

Hipoteca por bienes reservables en el Código civil

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO

Catedrático de Derecho Civil. UJI

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La hipoteca en garantía de bienes reservables en la reserva viudal.*—III. *La hipoteca en garantía de bienes reservables en la reserva lineal.*—IV. *¿Hipoteca por bienes reservables en la ausencia?*

I. INTRODUCCIÓN

Es normal oír afirmaciones en el sentido de que las reservas constituyen una institución inoperante, ya que apenas se dan en la práctica o que contradicen una corriente de fondo que va en la dirección de no imponer limitaciones a los causantes. Respecto de lo primero, si nos fijamos en las resoluciones de las Audiencias o del propio Tribunal Supremo, tenemos que llegar a la conclusión de que, si bien no es una institución popular, tampoco es inexistente¹. En cuanto a lo segundo, es un problema de opción de política legislativa: libertad del causante frente al interés familiar.

Sí que es verdad que la hipoteca en garantía de los bienes reservables es una institución poco utilizada. No obstante, a pesar de que se me pueda acusar de ser muy poco práctico, reconozco que es un tema muy interesante desde el punto de vista dogmático: constituye un punto de conexión entre el Derecho de sucesiones y la hipoteca atractivo para un civilista.

¹ Señala B. VERDERA que la reserva troncal, viendo los pronunciamientos más o menos recientes de los Tribunales, conserva su actualidad. Cfr. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio General de la reserva troncal (a propósito de la STS de 18 de octubre de 2001)», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, tomo IV, pp. 5557 ss., Madrid 2003.

En mi estudio, no voy a entrar en las infinitas discusiones que provoca la reserva. Tendré como puntos de referencia a los principales autores que han tratado sobre las reservas, especialmente a Vallet de Goytisolo y a Lacruz², aceptando aquellas soluciones que necesito tomar para avanzar en lo que constituye propiamente el objeto del trabajo³.

La regulación legal se contiene en los artículos 184 al 189 LH y 259 a 265 RH, normas que supusieron en su momento un progreso, pues vinieron a sustituir a las anacrónicas hipotecas tácitas sobre esta materia⁴. Queremos, no obstante hacer una advertencia: mi estudio está acotado a los aspectos estrictamente civilistas, ya que los propiamente registrales han sido tratados recientemente de forma muy completa.

II. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE BIENES RESERVABLES EN LA RESERVA VIUDAL

La reserva clásica es la denominada reserva ordinaria. Es la institución regulada en los artículos 968 a 980 CC, por la que se impone al viudo/a que contraiga segundas o ulteriores nupcias la obligación legal de conservar a favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del consorte premuerto o de los parientes de éste en consideración al mismo⁵. Entre las obligaciones del reservista aparece la de constituir la hipoteca en garantía de los bienes reservables, de acuerdo con lo establecido en

² Y por supuesto, nos remitimos a la inmensa bibliografía que existe sobre las reservas citada por estos autores, especialmente la recogida por VALLET DE GOYTISOLO.

³ El único trabajo que he encontrado que de forma específica trate de la Hipoteca por bienes reservables es el de GONZÁLEZ PORRAS, *Las hipotecas legales por bienes reservables y por los bienes de los hijos no emancipados*, Córdoba 2003.

⁴ CAMY (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona 1993, pp. 673 ss.) ha criticado esta legislación en cuanto que el legislador, en su opinión, la situó en un lugar inapropiado, dada la naturaleza que tenían las garantías de estas reservas. Dice que el que la garantía del reservatario consista en la constancia registral de su derecho, no constituye algo aparte del principio informador de toda la Ley Hipotecaria sobre la finalidad de la inscripción y, por tanto, no requeriría ser recogido por ello en una forma especial. ¿Qué razón alega este autor? Manifiesta que los asientos del Registro tienen como finalidad primordial la de proteger al inscribiente, sea éste de una u otra clase. Pudo y debió la ley expresar que el derecho del reservatario tendría acceso al Registro, pese a su carácter de expectativa. Pero una vez hecha esa declaración, debió eximirse de regular él cómo podría exigirse al reservista la actuación procedente al efecto, pues si ésto fue procedente consignarlo en la primitiva Ley Hipotecaria, al no haber sido aún publicado el Código civil, aparecido éste, finaliza CAMY, debió de dejarse a él una cuestión de orden tan netamente civil, lo cual constituye así un enclave innecesario dentro de la legislación hipotecaria.

⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-3.º, 3.ª ed., Barcelona 1983, p. 209.

el artículo 978 CC.: el viudo/a, al repetir matrimonio, está obligado a asegurar con hipoteca: 1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte. 2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia. 3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiera hecho a título gratuito. 4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Se trata de una hipoteca en la que el acreedor es el reservatario y el deudor el reservista, con las siguientes notas, que irán siendo desarrolladas:

- Es un derecho real inmobiliario, de acuerdo con los artículos 2.º, 104 y 106 LH, y 1874 y 1876 CC.
- Es un derecho accesorio o de garantía del crédito contemplado en el artículo 978 CC.
- El acreedor-reservatario tiene el derecho de persecución sobre los bienes hipotecados del deudor-reservista.
- Es un derecho de constitución registral.
- Se trata de una hipoteca legal: el reservatario, según nos dice el artículo 158 LH, puede exigir la constitución de la misma. No nace directamente de la Ley –como era el caso de las hipotecas legales tácitas– sino que, con base en la Ley Hipotecaria (art. 168 núm. 2), ha de poderse exigir la celebración del acto constitutivo. Sólo existe, por tanto, esta hipoteca, cuando está inscrita en el Registro de la Propiedad⁶.

⁶ Discute CAMY que esta hipoteca pueda considerarse realmente una hipoteca legal. Para este autor, el artículo 137 LH, recoge una clasificación engañosa: la de hipotecas voluntarias y legales. Realmente habría que distinguir, dice, entre hipotecas voluntarias, hipotecas constituidas por la Ley o legales, e hipotecas cuya constitución se ordenaba por la Ley o hipotecas de constitución forzosa. Las verdaderas hipotecas legales son las tácitas a favor del Estado y de los aseguradores, cuya constitución está ordenada por la Ley y que surgen a la vida sin ningún otro requisito. Las demás hipotecas, llamadas por la Ley Hipotecaria, «hipotecas legales», no son tales. Y esto se ve de manera especial, en opinión de este autor, en la hipoteca que estamos estudiando. Dice que en ella ni siquiera se ordena por la Ley su constitución, pues ésta sólo obliga a que se realicen o adopten ciertas garantías para seguridad de los créditos que determina, pero sin imponer necesariamente el que esa garantía sea en todo caso hipotecaria, e incluso, a veces, exige como garantía de ello la simple adopción, como medida precautoria, de obligar a la inscripción de los bienes a favor de su titular, con indicación bastante para que figuren los derechos que en su caso puedan tener las personas que han de ser protegidas (cfr. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pp. 440-441). En cierta manera, añadimos nosotros, puede tener razón, porque la hipoteca podría ser innecesaria. Así, el artículo 184 LH, al enumerar las garantías del reservatario, incluía la inscripción de los bienes reservables «si ya no lo estuvieren y en todo caso hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles». Ello supone la no necesidad de la hipoteca y basta para los reservatarios que los mismos consten inscritos con la calidad de reservables, ya que de esta forma queda constatada una causa resolutoria afectante a terceros adquirentes, según lo establece el artículo 975 del Código civil que se remite a la legislación hipotecaria (cfr. CHICO Y

- Es una hipoteca común, por contraposición a las privilegiadas, esto es, las que se anteponen a las demás ⁷.
- Es una hipoteca de seguridad, entendida como una hipoteca excepcional o extraordinaria, en contraposición a las ordinarias o de tráfico.

En cuanto al origen ⁸, podemos decir que el Derecho Romano atendió ya a la seguridad de los bienes y valores objeto de esta reserva (C. 5, 9, 6), configurada como una especie de hipoteca tácita ⁹ y también el proyecto isabelino, que configura una garantía hipotecaria semejante a la aceptada y regulada luego por la Ley Hipotecaria de 1861 ¹⁰.

La LH supuso un cambio fundamental con respecto a esta hipoteca: de tácita y general pasa a ser pública y especial ¹¹. No establecía, sin embargo, la hipoteca legal por la reserva lineal del artículo 811 CC, pues ésta era entonces desconocida, por haberla introducido este último. En cambio, imponía la obligación de asegurar los bienes reservables, no sólo al padre o a la madre reservista, sino también al padrastro.

Al reformarse en 1909 la LH, se extendió esta hipoteca legal a los bienes reservables a que alude el artículo 811 CC, ampliando con los parientes a que el mismo se refiere, la lista de personas protegidas con hipoteca legal, que la ley de 1861 quiso limitar a las

ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1989, p. 1805; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio, Volumen V, La reserva clásica*, Madrid 1983, p. 146). En la jurisprudencia menor, podemos destacar sobre este último punto la SAP Cuenca de 26 de junio de 1997, que en su Fundamento 3.º dice que «... sólo existe obligación de constituir esa hipoteca legal, a tenor de los artículos 978.4 CC y 184 LH, en relación con los artículos 259 a 265 de su Reglamento, tratándose de inmuebles enajenados por el reservista, cuando aquella no se ha prestado, pues el resto de dichos bienes, si están inscritos, la constancia registral de su cualidad de reservables, al publicar dicha constatación la existencia de una acción resolutoria que afectará a los adquirentes (art. 37 de la LH), quedarían debidamente garantizados (S. 1 de junio 1983); lo que busca la ley es que quien adquiera bienes del reservista, sepa de la cualidad de dichos bienes a los efectos de los artículos 34 y 37 de la LH...». Sobre este tema, también GONZÁLEZ PORRAS, *op.cit.*, pp. 51 ss.

⁷ Suponiendo, por otro lado, que pueda hablarse realmente de hipotecas privilegiadas y no más bien de créditos privilegiados.

⁸ Nos vamos a referir tanto a la reserva ordinaria como a la lineal. Seguimos básicamente a ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, 7.ª ed., Barcelona 1979, pp. 972 ss. Con amplitud, GONZÁLEZ PORRAS trata sobre los antecedentes históricos y precedentes legislativos de esta figura. Confr. *op. cit.*, pp. 30 ss. y bibliografía citada.

⁹ Confirmado en la Ley 15 de Toro.

¹⁰ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., 1993, p. 483 nota 4.

¹¹ Dice MORELL que uno de los problemas más importantes que tuvo que resolver la Ley Hipotecaria de 1861 fue el relativo a las hipotecas legales. Su número inmenso, su carácter oculto, su especial manera de ser, constituía una balumba de gravámenes latentes, de posibles derechos futuros sobre toda clase de bienes inmuebles, con la cual era imposible fundar sobre sólidas bases el crédito territorial. cfr. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, 2.ª ed., Madrid 1930, p. 284.

mujeres casadas, a los hijos y a los menores e incapaces. Además se suprimió la hipoteca sobre los bienes del padrastro.

El Código civil había introducido ciertas innovaciones en materia de reservas, aparte de implantar la reserva lineal. La Ley Hipotecaria debía armonizarse con ellas, pero, señalan los autores citados, no logró hacerse con gran acierto. Se reformaron aquellos puntos indicados, adicionándose el artículo 199 de dicha ley, destinado a regular las particularidades de la hipoteca por reserva lineal, y en lo demás casi se limitó a copiar el articulado de la ley antigua, por lo cual fue ésta una de las materias menos retocadas de la ley. Debido a ello se olvidó atribuir dicha hipoteca a los descendientes además de los hijos; y asimismo se refirió sólo al supuesto de contraer el padre o la madre segundas nupcias, omitiendo el caso del nacimiento de un hijo natural, cuyas omisiones salvó el Reglamento. Pero para Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill el extremo más criticable fue el no haber recogido, siquiera en esencia, el contenido de los artículos 977 y 978 CC, contrastando con lo que ocurría con las demás hipotecas legales, en las cuales varios preceptos de este último figuran en ella.

La ley vigente ha modificado el número segundo del artículo 168, en el sentido de destinarlo sólo a la hipoteca legal por reserva y, además, en el de adoptar una fórmula amplia por querer comprender no sólo los dos tipos de reserva admitidos por el Código civil, sino cualesquiera otros comprendidos en fueros especiales, denominación ésta que hay que referir hoy a los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas.

Las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 han supuesto alguna modificación puntual en esta hipoteca. Se conserva intocado el tradicional caso de la reserva del artículo 811 y el del segundo o ulterior matrimonio del artículo 968 CC. Se redacta asimismo el artículo 980, modificado a su vez por Ley 1/1996, de 15 de enero.

Respecto a la finalidad de esta hipoteca, destaca González Porras¹² que no se encuentra en la sanción o reprobación de las segundas nupcias –ni históricamente parece que ello fue así– sino en la protección de los intereses económicos de los descendientes del primer matrimonio, pues cabe la posibilidad que el segundo matrimonio suponga un olvido del sobreviviente que se volvió a casar respecto a los hijos del anterior matrimonio. El bínubo tiene dos familias y es natural, nos dice este autor, que para evitar posibles problemas la ley establezca medios de control y seguridad: ésta es la finalidad de la reserva y de la hipoteca.

¹² GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

Respecto a las personas que pueden pedir la constitución de la hipoteca¹³, de acuerdo con el artículo 968 CC son los reservatarios, esto es, los hijos y descendientes comunes del primer matrimonio, matrimoniales o no, conforme a la reforma de 1981¹⁴. Esto es, la reserva se establece a favor de los descendientes del primer matrimonio: no sólo de los hijos, como en los textos legales anteriores al Código civil. Es éste un supuesto en el que, por el propio concepto de la institución, los beneficiarios son hijos matrimoniales. Pero los descendientes extramatrimoniales de estos hijos pueden, hoy, ser, a su vez, reservatarios¹⁵.

Alguna cuestión planteaba la filiación adoptiva. A partir de la reforma de 7 de julio de 1970, comenzó a plantearse si entraban en la reserva viudal los adoptados plenamente de modo conjunto por el cónyuge premuerto y por el supérstite nuevamente casado, pues el artículo 179 CC determinó que el hijo adoptivo «ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos». Ya señalaba Vallet¹⁶ la problemática que resultaba: o bien entender que el artículo 179 no parecía pensar en la reserva viudal o bien, y ésta parecía la opinión más correcta, dada la igualdad establecida entre los adoptados plenamente y los hijos legítimos— con las salvedades que el propio 179 establecía— y la propia ratio de la reserva viudal que se daba también a favor de los adoptados plenamente por un matrimonio, que la solución racional era la contraria.

Hoy parece que la cuestión está fuera de duda: el hijo adoptivo tiene los mismos derechos que los hijos por naturaleza. Es como si fuera un hijo por naturaleza. La adopción crea parentesco no sólo entre el adoptante y adoptado sino entre el adoptado y la familia del adoptante. El hijo adoptivo tiene derecho a alimentos y también tiene derechos sucesorios. El adoptante ostenta la patria potestad, tiene también derecho a alimentos y derechos sucesorios respecto al adoptado. Y como el hijo adoptivo se considera a todos los efectos como hijo por naturaleza, es lógico que el propio CC establezca que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre

¹³ En relación con este punto, hay que traer a colación el artículo 249 RH, que dice lo siguiente: «En el acto del otorgamiento de todo instrumento público, del cual resulte derecho de hipoteca legal a favor de alguna persona, el Notario, con sujeción a lo dispuesto en la legislación notarial, advertirá a quienes corresponda, si concurrieren al acto, de la obligación de prestar dicha hipoteca y del derecho a exigirla».

¹⁴ Distinguiendo, por supuesto, entre las personas que pueden exigir la hipoteca (reserva pendiente) y las personas que pueden exigir los bienes (reserva consumada). Son dos momentos distintos y con reservatarios que pueden ser diferentes.

¹⁵ Este punto de quienes son los reservatarios constituye una diferencia importante entre la reserva lineal y la reserva clásica: en ésta se sabe quienes son los reservatarios mientras que en la troncal la cuestión da lugar a incertidumbre.

¹⁶ VALLET, *La reserva clásica...*, *op. cit.*, p. 54.

el adoptado y su familia anterior, sea ésta matrimonial o extramatrimonial¹⁷.

Pero hay que precisar que otras personas, sin reunir la condición de reservatario, están legitimadas para reclamar la constitución de la hipoteca en defensa de los intereses de presuntos reservatarios.

El artículo 185 LH, en su primer párrafo, establece que cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad, sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de la obligación de constituir la garantía. Si fueren menores o incapacitados, exigirán la constitución de la hipoteca las personas que deban representarlos legalmente.

Pero seguidamente el artículo 187 LH añade que si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin que el reservista haya dado lugar a la constitución de la hipoteca, nos dice este precepto que los derechos reconocidos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes, cualquiera que sea su grado¹⁸, el albacea del cónyuge premuerto¹⁹ y, en su defecto, el Ministerio Fiscal²⁰.

El precepto anterior legitima, por tanto, a otras personas que no son los presuntos reservatarios y la doctrina se pregunta la razón de incluirlas²¹. En definitiva se trata de que el interés primordial de

¹⁷ DÍAZ-AMBRONA Y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 1999, p. 379.

¹⁸ Por tanto, todos los parientes del reservatario, cualquiera que sea la línea o el grado que les una. La expresión del precepto es clara al respecto. Su legitimación procede cuando ni el reservista ha actuado espontáneamente (art. 186 LH) ni el reservatario es mayor de edad o está incapacitado judicialmente. Se debe limitar al caso de reservatario menor de edad. cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹ En relación con el albacea del cónyuge premuerto, nos dice GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 87) que su actuación queda limitada al caso de reservatarios menores de edad (pues no procede si el reservatario es mayor de edad o incapacitado judicialmente, ya que en tales casos actuará el propio interesado o su representante legal, ni tampoco si el reservista, sin el concurso de los reservatarios o de quienes le representan, actúa conforme al artículo 186 LH).

²⁰ A su vez, el artículo 261 RH forma un todo con el artículo 187 LH. Dice: «El término de ciento ochenta días que establece el artículo 187 de la Ley empezará a contarse, según los casos, desde el día de la celebración del segundo o ulterior matrimonio, desde el día de la determinación legal de la filiación no matrimonial, desde la fecha de adopción, o desde la fecha de la aceptación de la herencia por el obligado a reservar. 2. Cuando los bienes reservables hayan sido adquiridos después de celebrado el segundo matrimonio o de producirse cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 980 del Código civil, el referido término deberá contarse desde el día de la adquisición de los mismos bienes». En cuanto al cómputo de los plazos, hay que mencionar el artículo 109 RH: «Los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán por días hábiles, excepto los establecidos para concursar Registros o tomar posesión de los mismos, que se contarán por días naturales. Si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiese día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. Si el último día del plazo fuese inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil existente». Sobre el artículo 261 RH, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pp. 135 ss.

²¹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 84.

esta hipoteca es el familiar, concretado en este caso en la protección de los hijos del primer matrimonio. Ello hace que la ley incluso fuerce las cosas: si han transcurrido ciento ochenta días desde que surgió la obligación de reservar y no ha cumplido con su obligación de constituir la hipoteca el reservista ni los reservatarios han hecho nada al respecto, entonces las personas a las que se refiere el precepto citado podrán reclamar su cumplimiento.

¿Cómo armonizar ambas disposiciones, se pregunta Vallet de Goytisolo?²²

Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill afirman, al enunciar las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca y citar las enumeradas en el artículo 185, que si los reservatarios ciertos y mayores de edad no exigen esta garantía, nadie más puede pedirla, pues en este caso, como señalaba la Exposición de Motivos de la ley de 1861, se entiende que renuncian a esta posibilidad²³.

Para Vallet de Goytisolo, fundamentalmente dos criterios pueden presidir la armonización de los artículos 185 y 187 LH. Uno concreta cronológicamente la limitación subjetiva del artículo 185; el otro limita los supuestos de aplicación de la extensión subjetiva del artículo 187. El primero se apoya en las primeras palabras de este último: si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar, y consiste en concretar cronológicamente al término de ciento ochenta días la limitación de los legitimados para reclamar las medidas contenidas en el artículo 185 LH.

El segundo, apoyado fundamentalmente en la exclusión, a dicho fin, de cualquier legitimado que no sea reservatario presunto cuando éstos sean ciertos y mayores de edad, dispuesta en el primer apartado del artículo 185, entiende que el artículo 187 LH solo puede referirse a los supuestos en que los reservatarios sean inciertos o, incluso, señala Vallet, si siendo los reservatarios menores e incapacitados la consiguiente garantía no hubiese sido constituida en el término de 180 días. Afirma el ilustre autor que este segundo criterio –en cualquiera de sus dos posiciones– parece más racional que el primero, dado que personas ciertas y plenamente capaces no deben necesitar que otros velen por sus intereses, y en realidad así lo confirman los términos absolutos y terminantes del primer inciso del artículo 185 LH²⁴.

