIL

No podríamos comprender el trasfondo de la reserva con olvido de nuestra historia, que refleja los principios informadores del régimen jurídico y marca una bien definida trayectoria. De otro modo, sin conocer la historia o desinteresándose de ella, no resulta extraño encontrarse con que, una solución propuesta ahora, acaso con duda o vacilación, devuelve una imagen pasada.

Tratamos en este punto de exponer, como problema previo, los principios que orientan su normativa y los criterios generales que presiden la interpretación de las disposiciones legales.

mayo de 1960, expande la *ratio juris* del art. 804, relativo a la administración de la herencia, conforme a la tendencia de ampliar facultades por estimarla beneficiosa para todos los interesados y para la economía nacional al servir de base al crédito, mejorar los bienes, evitar su desvalorización..., etc. Como instituciones afines basadas en la confianza y en la *fides* en Derecho foral, pueden señalarse: el fiduciario comisario en Navarra (leyes 281 a 288 de la Compilación); el Comisario en Vizcaya (arts. 15 a 20 de la Compilación); el heredero de confianza en Cataluña (arts. 118 a 121 de la Compilación), y el albacea universal.

Precisamente refiriéndose a esta “especialidad” del Derecho catalán, el profesor Puig Ferriol, en su estudio sobre el albaceazgo, destaca el aspecto fiduciario del instituto, que “no tiene un valor meramente histórico”, sino que el mismo sirve hoy día también para explicar ciertos problemas referentes al albaceazgo, que la ley no llega a resolver de una forma expresa o clara. Este aspecto fiduciario del instituto, dice, no pasó inadvertido a la mayoría de tratadistas catalanes, para quienes el más típico de nuestros albaceas, el universal, tenía el nombre y consideración de heredero, y bajo esta cualidad, le competían las acciones hereditarias activas y pasivas; es decir, el albacea universal, en el fondo, no es sino un administrador de la herencia, investido también de las oportunas facultades dispositivas y de las demás necesarias para el mejor desarrollo de su contenido, si bien externamente y precisamente por causa de estas amplias facultades, parece estar investido de la condición de heredero. Cfr. L. PUIG FERRIOL, *El albaceazgo* (Barcelona, 1967), pp. 41 ss.

(20) “Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y comentadas por la jurisprudencia”.

La construcción global de la reserva descansa sobre la obligación del reservista.

Todo el régimen jurídico gira, como veremos, en torno a los límites de esa obligación de reservar: *límites personales*, vg., si la denominación de «hijos» comprende la de «descendientes»; límites relativos al objeto, vg., qué bienes están sujetos a la reserva; qué entender por «procedencia», si se extiende al importe de las enajenaciones; *límites temporales*, nacimiento, consumación, retroacción de los efectos de la reserva, *límites de su contenido*, pactos de renuncia... (21).

Esta presencia insistente de la idea de límite indica a todas luces que el centro de referencia es la voluntad, la libertad de pacto, regla que se expresa ya en vida de la reserva, relativos incluso a la existencia («sabiendo que»...); en las garantías voluntariamente acordadas; en la inscripción; en la posibilidad de renuncia; y en la reserva consumada, en el momento de la liquidación del estado posesorio.

La libertad está siempre acompañada de la idea de *fides*; en el hecho originario, haciendo extensiva la reserva al título simuladamente oneroso: dando relieve a la buena fe en el supuesto de matrimonio putativo; en la vida de la reserva, la defensa frente a los actos dispositivos, con disposición material o jurídica, realizados con dolo o fraude; la buena fe en la perspectiva registral; y consumada la reserva, determinante de la responsabilidad por dolo o culpa caso de deterioro, etcétera.

Este enfoque que, como veremos, corresponde a la normativa del Código civil, acorta la aparente distancia con los sistemas forales, en

(21) En su desenvolvimiento histórico influyen decisivamente los límites impuestos por la moral y buenas costumbres. Baste señalar alguno de los más debatidos:

1.º Pactos relativos al segundo matrimonio: si cesa la obligación de reservar cuando las segundas nupcias se hacen con consentimiento o aprobación de los hijos. En sentido afirmativo se pronunciaban Llamas y Molina; en sentido negativo, Gómez de la Serna, que alega un argumento, en pro de su punto de vista, de alto interés: “podría ser germen de disgustos y calamidades domésticas”, especialmente en el caso de que, por ser el padre el cónyuge sobreviviente, tuvieran que continuar aún los hijos bajo su potestad. Este autor rechaza como “torpe e injusta” la condición puesta en su testamento por el padre de que quedan privados del derecho de reserva los hijos que consientan en el segundo matrimonio de la madre. Cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, pág. 250.

2.º Si la vida licenciosa o deshonesta de la viuda implica la obligación de reservar. Tello y Acevedo, en sus comentarios a las leyes de Toro, resuelven afirmativamente la cuestión, en base a que *ne plus habeat luxuria quam castitas*.

3.º La influencia de la conducta de los reservatarios respecto de la desheredación por parte del reservista.

4.º La promesa de no contraer matrimonio se consideró inmoral y sin efecto ya en el Derecho romano. El caso de prevenir nuevas nupcias de la viuda motivó la *cautio Muciana*, que Justiniano generalizó para todo legado. Vid. sobre la cuestión, A. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1968), p. 281.

todo aquello que no sea específico de cada sistema (concepción de la legítima, régimen económico matrimonial privativo).

En la Compilación aragonesa, por ejemplo, el mecanismo legal sólo se pone en marcha si hay convenio. Las normas del Código civil vienen a ser, en tal caso, el contenido «normado» de dicho pacto. De ese modo, el Derecho privativo aragonés pospone el sistema del Código a su peculiar inspiración pactista, insertando el régimen jurídico en otra normativa que ha de ser coherente.

Lo mismo cabe decir de la «recepción» de la figura en su versión codificada, por el Derecho navarro, que ha de armonizarse con el principio «esencial» de libertad civil y con aquellos otros informadores del sistema navarro, como puede serlo el de familia legítima a que responde por lo demás la regulación del Código.

De este modo, la reserva ordinaria constituye un ejemplo de alto interés, análogo al de la llamada «articulación de los sistemas» en el Derecho internacional privado.

Veamos estos aspectos desde una perspectiva más detallada, a la luz de la normativa del Código civil.

A) *La obligación del reservista.*

La obligación del reservista relativa a la «reserva y custodia» de los bienes reservables presenta, entre otras, estas características:

1.^a Su cumplimiento puede ser paccionado.

2.^a Las medidas accesorias de seguridad o de garantía admiten también régimen paccionado.

De aquí que la disciplina del Código civil al respecto tenga un valor supletorio, para cuando no se haya acordado otra cosa y siempre dentro de los límites establecidos por normas de carácter imperativo.

Como toda obligación, la del reservista anuda conductas, ha de tener una causa, y su desenvolvimiento se pliega a los dictados de unas fuentes.

Aludimos en primer término a las fuentes de dicha obligación que, en rigor, son estas dos: la autonomía privada y la ley. Ambas fuentes cuentan con sus correspondientes dispositivos: de *prueba* —presunciones— y de *aplicación* —analogía—. Autonomía, presunción, ley y analogía son las piezas que ajustan y componen su trabazón técnica.

a) *Significado de las presunciones.*

Y así, la presunción de voluntad del premoriente merece tanto realce que un amplio sector de la doctrina colocó allá nada menos que el *fundamento* de la institución, al reflejar la presunción del afecto hacia los hijos y la esperanza que, en correspondencia, tienen los hijos de suceder por sí solos en los bienes del difunto.

En la vertiente práctica, Pacheco, en el Derecho castellano antiguo, admitía la posibilidad de dispensa «por proceder la reserva de una interpretación de la voluntad del causante», criterio éste que acaso

pervive en Derecho foral. A la solución negativa se llega si se entiende como un «beneficio legal» de los hijos, al que sólo ellos pueden renunciar; este punto de vista se refleja en el ámbito del Código civil.

Pero no ha de abusarse de dicho enfoque subjetivista. No sería admisible, por ejemplo, que el Registrador, por conjeturas, más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes inmuebles o derechos reales, y aquella cualidad sólo puede establecerse eficazmente a los fines hipotecarios por declaración del reservista, por acuerdo de los interesados o por providencia judicial (22). Por otra parte, no es tanto la voluntad del premuerto como el interés de los hijos lo que se defiende.

La obligación de reservar impone una limitación de la libertad de disponer, y la jurisprudencia, por centrar allí el centro de hermenéutica, hizo toda esta materia objeto de interpretación restrictiva. El carácter excepcional de las normas se apoya en la alteración del principio general de libertad del dominio que, de no probarse lo contrario, el dominio se presume libre (23).

b) *Significado de la analogía.*

Como la regulación del Código ofrece dudas insolubles, para la integración de las lagunas se acude a la analogía (24).

(22) Al estudiar la hipoteca legal por bienes reservables, sostiene Chico y Ortiz que el Registrador no podrá hacer constar de oficio la existencia de la reserva si no ejercen sus derechos los reservatarios, quienes tengan derecho a ello. Cfr. J. M. CHICO y ORTIZ, *Derecho hipotecario y su legislación* (Madrid, 1974), p. 755.

(23) Las leyes que hablan de las reservas deben interpretarse en sentido restrictivo, reitera una jurisprudencia inveterada, S. de 11 de marzo de 1861 (a propósito de si los abuelos están obligados a reservar los bienes heredados de sus nietos).

Cualquier norma ha de procurar interpretarse "en sus justos términos" y no en forma extensiva ni restrictiva, dice Albaladejo, "lo que hay que buscar es su verdadero espíritu, sin partir de preferencias de ampliarlo o achicarlo". Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I, Introducción y Parte General, vol. I, 2.^a ed. (Barcelona, 1973), p. 127.

(24) La materia relativa a las reservas es acaso una de las zonas donde con mayor profusión se acudió a la analogía, antes ya de la incorporación al título preliminar de este mecanismo ahora general de aplicación de las leyes.

En Derecho castellano se acude incesantemente a la analogía para subsanar la "deficiencia, omisión o vacío de nuestras leyes". La analogía sirvió de base a las soluciones jurisprudenciales y en la analogía se apoyan no pocos de los criterios recibidos como inconcusos por la doctrina moderna. Baste señalar algunos de los más relevantes en la concepción de la reserva, a que aludimos con mayor extensión a lo largo de este trabajo:

1. Analogía entre las dos reservas, ordinaria y lineal.
2. Analogía con la condición (condición resolutoria y su vertiente registral): el reservista como poseedor de bienes sujetos a condición resolutoria.
3. Analogía con la legítima, relativa a extremos de tanta relevancia como el usufructo viudal, la inficiosidad, mejora y, en general, la limitación de la autonomía.
4. Analogía con el usufructo y la nuda propiedad, en orden, vg., al carácter no divisible de los bienes, a la transmisibilidad, etc.

El procedimiento analógico se emplea, no pocas veces, con ligereza; especialmente para aportar soluciones a la controvertida naturaleza jurídica y a la discutida posición que ostentan el reservista y los reservatarios, aproximándolas a otras situaciones «típicas», tales como la sustitución fideicomisaria o a una situación de desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad. El reservista sería entonces un fiduciario o usufructuario. No es ésta, como veremos, una cuestión baladí, ya que se duda de un punto fundamental: si los reservatarios suceden o no directamente al cónyuge premuerto.

El problema recuerda al que se plantea en los negocios fiduciarios: ¿en qué patrimonio se encuentran los bienes, en el fiduciante, titular *real*, o en el del fiduciario, titular *formal*? La situación del reservista equivale a la del eventualmente obligado a dar y, por tanto, art. 1.094, también obligado a conservar; cabe dudar de qué defensas corresponden a los reservatarios: si el reservista cayera en concurso o quiebra, ¿se aplicaría por analogía lo referente a aquellas titularidades fiduciarias? (25).

La analogía ha permitido a la doctrina aproximar, como Marín Monroy, la reserva clásica a la legítima, y Escobar de la Riba mantiene esa opinión que explica la doctrina de la mejora (26). Y la analogía se emplea también con relación a la comunidad de herederos para enlazar con el «principio de igualdad».

En la analogía, por último, se apoya el Tribunal Supremo para aplicar la doctrina de la enajenación de los bienes reservables a las dos clases de reservas; Sentencias de 8 de noviembre de 1894, 4 de enero de 1911, 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, que califica como «derechos de igual naturaleza» (27).

5. Analogía con la comunidad de herederos, en orden a la entidad de los reservatarios.

6. Analogía con el fideicomiso de duración indefinida.

7. Analogía con la herencia futura, sobre pactos de renuncia, etc.

(25) Del carácter de "obligación de dar" se desprenden, entre otras, estas consecuencias:

1. El reservista está obligado a conservar los bienes reservables con la diligencia de un buen padre de familia, art. 1.194.

2. Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, art. 1.101, por dolo o negligencia en el deber de conservar.

3. Las reglas relativas a la pérdida y deterioro de los bienes reservables las determinan el art. 1.122.

Vid. sobre la aplicación de estos preceptos en relación con la reserva, VALLET DE GOITISOLO, *Hipótesis y tesis del artículo 811*, p. 1.028.

A mi modo de ver, lo relativo al régimen posesorio se hace más inteligible desde las reglas que el Código civil dedica a la liquidación del estado posesorio, arts. 451-457, inspirados en el principio de enriquecimiento injusto. Sobre esta posibilidad y enfoque volveremos más adelante.

(26) Cfr. MARÍN MONROY, *La colación, historia y crítica de los problemas de valoración*, en A. A. M. N. (1948), p. 131.

(27) La S. de 6 de julio de 1916. J. C. t. 136-7, núm. 96, pág. 523, basa la semejanza en las "medidas de precaución", de garantía y de seguridad en el hecho de que se señalen los mismos requisitos para constituir hipoteca especial. Sentencia que ofrece especial interés por la referencia a las garantías de los muebles y a la relación con el art. 494 del C. c. El reservista, afirma,

¿Dónde situar la «identidad de razón»? ¿a qué principios acudir para encontrar en ellos la relación de semejanza entre cosas distintas?

La reserva es un instituto de Derecho singular, contradictorio con los principios informadores del Derecho común en orden a la disponibilidad y el curso *mortis causa* de los bienes, lo que influye en la interpretación de las normas, que ha de ser conforme a su *ratio*. Como singular o excepcional incorpora, dice Hernández Gil, desviación, apartamientos, derogaciones de normas de derecho general. De aquí que la aplicabilidad de un precepto ha de responder:

- 1.º A la lógica interna del mismo.
- 2.º Al pensamiento de legislador sobre el instituto genérico de la reserva.
- 3.º A los principios del Derecho sucesorio en general, en última instancia y a falta de otro modo de resolver dudas (28).

Veamos ese «pensamiento del legislador» sobre el instituto genérico de la reserva.

B) *Supuestos.*

En la reserva ordinaria es «cuestión previa» la existencia de un título de adquisición de bienes. De ese título —acto adquisitivo— proviene el derecho que sobre los bienes reservables tenía ya el reservista.

A ese título originario se agrega ulteriormente la obligación de reservar, a cuya efectividad tienden las medidas de garantía previstas.

De aquí que la eventual adquisición de esos bienes o de su valor por los reservatarios no sea ajena a ese originario acto de disposición. En el conjunto de bienes recibidos por los reservatarios al fallecer el

puede enajenar eficaz y absolutamente los muebles, sin más obligación que la de indemnizar, art. 976.

(28) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho sucesorio* (Madrid, 1969), p. 125.

Los principios interpretativos a que con mayor frecuencia acuden la doctrina y la jurisprudencia sobre la reserva son, como veremos, estos que re-basan el estricto ámbito sucesorio:

1. El principio *favor negotii*, que García Goyena calificó, atendiendo a lo dispuesto en el art. 808 del Proyecto de 1851, de “interés público”. “Hay interés público en la estabilidad de los contratos y ningún perjuicio pueden sentir los hijos del primer matrimonio en que subsistan las enajenaciones para cuando no vivan ellos.”

2. El principio de “interés familiar”, ya aludido como el verdadero centro de hermenéutica.

3. Principios de carácter lógico, como el de rechazar la solución que conduce al absurdo: absurdo se entiende dar medios para eludir la obligación, criterio extremoso en que se basó una interpretación para fundamentar la tesis, insostenible, de la prohibición de disponer.

4. El principio de buena fe; especialmente en esta materia se toma en cuenta el sentir de Cicerón: “nullum genus quod majorem humanae societati pestem inferat quam dolus malus”.

El valor “informador” de estos principios de carácter general ha permitido ajustar la aplicación de las normas, pese a la resistencia no imponderada de la doctrina.

reservista no hay transmisión hereditaria de éste a aquéllos, porque los reservatarios no se colocan en la posición jurídica del difunto reservista.

De esta suerte, la adquisición operada en beneficio de los reservatarios ni es, respecto del reservista, *simultánea*, pese a que dependa de circunstancias de personas y cosas «acontecimientos anteriores que le dan el ser» (Lacruz-Sancho), ni tampoco *sucesiva*. No es simultánea porque aquellos no son *parte* en el acto adquisitivo originario ni es *sucesiva* porque su entidad tiene más de carácter familiar que propiamente hereditario.

Hay llamamiento en forma sucesiva entre hijos y descendientes a efectos del artículo 968 del Código civil, o sea, éstos en defectos de aquéllos, Res. 30 de marzo de 1925, mas no lo hay entre el bínubo y los reservatarios.

A mi modo de ver, la adquisición definitiva por los reservatarios supone un *proceso de consolidación* que, como todo proceso, se desarrolla en fases:

Primera fase: *Perfección*: al intervenir las circunstancias legales: celebración de nuevo matrimonio, reconocimiento del hijo natural..., constituyen el hecho que enlaza la norma (arts. 968-969-980) a la consecuencia jurídica: obligación de reservar.

Segunda fase: *Consolidación*: dos hechos de hondo significado sucesorio: muerte del reservista y sobrevivencia de los reservatarios.

5. IDEA PROVISIONAL DE LA RESERVA

¿El término *reserva* es unívoco? Designa en el Código civil tres institutos diferentes:

a) Reserva viudal o clásica, llamada también ordinaria o familiar (arts. 969-980), de que ahora nos ocupamos.

b) Reserva lineal, designada, además, con el apelativo «semitroncal», extraordinaria y anómala en el ámbito del Código civil, artículo 811.

c) Reserva del ausente, conforme a la reforma operada por Ley de 8 de septiembre de 1939 (29).

¿Tiene en estos institutos la misma significación? Entiendo que el significado común al término *reserva*, el que abarca a todos los tipos aquí señalados, «el principal analogado», es destinar una cosa para personas determinadas. Esa es también la «razón semejante» que induce a pensar en la analogía entre institutos de suyo diferentes (30), pero entre los que el término «reserva» se predica con la misma significación.

(29) Vid. J. SERRANO, *La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil*, en R. D. P. (1943), p. 37; y *La ausencia en el Derecho español* (Madrid, 1943), p. 235.

(30) En toda ley humana, dice Suárez, lo primero de todo se debe atender a la propiedad de las palabras, esto es, a su «significado propio», ya que de él se ha de deducir la verdadera interpretación de la ley, y —si nada se opone a ello— ha de darse preferencia a ese significado... Ahora bien, añade,

La reserva viudal será, entonces, la obligación impuesta al cónyuge viudo de destinar determinados bienes, por razón de su título y procedencia, en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

Se trata ahora de explayar esa idea: «obligación», ¿impuesta por quién? (voluntaria o legal); ¿impuesta por qué? (causa); ¿en favor de quién? (reservatarios); ¿quién está obligado? (reservista); ¿sobre qué bienes? (título y procedencia).

6. REFERENCIA HISTORICA

En un estudio reciente, Humber (31), señala una triple dirección de su desenvolvimiento histórico: la defensa de los derechos de los hijos sobre sus bienes propios; la defensa de sus derechos a los bienes del premuerto transmitidos al bínubo, y la garantía del respeto a la legítima de los hijos sobre una fracción del patrimonio del *pater bínubus*.

En Derecho romano se conocen dos formas de protección a los hijos o descendientes del primer matrimonio: una espontánea, otra, más bien, oficial.

Entre las formas *espontáneas* cabe destacar el legado de usufructo (tendente a la continuación económica y a la educación de los hijos), y el fideicomiso de restitución.

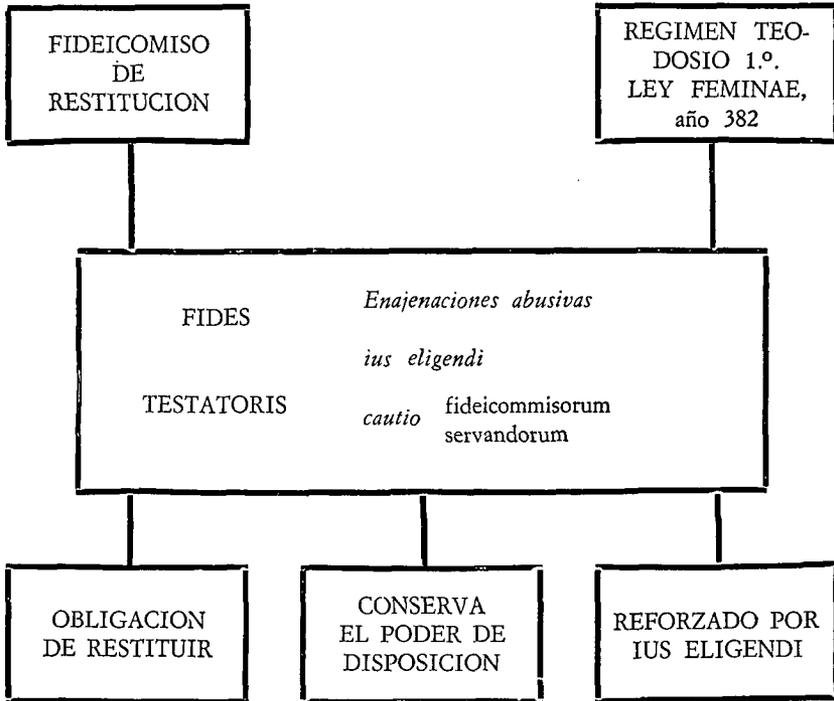
El fideicomiso de restitución, de que son piezas principales la obligación de conservar y el poder de disposición *inter-vivos* y *mortiscausa* (*ius eligendi*), recuerda mucho en su estructura a la normativa del Código civil, artículos 968, 972, ss.

Como veremos, alrededor de esos extremos gira la evolución experimentada en nuestro Derecho por la reserva y esas son también las materias más debatidas: si no es contradictorio conservar y disponer; si el *ius eligendi* no acredita que los bienes reservables son parte de la herencia del reservista... La dificultad para la comprensión actual de estos problemas reside en la pérdida del sentido de *fides*.

El resorte interno, lo que anuda el instituto, es la idea de *fides testatoris*. Representado esquemáticamente el resultado de esta evolución romana, sería:

las palabras si además de su sentido propio pueden tener otro impropio son como términos análogos, y en ellos el sentido propio es como principal análogo. Cfr. FRANCISCO SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, versión española, por J. R. Equillor Muniozqrem, vol. IV (Madrid, 1968), p. 626.

(31) Cfr. U. HUMBER, *Le remariage á Rome*. Etude d'histoire juridique et sociale (Milán, 1972), p. 394; Vid. además, MAYER-MALY, *Tranerzeit und Wieder heirat*, Festsch Arnold, pág. 326; donde alude al carácter casuístico de las leyes sobre las segundas nupcias; A. DEL VECCHIO, *Le seconde nozze del coniuge superstite* (Firenze, 1885); J. JOLLY, *Des seconds mariages* (París, 1896); M. R. CADABAL, *Cuestiones prácticas: reservas*, en R. D. P., X (1923), p. 365. MARÍN MONROY, *La reserva llamada tradicional u ordinaria*, en R. C. D. I. (1930-1932 y 1934), p. 756; GÓMEZ MORÁN, *Las reservas en el Derecho español y en Derecho comparado* (Oviedo-Madrid, 1949).



La protección *oficial* tiene lugar en el Bajo Imperio con legislación fragmentaria pero continuada, cuyos exponentes máximos son la Ley «*feminae*» (382) y la Ley *Hac Edictale*. La modificación introducida por Justiniano es el punto álgido de la normativa del Código civil (32).

Por una razón de simetría, la Ley 15 de Toro inspira el Derecho castellano (igualdad jurídica). La Ley 15 de Toro, permite, en efecto, la igual causa entre ambos cónyuges, viudo o viuda.

En realidad, la Ley 15 de Toro decide, en sentido afirmativo, los términos de una discusión, confirmando el criterio que sobre la doctrina de la hipoteca tácita mantiene Justiniano, quien extendió al padre bínubo la garantía de los derechos a la herencia a los hijos de anterior matrimonio, C. J. 5, 9, 8, 3 (del 528) (33).

Pero la institución se remodela en Derecho castellano, de modo inevitable, en un marco de comunidad de gananciales y de legítimas, con la fórmula castellana de la mejora. El desvío de los indicios históricos se opera merced a estos elementos de la tradición jurídica castellana:

(32) La S. de 11 de mayo de 1861, ya citada, J. C. núm. 136, toma como fuente (heredamiento prelativo y condicional en Derecho Catalán), además de lo dispuesto en capítulos, la ley *hac edictali*, de *secundis nuptiis*.

(33) Cfr. A. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1968), p. 394, núm. 18.

1. El régimen de gananciales (34).
2. La prohibición de donaciones entre cónyuges.
3. El régimen de mejora (35).

A ellos se añade la garantía real (hipoteca legal), y el nuevo sistema, de cuño voluntarista, de reconocimiento de hijos naturales.

La Ley hipotecaria de 1861 propicia un cambio importante: excluye los descendientes de los hijos comunes y suprime la hipoteca general tratando de armonizar la reserva con el crédito territorial.

La publicación de la Ley hipotecaria zanjó no pocos problemas hasta entonces sin solución clara, pero propuso otros nuevos que todavía aletean en la doctrina y en la jurisprudencia.

El núcleo de cuestiones abordadas en esta Ley se concentra en el alcance de las enajenaciones hechas por el reservista, en las acciones ejercitables por los reservatarios y en la protección del tercero, artículos 23, 36, 38, L. H.

Hasta ese momento se había suscitado la discusión acerca de si la obligación de reservar llevaba aneja una prohibición de disponer, a lo que conducía la opinión generalizada de que, perfecta la reserva, la adquisición era *simultánea*: el reservista adquiere el usufructo y el reservatario la nuda propiedad, de donde el reservista no puede transmitir lo que no tiene. Pero esta tesis suponía la necesidad de conciliar la acción reivindicatoria y la evicción y saneamiento; si puede pedir el saneamiento o sólo la devolución del precio, de donde partía, como medida concreta, para subsanar esta dificultad, que el reservatario para ejercitar acciones inherentes al pleno dominio debería antes renunciar a la herencia del reservista.

De la primera Ley hipotecaria arranca la diferencia de efectos relativos a la venta de bienes muebles e inmuebles; la venta de los bienes muebles no es resoluble porque no hay Registros, y la de inmuebles requiere distinguir a su vez si se realizó antes de la reserva, en cuyo caso no hay perjuicio, o si se otorgó después y, en tal caso, si constan o no las circunstancias que determinan el carácter reservable de los bienes.

La Base 18 ordena recoger la jurisprudencia a que se acomode el legislador, y el Código civil introduce importantes modificaciones al Derecho de Castilla, entre otras:

1.º La extensión de las circunstancias motivadoras de la reserva al hijo natural reconocido, circunstancia que no se conoce ni en la

(34) "El cónyuge adquiere la propiedad de su mitad de gananciales desde luego que se hacen, y la adquiere por su derecho propio por la sola disposición de la ley a virtud de un contrato de sociedad; y muchas veces el cónyuge bínubo habrá sido el autor de las ganancias". Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Zaragoza, 1974), p. 414.

(35) Pese a la referencia explícita a la mejora, García Goyena dice que el criterio legal, art. 805 del Proyecto de 1851 fue tomado de la Novela 22, cap. 25, que corrige lo dispuesto en ley 3, tít. 9, libro 5 del Código.

legislación de Justiniano ni, en sus términos actuales, en el Derecho común anterior al Código civil (36).

2.º Amplía el concepto de «bienes reservables» a los adquiridos de los parientes del difunto, que, en rigor, da relieve legislativo a un «casum fictum vel praesuntum» (donación propter nuptias).

7. PERSONAS INTERESADAS EN LA RESERVA

La reserva relaciona entre sí a muchas personas: aquellas de quienes proceden los bienes; el cónyuge; adquirentes, los que hubieran podido ser favorecidos de no seguir los bienes ese destino...

Pero los principales «protagonistas» de la reserva viudal son tres: el causante de la reserva, el reservista y el o los reservatarios. En un flanco distinto se sitúan los acreedores respectivos y los terceros adquirentes, del reservista (o del reservatario).

a) Causante de la reserva es el cónyuge premuerto, el antecesor común.

b) Reservistas, desde la Ley 15 de Toro, son el viudo o viuda, que otorga a la obligación el carácter de reciprocidad, típico de las relaciones familiares con una fórmula embrionaria del principio de igualdad jurídica de ambos cónyuges ante el interés familiar (37).

c) Reservatarios son los hijos y descendientes legítimos comunes en línea recta. La línea de continuidad histórica parece oscilante en este punto, ya que, mientras el Fuero Juzgo (ley 2.ª, tít. 5.º, libro 4.º) incluye junto a los hijos (*filio, filia*), a los nietos (*nieto, nieta*), la Ley 15 de Toro alude sólo a los hijos y en la Ley Hipotecaria de 1861 beneficiarios de la seguridad registral son sólo los hijos, no los descendientes de éstos. El Código civil, artículo 968-971, señala como reservatarios los hijos (*in capita*) y los descendientes (*in stirpes*).

La extensión de la reserva a los descendientes legítimos en el Código civil es fruto de una interpretación jurisprudencial prevalente, de gran interés para seguir desde ella el espíritu de la institución (38).

En dicha interpretación figuran ya los principios que informan su régimen jurídico en el Código civil. Tal interpretación tiene su origen en la Ley 15 de Toro, relativa a la posibilidad de extender el término

(36) Sobre el dictamen de los Cuerpos Colegisladores, Senado y Congreso, con motivo del proyecto de Ley hipotecaria, art. 193, relativo a cuándo empieza a contar el término de los 90 días; Vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, p. 280.

(37) Por primera vez se emplea en las leyes la palabra *reserva*, que extiende al viudo la obligación impuesta antes solamente a la viuda. Vid. J. M. MANRESA, *Código civil español*, t. VII, 5.ª ed. (Madrid, 1924), p. 218.

(38) La interpretación de la ley 15 de Toro, en concreto la expresión «hijos del primer matrimonio», dio lugar a que la jurisprudencia mantuviera ese criterio restrictivo que sigue la Ley hipotecaria de 1861 excluyendo los nietos y limitando la reserva a favor de los hijos, S. de 11 de marzo de 1861. Pero de modo contrario, otras Sentencias, como la de 22 de junio de 1895, preparan el camino hacia la redacción actual del Código civil, que «hijos» incluye descendientes.

«hijos» a los descendientes, y se toman en consideración estos extremos:

1.º *La esfera personal*: la reserva disminuye o coarta el derecho que los padres tenían antes, por lo que su interpretación parece que ha de ser restrictiva.

2.º *La esfera patrimonial*: la extensión a los «descendientes», responde empero a dos tipos de razones:

a') Sistemática: la reserva no excluye el derecho de representación.

b') Lógica: si a los hijos corresponde la nuda propiedad, este derecho es transmisible *mortis causa*.

A esos argumentos aluden (*obiter dicta*) las SS. 22 de junio de 1825 y 11 de marzo de 1897.

Su influencia en el ánimo del legislador parece clara: en la Ley Hipotecaria de 1861, prepondera el cariz restrictivo acogido además por razones de oportunidad o conveniencia como más favorable al crédito territorial. El Código civil atiende, con especial interés, la valoración patrimonial, que armoniza con el cariz sucesorio, indispensable al introducir el reconocimiento de un hijo natural al lado de las segundas bodas, la facultad de mejorar que sólo puede tener lugar tratándose de esta reserva y la cuota en usufructo que el Código señala al viudo.

d) La obligación de reservar vincula al reservista desde que éste reitera nupcias, artículo 979, o, aún sin contraer nuevo matrimonio, reconozca en estado de viudez un hijo natural, ya sea aquel reconocimiento voluntario o forzoso, artículo 890. El *hecho* del reconocimiento equivale al *hecho* del matrimonio; ¿a qué se debe esta ampliación? En este caso, la obligación surte *efecto* desde el día del nacimiento. Pero es el *hecho* de la generación, no la simple constatación ni su declaración, voluntaria o judicial, lo que impone un deber moral del cónyuge que sobrevive respecto de unos hijos que comparten el anteriormente existente con los legítimos comunes. De aquí que la *retroacción* del reconocimiento, voluntario o forzoso, debiera ser, no al momento del nacimiento, sino a la época de la concepción (39).