²² VALLET DE GOYTISOLO, *Reserva clásica...*, *op. cit.*, pp. 227 y 228.

²³ ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 975.

²⁴ Para VALLET, el apartado primero del artículo 187 LH, en definitiva, sólo será aplicable a la reserva vidual si alguno de los reservatarios, que de ser plenamente capaz hubiera podido reclamar la constitución de las medidas de seguridad, fuese menor o estuviere incapacitado y sus representantes legales no hubieran reclamado su formalización.

Por otro lado, ambos preceptos, ha señalado González Porras²⁵, están destinados tanto a advertir a terceros adquirentes como por eso mismo a proteger a los reservatarios y de ahí que el CC se refiera a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria en los artículos 975 y 977. Nos dice este autor que no cabe poner en tela de juicio que dado el tenor literal del artículo 265,2.º RH, la reserva no puede ser registrada en forma alguna si no es porque el reservista procede sin el concurso de los reservatarios o porque se le solicita por los reservatarios o por sus legales representantes en la forma que se establecen en los artículos 185 y 187 LH, o en la prevista en el apartado 1.º del artículo 265 LH.

Si existieren dos o más personas concurrentes, se dará preferencia a la primera que lo haya reclamado, de acuerdo con lo que establece el apartado final del artículo 187 LH.

En este sentido señalaba Morell²⁶ que no puede perderse de vista que, aunque reclame la constitución de la hipoteca uno de los reservatarios, ésta ha de constituirse a favor de todos y no solamente del solicitante, por lo mismo que la garantía se establece a favor de una clase o entidad, y no puede limitarse a una sola persona. En otras páginas²⁷, insiste este autor en la misma idea: la reserva se establece a favor de una entidad o clase, no a favor de determinadas personas. No puede decirse, declara, que esa clase o entidad desaparece mientras haya hijos, nietos o biznietos que la representen.

Y se pregunta: ¿se concede el derecho a los hijos o nietos que vivan al verificarse el segundo matrimonio, o a los que existan a la muerte del bínubo? Morell, que parte de la configuración jurídica de la reserva como institución sometida a condición²⁸, distingue entre la adquisición condicional y la definitiva. El derecho pertenece a la clase o entidad desde que por el segundo matrimonio se hacen reservables los bienes, y, por tanto, a los hijos o nietos que en cada momento representen la clase; pero como han de sobrevivir al reservista, el derecho es sólo condicional, haciéndose definitivo únicamente al cumplirse la condición: quedar hijos o descendientes a la muerte del bínubo, y precisamente a favor de los que en ese momento existan. Siendo, a mi parecer, exacta la idea subyacente en la opinión de Morell, preferiría decir que los hijos o descendientes tienen una expectativa por el hecho de pertenecer a la clase que se convierte en un verdadero derecho al morir el reservista a favor de los que sobrevivan.

²⁵ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 77.

²⁶ MORELL, *op. cit.*, p. 417.

²⁷ MORELL, *op. cit.*, pp. 390 y 391.

²⁸ El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria. El derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva. *Cfr.* MORELL, *op. cit.*, p. 390.

Esta idea de la clase o entidad es también resaltada por otros autores, como señalaba Domínguez de Molina²⁹, al recoger opiniones doctrinales en su importante trabajo, y afirmar que el derecho de los reservatarios es colectivo, correspondiendo a la clase³⁰, no a los individuos, aunque a la vez pueden defender y garantizar su eventual derecho, obrando por sí mismos y de modo individual, especialmente exigiendo la constitución de la garantía hipotecaria. También Lacruz³¹ dice que la hipoteca exigida por el reservatario no se establece a favor suyo, sino de quienes, en el futuro, consoliden en ellos la reserva. Doral manifiesta³² que la titularidad de los reservatarios es la que corresponde a una clase, entidad o grupo parental. A esta forma de cotitularidad o titularidad colectiva son aplicables, en opinión de este autor, las reglas comunes: acrecer, etc.³³

También en algunas resoluciones judiciales se recoge esta idea de la «clase», «titularidad colectiva», «comunidad». A título de ejemplo podemos citar la SAP Asturias de 23 de febrero de 2000, relativa a la reserva lineal, pero cuyas consideraciones son perfectamente aplicables aquí. En su Fundamento 2.º se dice lo siguiente: «Debe mantenerse la resolución desestimatoria de excepción de falta de legitimación de la demandante, puesto que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada en la recurrida, y ratifican las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1992, aun cuando la actora no hubiere hecho constar de un modo expreso y formal en su demanda que actuaba en nombre de la comunidad de los pretendidos reservatarios, es evidente que su petición se formula en beneficio e interés de los mismos. Tampoco la circunstancia de ser el derecho de los reservatarios un derecho personal y particular, establecido en la ley a favor de determinados parientes es un obstáculo para la aplicación de la citada doctrina, de la legitimación del comunero que actúa en interés de la comunidad».

Es clásica la cuestión de la renuncia a la hipoteca (medidas de seguridad en general).

Decía Vallet que cuando la doctrina y la jurisprudencia se plantean el tema de la renuncia a la reserva, en realidad hay que distinguir con cuidado tres renunciaciones diferentes: 1) La renuncia a la

²⁹ DOMÍNGUEZ DE MOLINA, «Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código civil», *Centenario de la Ley del Notariado, Sección Tercera, Estudios Jurídicos Varios*, Vol. II, Madrid 1962, p. 563.

³⁰ Él se refiere a la reserva del artículo 811, pero sus consideraciones valen también para la reserva ordinaria.

³¹ LACRUZ, *op. cit.*, p. 492.

³² DORAL, «La reserva hereditaria común», *ADC*, julio-septiembre 1977, p. 522.

³³ La RDGRN de 30 de marzo de 1925 señala lo siguiente: «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”».

hipoteca o a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de la obligación de reservar; 2) La renuncia a la reserva propiamente dicha; 3) La renuncia a adquirir, en su día, al fallecer el reservista, los bienes reservables³⁴.

La doctrina, hoy, es unánime en admitir la posibilidad de renunciar a la hipoteca sin que ello implique renuncia a la reserva³⁵. Puig Brutau tras señalar que, en efecto, la renuncia a las medidas de seguridad no extingue la reserva, puntualiza que esta renuncia a las medidas de seguridad no produce más que efectos personales. Lo explica este autor cuando afirma que a la muerte del reservista la reserva afectará concretamente a los bienes reservables de los que no haya dispuesto, pero también afectará a su herencia, en el sentido de que responderá de la restitución del equivalente pecuniario que se deba por razón de la reserva, conforme al artículo 978 CC. En este sentido, y por este importe, los reservatarios serán preferentes a los acreedores y a los herederos del reservista³⁶.

La renuncia a la hipoteca podrá ser anterior a su constitución —es decir, referirse al derecho a exigir las— o bien posterior.

Se pregunta la doctrina y la jurisprudencia si es posible admitir la renuncia presunta en este caso de renuncia a la hipoteca (o a las medidas de seguridad en general). Puede ser destacada, en este sentido, la STS de 22 de junio de 1995 que explícitamente reitera la doctrina que expuso la anterior de 2 de marzo de 1959, haciendo una comparación con la renuncia a la reserva propiamente dicha. Nos dice: «Y al entrar de lleno en el problema de las renunciaciones, concreto problema al que se refiere la litis y el recurso, bueno sería puntualizar que, dejando a un lado la renuncia presunta de los hijos a la que acabamos de referirnos, en relación con las cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados, la doctrina hace la distinción entre la renuncia a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de

³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, *La reserva clásica...*, *op. cit.*, p. 123.

³⁵ BERCOVITZ (Coordinador), *Comentarios al Código civil*, Pamplona 2001, p. 1130. No obstante, en algún sector ya antiguo de la doctrina hubo oposición a admitir la posibilidad de la renuncia a las medidas de seguridad. En este sentido se puede citar a MARÍN MONROY, («La reserva llamada tradicional u ordinaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930 a 1932, pp. 827 ss.): piensa que es irrenunciable el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía. Cree que la obligación es igual e independiente de la voluntad del reservatario; éste no obra por un derecho personal suyo al exigir las; puede no actuar, no exigir las, pero no liberar al reservista de obligaciones que podían exigirle otros posibles reservatarios. Entiende MARÍN MONROY que la renuncia de las garantías por el reservatario no puede liberar de sus obligaciones al reservista. De admitirse la liberación de éste de su obligación de garantizar, ello puede suponer, en la práctica, la imposibilidad de que el derecho sea efectivo en su día. (Los argumentos de este autor, largos, son rebatidos por VALLET DE GOYTISOLO, *La reserva clásica...*, *op. cit.*, p. 235).

³⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 284.

la obligación de reservar, y la concreta y específica renuncia a la reserva. La primera renuncia puede entenderse producida de una forma presunta, pues como su finalidad consiste en la exigencia de ciertas garantías que aseguren la obligación de reservar que la ley impone al bínubo si los hijos del primer matrimonio entienden que en su padre o madre concurren esas garantías, sin necesidad de su constitución formal, hay que presumir la existencia de la renuncia a las mismas, en aquellos casos en que el progenitor no las presta ni ellos la exigen; mucho más cuando estas garantías se refieren a unos concretos bienes, y el derecho de reserva tiene más bien una naturaleza obligacional referida al valor de los mismos».

A continuación la sentencia pasa a hacer unas consideraciones en torno a la renuncia a la reserva propiamente dicha: «Cosa distinta es la posición que legal y doctrinalmente debe tomarse en relación con la renuncia a la reserva, entendida ésta como la sujeción o limitación *inter vivos* y *mortis causa* del reservista, tanto en su ámbito personal como real. Literalmente la disposición legal exige que la renuncia sea «expresa»; prácticamente la totalidad de la doctrina científica opina en el mismo sentido, pues tratándose de una renuncia abdicativa, necesita que se efectúe de una forma clara, inequívoca y derivada de actos concretos que demuestren la voluntad del sujeto; y finalmente, la única doctrina jurisprudencial que en relación directa con la renuncia hemos encontrado (Sentencia de 3³⁷ de marzo de 1959), claramente se inclina por la exigencia de la forma expresa, añadiendo que a esta forma «no pueden equipararse actos más o menos concluyentes realizados a tal fin». La Sala tiene plena conciencia de su misión integradora del ordenamiento jurídico, cuando incide en la misma postura interpretativa sostenida en la sentencia que comentamos, dando con ello lugar a la reiteración que exige el núm. 6 del artículo 1.º CC, en orden a la creación de la doctrina jurisprudencial; y esta doctrina no puede ser otra que la exigencia de una forma expresa en la renuncia, para que cese la obligación de reservar». Es decir, para el Tribunal Supremo, cabe la renuncia presunta a las medidas de seguridad.

Los autores han criticado que se pueda hablar de «renuncia presunta»³⁸, fundamentándose en la propia doctrina, que, en materia de renuncia a los derechos, ha hecho la jurisprudencia. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se afirma que la renuncia a los derechos no es presumible. Galicia Aizpurua señala que la privación sin corresponsivo que implica todo acto de abdicación de un dere-

³⁷ Es 2 de marzo, no tres.

³⁸ Cfr. GALICIA AIZPURUA, «Comentario a la STS de 22 de junio de 1995», *CCJC*, septiembre/diciembre 1995, núm. 39, p. 1142.

cho impone una estricta interpretación del mismo, de modo que, en cualquier caso, la renuncia debe manifestarse en forma clara, precisa e inequívoca. Tal exigencia, manifiesta este autor, no es incompatible con la admisibilidad de las renunciaciones tácitas, si bien éstas se consideren válidas y eficaces únicamente cuando plasman en actos concluyentes que demuestren de forma indubitada la voluntad de renunciar³⁹. Por tanto, a falta de una declaración de voluntad expresa, el renunciante ha de observar una conducta de la que se deduzca necesaria y unívocamente aquella toma de posición respecto del derecho de que se trate, posición vinculante para quien la adopte, ya que, consistiendo su efecto en la automática extinción de un derecho, su revocación supondría la readquisición de un derecho ya extinguido.

De tal doctrina jurisprudencial deduce Galicia Aizpurua una conclusión esencial: la mera abstención en el ejercicio de un derecho —no prescrito—, por sí sola, no debe interpretarse como renuncia al mismo; esto es, la conducta puramente omisiva del titular, a falta de otros datos, no permite concluir la existencia de una (tácita) renuncia al derecho en cuestión. El efecto jurídico de la renuncia (extinción de un derecho subjetivo) depende, en todo caso, del consentimiento del renunciante, de forma que es necesaria una voluntad negocial declarada a través de una conducta concluyente, a la que nunca podrá asimilarse la mera inactividad del titular.

Critica, por consiguiente, Galicia Aizpurua, la posición del Tribunal Supremo (él lo hace en relación con la STS de 22 de junio de 1995, pero se puede aplicar perfectamente a la doctrina jurisprudencial de la sentencia que estamos viendo) que estima que las renunciaciones a las medidas de seguridad puede presumirse y al fundamentar tal presunción en la conducta meramente omisiva de los reservatarios.

Pienso que esta doctrina es correcta. La constitución de la garantía hipotecaria tiene un sentido claro: la protección de los hijos. Hay que mirar con lupa la posibilidad de esta renuncia. No basta cualquier renuncia: ha de ser inequívoca, sea expresa o tácita.

Cosa distinta es que el ejercicio del poder constituir una hipoteca legal haya de verificarse siempre de manera leal, pues le son aplicables los mismos límites que a todo derecho impone el principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la doctrina del «retraso desleal» como concreción de la regla genérica contemplada en el artículo 7.1⁴⁰.

³⁹ Trae a colación GALICIA AIZPURUA las STS de 26 de septiembre de 1983, 25 de abril de 1986, 4 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1988, 31 de octubre de 1991, entre otras muchas.

⁴⁰ Afirma GALICIA AIZPURUA que solicitar la constitución de las medidas de garantía tras el transcurso de un largo período de tiempo desde que nació la obligación de reser-

En el mismo sentido de lo anterior podemos citar la STS de 18 de octubre de 2001 ⁴¹.

En el motivo tercero del recurso de casación, doña Emilia P. alega que el hecho que los reservatarios no hayan pedido las medidas de seguridad implica la renuncia a la reserva. El Tribunal supremo afirma que ese motivo no debe estimarse. En el Fundamento Tercero dice:» La renuncia, si no es expresa, debe ser clara y concluyente para ser apreciada como tácita; nunca ha sido considerada como renuncia tácita el no ejercicio o ejercicio tardío de derechos: ambas son declaraciones jurisprudenciales reiteradas e indiscutidas. De ello se deriva, en primer lugar, que la realidad de que los reservatarios no exigieran el cumplimiento de las garantías de la reserva que se constituyó a su favor por el segundo matrimonio del padre, no implica en modo alguno renuncia tácita de la reserva» ⁴².

var podría estimarse un acto contrario a la buena fe si aquella inactividad suscitó en el reservista la confianza de que ya no le serían exigidas y siempre que no existiesen razones de peso que justificasen la reclamación, como, por ejemplo, una significativa alteración en la situación económica del reservista que hiciese peligrar el eventual derecho de los reservatarios.

⁴¹ Los fundamentos fácticos tal como aparecen recogidos en el Fundamento de Derecho Primero son los siguientes. Partimos del matrimonio de doña Piedad B. con don José GF, del que nacieron cinco hijos (Francisco Javier, M.^a Piedad, Fernando José, M.^a Cristina y Juan Carlos). La esposa doña Piedad B falleció el día 28 de noviembre de 1966, en cuyo testamento (de 1 de septiembre de 1962) legó a su esposo el tercio de libre disposición y la legítima de la cuota de usufructo, nombrando herederos a sus cinco hijos; en escritura de 22 de mayo de 1967 se practicó la liquidación de gananciales y la partición de la herencia, adjudicándose bienes al esposo sin especificar en qué concepto se hacía cada uno de ellos. En fecha 13 de junio de 1970, en documento privado entre don José GF y sus hijos, se hace la «distribución definitiva de la herencia (de la madre) en la forma que antecede y que voluntariamente aceptan». El esposo, en fecha 24 de junio de 1970, contrae segundas nupcias con doña Emilia P (codemandada y recurrente en casación). En fecha 20 de febrero de 1987 celebran ambos capitulaciones matrimoniales en las que pactan el régimen de separación de bienes y liquidan la comunidad de gananciales. En fecha 24 de mayo de 1988 don José G vende a doña Emilia P la nuda propiedad de una tercera parte indivisa de la casa sita en la calle Cinca, de Madrid, que había sido adjudicada a aquél en la escritura de 22 de mayo de 1967. En fecha 23 de mayo de 1991 don José G otorga testamento en el que lega a su mencionada esposa el tercio de libre disposición, la legítima en usufructo y nombra herederos a los hijos. Anteriormente, el hijo mayor, Francisco Javier, falleció intestado, soltero y sin descendencia, en fecha 20 de agosto de 1970. Los hijos sobrevivientes al momento de la consumación de la reserva (muerte del reservista, 26 de agosto de 1992), tres de ellos, don Juan Carlos, don Fernando José y doña M.^a Piedad GB formularon demanda contra su hermana, también reservista, doña M.^a Cristina GB, que se allanó a la misma, contra doña Emilia P –segunda esposa del reservista– y don José Ignacio NB, albacea del mencionado testamento del reservista, exigiendo el cumplimiento de una y otra reserva.

⁴² Con ello esta sentencia no sigue el criterio de la STS de 8 de octubre de 1923, que aceptó el criterio del Juzgado y la Audiencia, que habían estimado renuncia tácita a exigir las garantías, por no haber sido ejercitadas durante veintiséis años en un caso en que el reservista había inmatriculado un inmueble sin hacer constar su carácter reservable y sin que los presuntos reservatarios lo exigieran, los cuales habían intentado su ulterior ejercicio cuando luego, bastantes años después, el reservatario que sobrevivía (el otro había fallecido) reclamó la constitución de la hipoteca para garantía de la restitución del importe del inmueble en cuestión que el reservista había vendido.

No obstante cabe discutir, como hace Puig Brutau⁴³, si el retraso en pedir que se constituyan las medidas de seguridad equivalen a una renuncia tácita. No es tan radical este autor como la sentencia que acaba de ser citada, ya que entiende que en cada caso se tratará de un problema de interpretación en vista de cuantas circunstancias concurren, pero será lo normal que el retraso implique el reconocimiento de la plena eficacia de los actos de disposición a título oneroso que mientras tanto haya realizado el reservista, dejando abierta la posibilidad de pedir la constitución de dichas medidas de seguridad en momento posterior y en la medida de lo posible.

Roca Sastre, en un conocido dictamen⁴⁴, plantea la cuestión de lo que sucede cuando el reservista, en buenas relaciones con el presunto reservatario, le pide que autorice la enajenación como libre de una finca reservable. Lo que se discutía es si una escritura era de liberación o de autorización; es decir, si por ella quedaban liberadas todas las fincas del gravamen de la reserva, por renuncia de este gravamen, o si subsistía la condición de reservables en cuanto a las fincas no vendidas. Dice Roca Sastre que en principio hay que entender que sólo se trata de un acto jurídico de asentimiento del reservatario, en el sentido de que faculta al reservista para vender las fincas libres de la reserva. Explica dicho autor la distinción entre poder y consentimiento, o sea, entre apoderamiento y autorización en sentido específico. En el poder otorga el autorizado en nombre del autorizante y en el consentimiento otorga el autorizado en su propio nombre. Según afirma, tanto si se trata de un poder como de un asentimiento, su mero otorgamiento no provoca la extinción automática del gravamen, es decir, que no implica una renuncia total e inmediata del reservatario a la reserva. La razón es que no cabe confundir una simple renuncia de derechos con un acto de mera autorización, asentimiento o consentimiento del reservatario dirigido solamente a que cuando el reservista venda bienes reservables pueda hacerlo en concepto de libres de la reserva. Parece que ha de prevalecer la interpretación estricta, en el sentido de que, si no consta lo contrario, ha de estimarse que la voluntad de liberar del reservatario se refiere a los bienes comprendidos en las enajenaciones que el reservista pueda otorgar. Como fundamento puede verse el artículo 1289, párrafo primero, CC. Pero sin duda, señala Puig Brutau⁴⁵ será misión del Notario que otorga la escritura dejar claramente reflejada la verdadera voluntad del reservatario que por lo

⁴³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁴ ROCA SASTRE, «Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento de los reservatarios», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1953, pp. 287 ss.

⁴⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 286.

regular querrá eximir de la reserva a determinados bienes sin renunciar a que subsista sobre los demás e incluso sobre lo obtenido como contraprestación de los enajenados y, por tanto, sin renunciar a la posibilidad de establecer la hipoteca.

La renuncia a las medidas de seguridad puede ser hecha por todos los reservatarios o solo por alguno o algunos. En el primer caso, la renuncia es plenamente efectiva⁴⁶.