En el Derecho histórico, no se conoce la extensión de la obligación a este supuesto de filiación natural; se trata, entiendo, de un supuesto recibido de Francia, donde, como es sabido, la Ley 12 de julio de 1785 admitió, por primera vez, los hijos naturales a la sucesión de los padres, proclamando ese derecho hereditario como uno de los «derechos sagrados del hombre» (40).

(39) La referencia al reconocimiento de un hijo natural rompe la coherencia lógica del sistema del Código, trasladando la reserva del centro principal, institución de familia, al secundario, institución sucesoria. Y deja sin resolver problemas importantes, tales como el reconocimiento ulterior de hijos habidos con anterioridad al matrimonio. Con mayor motivo si se tiene en cuenta que la normativa del Código civil referente a la filiación natural se desvía por la influencia francesa de la tradición histórica.

(40) Los cambios relativos al nuevo sistema de filiación natural son éstos:

1.º Se modifica el principio de igualdad establecido en las Partidas respecto de la herencia de la madre entre los hijos legítimos y los ilegítimos.

En la Compilación navarra, por no ser reflejo de su tradición jurídica privativa, no se alude en la reserva al reconocimiento del hijo natural por el viudo.

El sujeto activo de la obligación, «hijos o descendientes, legítimos», estos es, los reservatarios, conectan, como veremos, con un doble ámbito patrimonial:

1.º El patrimonio del causante de la reserva, de cuyo patrimonio los reservatarios son sucesores *reales*—delación especial—, y en ese patrimonio sigue vigente el principio «antes pagar que heredar»; interesa no perder de vista dicho patrimonio—pese al cambio de titular—por no descartar la hipótesis de la responsabilidad por deudas inherentes al mismo (41).

A dicho patrimonio se refería ya la jurisprudencia anterior a la publicación del Código civil para poner de relieve dos aspectos de indudable interés: la influencia en la calificación del carácter lucrativo u oneroso del título y el pago de deudas.

La S. de 18 de junio de 1875 (núm. 254, t. 32, pág. 277), por ejemplo, declara que no pueden los hijos y herederos prescindir de pagar deudas y cumplir obligaciones del causante.

A la exclusión del carácter «lucrativo», por actos relativos al pago de deudas del causante con bienes de suyo reservables, alude la controversia tratada en Res. de 8 de octubre de 1910.

2.º Con el patrimonio del reservista, del sujeto pasivo de la reserva, quien ostenta en efecto, una titularidad externa con atribuciones, a mi juicio, fiduciarias: facultades personales, como, mejorar a alguno de los reservatarios (*ius eligendi*) y con significado patrimonial, sobre un conjunto patrimonial, de disposición, de administración, de gestión.

Difícilmente puede entenderse la reserva como la simple correlación entre un poder (derecho) y un deber (obligación) con entraña patrimonial.

Tal rectificación era necesaria al parificarse en orden a la reserva la posición del viudo y la viuda.

2.º El nuevo sistema traía consigo la necesidad de considerar estos problemas:

a) La misma necesidad de incorporar al supuesto origen de la reserva el reconocimiento, voluntario o forzoso, de la filiación natural. García Goyena entendía que era innecesario: “no se descubre hoy la necesidad de la reserva” en el caso del artículo 814 del Proyecto, porque la madre no puede dejar al hijo natural más que el quinto disponible.

b) El cómputo del momento a partir del que sería precisa la garantía, si éste habría de ser el del reconocimiento o el hecho del nacimiento. En cualquier caso nos encontramos ante un período sospechoso—desde el hecho de la generación al reconocimiento— propicio al fraude.

c) Su oportunidad parecía clara por razones de “paz familiar”, evitar pleitos entre padres e hijos. La Comisión, dice García Goyena, trató de “evitar pleitos escandalosos entre padres e hijos”.

El legislador, diríamos ahora, pospone el deber de no obstaculizar el cumplimiento de deberes morales a la paz exterior de la familia.

(41) No es infrecuente el supuesto de que la determinación del carácter reservable de los bienes tenga que hacerse al fallecimiento del reservista y la reserva no excluye la responsabilidad y garantía a que están afectos.

La titularidad del reservista excede de la pertenencia de un derecho subjetivo, sea de propiedad, sea de usufructo; su objeto, en efecto, es una suerte de masa patrimonial (bienes y valores), su contenido amplio y limitado tanto por su adscripción a una función familiar como por su temporalidad (42) expresiva de un proceso, de una concatenación de hechos.

La concreción de los beneficiarios, hijos o descendientes, indica esa función protectora de signo familiar, y en su problemática resplandece el cariz fiduciario de la titularidad, imposible de comprender con un enfoque estrictamente patrimonialista. El carácter fiduciario de la titularidad explica las vacilaciones de la jurisprudencia anterior al Código, hasta el punto de calificar como «absurdo» el dar medios —poder de disposición formal— con que eludir la obligación en *daño* del favorecido, S. de 10 de junio de 1862, y facilitar la posibilidad de *burlar* la ley.

Virtualmente se mantiene la idea de *fides* que trata de evitar enajenaciones abusivas, que explica el *ius eligendi* y que dota al beneficiario de una *cautio* por vía de seguridad registral, hacer forzosamente inventario y tasación, hipotecar bienes propios en garantía de la obligación de guardar o conservar para otros.

De aquí las siguientes afirmaciones, ahora rechazables, que sirvieron para determinar el contenido:

1.^a Que la obligación de reservar va íntimamente unida a la prohibición de enajenar: «a no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieran dar al mismo tiempo a aquel a quien la imponen los medios de eludirla».

2.^a Que la rectificación de ese criterio extremo se hace por vía de su aproximación al usufructo, que atenúa la rígida aplicación del principio «*nemo dat quod non habet*».

3.^a Que los correctivos del eventual abuso de poderes del *pater binubus*, que esos fallos tratan de alcanzar, se arbitran a través del mecanismo indirecto de la interpretación, dando carácter extensivo o restrictivo según convenga emplear la institución como freno del abuso o como estímulo a la circulación de bienes.

La particularidad de la titularidad correlativa a los reservatarios, «acreedores de la obligación», es que corresponde a una clase, entidad o «*grupo parental*»; en tal sentido, se trata de una institución protectora de la familia legítima. A esa forma de *cotitularidad* o titularidad colectiva son aplicables las reglas comunes: acrecer, etc. (43).

Podemos sintetizar así las diversas manifestaciones del «temor de perjuicio» a que dan lugar los *hechos* básicos de la reserva en la inspiración de la normativa del Código civil, a la luz de los intereses

(42) Sobre la titularidad, concepto y caracteres, Vid. el detallado estudio que hace don Federico de Castro en el *Derecho civil de España*, Parte General (Madrid, 1955), p. 630.

(43) «La reserva está formada por una universalidad de bienes que no es una quiebra ni concurso de acreedores, sino una herencia, a la que está llamada la entidad «hijos y descendientes del primer matrimonio». Res. de 30 de marzo de 1925.

tutelados, los efectos perjudiciales de la reserva que la jurisprudencia trató de limitar:

Tipos de perjuicio	{	SUBJETIVO	{	Esfera personal: abuso de poder y de derecho.	}	Daño.
		(ejercita un derecho: no se priva de él).		Esfera patrimonial		Fraude de ley.
		OBJETIVO	{	Obstáculo al crédito territorial y a la circulación de la riqueza.	}	
		(económico-social) ...		Perjuicio a los terceros adquirentes.		

8. BIENES RESERVABLES

¿Sobre qué bienes se impone la reserva ordinaria?

A) *Patrimonios relacionados con la reserva.*

La reserva pone en comunicación tres patrimonios: el del causante de la reserva, que ha quedado sin titular, como un «cargó vacante»; el del reservista, y el del reservatario, que ingresa en aquel cargo vacante.

a) En el *patrimonio del causante* (origen de la reserva) se encuentra el porqué del poder, la finalidad, el destino familiar impreso en los bienes que el reservista haya adquirido del premuerto o de los parientes del difunto por donación u otro título gratuito «en consideración al mismo», tanto adquiridos antes, como durante el matrimonio. Al recibir unos bienes procedentes de parientes, «en consideración» al difunto, parece continuar el deber moral de ese empleo. Los cónyuges, de otra parte, participan ambos, recíprocamente, del deber moral de asistencia a los hijos. Esa es, a mi entender, la causa que permite conceder un carácter de fiducia a la titularidad del reservista. Disuelto el matrimonio, persiste el interés familiar (hijos comunes) (44).

Los bienes a que se extiende la reserva, de alguna manera estaban ya destinados a ese interés familiar que continúa mientras viva el reservista. Por eso quedan excluidos los que pertenecen al viudo por derecho propio o le han sido atribuidos en su interés particular: donaciones con causa especialísima, como pueden serlo los regalos módicos, vestidos ordinarios, lecho cotidiano, alimentos, entre los que cabe incluir el usufructo viudal.

Los procedentes de parientes provienen también de donaciones

(44) La obligación de la reserva ordinaria se basa, declara en uno de los considerandos la S. de 2 de marzo de 1959, en la protección del interés de los hijos y descendientes legítimos y en el temor de posibles influencias del nuevo cónyuge sobre el binubo, más que en sanciones de falta de respeto a la memoria del premuerto.

causales, esto es, «en consideración» al matrimonio. Quedan excluidas aquellas cosas dejadas por los hijos o dadas en interés particular, lo que queda patente cuando se hacen sabiendo que estaba el padre o madre segunda vez casado, art. 968 (intención explícita de que revierta en su interés particular).

Los artículos 968 y 969 contienen al respecto criterios que facilitan la prueba de la intención —«animus donandi»—, prueba que incumbe a los reservatarios, art. 1.214. De estos preceptos se deduce la regla general de que son reservables los bienes adscritos al fin común, al interés familiar.

Que ese patrimonio es el que constituye la referencia de toda la reserva en cuanto que en él descansa la defensa del derecho de los hijos se desprende de estas consideraciones:

1.^a El fundamento de la reserva se hacía descansar en la voluntad presunta de que el premuerto no quería compartir su patrimonio con extraños.

2.^a El enlace de la reserva con el usufructo, con la cuota usufructuaria viudal: dos formas complementarias de delación especial referidas al mismo patrimonio.

3.^a La relevancia jurídica de la *procedencia* de los bienes. Hasta el punto de que llega a dudarse sobre el carácter de reservables de los bienes que adquirirían los padres de los hijos por testamento o abintestato, duda resuelta en el art. 801 del Proyecto de 1851 que reproduce el Código civil, que fue motivo de litigios y contiendas en casos de muerte de hermanos antes de volverse a casar el viudo.

4.^a La disciplina del Código denota la generalización en su tiempo de un uso: morir sin testamento; la infrecuencia del testamento fuera de los casos de fiducia: nombramiento de albaceas, etc. De aquí que recoja, por vía legislativa, una presunción de lo que el causante de la reserva hubiera dispuesto (45).

b) En el *patrimonio del reservista* estos bienes no se confunden con los que componen su patrimonio personal. Permanecen identificados (inventario) como una «masa de bienes segregada», a modo de patrimonio separado concurrente con el patrimonio personal, lo que permite relaciones entre ellos: relaciones entre masas, vg., incrementos y gastos, garantía hipotecaria. Masa aislada e independiente sujeta a normas específicas, garantía de la obligación principal.

c) En el *patrimonio de los reservatarios* en cuyo favor se establece, figura como un derecho, cuya naturaleza se discute, pero no su carácter de derecho de seguridad y garantía (46).

(45) El enlace de la titularidad hereditaria de los reservatarios con el patrimonio del causante de la reserva es indispensable para atender, entre otras, a estas cuestiones:

a) Alcance del poder del albacea nombrado por el reservista.

b) Indignidad y desheredación, circunstancias relativas a cada causante.

c) Renuncia a la herencia del reservista e impugnación de actos realizados por éste.

(46) La generalización de formas de fiducia testamentaria en la época codificadora explica el hecho de que el legislador elija una forma histórica de

B) *Título y procedencia.*

Son reservables los bienes adquiridos por el viudo o viuda en la transmisión a título lucrativo origen de la reserva.

Alrededor de esta adquisición destacan estos problemas:

1. De carácter personal (procedencia): situación de parentesco; cónyuge, hijos, parientes.

2. De carácter patrimonial, *gratuidad* del título de transmisión: liberalidades.

Con relación al primero de los problemas señalados (procedencia), los arts. 968-969 indican que la procedencia ha de ser del premuerto, hijos y parientes. ¿Qué parientes? ¿Incluye descendientes? ¿Comprende los nietos? Se trata de un problema de interpretación.

Son posibles dos interpretaciones: una restrictiva, en base a que la *ratio juris* del precepto, art. 969, es exceptuar de la ley común del orden de suceder, y otra amplia, más en consonancia con su verdadera *ratio*, que pariente incluye descendiente (47).

Por lo que respecta al segundo problema, título de adquisición, alcance del término, «título lucrativo», la doctrina moderna entiende, así Lacruz-Sancho, equivalente a «sin comunicación recíproca». Comprende los actos a título lucrativo simulados de oneroso, y excluye los actos que tienen causa onerosa, pese a su contextura típicamente gratuita, como el capital adjudicado al cónyuge, art. 839. Este segundo problema de los apuntados se reduce, por tanto, más que a un problema de interpretación a una tarea de calificación (48).

C) *Posición de los acreedores en orden a los bienes.*

Aunque se alude más adelante a este tema, al estudiar las acciones, nos referimos brevemente al mismo por la relación con los tres patrimonios o, mejor, esferas patrimoniales.

fiducia que presumiblemente hubiera empleado el causante de la reserva, de haber hecho testamento.

(47) "Las leyes que hablan de las reservas deben interpretarse en sentido restrictivo", S. de 11 de marzo de 1861.

Mejor diríamos que han de interpretarse conforme a su verdadera *ratio*. La referida sentencia se plantea la cuestión de si, porque la ley habla de hijos, debe reservarse lo adquirido de un nieto. Morell y Terry afirmaba que "no se encuentra razón alguna para tal exclusión", y es lo más racional que también se reserven los bienes procedentes de los nietos". Cfr. J. MORELL Y TERRY, o. c., p. 386.

(48) Se excluye de la reserva la mitad de gananciales, cuya fuente principal es el trabajo.

Con relación a la legítima viudal pudo pensarse que si a los hijos correspondía la nuda propiedad este derecho es más eficaz que el de la reserva.

Especial interés ofrecen al respecto los convenios en torno al pago de la legítima del viudo, que permiten dudar del carácter "título gratuito".

Sobre si los bienes sujetos a reserva deben o no computarse para calcular la legítima de los descendientes comunes de ambos cónyuges. Vid, en sentido afirmativo, J. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones en Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I. Las legítimas, vol. LVIII del Tratado práctico y crítico de Derecho civil (Madrid, 1974), p. 533.

Entiendo que este tema es de especial importancia en estos momentos, entre otras, por estas razones:

1.^a La normativa del Código civil respondía a un sistema de inalterabilidad del régimen económico del matrimonio y consiguiente liquidación a la disolución del matrimonio. La susceptibilidad de variar constante matrimonio el régimen de bienes, artículo 1.320 del Código civil, repercute necesariamente en la regulación de la reserva ordinaria, *vg.*, si se pacta un régimen de separación de bienes (49).

2.^a La liquidación—estado de cuentas—al fallecer el reservista se dificulta si se tiene en cuenta el desequilibrio producido por circunstancias socioeconómicas en los bienes, plusvalías, ordenación rural y urbana, lo que amplía los supuestos de posible enriquecimiento injusto.

3.^a Las situaciones de concurso o quiebra que requieren el estudio pormenorizado de las tercerías de dominio o mejor derecho.

La magnitud de estos problemas desborda con creces la extensión de este trabajo, por más que han suscitado el principal impulso para este estudio.

Entre los acreedores del patrimonio reservable figuran los acreedores del causante de la reserva, que conservan su posición, ya que, a tal efecto, las deudas persisten: «antes pagar que heredar». Son aplicables las normas generales relativas al pago de acreedores en la liquidación de herencia.

En el patrimonio del reservista los bienes figuran como una «masa segregada» (Lacruz-Sancho), que no está fuera de la influencia de acreedores posteriores.

En la esfera patrimonial del reservatario figura como un bien la garantía a que está sujeta su eventual restitución, garantía que no es, en efecto, nada despreciable a los acreedores particulares.

(49) La incidencia en el régimen de la reserva de situaciones anómalas de la vida conyugal es indudable. Tales situaciones explican el hecho de que determinados criterios jurisprudenciales o de la Dirección general de los Registros y del Notariado no sigan una línea del todo aceptable en el plano de las construcciones de que ellas mismas parten.