Por último, la renuncia a adquirir los bienes reservables al fallecer el reservista es, como ya hemos dicho, cuestión distinta de los otros dos tipos de renuncia y cuya diferencia con la renuncia a las medidas de seguridad es clara⁴⁷.

⁴⁶ En cuanto a la renuncia a la reserva propiamente dicha, la cuestión esencial se halla en el artículo 970 CC, es decir, en el objeto de la renuncia. Este precepto está en íntima conexión con la construcción que se haga de las reservas. Siguiendo a GALICIA AIZPURUA, vamos simplemente a recordar las de Vallet y Lacruz (Cfr. Op. cit., p. 1146). Ambos autores sostienen concepciones radicalmente diversas acerca de la estructura y el funcionamiento de las reservas, que están en íntima relación sobre la cuestión de si existe o no una delación reservataria autónoma. Así, para Lacruz, los bienes reservables son objeto de una auténtica delación especial, aislada de la sucesión general del reservista y por la que no resulta influida. Por el contrario, Vallet conceptúa la reserva como un mero freno a la libertad dispositiva del reservista, siendo su objetivo esencial impedir que aquél desvíe los bienes reservables del círculo de parientes designados por la ley; no hay, pues, delación especial, sino la ordinaria de la herencia del reservista, sea testamentaria o abintestato, limitada, en todo caso, por la reserva. Estas diversas concepciones de ambos autores determinan una diversa interpretación del artículo 970. Sí hay coincidencia en cuanto al momento al que debe entenderse aplicable lo dispuesto en el mismo: lo que hace cesar la renuncia en él contemplada es la vinculación de los bienes en situación de reserva pendiente. Pero las discrepancias atañen al objeto de esta renuncia: a) Para Vallet, siendo la reserva una mera limitación a la libertad dispositiva del reservista (y no una suerte de delación especial), la renuncia del artículo 970 únicamente puede suponer la renuncia a la sujeción *inter vivos* y *mortis causa* sufrida por el reservista, tanto en su ámbito personal como en el real. El efecto jurídico de la renuncia queda, por tanto, circunscrito a una simple remisión de la sujeción del reservista (que incluso podrá ser parcial, es decir, referida exclusivamente a unos bienes determinados), de forma que los renunciantes ya no podrán exigírsela o reclamar a su muerte contra aquellos actos del mismo que la hubieran contravenido. Lo que no contempla de ninguna manera el artículo 970 es una renuncia a suceder en su día en los bienes reservables (o lo que es igual, una renuncia a una sucesión futura), pues tal resultado viene vedado por lo dispuesto en el artículo 991. Este precepto impide la renuncia a los bienes reservables para el caso de que testamentariamente o abintestato le fuesen atribuidos al presunto reservatario. El artículo 970 no constituye una excepción a lo estatuido en el 991, sino que regula algo distinto: la facultad de renunciar a exigir el cumplimiento forzoso de la reserva; b) Según Lacruz, la renuncia contemplada en el artículo 970 supone la dimisión de la especial sucesión reservataria, si bien únicamente de ella, es decir, de una sucesión que se defiere con independencia del patrimonio general del reservista. Toda hipótesis de renuncia encierra una *quæstio voluntatis*, es decir, la renuncia puede tener, en cada supuesto, un contenido distinto al descrito; más si nada se advierte, ha de entenderse dirigida a la misma delación reservataria, pues existe ya en la situación de pendencia un llamamiento a favor de los presuntos reservatarios (siquiera eventual y de efectividad futura).

⁴⁷ Refiriéndose PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-3.º, op. cit., p. 289) a la distinción entre ésta y la renuncia a la reserva propiamente dicha, dice que hay que tener en cuenta que liberar al reservista de la obligación de reservar o de la sujeción a la reserva, significa que los bienes que serían reservables quedarán en su patrimonio y seguirán la trayectoria que en su día corresponda. Los reservatarios pueden haber renunciado a la adquisición de tales bienes en virtud de la reserva, pero no por sucesión ordinaria si así correspondiese. Lo que precisamente no cabe renunciar –son palabras de VALLET, citadas por PUIG

Las personas obligadas a constituir la hipoteca son los reservistas, esto es, el viudo o viuda que pase a segundo o ulterior matrimonio (y haya hijos o descendientes del primer matrimonio); el viudo que durante el matrimonio haya tenido, o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial; el viudo que adopte a otra persona, con la excepción del caso de que el adoptado sea hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios⁴⁸.

La situación matrimonial del obligado a constituir la hipoteca puede influir en esta obligación, porque afecta al mismo hecho de la reserva. El problema se puede plantear si el primer matrimonio es nulo y existen hijos o descendientes del mismo.

El planteamiento de la cuestión es el siguiente. Para ser reservista, de acuerdo con el CC y la legislación hipotecaria, se ha de tratar de viudo/a. Estrictamente, en este supuesto no cabe hablar de viudos o viudas al disolverse el matrimonio. Dice González Porras⁴⁹ que los interesados jamás fueron marido y mujer, de modo que si una vez declarada la nulidad vuelven a casarse, viva o no cualquiera de ellos, el que contrae matrimonio se casa soltero y no viudo, porque casado no lo fue en ningún momento. Por tal razón habría que llegar a la conclusión que no tendría obligación de reservar.

Se trata, efectivamente, de una conclusión impecable. Pero, por medio, juega también el artículo 79 CC, como ha puesto de manifiesto González Porras⁵⁰. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos. Y el mismo precepto declara existentes los efectos civiles respecto del contrayente o contrayentes de buena fe siempre en relación con los hijos (arts. 968 CC y concordantes) y entre tales efectos se encuentra el de reservar, ya que el hecho de que se declare nulo no permite pensar que la voluntad del que, durante el matrimonio, donó o legó a quien pensaba era su cónyuge era la de que en caso de segundo matrimonio tales bienes fueran a otras personas y no a los hijos comunes⁵¹.

BRUTAU— es a heredar los bienes que eran reservables, pues a ello se opone el artículo 991 del Código, al prohibir la repudiación antes de que se tenga derecho a la herencia.

⁴⁸ No hay obligación de reservar cuando el adoptado es hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios. La razón es que al llevarse a cabo la adopción, el adoptado adquiere igual condición que los demás hijos, que hasta ese momento eran medios hermanos, y por virtud de la adopción se igualan impidiendo el peligro que trata de evitar la reserva.

⁴⁹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 42.

⁵¹ Y termina su argumentación GONZÁLEZ PORRAS diciendo que tal deducción se debe entender aplicable no solamente para el caso de que uno de ellos proceda de buena fe o ambos, sino también para el supuesto de que los dos hubieran procedido de mala fe, pues la protección se dispensa a los hijos y porque de no ser así los cónyuges que obran de mala fe recibirían mejor trato que quienes lo hicieran de buena fe.

Si lo que es nulo es el matrimonio posterior, hay que distinguir según que existan o no hijos o descendientes de este nuevo matrimonio. Si no existen, no cabe hablar de reserva, pues los hijos del primer matrimonio están en la misma situación que si hubiese permanecido viudo y sin hijos el cónyuge supérstite. Por el contrario, afirma el autor citado, no puede haber duda que existirá la obligación de reservar si quedan hijos del matrimonio nulo porque los hijos o descendientes de la unión anterior no pueden quedar menos protegidos que en el caso de haber tenido el viudo o viuda algún hijo no matrimonial.

Cuando el punto de partida de la reserva es la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, piensa González Porras⁵², que si el sobreviviente del declarado fallecido vuelve a contraer matrimonio y se dan los demás presupuestos de los artículos 968 ss. CC, no debe existir ninguna dificultad en admitir la obligación de reserva como si de una muerte real y cierta se tratase. El artículo 85 CC hace equivalente la disolución por la muerte o la declaración de fallecimiento de los cónyuges, como muestra el uso de la conjunción disyuntiva «o».

Pero, en la actualidad, el problema importante se plantea con el divorcio⁵³. El divorciado que vuelve a casarse, teniendo hijos de su anterior matrimonio, ¿queda sometido al régimen que el artículo 968 CC establece para el viudo que contrae nuevas nupcias?

Al introducir el legislador, en 1981, la disolución del matrimonio por divorcio, aportó un posible supuesto de sucesividad matrimonial con el que no contó, en 1889, cuando se promulgó el Código.

Hijos de anterior matrimonio lo son los del supérstite que vuelve a contraer matrimonio, e, igualmente, lo son los del divorciado o divorciada que vuelva a casarse.

Idéntico interés protegible, idéntica sucesividad matrimonial. Todo parece indicar, nos dice Arechederra⁵⁴, que el divorciado, que contrae ulterior matrimonio, quedará obligado a reservar determinados bienes, según establece el CC en el artículo 968.

Si nos fijamos en las opiniones doctrinales, para Vallet la respuesta es clara⁵⁵: la ratio de la reserva vidual en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento es la misma que en el caso de

⁵² GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 43

⁵³ Sobre este punto, es importante leer el artículo de ARECHEDERRA, «Divorcio y reserva de bienes», *ADC*, octubre-diciembre 1999.

⁵⁴ ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1396.

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 968 del Código civil», *Comentario al Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2292.

nuevas nupcias contraídas después de declarada la nulidad del anterior matrimonio o el divorcio.

Lacruz⁵⁶ nos dice que el supuesto que contempló el legislador de 1889 al redactar los artículos 968 ss. CC fue el de la muerte de un esposo. Constituía, por tanto, el presupuesto de aplicación de estos preceptos. Pero las cosas han cambiado tras 1981. Un acontecimiento que no pudo contemplar el legislador decimonónico, nos dice este autor, el divorcio, disuelve igualmente el matrimonio⁵⁷. Con mayor razón se impone la reserva si el divorciado vuelve a casarse o tiene otros hijos: el mismo conflicto de intereses debe tener la misma solución. Concluye Lacruz defendiendo la existencia de una reserva que denomina «paravidual» impuesta al divorciado bínubo o con prole ulterior.

Para De la Cámara entre el artículo 968 CC y el supuesto de divorcio se dan los requisitos del artículo 4.1 CC, sobre la analogía⁵⁸.

González Porras⁵⁹ opina que la admisibilidad actual del divorcio vincular hace pensar que el divorcio deba tener iguales efectos que la muerte. No existen, en su opinión, razones jurídicas que permitan valorar de forma distinta la obligación de reservar en la familia que crea nuevamente un viudo o viuda, que si esa nueva familia la crea una persona divorciada de matrimonio anterior.

En contra de estas opiniones se hallan Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁶⁰. Afirman que la argumentación de Lacruz es persuasiva⁶¹, pero lo cierto es que el legislador, que introduce el divorcio, sin embargo no ha alterado la reserva clásica del cónyuge superviviente que pasa a nuevas nupcias. Que esto haya sido o no un desacierto, es otra cuestión que el intérprete no puede corregir. Lo real es que el texto claramente se refiere al viudo o viuda.

Arechederra también niega que la reserva tenga cabida en el caso de divorcio, al menos en la reserva clásica, no así en la lineal. Se podría resumir su postura afirmando que la propia estructura de la reserva requiere lo que él denomina «el insustituible protagonismo del cónyuge premuerto»⁶². Sin el cónyuge difunto, todo el entramado normativo se viene abajo⁶³.

⁵⁶ LACRUZ, *op. cit.*, p. 466.

⁵⁷ «Y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo al otro», dice textualmente.

⁵⁸ DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1990, p. 325.

⁵⁹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 8.ª ed., Madrid 2001, p. 448, nota 1.

⁶¹ El divorcio debe ocasionar la reserva porque disuelve el matrimonio y además no da lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro.

⁶² ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1413.

⁶³ Habla de que el divorcio implica potencialmente dos reservas: «Al ser la disolución del matrimonio por divorcio una disolución entre vivos, ambos quedan capacitados

El Derecho histórico va a favor, naturalmente, de la postura de estos últimos autores citados. En el Derecho romano, la constitución *Feminae* (Cód. V.IX.III) del año 382 y la constitución *Genera liter* (Cód. V.IX.V) sólo contemplan la disolución del primer matrimonio por muerte. En un primer momento del varón, pensando en las segundas nupcias de la viuda; después indistintamente, pensando en las segundas nupcias tanto de la viuda como del viudo. Como dice Arechederra⁶⁴ parece que el subsiguiente matrimonio del cónyuge divorciado no requiere la adopción de estas precauciones. Y eso que la reserva, afirma este autor, nace en un contexto cultural divorcista, pero sin tenerlo en cuenta.

La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 no sólo reguló el mecanismo de disolución del vínculo matrimonial. También se ocupó de los efectos del divorcio sobre los propios cónyuges, sobre los hijos y sobre los bienes del mismo.

En su artículo 21 establece que «el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en el anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole».

El legislador tuvo en cuenta el supuesto de hecho que contempla el artículo 968 CC.

Además, también reguló la trascendencia sucesoria del divorcio. «El cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la sección séptima del capítulo II del título III del Libro III CC ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo Código» (art. 29)

Tuvo en cuenta el legislador las ulteriores nupcias del cónyuge divorciado. Su incidencia sobre la situación de los hijos. Se ocupó

para contraer matrimonio. Por lo tanto, el supuesto de divorciado bínubo con hijos de anterior matrimonio no agota todos los casos posibles. Queda el caso de ambos padres divorciados bínubos. En ese caso, los hijos del matrimonio disuelto –hijos de anterior matrimonio– pasan a ser reservatarios frente a ambos progenitores. Se trata de otra de las consecuencias de la falta de cónyuge premuerto, propio de la disolución del matrimonio por muerte de un cónyuge. Francamente, no creo que, si el CC hubiese tenido en cuenta el divorcio, en el momento de su redacción, hubiese llevado las cosas hasta ese extremo. Extremo, por otra parte, difícil de evitar». O se pregunta: ¿quiénes son los parientes del difunto? Nos dice: «Otra dificultad que presenta la ausencia de cónyuge premuerto es la de localizar a esos parientes del difunto, a los que se refiere el artículo 969 CC. Este precepto establece que el artículo 968 es aplicable «a los bienes que, por los títulos en él expresados el viudo o viuda haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste». Literalmente, esta disposición no es aplicable a los supuestos de disolución matrimonial por divorcio. Sin duda, el difunto del artículo 969 es el «difunto consorte» del artículo 968. El difunto consorte es el cónyuge *tradens*, a cuya transmisión de bienes se suman las que miembros de la propia parentela hayan realizado a favor del bínubo, por consideración al otro cónyuge».

⁶⁴ ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1402.

de las consecuencias sucesorias del divorcio. Y no mencionó la posibilidad de que se aplicase al cónyuge divorciado bínubo, con hijos del matrimonio disuelto, la obligación de reservar contemplada en el artículo 968 CC⁶⁵.

¿Cuál es el tiempo de constitución de la hipoteca? A tenor del artículo 160 LH, el tiempo durante el cual puede exigirse la constitución de la misma⁶⁶ va desde que surgió el hecho que motivó la posibilidad de constituir la hipoteca, hasta que la obligación que se debiera haber asegurado se ha extinguido; es decir, los reservatarios pueden solicitar esta medida desde el momento del nacimiento de la obligación de reservar hasta la muerte del reservista⁶⁷.

Alguna cuestión se puede plantear en torno al comienzo de la obligación de reservar. Ya sabemos que la reserva clásica se extiende a los supuestos que enumera el artículo 980 CC. El párrafo final de este artículo citado añade que la obligación de reservar «surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o adopción del hijo». Pero si aquel se ha producido durante el matrimonio, nos dicen Díez Picazo-Gullón⁶⁸, el viudo tiene la obligación de reservar desde que queda en ese estado por la muerte de su consorte; la reserva no se le impone porque sea padre, sino al viudo. Otra cosa, en opinión de estos autores, es que se le quiera dar efecto retroactivo a la reserva, que no impedirá la validez de los actos realizados por él en el período anterior al nacimiento de la obligación de reservar, sin perjuicio de los derechos de los reservatarios⁶⁹. Todo ello, por supuesto, coordinado con lo dispuesto en el artículo 261 RH, que establece el momento del cómputo de los ciento ochenta días.

⁶⁵ En la exposición resumida de la ley, hemos seguido a ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1399.

⁶⁶ Y las demás medidas de aseguramiento, como se desprende del artículo 184 LH.

⁶⁷ GALICIA AIZPURUA, «Comentario a la STS de 22 de junio de 1995», *CCJC*, núm. 39, septiembre/diciembre de 1995, p. 1144.

⁶⁸ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, 8.ª ed., 2001, p. 449.

⁶⁹ El artículo 980 CC recoge el supuesto tradicional de que el cónyuge viudo queda sujeto a la obligación de reservar cuando tenga un hijo en estado de viudez. El CC, en su versión original del artículo 980, había recogido este criterio: «La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será aplicable al viudo o viuda que, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga, en estado de viudez, un hijo natural reconocido, o declarado judicialmente como tal hijo. Dicha obligación surtirá efecto desde el día del nacimiento de éste». La reforma de 1981 dio nueva redacción al artículo 980, recogiendo este supuesto: «La obligación de reservar impuesta en los artículos anteriores será también aplicable: 1.º Al viudo que durante el matrimonio haya tenido o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial». La originaria redacción del artículo 980 planteó, señala VALLET (*La reserva clásica...*, *op. cit.*, p. 47), una duda práctica atendiendo a su núm. 2, que señalaba que la obligación de reservar del núm. 1 «surtirá efecto desde la fecha del nacimiento» de tal hijo. Esta duda guardaba relación con las enajenaciones de bienes inmuebles reservables efectuadas por el cónyuge viudo en el período intermedio entre el nacimiento del hijo y su reconocimiento o la declaración judicial de su paternidad o maternidad, duda que hoy se sigue manteniendo, aunque la solución vaya probablemente en el sentido de lo expuesto por DÍEZ PICAZO y GULLÓN tal como acaba de ser dicho.

Interesa destacar que los reservatarios no tienen más opción que pedir la constitución de esta garantía hipotecaria sin posibilidad de alternativas. Es ésta una doctrina ya antigua, recogida en el artículo 189 LH⁷⁰, y formulada por la STS de 6 de julio de 1916⁷¹.

El supuesto de hecho es el siguiente: falleció el padre viviendo la madre y una hija del matrimonio; después la hija falleció antes que la madre y ésta la sucedió abintestato. Es el supuesto clásico de la reserva lineal, como destaca Puig Brutau⁷², pues vivían dos hermanos del padre, presuntos reservatarios. Formuló la demanda uno de estos hermanos del cónyuge fallecido y pidió que la madre viuda, heredera de su hija, asegurase eficazmente la efectividad del derecho expectante de los presuntos reservatarios.

La sentencia recurrida había declarado que la demandada estaba obligada a asegurar con hipoteca (según el art. 191 LH) el valor de todos los bienes muebles reservables adquiridos por sucesión abintestato de su hija, y que si carecía de bienes hipotecables tenía que contraer la obligación de hipotecar los primeros que adquiriese (art. 197 LH), pero rechazó la pretensión de la parte actora de que se obligara a la demandada a depositar en un establecimiento de crédito los valores de la herencia que eran bienes reservables, en dicho supuesto de carecer de bienes hipotecables.

El recurso de casación alegaba que la sentencia recurrida había incurrido en interpretación errónea y violación de los artículos 811, 977 y 978 CC y 168, núm. 2, y 197 de la Ley Hipotecaria, así como las sentencias de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912; y añadía: «...guardando relación el sentido de las disposiciones citadas con el artículo 1.121 CC, también infringido, ya que este precepto de carácter general demuestra que, para los efectos del aseguramiento de bienes, quien tiene la condición de acreedor puede exigir aquellas medidas de aseguramiento que suplan las que las leyes taxativamente establecen, cuando éstas, por causas imputables sólo al reservista, no se pueden adoptar, e infringe asimismo el principio de Derecho que informa el artículo 494 CC, así como el propio

⁷⁰ Art. 189 LH: «Si el reservista no tuviere bienes que hipotecar, se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 186, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía. La providencia que en tal caso recaiga se limitará a declarar lo que proceda sobre estos puntos y la obligación del reservista de hipotecar los primeros inmuebles que adquiriera».

⁷¹ Esta sentencia tiene también interés porque señala un cambio de orientación doctrinal, en relación con la tesis clásica que defendía que el reservista tiene el usufructo de los bienes reservables y el reservatario la nuda propiedad. La tesis normalmente se planteaba precisamente en torno al problema si el reservatario podía o no transmitir su derecho sobre los bienes reservables. Señalar también que la sentencia citada se refiere concretamente a la reserva lineal.