La Res. 15 de 1972 contempla uno de estos supuestos en que la vida familiar está pendiente de un trámite de separación, que explica la controversia en torno a la eficacia de una compra-venta de participaciones indivisas de un solar, en que la esposa del vendedor alega falta de consentimiento, artículo 1.413, al haber sido adquiridas por compra constante matrimonio. El marido aduce el carácter de reservables. En uno de los considerandos de la referida Resolución se contiene esta doctrina:

“No es de tomar en consideración la alegación hecha en su informe por el Notario atribuyente de la escritura de que, al tratarse de unas participaciones que tenían el carácter de reservables, no se precisaba consentimiento de la mujer por cuanto que tales participaciones se inscribieron en el Registro al presentarse la escritura calificada, y sólo se ha planteado cuestión de aquellas otras que por haber sido adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el marido se presumen de carácter ganancial y respecto de las cuales se extendió la nota de suspensión.”

9. EFECTOS DE LA RESERVA

A) *Efectos de la reserva en situación de «pendencia»*

Podemos preguntarnos ahora, ¿en qué consiste esa obligación de reservar?

La doctrina tradicional, así Castán, entiende que se trata de una obligación «no perfecta», subordinada a que los reservatarios sobrevivan y no priva de la facultad de disponer (50).

En efecto, la obligación de conservar puede entenderse como «no perfecta» en el sentido de que no corresponde al significado técnico de obligación, puesto que recuerda más bien a una forma de conversión de una *prior obligatio* (deber moral) en otra causa civil; su «perfección» depende de un hecho público (celebración del matrimonio, reconocimiento), y puede excluirse, artículo 970, o renunciar al derecho en cualquier tiempo.

El carácter de obligación «subordinada» desdibuja también los rasgos comunes en cuanto que no puede hablarse propiamente de partes, ni la relación entre los sujetos activo y pasivo tiene que ver con la relatividad, pese a que en este punto la doctrina insistió con el fin de aplicar la doctrina de los actos propios; en la obligación de conservar el obligado no ha de colaborar a su cumplimiento, ya que la sobrevivencia polariza la totalidad de los efectos.

La índole y entidad de tal obligación recuerda más a las obligaciones enlazadas al dominio o a los derechos reales, sin que tampoco se identifique con ellas. Está subordinada como la obligación de conservar en el usufructo a un fin concreto, y la posición jurídica del reservatario recuerda a la correspondiente a un acreedor del dominio, al derecho expectante a favor del sustituto fideicomisario..., situaciones, dice Puig Brutau, a las que nuestro ordenamiento permite atribuir cierta eficacia o protección real (51).

Pero la obligación de conservar es en cualquier caso algo más que el lado correlativo a un derecho. No encaja en ninguna clasificación sistemática precisamente por ser una pieza de un conjunto unificado por la fuerza integrante de la *fides*.

A mi entender, este problema de «naturaleza» es expresivo de una tentativa de completar indirectamente el cuadro de normas. Esto es, se reduce a un *problema de analogía*.

A este respecto hay dos criterios, o, mejor, dos enfoques metodológicos diferentes, que podemos calificar como «tipicidad técnica», de conocido sabor conceptualista, basada en las semejanzas con instituciones tipificadas, y como «tipicidad social», que propende a una delimitación propia, a una creación especial a partir de sus funciones.

(50) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, vol. I. La sucesión en general (Madrid, 1969), p. 183.

(51) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 1. El Derecho real... (Barcelona, 1971), p. 39.

1.º *Tipicidad técnica*

La «deficiencia» en la regulación de la reserva ordinaria hizo que fuera preciso acudir a los principios normativos de institutos semejantes con disciplina prevista. Esta labor de análisis, de comparación, ha sido, ¡qué duda cabe!, altamente meritoria, especialmente si se tiene en cuenta que no existía con carácter general una formulación relativa a la analogía y la reserva se concebía como un instituto regido por normas de carácter excepcional con predominio de interpretación restrictiva.

De otra parte, se trataba de encontrar soluciones fundadas, que la práctica y los cambios legislativos proponían, sobre todo la Ley Hipotecaria, por lo que el encuadre de la reserva en otras categorías más amplias responde a una razón con relevancia práctica; así, por ejemplo, si el reservatario adquiere el «pleno dominio» y las acciones correspondientes al fallecer el reservista y extingue el usufructo por consolidación (tesis del desdoblamiento); si la reserva implica prohibición de enajenar (tesis, una de las modalidades, del fideicomiso); si el reservatario es heredero del vendedor (reservista) ante la compatibilidad o no de las acciones de saneamiento y la acción reivindicatoria; si como heredero tiene el deber de salir en defensa del que contrató con su causante cuando un tercero le perturba en la posesión, etc. De aquí que al profundizar ahora en dichas tesis, recogidas por la doctrina y recibidas por la jurisprudencia, haya que preguntarse: para qué ha servido; si esas razones ciertas antes, resultan hoy inadmisibles; si la «razón jurídica» en que se funda la analogía permanece o ha variado.

Veamos ahora, a título de ejemplo, alguna de las tesis más difundidas.

a) *Tesis del desdoblamiento*

La primera jurisprudencia —a la que según el mandato de la Ley de Bases estaba obligado el legislador— inicia la que podemos calificar de tesis del desdoblamiento, SS. 21 de mayo de 1861, 18 de junio de 1880 (núm. 197, t. 43, pág. 731) (52), el paralelo entre las posiciones correspondientes a la nuda propiedad (reservatario) y al usufructo (reservista).

En realidad, esta tesis, que ahora carece de fundamento, trataba de solventar problemas suscitados en la práctica, y no parece desviarnos de cierta base histórica: el legado de usufructo, que no pasó inadvertido en el Proyecto de 1851 (53).

(52) Uno de los considerandos de esta sentencia afirma que la suerte y destino de los bienes sujetos a reserva no pueden conocerse hasta la muerte del bínubo, pero la nuda propiedad de los bienes se transmite a los hijos del primer matrimonio por ministerio de la ley, desde el fallecimiento del reservista.

(53) GARCÍA GOYENA hace notar la falta de exactitud en la comparación con el usufructo, refiriéndose al artículo 808 del Proyecto de 1851, en base a que el usufructuario “no tiene ni derecho eventual ni esperanza a la propiedad”, mientras que el cónyuge bínubo la adquirirá irrevocablemente si no exis-

El problema práctico reside en determinar, precisamente, la transmisión a los descendientes, así como la liquidación del estado posesorio (mejoras, arts. 487, 488 del C. c.) y las cauciones frente a los actos de disposición del reservista (54).

La principal deficiencia técnica reside en la concepción del usufructo y de la nuda propiedad como *residual* al dominio, frente al correcto entendimiento de derechos autónomos y concurrentes. Concurrencia de derechos que habría de acomodarse al principio de buena fe (55).

b) *Abandono de la tesis del desdoblamiento*

El Tribunal Supremo, en S. de 6 de julio de 1916 rechaza la doctrina mantenida con anterioridad, en base a que «falta toda analogía» con el usufructo, y concluye que el reservista puede disponer de los inmuebles como dueño, con las limitaciones de los artículos 974 a 975, y de los muebles absolutamente, sin más limitaciones que indemnizar, artículo 976 del Código civil.

Falta analogía, declara uno de los considerando de dicha sentencia, «por no existir identidad jurídica», ya que:

1. El reservista puede disponer, artículos 974, 975, 976;
2. El nudo propietario es ya titular de un derecho enajenable, artículo 107, 21;
3. El supuesto usufructuario (reservista) puede disponer como dueño.

a') S. de 17 de junio de 1967 califica a la sentencia ahora examinada de «importante». A mi modo de ver, se basa en la nueva inteligencia impuesta desde la publicación de la Ley Hipotecaria a la facultad de disponer del reservista y apunta una idea, en efecto, importante, la idea de concurrencia de derechos.

c) *Equiparación a la sustitución fideicomisaria.*

Como el fiduciario, puede el reservista vender bienes para pagar deudas, probando el origen de la deuda que autoriza la enajenación (56).

Pero, dice Castán, es diferente la finalidad entre reservas y sustitución fideicomisaria, así como el nacimiento y la transmisibilidad. Acaso tenga mayor semejanza con el fideicomiso condicional. Coinciden en

ten hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio. Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios* (Zaragoza, 1974), p. 415.

(54) La argumentación *obiter dicta* de las SS. 21 de mayo de 1961 y 18 de junio de 1880 es ésta: la nuda propiedad pasa a los hijos por ministerio de la ley desde que se abre la sucesión del premuerto. El usufructo es lo único que corresponde al viudo. Luego son nulas las ventas hechas por el viudo antes de contraer nuevo matrimonio, porque el usufructuario no puede transmitir a otro la cosa usufructuada.

(55) La "buena administración de los inmuebles" y los "deterioros ocasionados por culpa o negligencia", art. 801 del Proyecto de 1851, ponen de relieve la idea de ingerencia justificada en asuntos ajenos. La "modificación de última hora" que suprime la garantía de la buena administración rompe la simetría del grado de administración diligente.

(56) A. M. BORRELL, en *R. J. C.* 32 (1926), p. 318.

ser ambas titularidades subordinadas al logro de un fin concreto, cuyas facultades no pueden ir más allá del fin (57).

d) *Derecho sometido a condición*

En la tesis prevalente en SS. de 1 de abril de 1914 y 18 de abril de 1942 (58).

La posición del reservista equivale a la de un poseedor de bienes sujetos a condición resolutoria, una propiedad revocable.

En realidad se trata de buscar una semejanza entre la condición legal y el pacto de condición resolutoria, que permita reflexionar y deducir consecuencias en torno a la posición jurídica del comprador de bienes reservables, si la cualidad de reservables puede o no entenderse como condición impuesta al comprador.

2.º *Tipicidad social*

a) *Conflicto de intereses*

Desde el punto de vista del conflicto de intereses subyacentes en la reserva, se advierte una íntima analogía con la titularidad fiduciaria

—*causa fiduciae*—.

Entre otras razones, podemos señalar las siguientes:

a') La idea de «guarda y custodia» es una constante histórica.

No tendría objeto esa idea sin un deber moral añadido o fundante de la obligación civil del reservista, implícito de alguna manera en el acto de adquisición de los bienes, que imprime un sesgo de garantía, un *plus* al crédito expectante, si se quiere, de los reservatarios asegurado con los mismos bienes adquiridos por el reservista.

(57) Entre las reservas y la sustitución fideicomisaria hay, dice Castán, diferencias “esenciales”: son distintas las finalidades a que responden y los derechos de los reservatarios tienen menos vigor que los fideicomisarios que nacen desde la muerte del testador y se transmiten a los herederos, aunque mueran antes que el fiduciario (art. 784). J. CASTÁN TOBEÑAS, o. c., p. 175.

(58) El supuesto controvertido en S. 1 de abril de 1914 era éste: se había embargado el derecho que un reservista tenía sobre determinados bienes en concepto de reservables, y se opone tercería de dominio por parte de los reservatarios, alegando que el derecho a las cosas reservables no es real y no se puede embargar.

El Tribunal Supremo desestima la tercería. La obligación de reservar constituye, dice, una limitación del dominio del obligado.

La analogía con el fiduciario se basa, a mi entender, en la *fides*, que lleva a analizar el origen y naturaleza de la deuda, lo que permite, como veremos más adelante, un ámbito de autonomía en la línea de los negocios de crédito con instrumentación de negocios fiduciarios. De aquí las referencias de dicha sentencia a que no se trata de herencia futura y no es aplicable el artículo 1.271. A mi entender, la reserva es un instituto fiduciario del Derecho de familia y sucesiones, como otros tantos dispersos en el articulado del Código civil, artículo 831.

Torres Marciano comenta esta sentencia en R. G. L. J. (1943), p. 45, con una deficiente perspectiva histórica, sosteniendo, con error, que no surge hasta el Imperio y que constituye una “lógica reacción del Cristianismo contra la concepción pagana”.

La «fides testatoris» evolucionó hacia el fin familiar dando consistencia a la idea de «guarda y custodia». Las Partidas indican con toda claridad la exigencia de una *ratio* o cuenta final, con la expresión «dar cuenta» (59).

b') La garantía real—hipoteca legal o voluntaria suficiente—connota un deber de conservar la cosa hipotecada, con responsabilidad por dolo y culpa o negligencia; la expresión misma «buena administración» (art. 801 del Proyecto 1851) es muestra de la confianza depositada en el cargo, del carácter de «officium» o de servicio al fin subyacente.

c') El carácter de la acción frente al abuso del poder dispositivo. El supérstite, dice Gutiérrez, puede enajenar antes del nuevo enlace, cuando no hay obligación de reservar, pero si los hijos prueban la disposición fraudulenta procede la acción rescisoria. En definitiva, el fin subyacente figura como un *prius*, el antecedente causal de la titularidad (60).

d') A impedir enajenaciones fraudulentas tiende la anotación preventiva; y la simulación y el fraude ante la amenaza de resolución, abuso de desheredación por el mecanismo indirecto de las mejoras, indebida administración, etc..., constituyen los frenos y correctivos de una titularidad *formal plena*, enlazada a una titularidad *material*. De aquí que la firmeza de los actos de disposición se hiciera depender de circunstancias externas al acto, al «interés público», en expresión de García Goyena, en que subsistan las enajenaciones.

Si el conflicto de intereses es análogo, también debiera serlo la solución.

b) Analogía con las titularidades fiduciarias

El término «titularidad» ofrece la ventaja, dice don Federico de Castro, de mostrar la íntima relación entre el porqué del poder (título) y este mismo (61).

¿A qué tipo de titularidad, podemos preguntarnos, pertenece la que ostenta el reservista?, ¿es titularidad «básica» o «subordinada»?

Hasta ahora nos hemos ocupado más bien de la titularidad *externa*. Desde esta perspectiva el reservista aparece ante la doctrina como titular dominical, como usufructuario, como titular de una propiedad revocable, etc. (62).

(59) A esa idea de sujetar bienes propios en seguridad de guardar o conservar para otros, respondiendo hasta del deterioro experimentado por su culpa, alude MIANRESA, en los *Comentarios al Código civil español*, o. c., p. 284.

(60) Cfr. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.^a ed., t. 3.^o (Madrid, 1881), p. 716.

(61) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España* (Parte General I) (Madrid, 1955), p. 630, y, *Negocio jurídico*, del Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil, vol. X (Madrid, 1967), p. 423.

(62) Por la ascendencia romana parece rechazable la tesis de la condición resolutoria, recogida en la R. de 30 de mayo de 1925, propiedad condicionada del cónyuge supérstite que se purifica si los hijos del matrimonio causa de ella autorizan la libre enajenación de los bienes; que permite adscribir

Pero la obligación de reservar, que lleva inherente un deber de restituir, exige acoplar aquella titularidad externa a la interna de confianza, de fiducia, al fin subyacente, aspecto éste a que ahora atendemos (63).

Restituir es poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo: devolver. Implica reiteración, esto es, supone identidad de la cosa, que permanece idéntica.

Si no es posible devolver la misma cosa, la restitución se torna en *compensación*: el equivalente.

Al hablar de obligación de restituir nos referimos a los dos supuestos aquí aludidos.

Tan decisiva es la eventual restitución que ella integra el contenido principal de la obligación de reservar (64).

Dicha restitución puede ser de los propios bienes reservables (a título principal) o de su equivalente económico (a título subsidiario), subrogación real. Esa doble posibilidad de cumplimiento no presta, entiendo, a la obligación el carácter de alternativa, precisamente porque la adquisición, el acto adquisitivo, imprime un sesgo de fiducia o de confianza, de índole familiar.

De otra parte, los reservatarios enlazan con el patrimonio de que tales bienes proceden merced a su cualidad personal de herederos por tratarse de una delación especial. De este modo, la titularidad del reservista sobre los bienes reservables concurre con la titularidad here-

la teoría de las condiciones resolutorias, la inscripción en el Registro de esa "amenaza de resolución", etc.

Como es sabido, las condiciones resolutorias son desconocidas en Derecho romano. Cfr. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, p. 281.

(63) Esta reserva, dice Puig Brutau, convierte en obligación jurídica, lo que sin duda es un deber moral que recae sobre el padre o madre que ha contraído nuevo matrimonio. La reserva, añade, imprime a los bienes la misma dirección que debiera imprimirles la más justa voluntad del bñnubo. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V, III (Barcelona, 1963), página 251.

(64) Que el viudo enajene o grave los bienes reservables no es la regla sino la excepción. Manresa califica como "justísimos fundamentos de la excepción" el fin de no estorbar la circulación de la riqueza, no amortizar el capital mueble o inmueble, fundamentos que purgan a la reserva, dice, de los principales inconvenientes de que adolecía: "De este modo, la propiedad circula; los terceros no pueden ver perturbado su derecho a los bienes, fuesen o no reservables, que adquirieron; los descendientes del primer matrimonio nada pierden, porque a los objetos cuya propiedad debía serles reservada sustituye su precio o valor asegurado con hipoteca; y el cónyuge viudo nada gana porque ha de entregar un equivalente de lo que enajenó. La excepción, pues, consiste en admitir la sustitución, subrogación o equivalencia de unas cosas por otras, de los bienes por su valor, en interés de la seguridad en la propiedad y en la contratación".

Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII (Madrid, 1924), p. 285.

Pero, advierte Chico, la práctica registral ha evidenciado que aquel buen deseo, demostrado ya en la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, de que no quedase amortizada la propiedad reservable, sólo se realiza muy deficientemente, "pues basta que sobre un derecho inscrito se coloque el sambenito de ser reservable para que quede inservible para el desarrollo del crédito territorial, y, cuando así no sucede es porque mediaron ciertas garantías extra-hipotecarias". Cfr. CHICO ORTIZ, o. c., p. 774.

ditaria de los reservatarios, que tiene carácter, cualidad personal, aunque no sean adquirentes de bienes.

La titularidad hereditaria de los reservatarios permite la relación entre dos patrimonios: el del causante de la reserva de que los bienes proceden y el del reservista en que se encuentran, como masa segregada cuyo destino es precisamente cumplir un designio común a los cónyuges. La adquisición ulterior de estos bienes —o su valor— por los reservatarios se asegura, en vida de la reserva, con un régimen que garantice su permanencia individualizada en ese mismo patrimonio, y que puede establecerse unilateralmente por el reservista o, de modo paccionado, con los reservatarios.

Es, entiendo, a través de esa titularidad hereditaria como se comunican deberes morales del causante, el interés familiar, y deberes de alcance patrimonial como el pago de deudas (antes pagar que heredar), expresión de la responsabilidad universal del patrimonio que, a tal efecto, «subsiste».

Porque la cualidad personal de herederos merced a la delación es *actual*, desde el momento en que se producen los hechos determinantes, aquellos bienes se ven atraídos por la originaria *vis atractiva* —valga la expresión— del patrimonio de que derivan al cumplimiento de los fines generales a que estaban adscritos. Hasta el punto de que incluso a los bienes que salieron ya del patrimonio ostentan los reservatarios un derecho semejante, en expresión de Lacruz-Sancho, a la «reversión de donaciones».

A esa *cualidad personal* que ostentan ya desde ahora los reservatarios querían aludir, sin duda, quienes califican su posición jurídica, por ser un grupo parental, una titularidad colectiva, como análoga a la comunidad de herederos, cuyo género, como sabemos, es precisamente la cotitularidad, aludiendo de este modo al carácter personal (en orden a la titularidad hereditaria), pero no personalísimo (en orden al patrimonio afecto). Dicha titularidad presta a los beneficiarios una cierta individualidad, la condición de sujetos, en expresión de Chico Ortiz y Bonilla, «representantes de toda su estirpe y como portadores de un derecho presente para una adquisición futura».

La titularidad del reservista presenta, en vida de la reserva, un doble aspecto:

1. Positivo, una titularidad externa básica: «en propiedad» sobre un conjunto patrimonial: «de todos los bienes que haya adquirido»; *formalmente* plena, artículo 968 del Código civil.

Dicha titularidad confiere al reservista un conjunto de facultades tamizadas por el matiz de fiducia o confianza.

De aquí que se prevea por la ley la eventual *inacción*: la no distribución entre los reservatarios por testamento que se hará conforme a las reglas del *ab intestato*; y se delimite el ámbito de poder, el ejercicio de derechos, la iniciativa para otorgar actos *inter-vivos* —disposición— y *mortis-causa* —mejora—. Pero el ejercicio de tal poder no podrá ser abusivo por lo que ha de ejercitarse conforme a la finalidad que se pretenda, de modo racional y sin provocar perjuicio o daño. La disposición y la garantía son aspectos de esa limitación.

2. Negativo, titularidad subordinada, una limitación; esta limitación es la que publica el Registro asegurada con garantía hipotecaria y, caso de constatación registral, de los bienes sujetos a la reserva, reviste cierto «carácter real».

¿Cómo interfiere tal limitación? A mi juicio, su cometido es *diferir* la restitución. En la Compilación navarra se expresa mejor esta idea: el bñnubo está obligado a «reservar y dejar» en favor de los hijos de las primeras nupcias cuanto recibió de ese primer matrimonio.

Precisamente esa dilación temporal de la restitución actúa a la manera de una «justa causa de retener», que explica, vg., el carácter rescisorio de las acciones contra la enajenación fraudulenta hecha por el reservista, y, confiere poderes respecto de la cosa confiada, de administración, de disposición, no «más allá» del fin; pero, sobre todo, nos permite hablar de *fases* y de derechos *in itinere*.

a') *Fase de composición* (recepción de bienes por título lucrativo del cónyuge anterior): el reservista recibe los bienes sin limitaciones; importan únicamente la gratuidad del título y la situación de parentesco del transmitente.

b') *Fase de adquisición*: el hecho de repetir nupcias o reconocer un hijo natural es el *título* —razón legal— que determina una *exigencia*, una *afección* de aquellos bienes, con doble alcance *personal*, obligación de «reservar y dejar», *real*, sujeción, vinculación o gravamen.

c') *Fase de liquidación*, perfección, efectividad o satisfactiva: ordenar el contenido, el *quantum*, con operaciones liquidatorias, correlativas a la liquidación de un estado posesorio, a un poseedor saliente sustituye otro entrante (65).

(65) La fase «reserva consumada» se centra en la liquidación de un estado posesorio, en el que cobran sentido:

1.º La extracción con preferencia de la disminución de valor o daño producido por el deterioro o pérdida de los bienes. Es, digamos así, un crédito preferente.

2.º Al consumarse la reserva son reclamables por los reservatarios, previa declaración de nulidad de los actos dispositivos, los bienes en poder de tercero. Antes sólo si la adquisición se hizo sin causa, en fraude o con simulación, lo que implica falta de diligencia en el deber confiado al reservista.

3.º El reservista procede con «dolo», a los efectos de la posesión, artículo 457, por abuso de la propiedad o por abuso procesal, aun cuando, respecto de su título posesorio, sea poseedor de buena fe. En tal medida, es responsable del deterioro —actos materiales o jurídicos que ocasionan un daño— por dolo o culpa. Es el comportamiento abusivo a que alude al artículo 457 del Código civil.

4.º Por su carácter de poseedor el reservista (herederos) puede retener la cosa, mantener la tenencia, para garantizar el abono de los gastos necesarios, artículo 453, los gastos de conservación, material o productiva.

5.º La regla general es el equilibrio, compensar la salida sin causa de un elemento patrimonial, y el principio inspirador el de enriquecimiento injusto, que preside los aumentos de valor, gastos de mejora y la disminución de valor, gastos por razón de deterioro.

La peculiaridad relativa a las reservas es la de ampliar el cuadro de medidas de garantía, sin la especificación de la buena o mala fe del poseedor reservista.

Para completar las reglas en torno a las mejoras, deterioros, responsabilidad

La fase de adquisición hizo recordar al usufructo —titularidad usufructuaria—, pero no hay analogía entre reservista usufructuario y reservatario —nudo propietario—, pese a que así lo entendiere la primera jurisprudencia, S. 18 de junio de 1880. La confusión arranca de los intérpretes del Derecho romano, al no tomar el término *usus-fructus* en sentido vulgar. Y no hay analogía, porque el nudo propietario no *sucede*, sino que *consolida*, mientras que el reservatario sucede, más no al reservista, sino al causante de la reserva.

De otra parte, usufructo y nuda propiedad son derechos autónomos, concurrentes, mientras que el derecho que ostenta el reservatario como adquirente de bienes, es un derecho «*in itinere*»: se tutela la certeza del «titular futuro» en orden a los bienes, porque es, como heredero, «titular actual».

Tampoco la fase de adquisición se asemeja a la sustitución fideicomisaria, siquiera sea la condicional, porque entre fiduciario y fideicomisario hay dos llamamientos *sucesivos*, lo que no ocurre en la reserva, que es *una* delación especial (66).

En cambio, la analogía con la sustitución fideicomisaria es clara en la fase liquidatoria, que se abre a la muerte del reservista cuando sobreviven los reservatarios, en el arreglo de cuentas entre el reservatario y los herederos del reservista. Esta *ratio* final viene asegurada con la obligación de inventariar los bienes, artículo 977. Estas analogías «impropias» o, si se quiere, metafóricas, acreditan algo importante:

1.º Que la posición del reservatario, en orden a los bienes, como tampoco la del nudo propietario, no es «potencial» en el sentido de ser un vacío económico, un derecho carente de contenido actual.

2.º Que las titularidades, en el plano personal, son actuales, concurrentes, compartidas, no sucesivas, como también ocurre en la sustitución fideicomisaria.

¿Cómo se arbitra entonces esa concurrencia? A mi modo de ver, *a semejanza* de las titularidades fiduciarias. En las Partidas, Partidas 5.^a,

y garantía procede acudir al régimen correspondiente de la liquidación de un estado posesorio. Este régimen es sustancialmente análogo a todos aquellos supuestos en que a un poseedor entrante “legítimo” sustituye a un poseedor saliente, sea poseedor de buena o mala fe.

(66) En relación con el artículo 806 del Proyecto de 1851 explica García Goyena el carácter de delación especial en los siguientes términos: los hijos y descendientes suceden por derecho propio y por disposición de la ley: “no debe por tanto tenerse en cuenta si heredaron o no, y por partes iguales o desiguales, al padre o a la madre que primeramente murió, o al viudo o viuda bñubos”.

Entiendo que no es irrelevante que los hijos tomaran o no la legítima estricta del padre premuerto, ya que de eso dependerá el *quantum* de los disponibles por el bñubo entre los hijos con carácter de mejora. Es ésta otra manifestación de fiducia a que responde el *ius eligendi*.

La Ley 48 de Cortes de 1765 y 1766 de Navarra otorga la facultad de disponer al bñubo en favor de uno, o de todos, “igual o desigualmente, según le pareciere, sin que ninguno de ellos pueda reclamar”.

Es ésta una muestra palpable del diferente juego del *ius eligendi* en el sistema de legítimas a que responde el Código civil y en el sistema de libertad civil propio del Derecho navarro, pero en ambos sistemas el indicio de la persistencia de *ius eligendi*, exponente de la *fides testatoris*, parece claro.

26, tít. 13, se emplean términos muy expresivos de esta idea, relativos a los bienes «obligados y empeñados»; que aluden, sin duda, a la garantía de la obligación de restituir, a la efectividad de la reserva. Y relativos al carácter de confianza o fiducia en la gestión del reservista, «dar cuenta» piensa, sin lugar a duda, en la damnificación. En definitiva, restituir o indemnizar. Esta garantía de una gestión acertada, de sesgo familiar, explica que en la primera Ley Hipotecaria, la hipoteca *legal* recayese sobre los bienes tanto reservables como propios del reservista, artículo 194. Hipoteca legal general que recuerda a la de garantizar la devolución de los bienes aportados al matrimonio: al marido la «gestión», a la mujer la «garantía»; al reservista, diríamos, la gestión, y al reservatario la garantía.

En consecuencia, en virtud de la regla 2.^a del artículo 194 de la Ley de 1861, los bienes reservables inmuebles eran objeto de una doble afección simultánea con fines de seguridad:

1. La constatación en el Registro con el carácter de reservable, en las respectivas inscripciones del dominio; y

2. La hipoteca recayente sobre los mismos bienes (67).

En el estricto campo del Derecho positivo actual, sirven de pilares al edificio registral de los bienes reservables dos preceptos: uno *positivo*, artículo 2.^o, núm. 2, L. H., puesto que se trata de una adquisición, y otro *negativo*, por ser una adquisición limitada, artículo 7.^o R. H., que permite también la analogía con las titularidades fiduciarias. La finalidad o efectividad *erga omnes* de la limitación se desprende del tenor del artículo 184 de la Ley que garantiza la devolución del *valor* de los bienes enajenados.

La concepción patrimonial de la herencia desdibujó ese carácter fiduciario, que se entiende mejor si se tiene en cuenta que no es el titular quien cambia de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular. El titular nuevo—como quien sucede a otro en el cargo—, el «fiduciante», es ahora el «bloque parental» que recibe, con el derecho a la reserva, el «officium»—encargo—de que se realice la obligación moral del causante de la reserva.

En definitiva, la reserva, insisto, es algo más que simple correlato entre una *obligación*, obligación de conservar, impuesta al reservista, y un *derecho* de adquisición de bienes en favor de los reservatarios.

Se explica mejor contemplando las titularidades en juego:

1.^a Una titularidad externa, el reservista aparece como titular dominical, como adquirente de bienes.

(67) La Ley Hipotecaria de 1861 ofrece estas características:

1.^a Alude sólo a la reserva viudal.

2.^a Beneficiarios de la seguridad registral sólo son los hijos, no sus descendientes.

3.^a La hipoteca legal recae sobre los mismos bienes reservables y sobre los propios del reservista no sujetos a la reserva (art. 194).

4.^a En consecuencia, los bienes reservables inmuebles eran objeto de una doble afección simultánea con fines de seguridad: la constatación registral con carácter de reservables y la hipoteca.

Cfr. J. M. CHICO ORTIZ, o. c., pág. 750.

2.^a Una titularidad subordinada, adscrita al logro de un fin concreto, justificativo del porqué del poder: una limitación.

3.^a Esa limitación gradúa el ámbito de poder en la cosa confiada: titularidad de administración y disposición, de guarda y custodia.

Estos tres tipos de titularidades permitieron extender una razón de analogía, respectivamente con la titularidad de dominio y de usufructo (analogía en la titularidad básica); con la correspondiente al fiduciario (analogía en la titularidad subordinada, en función de un fin concreto); con el albacea, entiendo, autorizado por el testador para administrar y disponer (analogía en la atribución de poderes, basado también en la *fides* o fiducia).

B) *Actos de disposición de bienes reservables*

Como en el histórico fideicomiso de restitución, el poder de disponer es pieza integrante de la reserva.

El Código civil hace una distinción sistemática entre los actos de disposición *inter-vivos*, artículo 974-976 y los actos de disposición *mortis causa*: la distribución de los bienes reservables dentro del grupo, el residuo del *ius eligendi*, inspirado en la *fides*, artículos 972-973; mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

La sistemática del Código civil relativa a la disposición por actos *inter-vivos* es bien simple, hasta el punto de que casi pudiera reducirse a este esquema:

ANTES: título adquisitivo pleno

Muebles: el reservista deudor del valor, que ha de asegurar con garantía.

DESPUES: Inmuebles:

con constancia registral.

sin constancia registral.

Punto en que se centra la discusión es éste: si el bínubo no es propietario, ¿por qué dispone de modo tan amplio? A mi entender, la disposición es, como la garantía, un accesorio de lo principal; y, en la reserva, lo principal es la obligación de restituir.

a) *Enajenación y gravamen de los bienes sujetos a reserva por el reservista*

El Código civil concede al reservista la facultad de «enajenar y gravar» los bienes sujetos a reserva, tanto los bienes inmuebles, artículos 974 y 975, como los muebles, artículo 976. Algunos autores, como Ruiz Artacho, advierten en esto una *anomalía* del Código, puesto que se permite disponer—dice— a quien está obligado a conservar, y, sobre todo, es anómalo que el mismo Cuerpo legal que autoriza la enajenación, arbitre luego la anulación.

La primera Ley Hipotecaria piensa en el crédito territorial y el Código civil refleja este interés de que no quedase amortizada la propiedad revocable.

Ahora bien, no por ello desaparecen la libertad y autonomía necesarias para el cumplimiento del deber que se confía al reservista; no se le priva de un derecho adquirido —propiedad— sobre unos bienes, sino que se le exige un ejercicio responsable, acomodarse a su función familiar.

De aquí que la reserva sea inseparable del acto de adquisición, hasta el punto de que por sí sola la reserva no provoca inscripción. El acto de adquisición, el acto registral, el acto de garantía, suponen la voluntad, admiten la forma de pacto. La constatación registral y la ineficacia de los actos dispositivos son, digamos así, a instancia de parte, voluntad unilateral o paccionada; el cumplimiento de la obligación puede ser paccionado (68), la garantía hipotecaria legal o voluntaria, etc.

El Código civil refleja, de otra parte, la diferencia entre efectos civiles (inter-partes) y registrales.

Las enajenaciones realizadas antes son válidas, artículo 974, porque no ha nacido todavía la obligación de reservar; a las realizadas después se refiere el artículo 975, que permite distinguir tres casos.

1.º Bienes inmuebles no inscritos. Sólo subsiste la enajenación si deja de surtir efecto la reserva. La causa de la obligación, interviene en la transmisión (69).