⁷² PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 218. El desarrollo de la sentencia lo tomamos de dicho autor.

artículo, pues no pudiéndose dejar al arbitrio de la reservista los bienes muebles reservables que no ha podido asegurar con hipoteca, se halla en el mismo caso que el usufructuario que no ha prestado la fianza cuando la debe prestar, y teniendo tantos puntos de semejanza y aun de identidad la situación jurídica del reservista y la del usufructuario, se ha debido aplicar este artículo por la Sala sentenciadora, que infringe, además, el principio de Derecho sancionado, entre otras, en sentencias de 30 de octubre de 1891, 12 de noviembre de 1892 y 12 de febrero de 1896, de que donde existe la misma razón deben aplicarse las mismas disposiciones jurídicas, toda vez que existiendo igual razón para que el reservista asegure los bienes muebles que el usufructuario, deben adoptarse las medidas que impidan la enajenación o desaparición de los bienes que podrían ser irreivindicables si se enajenasen cumpliendo determinados requisitos que establece el Código de Comercio».

Este motivo y todo el recurso fue rechazado por el Tribunal Supremo, por lo que parece que para el Alto Tribunal la posición del reservista no puede identificarse con la del usufructuario y de esta manera llegar a la conclusión de que no deben imponerse al reservista las medidas aseguradoras que el artículo 494 CC impone al usufructuario en el supuesto contemplado ⁷³.

El considerando interesante es el tercero: «el hecho de que el reservista del artículo 811 carezca de bienes propios para constituir esta hipoteca no autoriza a utilizar, como pretende el recurso en su único motivo, las facultades que concede el artículo 494 CC, de vender los muebles y asegurar, mediante su depósito en un establecimiento público, su precio, así como las sumas en metálico y demás valores mobiliarios si el usufructuario no presta la fianza, en primer lugar porque es la misma ley quien prevé este punto, declarando el artículo 197 de la Ley Hipotecaria que cuando hay carencia de bienes para hipotecar se incoará también el expediente prevenido en el artículo 191, lo mismo que si los hubiera, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía, no siendo dable, en virtud de una interpretación extensiva, limitar el derecho de propiedad, y después porque falta toda analogía entre el reservista y el usufructuario para establecer, como el recurrente pretende, identidad en su situación jurídica desde el momento en que el reservista puede disponer de los bienes inmuebles como dueño, con las limitaciones impuestas en los artículos 974 y 975, y enajenar eficaz y

⁷³ El primer considerando de esta sentencia de 1916 afirma que los artículos 977 y 978 del Código sobre medidas de seguridad son aplicables a una y otra reserva. En el segundo considerando precisa cuáles son las medidas de seguridad a que está sometido el reservista cuando la reserva comprende bienes muebles.

absolutamente los muebles, sin más obligación que la de indemnizar, conforme determina el artículo 976...»⁷⁴.

Entramos a hablar del crédito garantizado, lo cual, de paso, nos indicará qué tipo de hipoteca es la que estamos considerando, aunque ya hemos hecho un comentario de que no es una hipoteca ordinaria.

El artículo 978 CC nos señala los conceptos que forman parte del crédito que es asegurado con la hipoteca legal. Dice el precepto: «Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:

1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte.

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

3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiera hecho a título gratuito.

4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados⁷⁵».

El núm. 1 del precepto habla de la «restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte»⁷⁶.

Nos dice Vallet que después de la reforma de 1981 queda como único criterio el de la restitución *in natura* que debe aplicarse a todos los bienes reservables por el padre y a todos los reservables por la madre, tanto si proceden del cónyuge premuerto, de algunos de los descendientes del anterior matrimonio o de parientes del difunto en consideración a éste.

En la originaria redacción de este número se preveía un segundo criterio de «devolución del valor» de los bienes procedentes de la dote estimada, excepción que dimanaba de la propia naturaleza de ésta, que expresaba el párrafo segundo del antiguo artículo 1346 CC, al decir que se transfiera su dominio al marido, quedando obligado éste a restituir su importe; por lo cual, señala Vallet, era lógico que si el marido heredaba de su mujer la dote estimada de ésta no heredaría

⁷⁴ Por tanto, concluye PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 220, según esta sentencia de 1916, el reservista no es un mero usufructuario porque puede disponer de los bienes reservables de la manera indicada. Pero de manera concreta, en este caso se trataba de la pretendida y rechazada extensión al reservatario de las medidas de seguridad que para el usufructo dispone el artículo 494 CC.

⁷⁵ Según el artículo 974 CC se hallan en dicho caso los inmuebles reservables que el cónyuge sobreviviente hubiera enajenado antes de contraer la segunda unión.

⁷⁶ Seguimos a VALLET, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIII, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid 1998, p. 363.

los bienes con los que se constituyó sino el importe en que se evaluaron al tiempo de su constitución y, consecuentemente, ese valor era el que se debería reservar en los casos de contraer nuevas nupcias o de reconocer un hijo natural habido en estado de viudez o declararse judicialmente su paternidad. Hoy al haber desaparecido CC la regulación de la dote, se ha eliminado esa referencia en el artículo 978, núm. 1⁷⁷.

El núm. 2 del artículo 978 se refiere al «abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia».

Es importante, en este sentido, que en el inventario de los inmuebles (sobre todo a efectos del art. 260 RH) se deba hacer constar el estado inicial de conservación de los mismos, precisamente para poder determinar la existencia de estos deterioros.

Señala Vallet⁷⁸ que el planteamiento de la obligación del reservista de abonar los deterioros sufridos por los bienes reservables, ya sean muebles o inmuebles, no parece separable de la cuestión de si tendrá derechos a que se le abonen los incrementos producidos por obra suya, es decir, por las mejoras que en ellos haya efectuado.

Pasando al primer punto, los «aumentos», señala el ilustre autor que los incrementos de valor de los bienes reservables pueden ser aparentes –debidos a disminución del valor de la moneda– o reales y éstos, a su vez, intrínsecos o extrínsecos. El plusvalor aparente y el real intrínseco seguirán el curso y los eventos de la reserva. Otra cosa es el plusvalor extrínseco de los bienes reservables, es decir, debido a mejoras del reservista.

Para Vallet no ofrece duda que las mejoras hechas por el reservista deberán seguir el principio de la accesión, entendiéndose que lo dispuesto en el artículo 358 CC no se refiere sólo a la propiedad actual sino también a las peripecias ulteriores de ésta que deriven de causas anteriores al hecho que produjo la accesión. Pero la cuestión se plantea, según este autor, al tratar de determinar si el reservista tendrá derecho no sólo a las impensas necesarias (que corresponden incluso al poseedor de mala fe, según el art. 453, párrafo primero) y al *ius tollendi* de las suntuarias (art. 454), sino también a las útiles o mejoras. Y asimismo en precisar si en estos supuestos los reservatarios tendrán en su día la misma opción que concede al propietario el apartado final del párrafo segundo del artículo 453,

⁷⁷ Aunque señala VALLET (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 363) que nada impide que se pacte la constitución de dote inestimada, pese a su general desuso; y, de darse ese supuesto, el único criterio razonable seguirá siendo el que se preveía en el inciso estimado superfluo en la reforma.

⁷⁸ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 363.

entre satisfacer el importe de los gastos útiles o abonar el aumento de valor que por razón de ellos haya adquirido la cosa ⁷⁹.

Sobre esto sigue valiendo lo que ya hace decenios dijo la Academia Matritense del Notariado, que en su sesión académica de 30 de mayo de 1894, había adoptado por mayoría el acuerdo de estimar aplicable al reservista respecto a las mejoras lo dispuesto en el CC para el poseedor de buena fe, lo cual también le conferiría derecho al abono de las correspondientes impensas ⁸⁰.

Respecto a los «deterioros» sufridos por los bienes reservables, siguiendo a Vallet ⁸¹, se puede distinguir los bienes consumibles de los bienes deteriorables.

Al primer supuesto nos podemos plantear si se le aplica el artículo 482 CC ⁸² sustituyendo «usufructuario» por «reservista». Nos parece que la respuesta ha de ser positiva y, además, entendemos que es un supuesto que se halla fuera del núm. 2 del artículo 978 CC.

El artículo 978, núm. 2 está pensando en cosas no consumibles, que se pueden deteriorar, o bien por el transcurso del tiempo o por su uso. Y se plantea si serviría el criterio del artículo 481 CC ⁸³.

Afirma Vallet ⁸⁴ que parece que este criterio es el mismo que se desprende del artículo 978, núm. 2, para toda clase de bienes reservables, muebles o inmuebles, deteriorables o no por su uso.

Manifiesta también Vallet ⁸⁵ que los deterioros sufridos por los bienes muebles o inmuebles reservables ocasionados por culpa o negligencia del reservista se deben a los reservatarios, puesto que

⁷⁹ Para VALLET hay dos caminos para contestar a estas cuestiones. Uno, incorrecto, que es el dogmático y que asimila al reservista al usufructuario (con aplicación del art. 487 CC); o lo asimila al obligado bajo condición suspensiva (que llevaría al mismo resultado que el anterior); o al obligado bajo condición resolutoria (con igual resultado); o al heredero gravado con sustitución fideicomisaria (con aplicación del art. 783, párrafo 2.º, CC); o al comprador bajo pacto de retro (con aplicación del art. 1518, núm. 2, CC). Y el otro camino es el teleológico, de acuerdo con la línea marcada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1933. La solución para VALLET es clara: el derecho de los reservistas a las mejoras no puede valorarse menos que las del heredero sujeto a sustitución fideicomisaria o del comprador vinculado por el pacto de retro, sin necesidad, por otro lado, de hacer ninguna asimilación.

⁸⁰ Acuerdo citado por VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 365.

⁸¹ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 366.

⁸² Artículo 482 CC: «Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

⁸³ Artículo 481 CC: «Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia».

⁸⁴ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 366.

⁸⁵ Ídem.

aquél se halla obligado a asegurarlos con hipoteca a tenor del número 2 del artículo 978 CC. Ese deterioro puede llegar a equivaler a la pérdida del bien si prácticamente se anula su valor.

Con arreglo al artículo 1183 CC se deberá presumir que el reservista es culpable del deterioro, salvo prueba en contrario. Y, de conformidad al número 2.º del artículo 978, en relación al artículo 1107 CC, deberá reservar el montante del deterioro valorado en el momento de producirse, a no ser que se debiera a dolo del reservista, pues entonces se estará a lo dispuesto en el párrafo 2.º de este último precepto⁸⁶.

Cree Vallet, y parece razonable, que el criterio de compensar los desperfectos debidos a culpa o negligencia con las mejoras efectuadas (cfr. art. 488 CC) es aplicable a las reservas⁸⁷.

Pasamos a los números 3.º y 4.º del artículo 978.

Para Vallet, las dos obligaciones contenidas en ambos se reconducen al tema de las subrogaciones en las reservas⁸⁸. Distingue este autor entre la estricta subrogación real (cosa por cosa; cosa por el crédito de su precio pendiente, o por el importe de la indemnización, seguros o expropiación que deba percibirse) y de otra, la subrogación de su valor, en virtud de la cual la reserva queda referida a una suma de valor, bien sea el importe del precio de los bienes vendidos o el valor de éstos.

Supuestos de subrogación real, de cosa por cosa, son, en el caso de bienes inmuebles reservables:

1.º Cuando el cambio de cosa reservable por otra se haya producido forzosamente para el reservista en virtud de disposición legal, o bien por un previo convenio contraído por el cónyuge viudo antes de surgir su obligación de reservar, e incluso por alguna forma de accesión natural o por industria de tercero (arts. 370, 382 y 383, párrafo 2.º, CC).

2.º Si el reservista permutó un bien reservable con autorización de los reservatarios que, al conceder dicha autorización, admitieron o exigieron que se produjese la subrogación⁸⁹.

En cuanto a los bienes muebles, en opinión de Vallet, dada la libre disponibilidad que de ellos tiene el reservista (art. 976 CC),

⁸⁶ VALLET, *Comentarios...*, *op.cit.*, p. 367.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 367 ss.

⁸⁹ Un caso discutible, en opinión de Vallet, es el supuesto de que el reservista, ilícita, pero eficazmente, permute por otro inmueble un inmueble reservable inscrito en el Registro sin constancia de su calidad. Este autor cree que, dada la ilicitud cometida por el reservista, los reservatarios podrán optar entre admitir la subrogación o exigir la equivalencia en metálico del valor del bien reservable permutado. Trae a colación la Audiencia de Madrid, que así lo había admitido en la sentencia que dio lugar al recurso de casación que rechazó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1952.

en principio no se puede operar la subrogación, sino únicamente la subrogación de valor prevista en los artículos 976 y 978 CC.

La otra modalidad de subrogación real (*pretim succedit in loco rei*) tendrá lugar en todo caso de enajenación de bienes muebles, así como en las enajenaciones válidas de bienes inmuebles –por tratarse de bienes inscritos sin constatación registral de su carácter reservable–, cuando todo o parte del precio esté aplazada, y en los casos de expropiación pendiente de cobro o de indemnización o seguro debido por su pérdida o destrucción. En todos estos casos, los reservatarios se subrogarán en el crédito por el precio o indemnización pendientes al consumarse la reserva, operándose de conformidad al principio general –recogido en el artículo 1186 CC– de subrogación de la cosa perdida para el acreedor por todas las acciones que, por razón de ella, el deudor tuviera contra terceros.

Los números 3.º y 4.º del artículo 978, en relación con el artículo 976, se hallan en el ámbito de lo que Vallet denomina subrogación de valor. Es la subrogación del bien reservable por su valor en moneda y constituye el medio normal de dar satisfacción a los reservatarios cuando los bienes que debían reservárseles han quedado fuera de su alcance⁹⁰.

Sobre este punto, señalar que el viudo enajene o grave los bienes reservables no es la regla, sino la excepción⁹¹. Ya Manresa justificaba la excepción en el sentido de no estorbar la circulación de la riqueza, no amortizar el capital mueble o inmueble, fundamentos que purgan a la reserva de los principales inconvenientes de que adolecía. De este modo, nos dice el ilustre autor, 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 valor asegurado con hipoteca. Y en cuanto al cónyuge viudo, añade, nada gana porque ha de entregar un equivalente de lo que enajenó. La excepción, afirma, 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 contratación⁹².

⁹⁰ De subrogación de valor habla la SAP de Cuenca, 26 de junio de 1997, en su Fdo. Tercero: «... En cuanto a la constitución de hipoteca legal, no existiendo renuncia a su exigencia, el criterio aplicable es que, a falta de la posibilidad de devolución de los bienes inmuebles reservables, si éstos hubieran sido válidamente enajenados, el artículo 978.4 CC obliga a asegurar con hipoteca dicha obligación, si bien en cuanto al valor de la enajenación, ya que esa *subrogación de valor* (el subrayado es nuestro) da satisfacción a los reservatarios cuando los inmuebles han quedado fuera de su alcance...».

⁹¹ DORAL, «La reserva hereditaria común», *Anuario de Derecho civil*, julio-septiembre 1977, p. 532, nota 64.

⁹² MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, Madrid 1924, p. 285.

En relación con estos dos números García-Bernardo Landeta⁹³ habla de deuda de valor. Aunque el artículo 978,3.º, inciso 1.º, refiere la hipoteca a «la devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados», el artículo 974 habla «de asegurar el valor de aquellos», el artículo 976 de «la obligación de indemnizar» que es pagar el valor del bien y no una fracción que a causa de la inflación representaría el precio y el artículo 978,3.º, inciso final y 4.º se refieren al valor de los bienes donados y al valor de los inmuebles válidamente enajenados, lo que una interpretación gramatical, lógica y sistemática, nos dice este autor, consagra la deuda de valor como técnica para asegurar la conservación de los bienes reservables, y la interpretación histórica conduce también a la deuda de valor, pues el artículo 1170 CC al imponer que la deuda se pague en la moneda de oro o plata que tenga curso legal en España, lo que es contrario al nominalismo en que incurriamos, si asegurásemos un precio y no un valor, que es la interpretación que más se aproxima al artículo 1170, incluso en los casos de curso forzoso del dinero.

A todo lo anterior se podría añadir el artículo 263,4.º del Reglamento Hipotecario, que dice:»El acta de constitución de la hipoteca para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria y, además, las siguientes: 4.º Relación y valor de los bienes reservables». Este valor, señala García-Bernardo Landeta⁹⁴, es el de los bienes cuya restitución hay que asegurar, no su precio. Sería injusto garantizar un precio devaluado por la inflación, que represente la mitad, la tercera, la quinta o la décima parte del valor del bien enajenado⁹⁵.

El número 3.º del artículo 978 CC habla de la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados y de la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiese hecho a título gratuito. El número 4.º, más genéricamente, sólo

⁹³ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La subrogación real en el Derecho común español*, Madrid 2000, p. 89.

⁹⁴ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, p. 209.

⁹⁵ LACRUZ señala lo siguiente: «La hipoteca garantiza la restitución del valor real de los bienes en cada momento, y, por tanto, puede solicitarse su ampliación si aquél crece. El precio de los bienes enajenados válidamente (cfr. art. 978 CC, núms. 3.º y 4.º) que deberá garantizarse con hipoteca, habrá de ser el del importe a restituir. Por tanto será el de venta cuando corresponda al precio corriente en el lugar y época, más siendo éste demasiado bajo, será el verdadero valor de la cosa en la época de la venta (salvo que la enajenación a bajo precio hubiera sido consentida, con conocimiento de ello, por los reservatarios efectivos), y en caso de dolo, y no pudiéndose recuperar la cosa, se contará también el mayor importe al consumarse la reserva por vía de indemnización de daños: así, en particular, enajenándose a tercero de buena fe el inmueble cuyo carácter reservable no consta en el Registro pues la expresión «válidamente» en el artículo 978,4.º no se refiere a estas enajenaciones para las cuales no estaba facultado el reservista, aun cuando sean eficaces». *Cfr. Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 485.

alude al valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados. ¿Cuál es el momento con relación al cual hay que computar el valor en este último supuesto?

En el número 3.º, la cuestión aparece clara: el valor del bien mueble que hay que asegurar es el que tenía cuando se hizo la enajenación. Dicen Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁹⁶ que puede aplicarse, para determinar el momento en relación al cual hay que computar el valor en el caso del número 4, el mismo criterio del número anterior: el que tenía cuando se hizo la enajenación. La razón de analogía se halla en que, tanto en un caso como en otro, estamos en presencia de enajenaciones válidas.

Con respecto a los otros dos números del precepto, nos hallamos también en presencia de una deuda de valor. O bien estamos ante una valoración del deterioro producido en el momento de producirse o bien la restitución de los bienes muebles no enajenados deberán valorarse a los efectos análogos que los de la misma clase aportados en dote inestimada, según regulación contenida en la misma legislación hipotecaria⁹⁷.

En cuanto a la valoración de los deterioros posibles, la doctrina habla de fijar una cantidad alzada⁹⁸.

Respecto a la restitución de los bienes muebles no enajenados, no nos interesa la cuestión de la derogación de la dote en el CC, sino los criterios que se mantienen en su regulación en la legislación hipotecaria.

En la hipoteca por bienes dotales o parafernales aportados como dote inestimada, de momento el marido sólo tiene la obligación de devolver los mismos bienes (si no son fungibles), u otro tanto de la misma especie y calidad (si son fungibles), o sea, una obligación de dar cosa distinta de dinero, si bien, a los efectos de la garantía hipotecaria de su devolución, se valora en una cantidad

⁹⁶ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 453, nota 3.

⁹⁷ ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, 7.ª ed., 1979, p. 922. El RD de 12 de noviembre de 1982 suprimió todos los artículos del Reglamento Hipotecario referentes a la hipoteca dotal (250 a 258), justificándolo en la Exposición de Motivos en la que se dejaban subsistentes los de la Ley Hipotecaria, porque la «supresión de los artículos reglamentarios relativos a la hipoteca dotal» parecía «suficiente la regulación contenida en la Ley Hipotecaria para resolver los problemas que pudieran plantearse en Derecho foral o especial», dado que la dote en el CC fue derogada por la Ley de 13 de mayo de 1981. Esta derogación fue dejada sin efecto volviendo a tener vigor los artículos 250 a 258 del Reglamento Hipotecario por el RD de 10 de octubre de 1984 que basa esa determinación en «la aceptación por el Gobierno del requerimiento de incompetencia formulado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña».

⁹⁸ ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, IV-2.º, p. 976. DORAL, refiriéndose a la hipoteca en general, dice que se trata de 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 de seguridad y, dentro de ella, en opinión de este autor, una hipoteca de máximo (*cf. op. cit.*, p. 544).

predeterminada que constituye la deuda pecuniaria que directamente asegura la hipoteca.

Esta valoración se hace, como dice el artículo 174 LH, «con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca, para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de la restitución», o sea, según se decía en el Derecho Romano, una valoración que no producía venta, ya que se hace al objeto de reducir a un *certum* la responsabilidad en que pudiera incurrir el marido en el caso de pérdida de la dote. Por ello, tratándose de bienes no fungibles, el marido sólo tiene la obligación de restituir el valor de los bienes muebles dotales inestimados cuando éstos hubieran desaparecido por su culpa o voluntad. Criterio éste que, como hemos dicho, puede aplicarse al caso del núm. 1 del artículo 978, valoración que se haría en el momento de la muerte del reservista.

Podría suceder que el reservista constituyese la hipoteca legal sin el concurso de los reservatarios⁹⁹, conforme al artículo 260 RH. Cuando se trata de fijar el importe de la hipoteca legal, a falta de escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios o sus representantes legales, presentará el reservista en el Juzgado inventario y tasación, en principio sobre la base de las operaciones particionales¹⁰⁰.

La jurisprudencia también va en la línea de considerar de que estamos en presencia de un crédito de valor. Antes citábamos la STS de 3 de marzo en relación con la renuncia a las medidas de aseguramiento. Pues bien, en el Fundamento Jurídico 3.º, de pasada, se nos dice que «el derecho de reserva tiene más bien una naturaleza obligacional referida al valor de los mismos (bienes reservables)».

La hipoteca en garantía de este crédito se configura como una hipoteca de seguridad¹⁰¹. Es decir, en la denominada hipoteca normal o corriente (hipoteca de tráfico)¹⁰², tanto la legitimación como

⁹⁹ Cfr. art. 186 LH.

¹⁰⁰ Valoración real de los bienes y, al mismo tiempo, para que lo anterior sea verdad, debe admitirse algún tipo de presencia del reservatario. Sería injusto no admitir la legitimación de éste para actuar contra las iniciales tasaciones presentadas por el reservista.

¹⁰¹ Y es de seguridad, porque en el momento en que se constituye la hipoteca, la estimación del valor de los bienes reservables, para su restitución, puede ser menor que el valor de los mismos cuando se tengan que efectivamente restituir, en el momento de la muerte del reservista. Y lo que habría efectivamente que devolver sería este valor, desconocido en el momento de constitución de la hipoteca. Por tanto, a efectos de la responsabilidad de la finca hipotecada, hay que establecer un máximo de responsabilidad. Además, en el momento de constitución de la hipoteca, se ignora el importe de los deterioros que sólo se valorarán a la muerte del reservista. También, entonces, hay que establecer un máximo en relación con este concepto. E incluso se puede prever una cantidad máxima en relación con las futuras enajenaciones de los bienes.

¹⁰² Las hipotecas legales no son de tráfico, pues están vinculadas o adscritas al servicio de garantía de intereses especiales, están destinadas a un fin superior de protección de intereses que merecen una atención específica de la ley.

la fe pública registral se refieren al crédito como a la hipoteca¹⁰³. Pero a veces puede ser conveniente que la garantía real quede ya establecida antes de que puedan quedar concretados todos los elementos de la obligación asegurada. Entonces se habla de la hipoteca de seguridad, en la que ni la fe pública ni la legitimación se extienden al crédito garantizado, y la cuantía de éste será la que resulte de la realidad fuera del Registro, incluso frente a terceros adquirentes o cesionarios del crédito hipotecario¹⁰⁴.

Dentro de las hipotecas de seguridad, la doctrina discute si se trata de una hipoteca por una obligación futura o por una obligación sometida a una condición suspensiva. Ambas aparecen, en la legislación hipotecaria, unidas en los artículos 142¹⁰⁵, 143 LH¹⁰⁶ y 238 RH¹⁰⁷.

La eficacia de esta clase de hipoteca consiste en que el derecho real de garantía adquiere prioridad desde su inscripción, como nos dice el artículo 142 LH, aunque sólo si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse.

Contraída la obligación futura o cumplida la condición suspensiva de la que estaba pendiente su existencia y exigibilidad, la hipoteca surte efecto contra tercero desde su inscripción (art. 142 LH), por lo que pueden los interesados hacer constar esta circunstancia por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria (art. 143 LH).

¹⁰³ Prueba de esta unidad entre crédito e hipoteca es el artículo 144 LH: «Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos». Esto significa, dice PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, III-3.º, 3.ª ed., Barcelona 1983, p. 258), que toda alteración que sufra la obligación personal ha de hacerse constar en el Registro para que tenga eficacia frente a terceros.

¹⁰⁴ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-3.º, *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁵ Artículo 142 LH: «La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse.

Si la obligación asegurada estuviera sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición».

¹⁰⁶ Artículo 143 LH: «Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria».

¹⁰⁷ Artículo 238 RH: «Para hacer constar en el Registro que se han cumplido las condiciones suspensivas o que se han contraído las obligaciones futuras de que trata el artículo 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite, y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban lugar a ella.

Si alguno de los interesados se negare a firmar o ratificar dicha solicitud, podrá el otro demandarle en juicio ordinario. Si la resolución fuera favorable a la demanda, el Registrador extenderá la correspondiente nota marginal».

Si ocurre que la obligación futura no llega a contraerse, o queda definitivamente incumplida la correspondiente condición suspensiva, del mismo artículo 142 LH resulta, en sentido contrario, que la hipoteca no produce ni puede ya producir efecto alguno, por lo que se habrá extinguido y deberá cancelarse.

La última cosa a decir de estas hipotecas es que, siendo requisito ineludible de las hipotecas de cualquier clase la determinación exacta de la cantidad dineraria de que responde la finca, y no pudiendo precisarse esto en muchas ocasiones, en estas especiales hipotecas habrá de determinarse una cantidad máxima de que responda la finca; pero sin que esta exigencia las confunda con las denominadas de máximo, dado que en las hipotecas de seguridad, lo característico no es esta designación, sino el hecho futuro que determinará el nacimiento o no de la obligación garantizada con la hipoteca ¹⁰⁸.

¿Qué tipo de hipoteca de las de seguridad es la que estamos estudiando? Vallet de Goytisolo ¹⁰⁹ entiende que es un supuesto claro de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, aunque, a diferencia de lo que diremos más abajo, no cree que exista un crédito actual a los bienes, como reverso de la obligación de reservarlos ¹¹⁰. Ello lo impide, no sólo la futuridad del derecho, sino también la incertidumbre, indeterminación e, incluso, posible inexistencia actual del sujeto que en su día podrá exigir su transmisión y entrega ¹¹¹.

¹⁰⁸ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 602. Este autor distingue las hipotecas de seguridad de las de máximo. La característica de éstas, de que el derecho gravado con ellas responde de una cantidad que no será determinada hasta la ejecución, siempre que ésta se encuentre dentro de la señalada como máxima al constituirla, pese a que en este último requisito coincida con las hipotecas de seguridad, en opinión de este autor, no las confunde con ellas. En la hipoteca de máximo, la obligación garantizada ha surgido desde el instante mismo de la hipoteca, en tanto que en las de seguridad no surge hasta que nazca la obligación de indemnizar, la cual puede derivarse o no de una obligación no dineraria a la que se refiera. En la de máximo, el importe de la obligación real es variable desde su nacimiento; en tanto que en las de seguridad no puede existir variabilidad alguna, pues cuando surja la obligación de indemnizar, lo será ya con la indicación precisa de la cantidad a que se refiera. Son así grandes, en opinión de este autor, las diferencias entre aquellas hipotecas, que las perfilan suficientemente como para que no surja confusión alguna por el hecho de que tengan dos caracteres comunes, cantidad máxima de que responda la cosa hipotecada, e indeterminación de cuál será aquella por la que se ejecutará en su día la hipoteca, dentro de aquel máximo, si fuere necesario llegar a ese trámite del derecho real de hipoteca.

¹⁰⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, *La reserva clásica*, *op. cit.*, p. 451.

¹¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, *La reserva clásica*, *op. cit.*, p. 220.

¹¹¹ Añade que en la reserva pendiente puede haber sujeción, pero no obligación actual, y menos aún crédito, si ni siquiera se llega a conocer el sujeto, que tal vez aún no exista, y quizá no llegue jamás a existir. Mal puede existir, dice, un crédito a los bienes, si se desconoce a quien corresponderá y se ignora si ese futuro sujeto ya existe físicamente o si aún ha de nacer. Así lo entendió el Tribunal Supremo, afirma, cuando en la sentencia de 6 de julio de 1916 dijo, en su cuarto considerando, que no puede ostentar carácter de acreedor «quien como el reservatario tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, sino expectante por lo inseguro e incierto».

Vallet ha seguido una concepción amplia en torno a las hipotecas en garantía de una obligación futura¹¹², es decir, aquella posición que afirma que cabe constituir hipoteca en garantía de cualquier deuda (identificable) todavía no existente en absoluto y que puede o no llegar a aparecer¹¹³.

Para un sector mayoritario de la doctrina, estamos en presencia de una hipoteca sobre una obligación sometida a condición suspensiva. En este sentido podemos citar a Camy¹¹⁴. Las actuaciones registrales al surgir la obligación garantizada o al no poder surgir ya son las previstas en los artículos 142, 143 LH y 238 RH. Como aplicación de estos preceptos, trae Camy a colación, en orden al cumplimiento o incumplimiento de la condición, algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros. Así, en orden al incumplimiento de la condición, o sea, a no haber nacido la obligación que en su caso se garantizaba, se determinó para la cancelación de una hipoteca constituida por el vendedor de unos bienes sujetos a la reserva del artículo 811 CC, con la finalidad de que en el caso de tener lugar aquella tuvieren que devolverse los bienes por el comprador, y el vendedor no pudiese devolver el precio, dado que aquel hecho se le configuraba como condición resolutoria de la venta, el que no bastaría para cancelarla el hecho de que ya no se pudiese producir la devolución, sino que se requeriría una escritura otorgada por el acreedor (el que fue comprador de los bienes sujetos a reserva), o sentencia firme en su caso (Res. 8 de noviembre de 1951). Y asimismo se entendió que podría pactarse como determinante de la eficacia de la hipoteca el protesto de una letra de cambio (Res. 30 abril 1934).

Personalmente creo que estamos ante una hipoteca de una obligación futura, aunque la trascendencia práctica de su distinción con las hipotecas de obligación sometidas a condición suspensiva puede ser inexistente. No podemos olvidar que, aunque hablamos de crédito de valor, primordialmente lo que existe es una obligación de restitución de los bienes reservables, cuyo acreedor es el reservatario y cuyo deudor

¹¹² Sobre el tema, cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, 4.ª ed., Madrid 2001, pp. 301 ss.

¹¹³ Las razones para admitir esta posición amplia, según señala PEÑA, son las siguientes: 1.ª La literalidad de la Ley: admite «la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura», que puede llegar o no «a contraerse» (cfr. arts. 142 y 143 LH). 2.ª La congruencia con la solución que a problema análogo (fianza por deuda futura) da el artículo 1825 CC; 3.ª La doctrina sobre la admisibilidad de las reservas de rango; 4.ª La conveniencia de dar a las hipotecas «la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio» (cfr. Res. 21 de marzo de 1917 y 16 de junio de 1936) y, así, facilitar las operaciones entre Banco y cliente mediante la constitución por éste de una hipoteca de máximo que garantice el saldo de las operaciones que durante un período de tiempo pueda eventualmente, con total libertad, concertar o no con el Banco.

¹¹⁴ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 632.

es el reservista. Todo ello sin perjuicio que secundariamente se transforme en una deuda de valor, si no se pueden devolver los mismos bienes reservables. Ello implica que, primariamente, estamos ante una obligación, ciertamente de poca densidad jurídica, pero actual, no de deuda dineraria, pues ésta solo existirá cuando se vayan dando los diversos supuestos del artículo 978 CC Con lo que, al constituirse esta hipoteca, habrá de determinarse preventivamente la cantidad máxima a que puede ascender la responsabilidad hipotecaria.

Desde un punto de vista registral, cuando en la realidad jurídica se concrete la deuda de valor asegurada, cabrá que este hecho se consigne registralmente mediante nota marginal, practicada a base de la resolución judicial recaída, o de otro documento público, o por medio de la solicitud de que habla el artículo 238 RH.

Doctrinalmente, hemos seguido una posición estricta en torno a la posibilidad de la hipoteca en garantía de una obligación futura¹¹⁵. Esto es, sólo es posible constituir esta hipoteca cuando exista ya una relación jurídica básica jurídicamente vinculante –como es el caso del crédito de restitución por bienes reservables del reservatario– y de la que eventualmente pueda derivar en el futuro la deuda que se quiere garantizar –la posible deuda de dinero.

Peña Bernaldo de Quiros ha señalado diversas razones que apoyan la necesidad de la existencia presente de una relación jurídica básica que vincule ya al deudor:

1.^a El artículo 143 LH tiene que ser coordinado con la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio: no puede haber hipoteca si no existe en absoluto la relación obligatoria que con la hipoteca se pretenda garantizar. Los artículos 142 y 143 LH provienen de la LH de 1861, y según su Exposición de Motivos, si la hipoteca produce efectos, a pesar de que la obligación futura no ha tenido aún nacimiento, es «porque existe otra obligación preliminar... que lleva implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda».

2.^a En materia de hipoteca, como la cuestión afecta al número de los derechos reales, la solución procedente puede ser de mayor rigor que la que se dé en materia de fianza (que afecta al número de las obligaciones posibles). Admitir hipotecas, con efectos ya respecto de terceros, en garantía de una obligación que acreedor y deudor son absolutamente libres de contraer o no contraer, significaría crear un derecho real a favor de un hipotético futuro acreedor (con facultades actuales vacías de interés) –y un gravamen que habrá de soportar el dueño del bien hipotecado y los terceros– sin

¹¹⁵ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, op. cit., p. 302.

utilidad de presente que lo justifique socialmente. Si el dueño del bien que sufriría el gravamen es el posible deudor, estaríamos ante un gravamen con una contradicción estructural: sólo será efectivo si quiere quien lo sufre, puesto que de su libre voluntad depende contraer o no la obligación.

Además, admitir la hipoteca en garantía de deuda enteramente futura –¿por cuánto tiempo?– sería tanto como permitir la creación de reservas *erga omnes* de prelación, que quedarían al arbitrio del posible deudor, a pesar del carácter imperativo que rige la materia de la prelación de créditos: los acreedores preferentes, por ejemplo, los escriturarios, habrían de quedar postergados en relación con un crédito que el deudor, en ejercicio de su arbitrio, constituye después.

3.º La solución más libremente permisiva no es, tampoco, la que mejor sirve las necesidades del comercio. Si fuera admitida la hipoteca en garantía del saldo resultante, en determinado período, de las operaciones que entre Banco y cliente puedan, con total libertad, concertarse o no en el futuro «se propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipotecas sobre sus propios bienes en previsión de eventuales-hipotéticas-operaciones futuras» (con lo que el crédito del cliente quedaría agotado y con ello su libertad para negociar con otras entidades).

El siguiente punto a tratar en nuestro estudio es el de los bienes hipotecados.

Sobre este punto, nada especial. Se hipotecarán bienes inmuebles susceptibles legalmente de hipoteca, propios del reservista.

Podríamos discutir sobre si la elección de los bienes que deben gravarse corresponde a las personas que han de prestar la hipoteca o los que tienen derecho a exigirla. No estando la ley clara sobre este punto, probablemente lo mejor sería seguir la regla general que atribuye la elección al deudor. El artículo 160 LH sólo faculta para exigir que la hipoteca se constituya sobre *cualesquiera* bienes de que pueda disponer el obligado. El artículo 162 LH habla de *ofrecer* el deudor diferentes bienes, y lo que se discute es su suficiencia y parte de responsabilidad que debe asignarse. El artículo 165 LH requiere que en el escrito se *señalen* los bienes que pueden ser gravados. Dice Morell¹¹⁶ que todo indica que aquí, en absoluto, no se concede a nadie el derecho de elegir; se ofrecen diversos bienes por el deudor, o por el acreedor se señalan los que pueden gravarse, y después hay que proceder de acuerdo o mediante decisión judicial. Estima Morell¹¹⁷ que ni sería justo que el deu-

¹¹⁶ MORELL, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 291.

¹¹⁷ *Idem.*

dor pudiese dar en garantía los bienes que quisiese, gravados o libres, buenos o de imposible venta, en su caso, ni que el acreedor, teniendo buena y libre garantía, pudiese obligar a que sólo se gravasen las fincas por él escogidas. Totalmente, el hecho de que el acreedor pueda pedir ampliación de hipoteca, es un signo de que él no ha elegido los bienes que se entregan en hipoteca. No hay ampliación de hipoteca en la voluntaria: esto es porque se supone que el acreedor no va a aceptar cualquier bien. Sólo aquellos suficientes para cubrir la responsabilidad hipotecaria.

Hay una regla particular en la Ley hipotecaria en relación con el artículo 119 de la citada ley¹¹⁸. Es el artículo 162, a tenor del cual, si para la constitución de la hipoteca el reservista ofreciere diferentes bienes, y éste y el reservatario no se pusieren de acuerdo en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, decidirá el Juez o el Tribunal, previo dictamen de peritos.

La cuestión que se puede plantear es que el reservista no tuviere bienes sobre los cuales constituir la hipoteca por bienes reservables. En este caso, el juez declarará que queda obligado a hipotecar los primeros inmuebles que adquiera (art. 189 LH¹¹⁹).

Lógicamente, como señala González Porras¹²⁰, este artículo es de aplicación cuando el reservista carezca de bienes, ya que si tiene algunos, aunque sean insuficientes se procederá respecto de los mismos conforme a los preceptos anteriores y por la diferencia es por la que tendría sentido asegurar para el futuro.

Esta obligación del reservista no puede afectar a terceros mientras no se inscriba la hipoteca sobre los bienes adquiridos. Así lo entienden Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹²¹.

Esta doctrina tiene también trascendencia procesal, como afirman estos autores¹²². Entienden que para precisar bien los efectos de las hipotecas legales, éstas deben ser examinadas en dos fases. La primera fase comprende desde que se produzca el hecho que motiva la hipoteca legal, hasta que ésta se constituya y la segunda fase, se refiere al momento en que la hipoteca legal está constituida

¹¹⁸ Artículo 119 LH: «Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder».

¹¹⁹ Artículo 189 LH: «Si el reservista no tuviere bienes que hipotecar, se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 186, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía».

La providencia que en tal caso recaiga se limitará a declarar lo que proceda sobre estos puntos y la obligación del reservista de hipotecar los primeros inmuebles que adquiera».

¹²⁰ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 98.

¹²¹ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, 7.ª ed., Barcelona 1979, p. 974. Como bien señalan estos autores, esta obligación es bien poca garantía, pero siempre representa un esfuerzo a la obligación legal de hipotecar.

¹²² ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 906.

e inscrita. Nos hallamos ahora en la primera fase. Los reservistas se hallan simplemente obligados a constituir la hipoteca, pero sin que esta obligación tenga trascendencia real alguna sobre sus bienes. Por eso, nos dicen, pedida judicialmente la constitución de la hipoteca, es conveniente pedir la anotación preventiva de la demanda, pues la inscripción de hipoteca que en su día se practique, no opera con efectos retroactivos, sino que toma grado o prelación a contar desde su inscripción.

Señala la doctrina citada que aquí se revela el criterio de la ley, de no dar carácter de fianza a esta clase de hipotecas; la hipoteca no es de ineludible prestación por el reservista, de modo que si carece de bienes propios, no los debe buscar ajenos ni suplir su falta con fianza pignoratícia o personal, pues es suficiente que se comprometa a hipotecar los que adquiera en el futuro. La ley sólo exige la hipoteca en la medida de lo posible ¹²³.

Si el problema de que se trata es el de la suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitución, será el Juez o Tribunal quien dictamine.

En caso de que la hipoteca se revele insuficiente, el artículo 163 autoriza a que el reservatario pida la ampliación de la misma ¹²⁴. En este caso se practicaría una inscripción.

Este es un derecho —el de pedir ampliación de hipoteca— que sólo existe respecto de las hipotecas legales, no respecto de las voluntarias. Probablemente, como la doctrina se ha encargado de poner de manifiesto ¹²⁵, la razón hay que buscarla en el carácter forzoso o impuesto de la hipoteca legal, frente a la hipoteca voluntaria, que es libremente consentida. En ésta se deja al arbitrio del acreedor admitir la cosa que se le ofrece en hipoteca y prestar sobre ella en cuantía que deje margen suficiente en el valor que entonces tuviere la cosa, para que, en caso de una posible desvalorización o depreciación de la misma, quede aún cubierta la responsabilidad hipotecaria.

¹²³ En realidad, todo lo anterior procede de la desafortunada redacción del artículo 180 LH: «Si el marido careciere de bienes con que constituir la hipoteca de que trata el número tercero del artículo 169, quedará obligado a constituir la sobre los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera, pero sin que esta obligación pueda perjudicar a tercero mientras no se inscriba la hipoteca». ¡Naturalmente! Lo único que proclama el artículo es el derecho de la mujer (estamos en la hipoteca dotal) a exigir el cumplimiento del compromiso contraído. Y punto. No olvidemos que para que la hipoteca legal se entienda constituida es necesario la inscripción del título correspondiente. Entonces sí podríamos hablar de trascendencia frente a terceros.

¹²⁴ Artículo 163: «En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigir las o de calificar su suficiencia».

¹²⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-3.º, 3.ª ed., 1983, p. 181.

Entiendo que cabe reducir la hipoteca por bienes reservables. Hablaríamos entonces de cancelación parcial.