2.º Bienes inmuebles inscritos. Juegan las reglas de la buena fe registral, artículos 34 y 37 L. H., la enajenación en favor de terceros de buena fe. En tal caso, esas adquisiciones serán «mantenidas» aunque se «resuelva» el derecho del otorgante.

3.º Bienes muebles. Las enajenaciones son válidas, con la obligación de indemnizar, artículo 978, 3.º, porque en el Código civil los muebles son todavía las cosas «sin valor familiar permanente» y no admiten otra publicidad que la posesoria. De aquí que pueda disponer de ellos en todo tiempo a título oneroso o lucrativo (70).

(68) Puede pactarse entre reservistas y reservatarios el cumplimiento de *todas* o de *algunas* obligaciones, artículo 185 L.H., y puede pactarse el tipo de gravamen o garantía, estableciendo de común acuerdo los actos autorizados o prohibidos al propietario del inmueble hipotecado, el reservista, durante la fase de seguridad. El cumplimiento de la obligación puede ser paccionado o sujeto a la regulación legal en su integridad.

(69) Discute la doctrina si estos actos son nulos o anulables. Al carácter protector de la reserva le conviene mejor la lógica de la anulabilidad. Acaso sea aplicable por analogía la doctrina de la D.G.R. relativa a los actos de disposición del albacea autorizado para disponer, cuando hay legitimarios.

No tendría sentido asegurar "la buena administración de los bienes inmuebles no enajenados" y el valor de los inmuebles *válidamente* enajenados sin un previo deber de diligencia que impide los actos dispositivos realizados en perjuicio o daño del interés tutelado.

(70) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *R.D.P.* (1961), p. 1021, n. 126; PUIG BRUTAU, o. c., p. 270.

En relación a si el artículo 978 supone o no una aplicación concreta de lo dispuesto en el artículo 464 del Código civil hay dos posiciones. En este precepto se apoya la tesis germanista del artículo 464, para aducir el carácter de título de propiedad, HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo sobre el artículo 464*, en *R.D.P.* 29 (1945), p. 426.

Vallet de GoytisoLo advierte que el reservista tiene plenitud de facultades dispositivas, y que el criterio legal corresponde a la línea histórica romana recogida en el Codex "mobilierum rerum" (V-IX) antes de recibir la regla ger-

b) *Actos mortis causa*

La distribución de los bienes reservables dentro del grupo —*ius eligendi*— se prevé en el artículo 972 del Código civil.

Los artículos 972 y 973, contemplan el supuesto de disposición *mortis causa*.

El artículo 972 recoge el *ius eligendi* como medio ordinario de distribución de los bienes reservables dentro del grupo. A su tenor, el padre o madre segunda vez casados podrá mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823 del Código civil.

Muchas son las cuestiones que la interpretación de este precepto suscita, relativas en particular a la forma en que debe ejercitarse dicha facultad, las reglas de división entre los hijos y descendientes, los límites, el modo práctico de efectuar la partición...

Por lo que se refiere a la forma de disponer, ninguna dificultad ofrece el testamento como negocio típico de disposición *mortis causa* en el Código civil. Mas no han de excluirse cualesquiera otras formas no prohibidas por el Código civil y, en general, todas las posibilidades de mejorar por actos *intervivos con eficacia post-mortem*, pactos sucesorios en los sistemas forales, señalamiento en cosa determinada, con carácter de herencia, donación o legado...

La doctrina discute acerca de si se trata de un poder delegado o de un poder propio.

En pro de la tesis de que tal facultad de mejorar corresponde a un poder propio, no delegado, cabe aducir estas razones:

a) el carácter de institución fiduciaria que tiene la reserva, lo que da lugar a una duda semejante a la que plantea lo dispuesto en el art. 831, precepto que los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida califican de «institución fiduciaria del Derecho de familia y sucesiones»;

b) porque el poder es autónomo respecto de las previsiones del causante de la reserva, como se desprende de lo dicho en el art. 973;

c) ese carácter familiar y su matiz fiduciario aconsejan la autonomía de tal poder, que permite adaptar en el tiempo a nuevas circunstancias la distribución de los bienes según las exigencias de su propia naturaleza, cultivo, explotación mercantil o industrial o de la específica determinación de los beneficiarios, capacidad especial o simplemente de circunstancias de lugar y tiempo, emigración, ausencia;

d) es, en ocasiones, necesario para el justo cumplimiento del deber moral inherente a la reserva. Piénsese en el supuesto —no con-

mana *Hand where hand*. Puede disponer incluso a título gratuito, artículo 976, 3.º, precepto que significa, sin duda, un grave obstáculo en pro de ese enlace con la tesis germana.

Ninguna duda ofrece el hecho de que en la regulación de las reservas en el Código civil está presente la regulación de la posesión. En el caso concreto, la aproximación a la idea germana pudiera establecerse por la acción personal relativa a quien puso en otro su confianza; es decir, a la frustración de una elección que resultó desacertada.

templado por el Código— de que los bienes objeto de reserva provengan de uno de los hijos en vida del mismo. En efecto, el Código civil, con referencia a los bienes recibidos de los hijos, piensa en el supuesto más frecuente: los recibidos a la muerte del hijo. Pero no debe descartarse la hipótesis, con ser menos frecuente, de bienes recibidos de los hijos en vida del hijo. Interpretada en sentido literalista la disposición legal conduciría al absurdo de hacer de peor condición al hijo que fue liberal con el padre premuerto (71).

Por lo que se refiere a las reglas de división se mantiene viva polémica en la doctrina.

Los puntos de vista de que es susceptible la cuestión son, en síntesis éstos:

1.º El bínubo sólo puede mejorar en un tercio de los bienes reservables (Scaevola, Marín Monroy).

2.º La mitad de los bienes reservables, por referirse el art. 823 a la legítima larga (Royo Martínez).

3.º A los dos tercios de los bienes reservados, puesto que sólo es distribuible por igual entre los hijos el tercio de legítima estricta.

4.º La totalidad de los bienes reservables, art. 973 «en todo o en parte».

5.º El reservista puede mejorar con los bienes reservados a cualesquiera de los descendientes comunes «siempre que, computados con los demás bienes del reservista, es decir, sumados los reservados a los no reservables, se cubra la legítima individual estricta de cada uno de ellos (Vallet de Goytisolo).

En último término, la cuestión se reduce a un problema de límites y también aquí cobra realce el carácter de institución basada en la *fides*.

A mi modo de ver, esta posibilidad de mejorar supone una aplicación prioritaria de la libertad dispositiva, principio a que alude la referencia al art. 823 y que corrobora el art. 973. Mientras que el artículo 972 concede prioridad a la libertad del reservista, el art. 973, de no haber hecho uso de aquella facultad, establece como criterio aplicable la regla de igualdad.

Entre ambos principios, de libertad y de igualdad, se mueven las posibles variantes de la regla de distribución en que el legislador pudo inspirarse.

Pero si la regla es la libertad dispositiva entre los hijos y descendientes comunes, los límites a dicho criterio están en función de los intereses en juego:

a) El causante de la reserva determina el límite de lo disponible: rebasar ese límite sería un abuso de poder;

b) los hijos respecto de los extraños, por no ser previsible que el premuerto hubiera querido disposición alguna en perjuicio de los hijos comunes;

c) las exigencias inherentes al destino económico de los bienes;

(71) Cfr. F. ARVIZU Y AGUADO, *Las donaciones inter-vivos en el Derecho civil de Navarra*, p. 60.

d) los hijos entre sí, evitando la preterición, la desheredación indirecta sin causa legal.

En definitiva, el poder propio en que el reservista ejercita esa facultad —*ius eligendi*— es un poder limitado, o mejor, delimitado dentro de una línea amplia de libertad, que no ampara el abuso, el fraude, es decir, precisamente la ausencia de verdadera libertad.

De manera explícita o implícita la jurisprudencia toma en consideración estos intereses y se advierte en ella el sesgo informador de los aludidos principios.

Si bien el poder del reservista es autónomo y propio, no delegado, no es, a mi entender, indiferente a las previsiones que, en orden a los bienes, hiciera el de la reserva.

Basta, para advertir esta relevancia, con tener presentes las posibles conductas en relación con su patrimonio.

Son posibles estos supuestos:

a) Que muriese con testamento, en que hiciera de sus bienes una distribución igualitaria o desigual. El art. 973 alude precisamente a ambas eventualidades: «aunque en virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto».

Ambos supuestos admiten una corrección equitativa por el reservista. Piénsese, por ejemplo, en una distribución igualitaria entre los hijos cuando uno de ellos aportó exclusivamente los bienes reservables. El trato igual pudiera resultar injusto.

b) Si los bienes reservables proceden de pariente en consideración al mismo, la regla de igualdad parece más equitativa, más no ha de descartarse la hipótesis de una donación modal que tiene en cuenta las circunstancias personales de uno de ellos, enfermedad, necesidad de cuidados especiales, etc.

En consecuencia, si bien la amplitud de tal poder se ve recortada entre los límites del perjuicio y daño, cuenta con los frenos del ejercicio equitativo y con todos los resortes de la confianza precisa para llevar a cabo el cumplimiento *post mortem* de auténticos deberes morales.

De esta manera, tal poder propio se presenta como una facultad adscrita a una titularidad formal, pero enlazada con la titularidad hereditaria, titularidad material, o vehicular. También en este punto recuerda el juego de las titularidades fiduciarias.

De aquí también que haya que optarse por la negativa, al proponerse la cuestión acerca de si mejorar implica desheredar. Si es sucesión del cónyuge premuerto la desheredación, sólo a éste puede referirse.

A este interrogante sale al paso la S. 17 de junio de 1967, opiniéndose a una preterición al socaire de una mejora. La referida sentencia inserta en un marco de equidad la extensión de la aludida facultad de disponer *mortis causa* y, por este cauce, rechaza el abuso de derecho en el supuesto de referencia.

Abuso de derecho sería, en efecto, el ejercicio de un derecho que no corresponde a la finalidad —límite intrínseco o cualitativo— para que ha sido conferido, al rebasar los límites de la *fides* inherente, que

produce un *daño* al invadir la esfera patrimonial de modo que contradice el acto adquisitivo originario. La búsqueda de normas que tratan de prevenir o reparar ese *daño* (preterición, desheredación sin causa, intangibilidad de la legítima, etc.) presuponen la efectividad del *daño* y, acaso, coinciden en delatar, pese a que no lo calificasen así, un abuso de derecho.

Dicha sentencia, al analizar el significado de la llamada del artículo 972 del Código civil al artículo 823 sostiene el criterio literalista: que el binubo puede mejorar sólo en un tercio de los bienes reservables, por lo que se refiere al *límite cuantitativo* de esa facultad.

Los argumentos en pro de esa tesis son estos:

a') El carácter restrictivo con que han de interpretarse las normas, por ser la reserva excepción y no regla.

b') La norma de «reenvío» —artículo 823— señala la tercera parte del haber hereditario.

c') Como institución protectora de los hijos y descendientes no puede perjudicar a la mayoría en beneficio de uno solo.

d') Que daría lugar, en otro caso, a una desheredación sin causa.

Comentando dicha sentencia afirma Vallet: «no creemos que ninguno de estos argumentos sea convincente» (72). Y es que, en efecto, a mi juicio, no resulta fácil conjugar un instituto fundado en la libertad (*ius eligendi*) con un sistema de legítimas, que instala este deber moral en el marco de un proceso legal, para abarcar todas las hipótesis de «testadores olvidadizos». Mientras que el *ius eligendi* propio de la reserva es de suyo una institución de confianza —fiducia—, la legítima se inspira en la desconfianza.

En trance de «hacer analogía», declara la S. de 14 de diciembre de 1957, comparando la reserva lineal y la reserva matrimonial que, en la reserva lineal, aparece más clara la analogía con la sustitución fideicomisaria condicional o con la legítima corta o estricta, y no con la reserva matrimonial, de la que difiere «tanto por su origen como por su objeto», por la persona a quien se impone, por la del favorecido y por la procedencia de bienes.

Pero en determinadas materias, añade, el régimen de ambas reservas puede ser idéntico:

a'') Aseguramiento del derecho eventual de los reservatarios.

b'') Enajenación de bienes reservables.

Si bien, tal identidad, concluye, no puede aplicarse a otras situaciones jurídicas discrepantes. La razón fundamental estriba en el fin, que no es común a ambas; la reserva ordinaria sirve al carácter familiar, y la lineal responde al mantenimiento de los bienes en la línea de su procedencia.

Precisamente por ese carácter familiar y su matiz fiduciario, de que carece la norma del art. 811, la reserva ordinaria permite los actos dispositivos *post mortem*, lo que la lineal, carácter impositivo, prohibitivo, impide: «si se concediera al reservista tal facultad, igual razón existiría para otorgarle la de desheredar a alguno de sus hijos reser-

(72) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, I, p. 534.

vatarios, y, por esta senda, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios para disponer libremente», argumento empleado en la referida sentencia con más vigor persuasorio que rigor científico. Pero, ciertamente, es esta una diferencia fundamental entre las dos reservas, la facultad de mejorar atestigua la finalidad familiar prioritaria en la reserva viudal respecto de la conservación del patrimonio en línea de procedencia propia de la reserva troncal.

En pro de la tesis de la libertad que el bínubo tiene, si se ha respetado la legítima estricta (por el causante de la reserva), de distribuir los bienes reservados mejorando a alguno, pudiera invocarse un argumento de equidad. En efecto, el Código civil, con referencia a los bienes recibidos de los hijos piensa en el supuesto más frecuente, los recibidos a la muerte del hijo. Pero no debe descartarse, con ser menos frecuente, la hipótesis de bienes recibidos en vida del hijo.

La facultad de mejorar presupone la fijación de la legítima, y en su cómputo ha de tenerse en cuenta, dado el carácter fiduciario, lo realizado por el causante; no sólo ha de atenderse al ámbito personal del reservista.

La reserva, como delación especial, anuda esa masa segregada con el patrimonio hereditario del causante de la reserva, a modo de una herencia anticipada, en lo que guarda cierta analogía con la colación.

Que se trata de una delación especial se desprende, a mi modo de ver, de esa característica propia, cuyas manifestaciones son, además:

1.^a *El acto de adquisición* es el término de referencia de todo el régimen de la reserva ordinaria, lo que el Registro publica y exterioriza en la inscripción.

2.^a *El «grupo parental»*, concepto de relación, implica la conexión continuada con el difunto consorte.

3.^a *La voluntad presunta* del causante enlaza el deber de actuar (disponer, testar, mejorar) del reservista a la no actuación por éste, *ab intestato*, en este caso por la vía de la distribución igualitaria: la equidad en este caso exige que se asegure la igualdad entre los herederos.

c) *Obligaciones accesorias*

Como válvulas de seguridad acopladas a la titularidad fiduciaria del reservista, señala el legislador:

1.º *Inventariar bienes y valores*

La jurisprudencia ha llegado a calificar de «importancia excepcional» la que adquiere el inventario; importancia «proporcionada, dice, a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales», S. de 18 de febrero de 1969. Dicha sentencia define como «más digno de proteger y tutelar el interés de la familia», con motivo de decidir acerca del valor jurídico de un pacto tendente a autorizar a su esposa para representar a los hijos de ambos sin recurrir al mecanismo legal del defensor judicial.

El inventario acredita también, en nuestro caso, esa correlación entre la familia y la herencia, esa adscripción al interés familiar.

2.º *Anotar* (no inscribir), dar constancia a la condición de reservables de los bienes, art. 184, 185 L. H. y 259 R. H. Se inscribe, no la reserva, sino el acto de adquisición, se presenta el título y resulta inscrita la titularidad fiduciaria.

3.º Hipotecar en garantía de:

a') Restitución de los bienes.

b') Compensación, por su valor (subrogación real).

c') Damnificación, por el deterioro «culpable o negligente».

Se trata de una hipoteca —la hipoteca legal— de seguridad, y, dentro de aquéllas, hipoteca de máximo. Luego piensa primariamente en la obligación (daño), secundariamente en los bienes.

10. ACCIONES QUE PUEDEN ENTABLAR LOS RESERVATARIOS

El tema de las acciones concita el verdadero centro de gravedad de toda la construcción de la reserva, es el punto neurálgico de la institución. Es preciso atender a los dos momentos: inicial y final, mientras vive el reservista y a su muerte. ¿Hasta la muerte del reservista, qué derechos tienen los reservatarios?, ¿qué acciones proceden para hacer valer en su caso la ineficacia del negocio?, ¿frente al poseedor de los bienes?, ¿desde qué momento pueden ejercitarse?

1. *Carácter y plazo de la acción sucesoria*

La acción de que disponen los reservatarios, cuando por el fallecimiento del reservista se consume su derecho —período de efectividad— *nace* en la fecha del óbito, S. de 2 de julio de 1963. Como en Roma, los hijos no devienen *domini* más que a la muerte del *pater*. Ahora bien, ¿de qué acción se trata?