Llega el momento de hablar de los elementos formales de esta hipoteca así como del procedimiento de constitución, en especial de la posibilidad de una hipoteca unilateral.

En cuanto a los elementos formales, son el otorgamiento en escritura o documento público y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Brevemente, nos referimos a las cuestiones más generales, sin perjuicio de que al hablar del procedimiento de constitución, estudiemos todo lo que tiene de peculiar esta hipoteca.

El artículo 145 LH contiene la regla general por lo que se refiere a las hipotecas voluntarias¹²⁶. Con carácter más general –aplicable tanto a las hipotecas voluntarias como a las legales– nos encontramos con el artículo 1875 CC: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad».

«Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria a favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro».

A su vez, el artículo 159 LH establece que «para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan».

Por tanto, tanto para las hipotecas voluntarias como para las legales, con la excepción a que se refiere este artículo 1875 CC, son necesarios documento público o escritura notarial e inscripción¹²⁷.

En cuanto al primer requisito, la regla general es el otorgamiento de escritura notarial. Pero ello no obsta –a pesar del tenor literal del artículo 145 (que sólo se refiere a la escritura pública)– que en determinados casos la hipoteca pueda quedar establecida en documento público que no sea escritura notarial. Precisamente este es el

¹²⁶ Artículo 145 LH: «Para que las hipotecas queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se haya constituido en escritura pública; 2.º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

¹²⁷ Quizás aquí habría que traer a colación lo que señala GÓMEZ LAPLAZA (*Leyes hipotecarias*, edición preparada por Gómez Laplaza y Díaz García, 8.ª ed., septiembre 2003, p. 118, comentario al artículo 159) en el sentido de afirmar que el artículo 159 LH recoge con más precisión el contenido del artículo 1875 CC, en cuanto que la inscripción aparece como el único presupuesto constitutivo del derecho real de hipoteca, frente al artículo 145 LH que parece equiparar la escritura y la inscripción como requisitos constitutivos del mismo.

caso de la Hipoteca por bienes reservables. Aunque lo veremos con más detalle al estudiar el procedimiento de constitución de la hipoteca, podemos citar el artículo 260 RH (documento judicial). Preciando, por otro lado, que no hay inconveniente en que la hipoteca se constituya en escritura pública cuando se acceda a su constitución sin procedimiento alguno.

Respecto a la inscripción, ya hemos visto los diversos preceptos que la exigen y que hace a la doctrina afirmar que tiene valor constitutivo del derecho de hipoteca. Esto es, no sólo para que el derecho real pueda perjudicar a tercero, sino que para que quede válidamente establecida, la hipoteca ha de inscribirse.

Con carácter general, respecto a las circunstancias que deben contener las inscripciones de hipoteca el artículo 12 LH establece que las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiera estipulado. A su vez, el artículo 136 LH, declara que las inscripciones de las hipotecas se sujetarán a las reglas establecidas en el título segundo para las inscripciones en general sin perjuicio de las reglas especiales que, en nuestro caso, se refieren a la Hipoteca por bienes reservables. Lo que hay que destacar ahora es la necesidad de que aparezcan las circunstancias relativas a la obligación garantizada con la hipoteca y al importe de la responsabilidad hipotecaria, que en el caso de una hipoteca de tráfico, es el importe de la obligación asegurada, de acuerdo con lo establecido por el artículo 12 LH, pero que en el supuesto que estamos contemplando, esta responsabilidad se hace constar a base de la cantidad máxima que figura como tope de responsabilidad.

Pasamos ya al procedimiento de constitución de estas hipotecas. Aunque, como hemos dicho, vamos a ver si es posible la constitución unilateral de las mismas.

Los preceptos de la Ley Hipotecaria que se refieren a este modo de constitución son los artículos 138 y 141. A tenor del primero, las hipotecas voluntarias pueden ser las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan. A su vez, el artículo 141 dispone lo siguiente: «En las hipotecas voluntarias, constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma».

«Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la

finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La configuración jurídica ha sido discutida, sobre todo antes de la reforma hipotecaria de 1944-1946, cuando solo existía el artículo 138 LH. Los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria interpretaron este precepto a la luz de la realidad anterior, esto es, concluyendo que aludía exclusivamente a las hipotecas impuestas en acto de última voluntad¹²⁸. Va a ser la DGRN quien va a alterar el panorama, cuando en Resolución de 25 de junio de 1877 afirmó que «según la doctrina del artículo 138 LH las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio, sino por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyan, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen», resolución que fue seguida por muchas otras.

Esta postura de la DGRN llevó a la doctrina a un giro radical respecto a la interpretación dada por los primeros comentaristas, afirmándose ahora la validez –y, consecuencia de ésta, la inscribibilidad en el Registro– de las hipotecas constituidas por un sujeto sobre sus bienes sin contar con el consentimiento del acreedor. Si bien, al mismo tiempo, se afirmaba que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad¹²⁹.

La doctrina, en relación con el artículo 138 LH, sostuvo las posiciones siguientes¹³⁰:

- Teoría del consentimiento formal o meramente registral. Se interpretaba este precepto en el sentido de que consagraba en nuestro sistema el principio de consentimiento formal, con aplicación a la hipoteca.

Se trata de una postura de inspiración germánica, a base de considerar que si bien la hipoteca necesita para nacer o constituirse el acuerdo entre las partes, no obstante su inscripción puede preceder a tal acuerdo, en cuyo caso el dueño de la finca presta su consentimiento dirigido escuetamente a que en el Registro se practique una inscripción de hipoteca, cuyo asiento, por faltar dicho acuerdo constitutivo, provocará una inexactitud registral, la cual quedará rectificada mediante la cancelación de dicha inscripción y, positivamente, cuando acuda al Registro el correspondiente acuerdo de constitución, en cuyo último caso la hipoteca gozará del rango

¹²⁸ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho civil y Penal de España*, 1881, t. II, p. 438.

¹²⁹ *Digesto*, 50.17.69 y 39.5.19.2

¹³⁰ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 679.

ganado en virtud de aquella inscripción, sin necesidad de la técnica de la retroacción.

- Teoría de la reserva de rango. En el artículo 138 LH se quiso ver una situación análoga a la reserva o puesto registral. Con la inscripción de la manifestación del hipotecante se venía a atribuir un puesto o lugar de prioridad a una hipoteca de constitución futura, o sea, a una hipoteca que nacería mediante el acuerdo del dueño y el acreedor, o con la aceptación de éste, en cuyo caso se transformaría la reserva en una auténtica hipoteca.

- Teoría de la hipoteca con condición suspensiva. Parte de la idea de que en la hipoteca impuesta por disposición del dueño se trata de una hipoteca sujeta a la condición suspensiva de la aceptación del acreedor favorecido. El propietario puede imponer unilateralmente una hipoteca sobre sus bienes, pero en tal caso la supedita a la condición suspensiva de la aceptación del acreedor a favor del cual la constituye. Nadie está forzado a adquirir un derecho sin contar con su voluntad de adquirirlo, pero el dueño puede establecer una hipoteca dejándola pendiente de la aceptación de aquél a cuyo favor se estableció.

La reforma de 1944-1946 no modificó este precepto, pero el artículo 141 LH desarrolló este modo de constituir la hipoteca y dio lugar a nuevos desarrollos doctrinales.

Para Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹³¹, cuando el artículo 141 habla de «hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño de la finca», esto hay que entenderlo significando que el acto dispositivo del dueño es por sí mismo un negocio jurídico unilateral, o sea, un acto perfecto o completo como tal, y que tiene el vigor suficiente para constituir una hipoteca. La aceptación de ésta por el acreedor es un simple presupuesto legal o *conditio iuris* de la adquisición del derecho real de hipoteca ya constituido.

Albaladejo¹³² sostuvo la denominada teoría de la «expectativa de hipoteca». Para este autor el negocio de disposición unilateral no crea o constituye la hipoteca, sino que tan sólo con la aceptación registrada de la misma queda la misma creada o constituida¹³³.

¹³¹ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 689.

¹³² ALBALADEJO, «Hipoteca unilateral», *ADC*, 1950, p. 55.

¹³³ Para ALBALADEJO, la constitución y la adquisición de la hipoteca son momentos que coinciden. Si la hipoteca quedara constituida más no adquirida con el solo acto unilateral de disposición inscrito, habría que admitirse la doctrina de los derechos sin sujeto, cosa rechazable. En el caso de la hipoteca unilateral, como en general cuando se trata de creación de un nuevo derecho, concurren todos los requisitos para su nacimiento, excepto el relativo a la pertenencia a una persona. Así, pues, en rigor no hay todavía derecho subjetivo, sino una expectativa de derecho o derecho futuro. Antes de la adquisición no puede, pues, decirse que la hipoteca haya nacido, o sea, que se ha constituido. Existe sólo una

Más modernamente, Arjona¹³⁴, aún coincidiendo con los autores (como Roca Sastre) que defienden el nacimiento real o actual de la hipoteca desde el momento de perfección del negocio, sin embargo no está de acuerdo con Albaladejo en la consideración de la aceptación del acreedor como presupuesto para dar titular a una hipoteca que no lo tenía. Se trata simplemente de resolver la situación de incertidumbre, interinidad o pendencia que caracteriza a los primeros momentos de esa hipoteca: mientras el favorecido no haya manifestado su voluntad conforme al ingreso de esa hipoteca (en cuya constitución no ha tenido participación alguna) en su patrimonio, la eficacia del negocio, que en opinión de este autor ha de afirmarse desde el primer momento, no podrá considerarse cierta y definitiva todavía. Es decir, no es que al quedar los efectos del negocio en suspenso, a la espera de la aceptación del favorecido, la hipoteca no se haya constituido, sino que, mientras tal aceptación no se verifique, la operatividad del negocio atraviesa una fase de eficacia debilitada. Dice Arjona que nos encontramos en una situación en la que, si bien no puede decirse que el acreedor sea ya definitivo y cierto titular del derecho de hipoteca, ni que el dueño de los bienes esté gravado por aquella de un modo igualmente cierto y definitivo todavía, tampoco puede negarse la existencia actual de esa relación, aunque venga enmarcada en una situación de pendencia que introduce en ella un dato de incertidumbre o inestabilidad.

Lo que está claro en todas estas posiciones es la necesidad de la aceptación del beneficiario de la hipoteca. Otra cosa es que la doctrina discrepe en cuanto al significado y alcance de dicha aceptación. Teniendo en cuenta esta idea clave, ya nos podemos preguntar si es posible la constitución unilateral de la hipoteca legal sobre bienes reservables. La verdad es que la cuestión plantea algunas dudas. Parece que es posible la posibilidad de su constitución por acto unilateral del disponente. Pero a la vez se llega a prescindir totalmente de toda voluntad del favorecido. En su lugar opera la declaración judicial de suficiencia (art. 260.2 RH¹³⁵), que nada

protección jurídica en atención a la hipoteca que nacerá, aunque tal estado de cosas produzcan ciertos efectos. Por más que la hipoteca sea posible, no hay todavía un derecho de hipoteca propiamente hablando. La hipoteca no queda constituida sin más que con inscribir el acto unilateral del dueño.

¹³⁴ ARJONA, «La hipoteca de constitución unilateral», *ADC*, octubre-diciembre 1994, p. 120.

¹³⁵ Artículo 260.2 RH: «Si el juez considerare exactas las relaciones de bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren reservables los inmuebles, a fin de hacer constar esta cualidad al margen de las inscripciones de dominio respectivas y se constituya hipoteca para asegurar las restituciones e indemnizaciones expresadas en el primer párrafo de este artículo, sobre los inmuebles de la propiedad del reservista, que éste ofrezca en garantía».

tiene que ver¹³⁶ con el acto constitutivo –que radica exclusivamente en el negocio del disponente–, y que tampoco coincide con la aceptación del beneficiario en el supuesto general del artículo 141 LH: la aprobación judicial se dirige a comprobar la suficiencia de la garantía prestada por el obligado a ello, no a tutelar al favorecido.

Camy¹³⁷ afirma que no es posible la constitución unilateral de esta hipoteca por el reservista. Entiende que el artículo 141 LH concibe la hipoteca unilateral sólo como una inscripción transitoria pendiente de la aceptación por parte del acreedor. Esta forma de constitución no es posible en esta hipoteca legal ya que debe constituirse por escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios o sus representantes legales, en la forma prevenida en el artículo 185 LH.

A esta posición se puede contestar con lo ya dicho: cabe una constitución unilateral de la hipoteca hecha por el reservista. Pero la misma no es el supuesto del artículo 141 LH, ya que no interviene el reservatario.

Pasamos ya a las formas de constitución de esta hipoteca. Aquí podemos distinguir las siguientes:

- Voluntaria con aprobación judicial que se desarrolla en los artículos 186 LH y 260 RH.
- Voluntaria bilateral, entre reservista y reservatarios o sus representantes, regulada en los artículos 185 LH y 259 RH.
- Forzosa por imposición judicial, plasmada, a su vez, en el artículo 165 en relación con el artículo 187 LH¹³⁸.

Empezamos con la primera, que es, como dicen Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹³⁹, el expediente preferido por el legislador en el caso de la reserva clásica, ya que es conveniente, atendiendo a la intimidad de las relaciones entre reservista-ascendiente y descendientes-reservatarios, que la iniciativa la tome el padre o madre reservista para que procedan por sí solos, bien que con intervención judicial.

¹³⁶ ARJONA, *op. cit.*, p. 152.

¹³⁷ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 678.

¹³⁸ Alguno ha querido hablar de una constitución voluntaria unilateral basándose en el artículo 265 RH. Aunque parece que la redacción del propio artículo despeja la posibilidad en cuanto que está dictado exclusivamente para la inscripción de bienes reservables o para la constatación de esa cualidad en el Registro. Claro que se puede hacer encaje de bolillos y entender que este precepto es regulador de dos de los aspectos de aseguramiento de las reservas, pero no prohibitivos de los demás no contemplados expresamente en él. Y de esta manera, se podrían aplicar los artículos 138 y 141 LH, obviamente adaptándolos a la hipoteca legal.

¹³⁹ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 976. En la exposición de los distintos procedimientos seguiremos a estos autores, aunque los mismos, por otro lado, se limitan a recoger lo establecido en la Ley Hipotecaria.

El artículo 186 LH establece que el reservista podrá, sin contar con los reservatarios o sus representantes, constituir hipoteca para asegurar las restituciones exigidas por la ley, acudiendo al juez competente con sujeción a los trámites determinados en el Reglamento Hipotecario (art. 260 RH¹⁴⁰).

Los autores citados distinguen cuatro trámites fundamentales: 1.º Incoación del expediente; 2.º Providencia ordenando la formalización del acta correspondiente o la ampliación de diligencias; 3.º Formalización del acta; 4.º Expedición de testimonios y presentación de los mismos al Registro.

1.º Incoación del expediente.

Dentro del plazo de los ciento ochenta días siguientes desde que hubiera surgido la obligación de reservar, el reservista podrá promover el correspondiente expediente judicial mediante la presentación en el Juzgado de 1.ª Instancia que corresponda del oportuno escrito, acompañado de los documentos necesarios¹⁴¹.

En este escrito el reservista deberá ofrecer la constitución de la hipoteca y deberán acompañarse de los documentos siguientes:

Inventario de los bienes reservables o que se deban asegurar, con la correspondiente tasación de los bienes muebles¹⁴².

Relación de los bienes inmuebles que ofrezca en hipoteca.

¹⁴⁰ Un sector de la doctrina habla de que las reglas del artículo 260 RH son de carácter procesal y deberían de estar en la LEC. No podemos olvidar que la legislación hipotecaria siempre ha sido una mezcla de normas civiles, propiamente hipotecarias, administrativas y procesales, lo que ha llevado más de una vez a que la doctrina se pregunte por la naturaleza del Derecho Hipotecario.

¹⁴¹ Este procedimiento, como destaca GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 119) es totalmente voluntario para el reservista, pues éste sin el concurso de los reservatarios –a falta de escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios– dice el artículo 260 RH–acude al Juez competente y con sujeción a las reglas procedimentales que siguen, procede a constituir la hipoteca legal. Y ello dentro del plazo de 180 días siguientes a aquel en que hubiera nacido la obligación de reservar y cuyo cómputo establece el artículo 261 RH. Solamente a partir de la terminación de dicho plazo –y no antes– es cuando se le puede exigir al reservista que cumpla con sus obligaciones del artículo 187 LH.

¹⁴² GONZÁLEZ PORRAS (*op. Cit.*, p. 122) pone en relación este precepto del artículo 260 RH con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez desaparecido el artículo 1066 de la derogada LEC. Ahora habrá que estar a lo que disponen los artículos 782 ss. de la actual ley rítmica sin que, en realidad, se haya producido un cambio sustancial en relación al derogado 1066 en cuanto al inventario y tasación. En otras páginas (60 ss.) se refiere con más amplitud a la obligación de inventariar y a la obligación de tasar los muebles, respecto al artículo 184 LH. En cuanto a la obligación de inventariar llega a las siguientes conclusiones (p. 62): «Vale el inventario judicial o extrajudicial y por lo tanto el que se lleve a efecto bajo intervención judicial, ante Notario o incluso privadamente, siempre que sea fiel y exacto. A los efectos que aquí interesa el inventario debe comprender todos los bienes reservables tanto si están en poder de los padres reservistas como si han sido enajenados, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 978 del CC. A efectos prácticos conviene recordar que la condición de reservables, para la confección del inventario, resulta de los títulos por los que determinados bienes llegaron al cónyuge sobreviviente (vía testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no la mitad de ganancias, *ex art.* 968 CC). En el inventario que pide el artículo 184 LH no entran los que al

Títulos justificativos del dominio del reservista sobre estos últimos bienes y que por lo menos se refieran a la última adquisición.

Documentos que acrediten el valor de estos bienes ¹⁴³ en caso de no resultar de los mismos títulos adquisitivos, así como los que prueben su libertad o gravámenes que les afecten ¹⁴⁴.

Certificación del Registrador acerca de la propiedad y cargas de estos bienes.

Aunque el reservista careciere de bienes inmuebles, se instruirá este expediente a los efectos de hacer constar sólo la reserva y su cuantía; la providencia que en este caso recaiga, se limitará a declarar lo que proceda acerca de estos puntos y la obligación del reservista de hipotecar los primeros bienes que adquiera (cfr. 189 LH) ¹⁴⁵.

2.º Providencia ordenando la formalización del acta correspondiente o la ampliación de diligencias ¹⁴⁶.

tiempo de la disolución del primer matrimonio no estuvieren en el patrimonio, bien sea por pérdida del objeto o del derecho sobre él y en los que sí entran es necesario separar los muebles de los inmuebles y en cada caso separar los enajenados por el sobreviviente antes de casarse nuevamente, de los bienes no enajenados». Respecto a la obligación de tasar los bienes (art. 184 LH en relación con artículo 260.1.º RH) dice este autor (p. 62): «VALLET, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, estima que la apreciación de los bienes debe hacerse conforme a su valor real, ya que de lo contrario no se puede hablar de verdadera tasación. Lo que además ha de ser lo habitual y lógico, ya que como el inventario y la tasación de los bienes muebles son instrumentos inexcusables para el caso de las medidas de seguridad a las que puede acudir el reservista y como entre ellas está la hipoteca legal, es evidente que a falta de escritura pública otorgada entre los interesados, se debe presentar la tasación sobre la base de los valores que aparecen en el cuaderno particional (...). El valor real de los bienes es tasarlos de acuerdo con el valor de mercado y así lo puso de manifiesto la STS de 20 de abril de 1968 que consideró que la fijación del valor de los bienes tenía que ser conforme con su valor real y no con el que las partes le asignaron en el cuaderno particional. Con este sentido es como deben entenderse la referencia que hace el artículo 260, 1.º del RH al valor establecido en las operaciones de partición que es solamente indicativa y no vinculante. Es justo que sea así, pues nada impediría –en otro caso– que el reservista elevara su valor sin posibilidad de impugnar los valores asignados unilateralmente».

¹⁴³ En cuanto al valor de los bienes, señalar, una vez más, que se trata del valor real y no el que las partes interesadas puedan asignar en el cuaderno particional, lo cual no es nada raro por temas fiscales. Al final deberá ser el juez quien decida en definitiva sobre el valor de estos bienes.

¹⁴⁴ Respecto a las dos reglas anteriores, señala GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 122 ss.) que en el caso de que el inventario y tasación se hagan extrajudicialmente será en el cuaderno particional donde se haga la relación exacta de los bienes y de los títulos de donde proceden, así como el valor que se les asigna e igualmente la situación de libertad o cargas a que estén sujetos. Si las operaciones particionales fueron judiciales, entonces habrá que seguir los criterios que se establecen en los artículos 782 ss. LEC sobre la práctica de la división judicial del patrimonio relicto y en concreto sobre la formación del inventario (art. 794 LEC), aportando la documentación judicial a los efectos prevenidos en la norma reglamentaria de forma que puedan valer para que el juez se forme un criterio respecto a este punto.