El problema se ha planteado en la jurisprudencia, afirmándose, con alguna matización, el carácter *real* de la acción del reservatario, a distintos efectos:

a) A efectos de determinar la competencia: SS de 1 de mayo de 1897, 7 de julio de 1942, 10 de junio de 1943.

b) A efectos de determinar el plazo de prescripción: S. de 23 de noviembre de 1943.

c) A efectos de negar su hipotecabilidad, R. de 28 de agosto de 1911. El reservatario tiene una garantía, pero no un derecho «efectivamente real».

Tratándose de un derecho sucesorio, es ociosa la discusión sobre su carácter real o personal, dicen Lacruz y Sancho. El llamamiento al reservatario, y, tras la aceptación, el derecho a los bienes, están sometidos, en su opinión, a los mismos plazos de prescripción extintiva que cualquier otra adquisición sucesoria.

Conexa a la cuestión acerca del carácter de la acción está la del plazo de prescripción.

La jurisprudencia se ha limitado a atribuir a la acción que pueda esgrimir el reservatario carácter real, pero sin explicar si, en virtud de tal carácter, el plazo coincide con el de acción de petición de herencia: SS. de 21 de noviembre de 1902, y 26 de noviembre de 1948.

Vallet de Goytisolo entiende que, de ser acción real, habría que distinguir si se refiere sólo a bienes muebles o bienes inmuebles o a una masa patrimonial integrada por bienes de diferente naturaleza. En el primer caso, afirma, el plazo será de seis años, previsto en el art. 1.962 del Código civil; en los otros dos, el de treinta años, del artículo 1.963. En el caso de que quede circunscrita a la obligación de indemnizar, art. 978, los plazos de veinte o quince años, art. 1964, según haya sido asegurada, con hipoteca o no, su restitución.

Lacruz propone otra distinción según el título: el plazo único de petición de reserva de los sucesores universales es de treinta años, aplicándose los restantes a la sucesión particular. La acción contra el adquirente de los inmuebles enajenados sólo *ad tempus* durará treinta años (73).

2. Acciones impugnatorias

Tampoco determina el Código qué acción ha de ejercitarse para impugnar las enajenaciones de inmuebles, otorgadas pendiente la reserva, artículo 975. Los reservatarios no podrán rescindir, anular o resolver tales enajenaciones en vida del reservista, y sí sólo reclamar los bienes al consumarse la reserva; además, la adquisición por los reservatarios no supone que se *retrotraiga* la enajenación quedando nula desde el primer momento: procede únicamente su resolución al fallecer el reservista, e, incluso, prácticamente, ante la reclamación de los reservatarios (74).

¿La muerte del reservista genera para el reservatario una suerte de acción rescisoria?

A juicio de Hernández Gil, no cabe la *acción de nulidad* propiamente dicha, puesto que «ni se prohíbe la enajenación, ni adolece de

(73) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, o. c., página 341.

(74) Benito Gutiérrez sostenía que a la obligación de reservar va íntimamente unida la prohibición de enajenar. Este punto de vista, de consecuencias entorpecedoras para el tráfico jurídico, parecía un postulado lógico de la propia función asignada a la reserva: “deducción necesaria, a no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieron dar al mismo tiempo a aquel a quien la imponen, los medios de eludirla”. Cfr. B. GUTIÉRREZ, o. c., p. 67.

La consecuencia inmediata sería la nulidad de las enajenaciones de bienes reservables hechas por el cónyuge antes de su ulterior matrimonio. Tal criterio se mantuvo también en la primera jurisprudencia.

Para Gómez de la Serna son actos completamente perfectos y válidos, pero su eficacia dependerá de que se ejecuten o no en “fraude de ley”. Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, o. c., p. 249.

En último término, son dos puntos de vista extremos alrededor de una misma idea, el fraude. Se trata, para unos, de prevenirlo, y para otros, de remediarlo.

la falta de un requisito esencial»; más bien, se trataría de una acción de anulabilidad o de impugnación.

A juicio de Lacruz, el supuesto encaja mejor en el mecanismo de la *acción rescisoria*: legitimados son personas que no han intervenido en el acto de enajenación, y el fundamento de la acción es evitar los efectos perjudiciales del acto a personas ajenas. Pero esa consideración puede chocar con el sentido limitativo del artículo 1.291, aunque la analogía, dice, no puede negarse. De todas formas, añade, carece de trascendencia práctica que la acción sea anulabilidad o rescisoria, porque el plazo de prescripción es el mismo (75).

Nada clara está la defensa del reservatario frente al daño grave en la individualidad de los inmuebles o la solvencia del reservista. Si, por ejemplo, dice Lacruz, éste comenzara a destruir la cosa reservable, o cayera en concurso o quiebra. Dudo, afirma, de que se impidiera a los hipotéticos beneficiarios de la reserva salvaguardar sus intereses. He aquí, a mi juicio, otra semejanza con la titularidad fiduciaria. Los inmuebles podrán embargarse por los acreedores y venderse, pero sólo responden esos bienes con su propiedad temporal de las deudas del reservista y, por eso, al morir el reservista, se resolvería la propiedad en favor de la masa de bienes reservables; los muebles seguirán un régimen semejante («el ser enajenables no les hace irresponsables»).

La disparidad de criterios responde, en buena medida, a la que el profesor de Castro llama «polivalencia semántica del término ineficacia» (76); pero, sobre todo, a que se contemplan situaciones o conflictos de intereses surgidos de la aplicación de los preceptos previstos para casos en que la autonomía no ha establecido un régimen diferente dentro de los límites legales.

De aquí que, a mi entender, tales criterios no tengan un valor absoluto.

En efecto, las consecuencias de los actos dispositivos del reservista no pueden ser las mismas en los casos en que se haya pactado o no un modo de cumplimiento de la obligación de reservar; de que se haya pactado un tipo especial de gravamen, una garantía atípica, vg., depósito en garantía de acciones o valores; si la mejora se establece en pacto sucesorio, cuando éste sea posible, etc.

(75) La doctrina científica, con anterioridad al Código civil, mantienen al respecto posiciones diferentes, que, en realidad, cabe reducir a éstas:

a) Son válidas las enajenaciones hechas incluso después de pasar al viudo o viuda a segundas nupcias, y, aun quedando hijos o descendientes al tiempo del fallecimiento, si dejare bienes suficientes para reintegrarles su importe. Si no los dejare pueden revocar la enajenación, renunciando antes la herencia del reservista. Tal punto de vista corresponde al interés público en la estabilidad de los contratos, se acomoda al principio *favor negotii*.

b) La enajenación no es eficaz, sosteniéndose sólo en vida, porque hasta la muerte del reservista no pueden los hijos ejercitar acción alguna.

c) Desde el momento de la muerte del reservista puede ejercitar el reservatario acciones contra el poseedor de aquellos bienes, al adquirir a la muerte los hijos el pleno dominio de los bienes reservables.

(76) Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967).

En cualquier caso, si la titularidad hereditaria es actual, existe un interés legítimo base de la legitimación *ad causam*, ya que la invasión de esa esfera origina un perjuicio, con independencia que sea o no un derecho subjetivo y de la condición de parte o de tercero en el contrato del que se deriva el daño: «Cuando los efectos de un contrato favorecen o perjudican a quien no intervino en el mismo, el ajeno al contrato deja de ser tercero porque el beneficio o perjuicio excepciona el aforismo «res inter alios acta neque prodest neque nocere potest», S. de 10 de julio de 1974.

De modo especial en todos aquellos supuestos en que el carácter fraudulento, la intención de perjudicar, presunta en la ausencia de interés, denoten una conducta abusiva o dolosa.

Ante enajenaciones fraudulentas, tiene el reservatario acción de nulidad o el derecho —entendiendo— a pedir complemento de garantía. Sin duda alguna, ha de existir defensa contra el fraude y la insolvencia actual del reservista. Como justa causa de retener, procede la *conditio* y la *exceptio doli*, en sus versiones modernas: enriquecimiento injusto y buena fe.

3. Legitimación procesal

El tema de la legitimación denota el conjunto de intereses que encierra el régimen jurídico de la reserva.

La legitimación interesa a la vertiente, tanto registral como civil.

En la vertiente registral se requiere determinar quién sea el legitimado para iniciar el procedimiento registral, que no puede ser de oficio por el Registrador, sino acomodado al principio de rogación.

La doctrina, y también la jurisprudencia, de ordinario, piensan en los supuestos normales, de cumplimiento unilateral del reservista y de hipoteca legal. Pero, no ha de perderse de vista la legitimación para el pacto, artículo 185 L. H., y para otorgar hipoteca legal, las garantías cuando intervengan representantes legales, etc.

Pero nos centramos en la legitimación civil, en sentido negativo de no registral: esto es, la legitimación.

¿Cómo calificar la posición del reservatario? La cuestión principal reside en saber si está o no legitimado en el período de reserva pendiente —período de contingencia y de inseguridad—, de cuya cuestión principal es subalterna la de si tiene un derecho subjetivo correlativo a la obligación del reservista, o es mero titular de una expectativa: derecho condicionado, legitimación para exigir unas medidas de seguridad, etcétera.

Entiendo, con la doctrina dominante, que se trata de una posición jurídica actual. El reservatario ostenta un interés actual, y eso le confiere la legitimación pertinente para intervenir en el proceso.

Las razones que pueden invocarse en defensa de este punto de vista son, entre otras:

1. La posibilidad actual de exigir medidas de seguridad, que pueden ser, a mi juicio, preventivas o satisfactivas. De nada serviría, en efecto, un derecho de garantía de no impedir su frustración definiti-

va, vg., el perjuicio irreparable de una enajenación, como una donación de inmueble con anterioridad a las nuevas bodas (77).

2. La hipoteca, como relación jurídica real, supone un bien en el patrimonio del reservatario, y el deterioro —material o jurídico— de la cosa hipotecada implica un daño patrimonial.

3. Puesto que el derecho a exigir el cumplimiento de la reserva puede asegurarse por pacto voluntario, artículo 185 L. H., entre reservista y reservatarios, la vinculación emanada del pacto, *vinculum juris*, implica una obligación de que se siguen consecuencias patrimoniales actuales; entre ellas, ampliar la zona del interés soporte de la legitimación procesal para impedir actos que pongan en peligro el cumplimiento.

Sin duda alguna, la posición del reservatario tiene relevancia patrimonial, y, en esa relevancia, se basan todas las construcciones en torno a la reserva. Baste pensar que:

a) Si equivale a la posición del nudo propietario, la nuda propiedad no es núcleo vacío, lo que querían destacar aquellas doctrinas, ya examinadas: si es transmisible, hipotecable, etc.

b) Si su condición equivale a la legítima, el legitimario tiene una prerrogativa legal que le permite la defensa frente a actos de privación o de gravamen invasores.

c) Si se prohíbe el fraude es porque se prevé un *daño*, la trascendencia de unos actos más allá de la frontera de su propio ámbito patrimonial.

d) El derecho de garantía presupone una relación jurídica, y el *deterioro* o disminución de la garantía por culpa o negligencia, por actos voluntarios del obligado a prestarla es un *daño* actual en el patrimonio de que dicha garantía forma parte. El supuesto guarda analogía con el deber de conservar la cosa hipotecada y la acción de devastación.

El problema práctico radica en su consideración como objeto de tráfico. A la susceptibilidad de su condición de objeto de tráfico se oponen también motivaciones prácticas; entre otras, algunas tan realistas como que ofrecería el riesgo de especular anticipadamente, dando ocasión a la usura y al agio (Vallet de Goytisolo). Pero, precisamente por estas razones «extrajurídicas», es difícil encontrar una *tipicidad técnica*, que ha querido buscarse alrededor de estas posiciones jurídicas, la expectativa o el derecho subjetivo.

La enajenación del derecho de adquisición futura por los reservatarios es tema debatido por la doctrina y por la jurisprudencia. La S. de 1 de abril de 1914 lo calificó de «disponible», aunque «condicionalmente».

Niegan la posibilidad de enajenación y gravamen, Sánchez Román, Manresa, Ruiz Artacho. Defienden su posibilidad Roca, Castán, De Buen, Morell y Azurza. Para Roca las dificultades son aquellas inherentes a un derecho condicionado, pero advierte:

1.º Los derechos condicionales o condicionados son transmitibles

(77) Un supuesto tipo de seguridad *satisfactivo* se plantea como controvertido en S. de 1 de abril de 1914, ya examinada anteriormente.

inter-vivos y *mortis causa*, siempre que no carezcan de contenido; y el del reservatario, durante la fase de pendencia, tiene una «situación de expectativa». Más dudosa es, añade, la transmisión *mortis causa*, porque el reservatario ha de sobrevivir y, si fallece antes, la condición se ha frustrado.

2.º Tampoco impide la transmisión el hecho de que se trate de derechos hereditarios; pese al artículo 1.271 del C. c., no es un pacto sucesorio, puesto que los bienes forman un grupo aparte del patrimonio del reservista. Sobre todo, porque es, en efecto, sucesión, pero del cónyuge premuerto.

3.º Que el derecho de los reservatarios se pierda por premoriencia, tampoco es obstáculo, porque no significa eso que se trate de un derecho personalísimo.

En último término, la venta hecha por el reservatario no es de «cosa esperada», ni enajenación a *non domino*, precisamente porque existe ya la titularidad hereditaria, como ocurre con el cedente, pese al desplazamiento patrimonial del derecho hereditario, conserva la cualidad personal de heredero.

Entiendo que la idea básica reside en la legitimación *ad causam* en que puede apoyarse la pretensión que permita la intervención judicial al margen de una determinada calificación de derecho subjetivo infringido.

En efecto, la legitimación *ad causam* se basa en el interés digno de tutela, no en la consideración de derecho subjetivo, pleno o expectante. Hay derechos subjetivos no tutelables por falta de interés legítimo y hay intereses dignos de tutela que no revisten la condición de derechos subjetivos.

En nuestro caso, el hecho de que exista una titularidad hereditaria conlleva la exigencia de la tutela a un interés legítimo constantemente afectado en vida de la reserva por la actuación del reservista.

Tal titularidad hereditaria se proyecta a los bienes reservables como fuente de derechos y de obligaciones.

En orden a los bienes recuerda la posición del reservatario a la de una titularidad preventiva, que tiene por objeto un derecho condicionado o eventual.

La titularidad preventiva supone estas facultades: acciones para pedir medidas conservatorias—impedir que se frustre el derecho eventual—(inventario, hipoteca legal) y facultades de disposición del derecho eventual.

A mi juicio, por ser titular hereditario responde a través del título de herencia, que, si bien ha sido deferida con separación de la herencia ordinaria, le da la condición de titular con responsabilidad actual (78). De ser así, porque responde, ninguna duda cabe de que *pueda* disponer: más aún, en ocasiones *debe disponer*. De nuevo, nos encontramos con el carácter fiduciario de la institución (79).

(78) En la Compilación catalana se confirma de modo expreso que los reservatarios suceden al causante de la reserva y no al reservista, artículos 269-271; tesis defendida por Roca.

(79) Osorio Morales defendió, en el tomo 171 de la R.D.P., en un jugoso

Por tratarse de una situación transitoria, la posición de los reservatarios recuerda también y guarda indudable «razón de semejanza» con las titularidades interinas, como pueden serlo la sustitución fideicomisaria a favor de personas no existentes, artículo 641 del C. c., los heredamientos a favor de hijos nacideros, artículo 80 R. H.

11. DISPOSICIÓN DEL DERECHO POR EL RESERVATARIO

La posición jurídica del reservatario, decíamos, conecta con el doble ámbito, ámbito de poder y responsabilidad, correlativo a la titularidad hereditaria y al patrimonio afecto del que los bienes reservables constituyen elemento principal mas no el interés prioritario.

A esa incidencia dual se refieren las cuestiones ya apuntadas, correlativas, en su mayor parte, a actos dispositivos del reservista. Baste recordar alguna de esas cuestiones especialmente debatidas, que indica a las claras la dependencia de la titularidad hereditaria.

1.º Si el reservatario se coloca o no en el lugar del reservista vendedor al fallecimiento de aquél, cuestión controvertida en SS. 4 de julio de 1896 y 1 de febrero de 1900.

2.º Si el reservatario ostenta una titularidad autónoma cuya fuente es la delación especial, ha de contar, pienso, desde la aceptación explícita o implícita con la posesión civilísima que *ipso jure* se transmite, salvo renuncia a esa herencia.