¹⁴⁵ Sobre la distinción entre esta obligación del reservista de hipotecar los primeros bienes que adquiera y el artículo 1862 CC, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 100. En definitiva, en el artículo 1862 CC se hace un ofrecimiento engañoso, existiendo bienes y aquí no hay bienes que valgan.

¹⁴⁶ Con toda la doctrina, hay que señalar la intervención del reservatario como algo de sentido común. El juez, antes de dictar providencia y antes de ordenar que se practiquen

Si el juez considerara exactas las relaciones de bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren reservables los inmuebles y se constituya sobre los bienes ofrecidos, de propiedad del reservista, la hipoteca legal para asegurar las restituciones e indemnizaciones que en su caso procedieran.

Si el juez dudara de la suficiencia de la hipoteca ofrecida, podrá mandar que el reservista practique las diligencias o presente los documentos que juzgue conveniente a fin de acreditar aquella circunstancia. Si la hipoteca no fuera suficiente y resultare que el reservista tiene otros bienes sobre que constituir la, mandará el juez extenderla a los que a su juicio basten para asegurar el derecho del reservatario. Si no tuviere otros bienes, se mandará constituir la hipoteca sobre los ofrecidos, pero expresando en la resolución que son insuficientes, y declarando la obligación en que queda el reservista de ampliar la hipoteca en los primeros inmuebles que adquiera.

3.º Formalización del acta.

Esta acta deberá expresar todas las circunstancias que determina el artículo 263 RH y la constatación registral de la cualidad reservable de los bienes inmuebles. Será firmada por el reservista, autorizada por el secretario judicial y aprobada por el juez mediante Auto.

El acta de constitución de la hipoteca para la seguridad de los bienes reservables expresará, según el artículo 263 RH, las circunstancias de la hipoteca voluntaria y además, las siguientes:

1. El título o razón legal en que se funda el derecho a la reserva y la extensión del mismo, y nombre y apellidos de las personas relacionadas con ella.

2. La fecha en que el padre o la madre que la constituya haya contraído nuevo matrimonio, o la del nacimiento del hijo no matrimonial, o la de la adopción, a los que se refiere el artículo 980 CC, y, en su caso, la de la aceptación de los bienes hecha por el ascendiente.

3. Los nombres y apellidos de las que hubieren pedido la reserva o, en su caso, que ésta ha sido exigida por el Ministerio Fiscal.

4. Relación y valor de los bienes reservables¹⁴⁷.

otras diligencias, debe oírle. No se admite expresamente su intervención, pero tampoco se le prohíbe.

¹⁴⁷ De GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 155, nota 4) copio el siguiente modelo de acta, modelo oficial publicada en 1861 que debería servir para la inscripción de la Hipoteca por bienes reservables y que como señala este autor puede servir de guía u orientación

5. Expresión de haberse instruido el expediente regulado por el artículo 260 RH o por el artículo 165 LH.

6. La declaración del Juez de ser suficiente la hipoteca admitida o, en su caso, la de quedar obligado el reservista a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera.

4.º Expedición de testimonios y presentación de los mismos al Registro.

Del acta y del auto aprobándola se entregarán al reservista dos copias o testimonios, debiendo éste presentarlas al Registro para la práctica de las operaciones consiguientes. Una de estas copias quedará archivada en el Registro, y la otra se devolverá por el reservista al Juzgado, con la nota de haberse extendido el asiento correspondiente ¹⁴⁸.

Cuando el reservista se negase a recibir las copias, o a presentarlas en el Registro, el Juez las remitirá de oficio, mandando hacer, en su virtud, las inscripciones. En la misma forma se procederá si a los sesenta días de entregadas las copias al reservista no devolviese una al Juzgado, con la nota de la inscripción o nota marginal. En ambos casos el interesado en la reserva que hubiera intervenido en el expediente o exigido la hipoteca, podrá solicitar la entrega de las copias para presentarlas al Registro ¹⁴⁹.

El juez o Tribunal que hubiere aprobado el expediente, cuidará siempre, bajo su responsabilidad, que se practiquen las operaciones registrales relativas a la hipoteca.

en la actualidad: «Doña A, vecina de __, casada, de edad __ es dueña por legado de su difunto marido D.B., según inscripción __, de una suerte de tierra, señalada con el número __ en dicho Registro (aquí descripción y cargas). Es también dueña la misma Sra. __ (aquí descripción de las demás fincas que se hipotecan y se hayan adquirido por título que no dé lugar a la reserva). D. C., (datos personales) es dueño (aquí se hacen constar las fincas del segundo marido, que se hipotecan si no fueran suficientes los de la madre). Por fallecimiento de dicho D. B., ocurrido (señalar fecha), quedaron dos hijos de su matrimonio con D.A. que son __ (indicando nombre y apellidos y edad). Dicho D. B. legó a D.A. el quinto de sus bienes por testamento otorgado __ ante el Notario D. __, adjudicándosele en pago los bienes siguientes: __ según resulta de las particiones aprobadas por auto __ dictado por el Juez __. Y habiendo contraído segundo matrimonio D.A. con D.C. y siendo reservables para los hijos del primer matrimonio los bienes antes expresados, __ solicitó que se asegurasen con hipoteca D. __ Instruido el oportuno expediente, el Juez __ dictó Auto, con fecha __ admitiendo la hipoteca que se ofreció por D.A., así como la que ofreció de no ser suficiente su marido D. C., mandando extender el acta, suscrita por los interesados. Según resulta de dicha acta se hipoteca la finca __ por un importe __ que es la cantidad que pueden garantizar, según estimación que se ha llevado a cabo __.». De este modelo, lo que habría que destacar es el hecho de que el importe pueda abarcar los posibles deterioros que se produzcan en los bienes reservables así como la posibilidad de futuras enajenaciones de los mismos.

¹⁴⁸ Históricamente no ha estado del todo claro quien había de presentar en el Registro de la Propiedad la copia del acta y del auto de aprobación del expediente judicial. Hoy parece claro este punto al deducirse del artículo 262 RH.

¹⁴⁹ Cfr. artículo 262 RH.

En este procedimiento, el título para la inscripción es el testimonio o copia del acta y auto de aprobación, en el caso del expediente judicial, con el mandamiento en su caso, conforme el artículo 262 RH.

Otra forma de constituir la hipoteca es la voluntaria bilateral entre reservista y reservatarios.

En este caso, se trata de escritura pública otorgada de común acuerdo por el reservista y los reservatarios o sus representantes legales, de conformidad al artículo 185 LH, en la que hacen constar la cantidad que debe asegurarse y la calidad y suficiencia de los bienes, que, en su caso, deberán ser hipotecados.

Dicen Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁵⁰ que antes ni la Ley ni el Reglamento especificaban este medio o procedimiento. Fue precisamente Roca Sastre, en una de las primeras ediciones de sus Instituciones de Derecho Hipotecario quien sostuvo su procedencia, por entender que no existía razón alguna que impidiera que todos los interesados, de común acuerdo, procedieran extrajudicialmente a constituir la hipoteca.

Y, señala González Porras¹⁵¹, estamos ante la forma más rápida, menos costosa y más sencilla de asegurar las restituciones a que se refiere el artículo 978 CC. Una vez que los bienes adquieren la condición de reservables, se procede, por los interesados a otorgar la escritura pública correspondiente.

Se pregunta este autor¹⁵²: ¿no cabría la posibilidad de acudir a la garantía real prestada por tercero o fiador real al que se refiere el artículo 1857.3.º CC? Si la propia ley Hipotecaria permite asumir la obligación del reservista de hipotecar en el futuro, ¿qué dificultad habría en que, antes que confiar en el futuro, se trate de hipotecar en el presente mediante la figura del hipotecante por deuda ajena?

La última manera de proceder a la constitución de la hipoteca legal es por el procedimiento judicial regulado en el artículo 165 LH.

Este procedimiento, transcurridos los ciento ochenta días a contar del nacimiento de la obligación de reservar, podrán instarlo, conforme resulta del artículo 187 LH, los reservatarios cuando fueren menores o incapacitados, los parientes del reservatario cualquiera que fuese su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal¹⁵³. Se trata del caso en que los

¹⁵⁰ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 978.

¹⁵¹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ El artículo 167 LH dice que el artículo 165 LH se entiende sin perjuicio de las reglas establecidas sobre hipotecas por bienes reservables. Ello implica la aplicabilidad del

reservatarios pueden exigir la hipoteca al reservista que no haya actuado y transcurran los ciento ochenta días a que hace referencia el artículo 187 LH.

No en otro caso, señala Vallet de Goytisolo¹⁵⁴, pues, conforme al artículo 185, de ser ciertos y mayores de edad sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de la obligación de la hipoteca (es decir, de ser plenamente capaces y no hallarse ausentes), ya que de no exigirlo se entienden renunciantes, según decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

Las reglas del procedimiento son las siguientes:

1.^a Juzgado competente. Es el Juzgado o Tribunal del domicilio de la persona obligada a prestar la hipoteca legal, esto es, el reservista.

2.^a Incoación del procedimiento. Puede tener lugar a instancia de parte o de oficio.

En el primer caso se inicia el procedimiento mediante el correspondiente escrito de la persona que tenga derecho a exigir la hipoteca legal, en el cual se consignará especialmente:

La cantidad por la que deba constituirse la hipoteca

Los bienes que pueden ser gravados por ella, o, por lo menos, el Registro donde deban constar inscritos los que pertenezcan a la persona obligada.

La petición de que se constituya la hipoteca.

A este escrito se acompañará el título o documento que produzca el derecho de hipoteca legal, y, si fuese posible, una certificación del Registrador en la que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado.

Cuando el juez o Tribunal deba proceder de oficio para exigir la constitución de la hipoteca legal, dispondrá que el Registrador correspondiente le remita certificación de todos los bienes hipotecables que tenga inscritos el demandado, iniciándose así el procedimiento.

3.^a Comparecencia de los interesados. El juez o Tribunal, en vista del escrito de incoación del procedimiento y documentos acompañados, mandará comparecer a su presencia a todos los interesados en la constitución de la hipoteca, a fin de que se avengan, si fuera posible, en cuanto al modo de verificarla.

Si se avinieren, mandará el Juez o Tribunal constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido.

mismo siempre que se respeten las reglas especiales que respecto a la constitución de la hipoteca por bienes reservables hemos visto. Y, efectivamente, el artículo 165 LH es aplicable en el supuesto dicho.

¹⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 379.

Cuando el procedimiento se hubiera promovido de oficio, el Juez o Tribunal, en vista de la certificación registral expedida, mandará comparecer al obligado a constituir la hipoteca, y con su audiencia y la del Ministerio Fiscal, seguirá después el juicio por los trámites correspondientes.

4.^a Prosecución del juicio. Si no se avinieren las partes, ya sea en cuanto a la obligación de hipotecar, ya respecto de la cantidad que deba asegurarse o de la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes.

5.^a Resolución judicial. El juez o Tribunal dictará sentencia declarando haber lugar a la constitución de la hipoteca legal, si fuere procedente. En otro caso, la denegará. En el primer supuesto la sentencia deberá expresar la cantidad por la cual la hipoteca deba constituirse y las demás circunstancias necesarias para la inscripción.

En relación con este procedimiento, Morell¹⁵⁵ se preguntaba: ¿cuáles son los documentos que deben presentarse a inscripción? Decía algo que sirve también para hoy: si los interesados se avinieren, el Juez mandará constituir la hipoteca en los términos convenidos. Si no se avinieren, al convenio sustituye la decisión judicial, que determinará los bienes que deben ser gravados y su responsabilidad.

Sin embargo, afirma que ello no quiere decir, en este último caso, que el documento inscribible sea la resolución judicial, como tampoco que la hipoteca se constituya ante el secretario, inscribiéndose un testimonio o un acta.

Roca-Sastre y Roca-Sastre Muncunill han tratado este tema¹⁵⁶. Dicen que hay que distinguir. Cuando, iniciado el procedimiento judicial, y una vez celebrada la comparecencia de las partes, éstas se avinieren a constituir la hipoteca, el Juez mandará constituir la hipoteca, pero sin que ello suponga mandamiento judicial alguno o que se haya de constituir por acta ante el Secretario judicial. En este caso, afirman, debe otorgarse escritura pública.

En cambio, cuando haya proseguido el juicio y recaído sentencia, entonces no cabe escritura pública, sino que la hipoteca legal se constituye mediante la sentencia recaída, complementada por las providencias o actuaciones que sean necesarias en su caso, y que tengan lugar en ejecución de la misma. Entonces, declaran, el título inscribible será el testimonio judicial de la sentencia dictada

¹⁵⁵ MORELL, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵⁶ ROCA-SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 935.

y de los particulares correspondientes de las providencias y demás diligencias efectuadas en vía de ejecución ¹⁵⁷.

De acuerdo con todo lo anterior, los diferentes títulos para la inscripción serán, según hayan sido los medios o procedimientos de constitución de la hipoteca:

- O el testimonio o copia del acta y auto de aprobación, en el caso de expediente judicial, con el mandamiento en su caso, conforme el artículo 262 RH.
- O la copia de la escritura pública otorgada por reservista y reservatario.
- O el testimonio de la resolución judicial recaída en el juicio del artículo 165 LH (si no hay avenencia de los interesados).

Entrando en la inscripción, ésta contendrá las circunstancias generales de toda inscripción, a las que ya hemos hecho referencia, y, además, conforme al artículo 264 del Reglamento en relación con el artículo 263 del mismo, las siguientes circunstancias especiales:

- 1.^a La fecha en que el padre o la madre que la constituya haya contraído nuevo matrimonio, o la del nacimiento del hijo no matrimonial o la de la adopción, a los que se refiere el artículo 980 CC, y, en su caso, la de la aceptación de los bienes hechos por el ascendiente.
- 2.^a El nombre y apellidos del cónyuge difunto, o los del descendiente, en su caso, y la fecha de su muerte.
- 3.^a Los nombres, apellidos y edad de los que hubieren pedido la reserva.
- 4.^a El título o razón legal en que se funde este derecho y la extensión del mismo.
- 5.^a Relación y valor de los bienes reservables.
- 6.^a Expresión de haberse instruido el expediente judicial prevenido en el artículo 260 RH o por el artículo 165 LH.
- 7.^a La declaración del juez de ser suficiente la hipoteca admitida, o, en su caso, la de quedar obligado el padre, la madre o el ascendiente a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera.
- 8.^a Indicación de la parte dispositiva de la resolución judicial que se haya dictado aprobando el acta.

Por último, en relación con la inscripción, no se exige necesariamente que se haga constar el nombre y apellido de los reserva-

¹⁵⁷ Señalan ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE-MUNCUNILL (cfr. *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 936) que la sentencia, en este caso, tiene carácter constitutivo: no condena al demandado a constituir la hipoteca, sino que es la propia sentencia quien la constituye.

tarios, lo cual, si puede ser complicado en la reserva clásica, puede resultar muy complicado en la reserva lineal. Ahora bien: alguien debe figurar como titular de la hipoteca constituida. Entonces deberá consignarse genéricamente la condición de los que tengan derecho a los bienes reservables.

¿Cuáles son los efectos de esta hipoteca? La Hipoteca por bienes reservables, una vez constituida e inscrita, surte los mismos efectos y tiene, por tanto, la misma extensión y alcance que la hipoteca voluntaria, sin más excepciones que las expresamente determinadas en la misma Ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que esta hipoteca confiera.

A esta declaración del artículo 161 LH añade otra general el artículo 164 LH. Las hipotecas legales inscritas sólo subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.

La remisión genérica a las hipotecas voluntarias para aplicar a las legales sus efectos, tiene dos grandes excepciones. De una parte, el artículo 152 LH expresivo de que la cesión del crédito hipotecario prevista para todas las hipotecas no puede aplicarse a las legales, sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe. Y de otra, que su asimilación no puede serlo a las ordinarias, sino más bien a las hipotecas de seguridad.

Pasamos a hablar de la cesión del crédito hipotecario¹⁵⁸. Ello implica que tengamos que hacer referencia a tres niveles: la cesión del crédito, la cesión del crédito hipotecario, y, por último, la puntualización que, respecto a las hipotecas legales, realiza la ley.

Nos dice Puig Brutau¹⁵⁹ que, en términos generales, cabe afirmar que la cesión de créditos es el contrato por el que una de las partes, titular del derecho o cedente, lo transmite a la otra parte, adquirente o cesionario, en forma que ésta tendrá derecho a exigir del deudor la prestación debida a la primera¹⁶⁰. Y, como es sobradamente conocido, el Código civil estudia la institución en el marco de la compraventa. Es cierto que la doctrina critica esta colocación sistemática, pero también que nuestro Código haga esto no merece especiales críticas, ya que si considera de manera predominante o exclusiva una sola causa de la cesión (*venditionis causa*)

¹⁵⁸ Un estudio más completo sobre la cesión de créditos, puede verse en mi trabajo «Cesión de créditos», Código Europeo de Contratos. Academia de iusprivatistas europeos. II. *Comentarios en homenaje al Prof. D. Jose Luis de los Mozos* y de los Mozos, Madrid 2003, pp. 481 ss.

¹⁵⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, II-2.º Contratos en particular*, 2.ª ed. Revisada y ampliada, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 224. ss.

¹⁶⁰ Entre acreedor y deudor existe la denominada «relación de cobertura» y entre cedente y cesionario se dará la «relación de valuta».

lo hace porque, sin lugar a dudas, éste es el aspecto más importante en la práctica.

El Derecho europeo sobre la cesión de créditos gira en torno a las dos grandes tradiciones continentales: la francesa y la alemana.

Refiriéndonos a la primera, la primera norma que el *Code* dedica a la cesión de créditos es la contenida en el artículo 1689, que establece que la entrega se produce, entre cedente y cesionario, con la del título. Hay pleno acuerdo en la doctrina francesa en señalar que la entrega del crédito no es requisito para la perfección del contrato que sirve de causa a la cesión, sino que es cumplimiento de una obligación del cedente. Así, en ningún momento dejó de afirmarse, señala Gavidia¹⁶¹, que la compraventa fuera un contrato consensual, tanto si lo que se vendía era una cosa como un crédito. Es decir, si un tipo de contrato es consensual, el hecho de que un crédito sea su objeto no lo transforma en real. Y en la cesión de créditos (mediante compraventa) todos admitieron la aplicabilidad del artículo 1583, donde se sanciona su carácter consensual. Además, afirma Gavidia, también se interpretó el artículo 1689 en el sentido de que la entrega no era un requisito para la producción del efecto traslativo. La regla del sistema traslativo francés consiste en que ese efecto se produce con la perfección del contrato; si se trata de una compraventa, con el acuerdo sobre la cosa y el precio, como establece el artículo 1583¹⁶².

Respecto a la producción del efecto traslativo en la cesión de créditos, manifiesta Gavidia¹⁶³ que se diferencia en el Derecho francés dos planos o ámbitos de relaciones: entre las partes, por un lado, y, por otro, respecto a terceros. El razonamiento sería el siguiente. De los artículos 711 y 1138 se desprende que en el *Code* se sigue el sistema consensualista de transmisión de derechos, en el que la perfección del título es suficiente para entender producido el efecto traslativo. Además, del artículo 1585, interpreta Gavidia, parece desprenderse que el contrato de compraventa es doblemente consensual: por un lado, porque se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, aunque aquélla no haya sido entregada ni éste haya sido pagado; por otro lado, porque perfecto el contrato, se produce el efecto real, salvo aplazamiento o condición suspensiva. Sin embargo, cuando se trata de la cesión de créditos, la transmisión de su titularidad con la sola perfección del contrato se considera aplicación de los artículos antes citados, especialmente del artículo 1583, si bien del artículo 1690 resulta

¹⁶¹ GAVIDIA, «El sistema codificado francés de cesión de créditos», *ADC*, tomo XLIV, fascículo II, abril-junio 1991, pp. 486 ss.

¹⁶² GAVIDIA, «El sistema codificado francés...», *op. cit.*, p. 487.

¹⁶³ GAVIDIA, «El sistema codificado francés...», *op. cit.*, p. 489.

una especialidad: los terceros no tendrán por titular del crédito al cesionario más que cuando han sido observadas las formalidades allí previstas, en concreto, la notificación al deudor o su aceptación en documento auténtico.

Así pues, se entiende que la transmisión del crédito se produce entre las partes siguiendo la regla general consensualista, contenida en los artículos 711, 1138 y 1583, mientras que a los terceros no afectará esa transmisión en tanto no haya sido notificada o aceptada en la forma prevista.

La otra gran tradición continental es la alemana. En el Derecho alemán, con el término cesión no se designa al efecto traslativo, sino al acto jurídico cuya conclusión producía tal efecto. La idea es que la transmisión es el efecto de un contrato o de una disposición legal que expresamente la impone o de una resolución judicial.