Y, por lo que se refiere a su condición de adquirente de bienes, es elevado el cúmulo de opiniones en torno a si el reservatario tiene en vida de la reserva un derecho ya adquirido en los bienes (nuda propiedad), un simple derecho de garantía, como acreedor del dominio, prohibición de disponer impuesta al reservista, un derecho condicional susceptible de pacto y transmisión...

En íntima conexión con estos problemas está el de si el reservatario puede o no disponer en vida de la reserva.

¿Qué tipos de actos de disposición se permiten al reservatario?

A) *Actos de disposición del reservatario mientras vive el reservista*

En rigor, éste es uno de los núcleos principales de la problemática sobre la posición jurídica del reservatario; baste señalar alguna de las cuestiones más debatidas:

1.º Si el reservatario carece o no de alguna facultad dominical sobre los bienes reservables hasta la consumación de la reserva, esto es, si su derecho con relación a los bienes del causante de la reserva es eventual o actual.

2.º Si el fallecimiento del reservista supone o no transmisión hereditaria de éste al reservatario.

comentario a la S. de 18 de abril de 1942, pp. 671 y ss., que "en la reserva, el reservatario no hereda al reservista, de suerte que éste no es el autor o causante de la sucesión".

3.º Si el evento de la muerte del reservista implica el hecho de que dependa el cumplimiento de la condición.

4.º Si la enajenación que de su derecho realiza el reservatario, *pendiente conditione*, constituye o no contrato sobre herencia futura, pacto que caería en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 C. c.

Problemas éstos que, en expresión de Ossorio Morales, están en función del que suscita la naturaleza jurídica del derecho del reservista, «pues, en realidad, se trata de dos facetas de una misma relación».

Vamos a fijarnos, sobre todo, en estos tres tipos de actos: enajenación, renuncia, asentimiento.

a) Actos de enajenación o gravamen del derecho de reserva; como vimos, niegan su posibilidad Sánchez Román, Manresa, Ruiz, Artacho, mientras que la afirman Roca, Castán, De Buen, Azurza. En realidad, es ésta mera consecuencia de la tesis según la cual hasta la muerte del reservista sólo tienen los reservatarios una esperanza de derecho, y, a lo sumo, se les reconoce la facultad de instar medidas de garantía.

La finalidad protectora de la reserva no excluye, entiendo, actos de disposición necesarios para cubrir responsabilidades inherentes al patrimonio del causante de la reserva. Por la sencilla razón de que, si es heredero, responde, y, si responde, debe disponer para pago de deudas.

b) Actos de renuncia; la dificultad legislativa nos la presenta el artículo 990, a cuyo tenor no podrá hacerse la aceptación o repudiación de la herencia en parte, a plazo ni condicionalmente, ¿sería éste un pacto sucesorio? A favor de la posibilidad tenemos el artículo 269 de la Compilación catalana y la S. 27 de febrero de 1971. Por no ser adquisición hereditaria de una herencia futura sino *ya causada*, no cabe entenderlos como pactos hereditarios.

c) Actos de asentimiento a la venta de los bienes como libres; la purifica, como forma *sui generis* de negocios de asentimiento.

En definitiva, la titularidad hereditaria no es un derecho, es fuente de deberes y derechos para el reservatario.

De la titularidad emana una responsabilidad, determinante de conductas exigibles o permitidas al reservatario. Entre otras:

1.^a Acordar medidas de garantía y establecer acuerdos de cumplimiento con el reservista. Si puede pactar, del pacto surge una relación negocial, con repercusiones actuales de índole patrimonial: incumplimiento del pacto, daños y perjuicios, etc.;

2.^a Si puede hipotecar, con hipoteca tanto voluntaria como legal, puede ceder el crédito hipotecario, mientras que permanece la titularidad como cualidad personal;

3. Si puede purificar por asentimiento la venta como libres de los bienes reservables indica que, como en todos los negocios de asentimiento, está autorizando a actos de inmisión relativos a elementos patrimoniales ajenos;

4.^a La renuncia a la reserva ha de ser de *todos*, puesto que es una forma de cotitularidad. Pero por tratarse de un ámbito de auto-

mía, acto voluntario a la renuncia de *parte* se aplica la doctrina de los actos propios.

B) *Consumada la reserva*

Hemos de distinguir, en orden a las acciones frente al reservista, dos supuestos diferentes:

1. Que los reservatarios sean *además* herederos del reservista. Les es aplicable la doctrina de los actos propios;

2. Que no lo sean; vg., por haber renunciado a la herencia del reservista, podrán entonces ejercitar acciones de impugnación relativas a actos realizados por el reservista.

La doctrina moderna se inclina a pensar que el reservatario recibe los bienes única y exclusivamente del cónyuge gravado por la reserva y los recibe como procedentes del causante de la reserva. El reservatario es sucesor *formal* del reservista y *real* del causante de la reserva. De aquí que:

a') Puede exigir a los herederos del reservista indemnización por falta de diligencia atribuible a su causante en la conservación de los bienes;

b') Sólo responde de las deudas de que respondía el reservista *por razón de los bienes vinculados*;

c') Suceden en los bienes reservables con arreglo a las normas sobre la sucesión de descendientes legítimos, artículo 973, salvo, en cuanto a las mejoras, al amparo del artículo 972.

d') Pueden interponer acción de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 975. Si tienen además el carácter de herederos del reservista, las SS. de 4 de julio de 1896 y 6 de mayo de 1902 declaran que, en cuanto a tales herederos, no les es lícito impugnar los actos realizados por su causante.

12. EXTINCIÓN

La reserva cesa:

1.º Por muerte del cónyuge viudo, ya que, entonces se cumple el objeto y fin.

2.º Por muerte de los hijos antes que el viudo; a la muerte se equiparan la desheredación, indignidad, incapacidad de suceder y, siempre a salvo el derecho de representación, artículos 971, 973, 761, párrafo 2.

3.º Por pérdida de los bienes, salvo la subrogación real.

4.º Por renuncia expresa (80); los mayores de edad, con derecho a los bienes reservados; renuncia que puede ser:

(80) En Derecho histórico se planteó el problema de la validez de la renuncia presunta, entendiéndose por tal la aprobación por los hijos del segundo matrimonio. Gutiérrez, De la Serna, resuelven afirmativamente esta cuestión.

También se planteó en Derecho histórico la cuestión acerca de si cesa o no la necesidad de reservar cuando el cónyuge autorizó al sobreviviente el

a) Antes (81); durante la pendencia;
 b) Después; si es uno sólo, acrece la porción vacante a los demás; ver Res. de 30 de marzo de 1945. Para que la renuncia produzca el efecto real de acabar con la limitación que afecta al reservista y sea inscribible, se requiere:

1. Que renuncien todos y cada uno de los hijos. Si la renuncia fuera de uno sólo o de alguno, pero no de todos, la reserva no se extinguirá, aún cuando en virtud de la doctrina, de que nadie puede ir contra sus propios actos, el renunciante quedará vinculado a ellos y, consumada la reserva por muerte del reservista, no podrá beneficiarse de ella. Con eso, ¿se ha renunciado a un derecho futuro, o se ha evitado su nacimiento?

2. Que sean mayores de edad y con facultades dispositivas.

13. RECAPITULACION

La regulación de la reserva ordinaria en el Código civil es, como la de tantas otras instituciones, muestra del compromiso de antiguos prin-

segundo matrimonio. Prevalece la tesis de que es beneficio de los hijos, por lo que se introduce la reserva y no en consideración a los padres.

Entiendo que es ésta una muestra concreta de la tesis aquí sostenida del interés familiar que siempre tuvo su lugar de preeminencia en la reserva. Y así:

1.º En el Fuero Juzgo (ley 2.ª, tít. V), con relación a si sujeta las arras, que resuelve en sentido afirmativo, se expresa con claridad que es "por la crianza de los cuales (de los hijos comunes), por lo que fue hecho el casamiento".

2.º La reserva no se extiende a los hijos no comunes del premuerto, Sentencia de 9 de mayo de 1859.

3.º No excluye pactos de contraer nuevo matrimonio porque "no nace de la injuria", sino del interés familiar.

(81) En realidad se trata de tres formas o supuestos de renuncia, de ellos, dos con régimen especial, art. 970, y uno con régimen general.

1.º Renuncia en el *acto de adquisición*, esto es, renuncia anticipada, cosas dadas a los padres por sus hijos sabiendo que estaban por segunda vez casados, artículo 970 del C. c. Lo que implica que no es el desfavor de las segundas nupcias, sino la finalidad inherente a la disposición misma, lo que se toma en consideración.

2.º Renuncia a la *titularidad hereditaria* por los reservatarios, que ha de ser colectiva, voluntaria y libre, como la renuncia a la herencia, artículos 988 y 990 del C. c.

3.º Renuncia a los *derechos hereditarios* ya causados, muerto el reservista, que es simple manifestación de la renuncia a los derechos adquiridos, artículo 4.º C. c. El Código civil atiende con preferencia a la renuncia a la titularidad hereditaria, y en esa forma de renuncia se pone de relieve la finalidad familiar. En uno de los considerandos de la Res. de 30 de marzo de 1925 se confirma esta idea: la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional del cónyuge viudo se da por alcanzada cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes de todas las ramas o líneas descendientes que pueden invocar la protección de la ley para no verse privadas de los bienes del antecesor común, autorizan la libre enajenación de los mismos y completan o purifican la propiedad condicionada del cónyuge superstite".

principios latentes en el Derecho histórico con las nuevas ideas de protección al crédito territorial y libertad del dominio, que tanto influjo tuvieron en la redacción de la Ley Hipotecaria y en el Código civil. De ahí que el sistema del Código no sea en esta materia ni homogéneo ni original.

La virtual influencia de la idea de *fides* informa con amplitud el régimen jurídico de la reserva ordinaria en el Código civil y es asimismo la idea inspiradora en las legislaciones forales. De modo particular se recoge:

a) En las diversas manifestaciones de la *exceptio doli*, que preside lo concerniente a los actos dispositivos realizados por el reservista, donde ejerce indudable relevancia: simulación, ausencia de interés, abuso, fraude...

b) De modo tangible inspira lo concerniente al ejercicio del *ius eligendi*, facultad de mejorar prevista en el artículo 972 C. c.

c) Por razón de la *fides* o *confianza* se agrava la responsabilidad por pérdida o deterioro, extendiéndola a los supuestos de dolo o culpa, excepción a la regla general que rige en la liquidación de un estado posesorio, donde el poseedor de buena fe sólo responde en los casos en que se justifique haber procedido con dolo, artículo 457. Al reservista como poseedor le es inherente una diligencia en la conservación material y productiva de la cosa, artículo 978, 2.^a C. c.

La enérgica reacción frente a institutos inspirados en la idea de *fides* por el designio de no obstaculizar la libre circulación de los bienes impide advertir el enlace de la disposición de bienes por el reservista con la vieja idea de gestión, de administración, de diligente custodia, que en nada se opone al crédito y a la realización de bienes siempre que sea procedente, y sí al abuso y al fraude.

De otra parte, al desplazarse la reserva de su lugar propio, el ámbito familiar, resulta difícil conciliar el hecho de que coexistan una titularidad hereditaria actual (cualidad personal) con la de un eventual adquirente de bienes (condición patrimonial), lo que resulta perturbador para la recta inteligencia de la posición jurídica del reservatario.

De ahí la necesidad de analizar lo que tiene de peculiar en la reserva la titularidad y el patrimonio hereditario.

Las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales recogen de alguna manera esta amalgama de criterios. Y así, la idea de «cuota disponible» y de legítima inspiran la equiparación del reservista al usufructo (vidual) o la posición del reservatario a un legitimario (82).

La idea económica de la libre circulación de bienes se recoge al forzar la sinonimia del dominio pleno del reservista sobre los bienes ante el que es expectante el del reservatario, que deriva, sin solución de continuidad, según aquella tesis, del patrimonio hereditario del reservista (transmisión hereditaria).

En el *desvío* que la reserva supone de esos principios socioeconómi-

(82) El término "propiedad" que emplea el artículo 968 del Código civil excluye la cuota de usufructo del viudo, término que, en consecuencia, adquiere su significado propio en el sistema legitimario del Código civil.

cos, se basa la jurisprudencia anterior al Código para asignar carácter restrictivo a la interpretación, por tratarse de un derecho excepcional. Excepcional por afectar a la libertad de testar, al orden normal de suceder, por disminuir o coartar los derechos que los padres tenían, por limitar la propiedad, por no evitar la extensión a bienes comprendidos en ella como bienes de mayorazgos (S. 26 de octubre de 1858). El carácter de pena o coerción atribuido al régimen romano es una simple excusa para consolidar con una aparente justificación histórica aquellos principios en la versión de la filosofía del Código civil.

Examinadas las diversas cuestiones que la reserva ordinaria suscita, y para recapitular los puntos tratados, podemos decir, frente a la residual inspiración dogmática del instituto y más en consonancia con la efectiva tradición jurídica, que es el verdadero trasfondo común a las Compilaciones y al propio Código:

1.º El hecho de repetir nupcias o el reconocimiento por el viudo, de un hijo natural, es el *título* —razón legal— que supone para el reservista una exigencia en orden a los bienes: la obligación de reservar; obligación que, en determinados casos, puede excluirse y siempre graduarse su cumplimiento por acuerdo.

2.º Puesto que los reservatarios suceden —sucesión real— al causante de la reserva son, a la vez que interesados en orden a los bienes, «continuadores de la personalidad del causante», destinatarios del cumplimiento pretérito de deberes morales: este deber moral —interés familiar— es común a los cónyuges (reciprocidad), y en él se funda la titularidad hereditaria, que es *actual*, de los reservatarios.

3.º La propiedad adquirida por el reservista, pendiente la reserva, recobra un claro matiz fiduciario, que imprime limitaciones, con eficacia personal y real (83), reformada por la constatación registral (adquisición-limitación), y permite distinguir en la posición del reservatario la titularidad hereditaria, cualidad personal, de la condición de adquirente de bienes.

4.º Los bienes, de los que el reservista es propietario, sirven de base económica o garantía, accesoria, para la efectividad de la obligación de reservar, y los reservatarios tienen un derecho actual a esa garantía, que tiende a consolidarse en el tiempo: fianza, hipoteca general, hipoteca especial...

5.º La obligación de reservar es, en consecuencia, una obligación principal de contenido múltiple, que importa una «limitación» al dominio en una triple vertiente:

a) *Personal*: exige una diligente conducta (contenido positivo) en orden a la gestión de los bienes (buena fe), con acciones pertinentes frente al abuso o infidelidad (*fides*) del reservista.

b) *Real*: significa una limitación en el goce y disposición (fin sub-

(83) Las manifestaciones históricas más importantes son las tendentes a evitar el abuso y el fraude de ley. Tratan de evitar que el donatario no abuse de su liberalidad; la "más grave dificultad es si, caso de enajenación, se impone una prohibición de disponer, o si ha de distinguirse según haya o no bienes suficientes; si la enajenación anterior es fraudulenta y cómo probar el fraude...

yacente), haciendo abusiva la facultad de exclusión frente al interés legítimo de los reservatarios.

c) *Registral*: asegurar la efectividad de la reserva con eficacia *erga omnes*.

6.º En vida del reservista, en consecuencia, los reservatarios tienen, en bloque, una cualidad personal —titularidad hereditaria— actual, pero no son adquirentes de bienes.

Dicha titularidad actual se manifiesta:

a') Como núcleo principal del interés legítimo base de la legitimación *ad causam*.

b') Como derecho a promover medidas de garantía.

c') Como derecho a exigir del reservista una conducta, de honda raíz histórica, frente al abuso o fraude.

d') En las relaciones entre masas: si hay deudas en el patrimonio del causante de la reserva, a ellas alcanza el deber inherente a la responsabilidad del patrimonio hereditario, artículo 1.911: «antes pagar que heredar».

e') Los reservatarios en bloque son cotitulares de la posesión civilísima, y la liquidación del estado posesorio es el centro de intereses a que da lugar la fase llamada reserva consumada.

Su condición de adquirentes de bienes presupone, en cambio, el paso de los bienes del patrimonio del reservista, mediante sucesión derivativa traslativa (o constitutiva, si así se acordase), al de los reservatarios.

En definitiva, la *cualidad personal de herederos* y la *condición de adquirentes de bienes* no coinciden; pero ambas se implican recíprocamente.

Los mecanismos, adquisición del reservista, obligación de devolver, se asemejan a las titularidades fiduciarias en la necesidad de acoplar la titularidad externa a la confianza interna como *prius* o fin subyacente; conocido en nuestros días este resorte con mayor precisión técnica y rigor jurídico, pudiera ser también el camino a seguir de *jure condendo* en la regulación de este propósito. La llamada a la *fides* enlazaría así el pasado al futuro, como un elemento para la reconstrucción del Derecho sucesorio sobre una base familiar, designio que Castán asignaba a las reservas.