La cesión convencional es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición o contrato real. Éste consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión o declaración de ceder por parte del cedente y su aceptación por el cesionario, negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional, que sería la causa última de la cesión y que puede consistir tanto en un contrato de compraventa, permuta, donación, transacción..., cuanto en una promesa unilateral, en los casos en que ésta sea admitida, como también podía tratarse de una obligación de ceder nacida de la ley cuando ésta sólo la impone, pero sin atribuir la titularidad al que tiene derecho a adquirir el crédito. Ambos negocios pueden producirse separadamente, pero también pueden coincidir en un mismo acto, lo cual no impide que cada uno de ellos tenga su propio régimen jurídico.

El acto de cesión, como contrato real o negocio de disposición, fue contemplado, nos dice Gavidia¹⁶⁴, como algo equiparable a la *traditio*, es decir, el acuerdo (abstracto ahora), traslativo para los bienes corporales. Quizá, se pregunta Gavidia, podríamos plantearnos hasta qué punto es cierto que el efecto traslativo en la cesión está sometido a los mismos requisitos que rigen la transmisión de los bienes corporales.

En el caso de los inmuebles se requiere el acuerdo (abstracto) traslativo, seguido de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por lo que respecta a los muebles, el efecto traslativo depende de la entrega de la cosa al adquirente cuando hay acuerdo en que ésta debe producir la transferencia de la propiedad, es decir, si hay

¹⁶⁴ GAVIDIA, «Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLV, Fascículo I, enero-marzo 1992, pp. 103 ss.

acuerdo (abstracto) traslativo más entrega al adquirente, o sólo tal acuerdo si éste ya la poseía.

Si además tenemos en cuenta el negocio obligacional subyacente, vemos cómo son tres los actos que podrían ser tenidos en cuenta en la producción del efecto traslativo: el negocio obligacional subyacente, el acuerdo traslativo y la inscripción en el Registro (inmuebles) o la entrega al adquirente (muebles). Sin embargo, las vicisitudes del negocio subyacente no afectan *per se* a la producción del efecto traslativo y, si el adquirente había transferido el bien a título oneroso a un tercero, tampoco el mantenimiento de tal eficacia (de una y de otra transmisión) depende de lo que suceda con el negocio obligacional subyacente a la primera transmisión. Es decir, que si resulta que el desplazamiento patrimonial no está justificado por una causa (negocio obligacional) que sirva de fundamento al acuerdo traslativo, el adquirente deberá restituir o, si no le es posible, indemnizar el valor, pero sin que esto afecte a transmisiones posteriores, por lo menos no a la onerosa. En este sentido es posible hablar de abstracción de la causa en el sistema traslativo alemán de derechos reales.

La producción del efecto traslativo en la cesión de créditos depende del convenio de cesión, sin que además sea necesario un acto jurídico posterior equivalente a la entrega. Este convenio de cesión consiste en la declaración del cedente de transferir el crédito, aceptada por el cesionario. Con esto y sin necesidad de observar una forma específica, se produce la transmisión. De esto se desprende, por un lado, que no se requiere la entrega del crédito, como tampoco la notificación de la cesión al deudor y, por otro, que dadas las reglas generales sobre desplazamientos patrimoniales sin causas antes citadas, también la cesión será un acuerdo traslativo abstracto.

Lo que más destaca en el sistema alemán en relación con el francés es que en aquél no es necesaria la notificación de la cesión al deudor para que se produzca la transmisión. Ni consentimiento del deudor ni notificación al mismo. La explicación radica en el interés en favorecer la rapidez del tráfico jurídico, en facilitar la rápida circulación de los créditos, restando ulteriores requisitos a la perfección del acto de cesión, tras el cual ya no es el cedente, sino el cesionario el nuevo titular del crédito, y no sólo *inter partes*, sino frente a todos (deudor, acreedores del cedente, otros cesionarios).

El sistema español, según afirma la doctrina, es semejante al francés, aunque matizado en dos puntos importantes: la distinción que hace el CC español entre el cedente de buena y mala fe y la cuestión del conocimiento de la cesión por el deudor.

En el Derecho español, el acuerdo de cesión produce la inmediata transmisión del crédito cedido, sin que sea preciso un acto especial de entrega ni el consentimiento ni el conocimiento del deudor cedido. Por tanto, como afirma Pantaleón¹⁶⁵, no tiene ningún juego en la cesión de créditos el título y el modo.

La cuestión del conocimiento de la cesión por el deudor se halla regulada en el artículo 1527 CC. Sobre este punto, la mayor parte de la doctrina entiende que este precepto se restringe al ámbito de eficacia liberatoria del pago realizado por el deudor que desconoce la cesión a quien ya no es su acreedor (el cedente). Se sitúa así en el ámbito del artículo 1164 CC.

El conocimiento del artículo 1527 no equivale a una notificación. Aunque, por un lado, la notificación es la forma más segura (para el acreedor cesionario, que es el más interesado en que el deudor conozca la cesión) de garantizar el conocimiento. No obstante, a falta de notificación, es suficiente el conocimiento por parte del deudor, planteándose el problema de probar el efectivo conocimiento de la cesión por parte del mismo¹⁶⁶.

Otra cuestión interesante es la de los efectos de la cesión frente a terceros, entendiendo por tales todas aquellas personas que puedan tener un interés en el crédito y no son el deudor cedido¹⁶⁷. En este caso, no se trata ni del problema que ofrecía la cesión en Derecho romano, que era consolidar la posición del cesionario frente al cedente, ni de la necesidad de proteger al deudor para que su pago sea eficaz. Se trata más bien del problema que consiste en evitar cesiones fraudulentas o simuladas.

El Derecho español dedica a esta cuestión el artículo 1526 CC: «La cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1218 y 1227». Y añade en el párrafo segundo: «Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro».

No estamos ante una norma que establezca con carácter general para las cesiones de crédito una forma documental *ad solemnitatem*. La doctrina mayoritaria entiende que, conforme a este precepto, la cesión es inoponible a terceros en tanto no tenga fecha feha-

¹⁶⁵ PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *ADC*, tomo XLI, fascículo IV, octubre-diciembre 1988, p. 1060.

¹⁶⁶ No parece posible entender entonces el artículo 1527 de que en él se contiene el requisito de una notificación de la cesión al deudor cedido, como condición de eficacia respecto de él, entendiendo la notificación como una comunicación o puesta en conocimiento del deudor cedido del otorgamiento del negocio de cesión y entendiendo asimismo que la carga de la notificación de la cesión al deudor cedido corresponde al cesionario.

¹⁶⁷ Por ejemplo, el cedente puede tener deudas y sus acreedores pueden haber embargado el crédito.

ciente, determinada de acuerdo con los artículos 1218 (documentos públicos) y 1227 (documentos privados): hasta entonces se entiende que, respecto a dichos terceros, el crédito sigue en el patrimonio del cedente, a menos que se pruebe que el tercero conocía la cesión con anterioridad, conclusión que se fundaría no tanto en la dicción literal del artículo 1526, cuanto en el principio de la buena fe.

En cuanto a la cesión del crédito hipotecario, el artículo 1878 CC lo autoriza con estas palabras: «El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley». A su vez, la Ley Hipotecaria contiene reglas que se refieren a la cesión de los créditos hipotecarios corrientes o nominativos (en el sentido de estar constituidos a favor de persona determinada) y para los créditos resultantes de hipoteca legal.

En principio, la normativa aplicable a los créditos hipotecarios nominativos se aplica al crédito hipotecario legal. En este sentido, dispone el artículo 149 LH: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la que se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro».

Añade: «El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

Este precepto se refiere a tres requisitos de la cesión del crédito: escritura pública, inscripción en el Registro y notificación al deudor. Dice Puig Brutau¹⁶⁸ que inscripción y escritura son, en realidad, un solo requisito. Nos referimos al mismo.

La escritura pública y la inscripción se hallan en relación con el artículo 1526 CC. Por tanto, la cesión es oponible frente a terceros, que no sean el deudor, desde la inscripción. Dice Chico y Ortiz¹⁶⁹ que ello es así por ser un colorario del principio general del artículo 32 LH con su criterio de inoponibilidad al establecer que los actos inscribibles que no están inscritos no pueden perjudicar a tercero¹⁷⁰.

La forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad dicha cesión la determina el artículo 244 RH, que dispone: «La cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de

¹⁶⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-3.º, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁹ CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1989, p. 1776.

¹⁷⁰ Este principio general, añade este autor, da por supuesto el requisito de la escritura pública, puesto que para que pueda verificarse la inscripción en el Registro es necesario, conforme al artículo 3 LH, que las cesiones consten en escritura pública.

una nueva inscripción a favor del cesionario, excepto en los casos a que se refiere el artículo 150 LH».

Respecto al deudor, el artículo 149 LH, al decirnos que en la escritura pública ha de darse conocimiento de la misma al deudor, se sitúa en el ámbito del artículo 1527 CC. La notificación es un simple instrumento técnico que sólo tiene por objeto «poner en conocimiento» del deudor, en forma fehaciente, la existencia de un nuevo acreedor con el cual deberá en lo sucesivo entenderse a los efectos del pago. Tiene el alcance de colocar, de un modo indudable, al deudor en una situación de no ignorancia de la cesión¹⁷¹.

En cuanto a la forma de la notificación, a ella se refiere el artículo 242 RH, que dispone lo siguiente: «Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviera en el caso del artículo 150 de la Ley».

El artículo 222 RH al que se remite el artículo 242 está hoy prácticamente vacío de contenido con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷².

También del artículo 242 RH, en su primer párrafo y último inciso, se deducen dos casos en los que la notificación no es necesaria. Hacemos una breve mención al caso de que el deudor haya renunciado al derecho en escritura pública¹⁷³.

Esta renuncia, en el fondo, nos dice Chico y Ortiz¹⁷⁴, viene a significar una vinculación del deudor respecto a cualquier acreedor que le presente el pago, lo cual significa aceptar el riesgo de tener que pagar diversas veces a toda aquella persona que aparezca inicialmente como legitimado para aceptar el pago. El requisito que exige el artículo 242 es que la misma se haya hecho en «escritura

¹⁷¹ Todo ello viene complementado por el artículo 151 LH al disponer lo siguiente: «Si en los casos en que deba hacerse se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de la falta».

¹⁷² Además de que hay que tener en cuenta que, aunque el propósito del legislador era unificar los procedimientos de ejecución, el ámbito de las reglas peculiares de ejecución de bienes hipotecados previstas en los artículos 681 ss. LEC y en los artículos 129 ss. LH se limita al supuesto en que la ejecución se dirija exclusivamente contra los bienes hipotecados y se cumplan los requisitos previstos en el artículo 682.2 LEC. En consecuencia, cuando no se produzca la concurrencia de estos presupuestos, la ejecución debe seguirse por el procedimiento ordinario regulado en los artículos 538 ss. LEC, excluyéndose la aplicación de las normas especiales antes citadas.

¹⁷³ La otra excepción es la de los créditos endosables o al portador, conforme al artículo 150 LH. No es precisa esta notificación, pues dispone que los créditos se entenderán cedidos «sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor», justificándose tal excepción en la indeterminación subjetiva de la titularidad que haría prácticamente imposible la práctica de dicha notificación. Cfr. CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, II, *op. cit.*, p. 1779.

¹⁷⁴ CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1778.

pública», aunque no es necesario que expresamente conste la palabra renuncia, ya que puede deducirse de la forma en que esté redactada la escritura y así recoge la Resolución de 18 de marzo de 1939 el supuesto en que el deudor se comprometió a pagar al que presentare debidamente endosado el pagaré en que se hace constar el crédito.

Señala Chico y Ortiz¹⁷⁵ que queda el problema de si la falta de notificación puede ser sustituida por algún otro medio, por ejemplo, por la propia inscripción que se realiza en el Registro. Acerca de ello simplemente señalar que la inscripción sólo tiene efectos en cuanto a la oponibilidad de la cesión frente a terceros. Pero nada más. En cuanto al deudor, lo suyo es que tenga conocimiento de la cesión, siendo la notificación un instrumento adecuado, pero bastaría la prueba del conocimiento de la cesión por parte del deudor para entender sustituida la notificación por la misma.

Todo lo anterior se aplica sin problemas a la hipoteca legal por bienes reservables. Pero tenemos la especialidad del artículo 152 LH: «Los derechos y créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sino cuando haya llegado el momento de exigir su importe».

Dice Chico y Ortiz que de este artículo se deducen dos problemas a solucionar: el primero referido al momento en que debe entenderse exigible el importe del crédito asegurado con hipoteca legal y el segundo respecto al fundamento de este precepto.

En cuanto al primer punto, la exposición de motivos de la ley de 1861 es útil para explicar la justificación del momento en que haya de exigirse su importe. Dicha exposición de motivos establece que ha de entenderse ese momento cuando «ya no tiene por objeto asegurar sus bienes (los de los favorecidos por ella), sino realizar el pago del menoscabo que hayan experimentado». Por ello, mientras no llegue el momento de la restitución de los bienes y la concreción del crédito a restituir no se sabe, falta todavía la determinación del mismo. Una vez que el crédito ha sido determinado y se ha convertido en exigible puede ser objeto de cesión¹⁷⁶.

Declaran Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁷⁷ que determinado el crédito asegurado por la hipoteca legal, ya puede el mismo ser objeto de cesión, pues se trata de un crédito ordinario. Con otras palabras, llegado el caso de poder exigirse el importe del crédito asegurado con hipoteca legal (muerte del reservista y restitución de los bienes reservables), puede decirse que estamos ante un

¹⁷⁵ CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1779.

¹⁷⁶ Cfr. CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1784.

¹⁷⁷ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, IV-2.^a, *op. cit.*, p. 885.

caso de hipoteca ordinaria y que, por tanto, ya no hay obstáculo para la cesión. En tal supuesto, existe un crédito hipotecario concreto y exigible, que constituye un valor libre patrimonial a favor del beneficiado por la hipoteca legal y, por tanto, plenamente enajenable.

Respecto al fundamento, la exposición de motivos de la ley de 1861 manifestaba que «constituidas éstas frecuentemente a favor de personas que necesitan una protección directa y especial por parte de legislador, si fueran transmisibles por aquellos para cuya garantía se han establecido, quedaría la ley burlada, desatendidos los intereses y derechos, que no la voluntad de los otorgantes, sino la ley misma quiso proteger». En cambio, cuando «haya llegado el caso de exigir su importe, y teniendo capacidad para enajenarlos las personas a cuyo favor están constituidas, ya ha cesado el peligro».

Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁷⁸ opinan que, en principio, no habría inconveniente jurídico alguno para permitir que se enajenasen los créditos asegurados con hipoteca legal. Ciertamente que habría inseguridad en cuanto a su indeterminación o su contenido económico, lo que haría a estas hipotecas poco aptas para su transmisión, pero no constituye ningún obstáculo esencial que impida su cesión. El adquirente del crédito hipotecario legal celebrará, si se quiere, un acto aleatorio, pero es admisible sin problemas en el Derecho civil.

Si cedente y cesionario estuvieran de acuerdo en la cesión, ¿por qué impedirlo? Estos autores traen a colación la RDGRN de 12 de septiembre de 1910 que permitió la cesión o subrogación voluntaria respecto del crédito derivado del saldo posible de una cuenta corriente de crédito en curso, garantizado con hipoteca, si bien con la prevención de que no se pueden transmitir más derechos de los que corresponden al acreedor. Por tanto, hay que admitir como posible la cesión total de créditos hipotecarios de esta índole, pero corriendo las contingencias derivadas de la naturaleza de los mismos.

Ciertamente que mientras no se hubiera determinado el crédito en estas hipotecas, no habría plena aptitud de negociación, pero, como dicen los autores citados, esto es una dificultad práctica o económica, pero no jurídica. Es evidente que estos créditos encontrarían pocos compradores en el mercado, pues no serán muchos los que quieran exponerse a comprar una hipoteca vacía de contenido.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 883.

¿Cuál es, entonces, el verdadero fundamento de la prohibición legal? Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁷⁹ piensan que es una razón moral: evitar especulaciones o confabulaciones, e impedir la intromisión de personas extrañas en una relación personalísima, cual es la existente entre acreedor y deudor en las hipotecas legales.

Con la excepción de estas particularidades, la Ley Hipotecaria establece el mismo régimen jurídico para las hipotecas legales y las voluntarias. ¿Es esto realmente así? Tengo mis dudas. Por ello, vamos a examinar algunos de los aspectos –sin ánimo de exhaustividad– propios de la hipoteca voluntaria y vamos a ver si encajan con la hipoteca legal.

- Pacto de limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados¹⁸⁰.

El artículo 105 LH, después de declarar que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones, añade que no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC. Por tanto, la venta de la finca hipotecada sin que el comprador o adquirente asuma personalmente la deuda garantizada produce el fenómeno de que el deudor personal responde de la obligación con todo su patrimonio, del que ya no forma parte el bien hipotecado, pero éste, con el gravamen real, sigue desempeñando su función de garantía, cualquiera que sea el tercero que lo tenga en su poder.

Ahora bien, como novedad de la reforma hipotecaria de 1944-1946, el artículo 140 LH dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados». En su segundo párrafo añade: «En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitados al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor»¹⁸¹.

¹⁷⁹ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 884.

¹⁸⁰ Seguimos a PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸¹ ¿Se pretendió incorporar al Derecho español la llamada deuda territorial del Derecho alemán?. La Exposición de Motivos de la reforma de 1944 fue clara. Afirmó que no era procedente incorporar a la legislación española la deuda territorial ya que por su carácter abstracto difícilmente armonizaría con el sistema vigente. Aunque se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados porque de esta manera quedaría favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebranto para sus posibles acreedores.

Puede parecer que la deuda inmobiliaria del Derecho alemán y la hipoteca prevista en el artículo 140 LH conducen al mismo resultado práctico, pero, como dice Puig Brutau¹⁸², la originalidad de este precepto radica en que deja en principio subsistente la deuda personal, pero con la responsabilidad circunscrita al bien hipotecado. Subsiste la acción personal del acreedor, pero sin más responsabilidad real o patrimonial que la del objeto hipotecado. Así resulta del texto literal del artículo 140 LH y de la idea general del Derecho español de que no existe hipoteca sin obligación personal garantizada.

Por un lado, la Ley considera que se trata de una verdadera hipoteca, que siempre es un derecho real accesorio de garantía, y, por tanto, existirá una obligación personal garantizada. Por otra parte, sin embargo, esta obligación ha de seguir fatalmente a la cosa, de manera que no podrá haber más responsabilidad, personal o real, que la susceptible de ejecución sobre la cosa hipotecada. Todo adquirente de la cosa hipotecada se convertirá en deudor personal frente al acreedor, aunque su responsabilidad se concretará a dicha cosa. Se produce, entonces, una subrogación o asunción de deuda sin requerirse el consentimiento del acreedor en cada caso, pues este consentimiento ya se prestó, al menos de manera tácita, al otorgar el pacto de concreción de responsabilidad personal.

Se preguntan, entonces, Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁸³: ante este juego de asunción automática de la deuda objeto de la hipoteca, ¿responde la figura admitida por el artículo 140 LH a exigencias de lógica institucional? Responden que no, ya que el artículo 140 LH es un experimento bien intencionado, pero jurídicamente irregular al no encajar en los moldes clásicos.

Para comprobarlo, añaden, basta tener presente que resulta extraño hablar de responsabilidad personal concretada y unida a una cosa singular o determinada, pues es de esencia en este tipo de responsabilidad que la misma recaiga sobre el patrimonio del deudor, y porque una responsabilidad adscrita sobre bienes concretos o singulares, y que debe soportar todo propietario de los mismos por el solo hecho de serlo, no puede calificarse de simple responsabilidad personal, pues reúne bastantes caracteres de la responsabilidad real¹⁸⁴.

En cualquier caso, lo que nos tenemos que preguntar ahora es si el artículo 140 LH es aplicable a la hipoteca que estamos conside-

¹⁸² PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸³ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, *op. cit.*, p. 402.

¹⁸⁴ De hecho, estos autores hablan de que hubiera sido mejor adoptar plenamente el tipo de deuda territorial alemana.

rando. La respuesta ha de ser negativa por las siguientes razones. En primer lugar, porque del tenor literal del artículo 140 LH resulta que sólo cabe pactar dicha concreción de responsabilidad en la «escritura de constitución de hipoteca voluntaria en garantía de préstamo». No procedería cuando ésta no se establezca en garantía de un préstamo, lo que ya excluye la posibilidad de su aplicación a la hipoteca por bienes reservables.

Por otro lado, a pesar de lo que dijese la exposición de motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, lo real es que tal pacto redundaría en perjuicio del acreedor hipotecario —el reservatario—, ya que siempre lo haría partícipe del riesgo de desvalorización de la cosa gravada, y si ya en la hipoteca voluntaria es difícil entender que un acreedor hipotecario renunciase a la ventaja que para él representa la responsabilidad del deudor, en cuanto que el pacto significa renunciar a la percepción del déficit que puede producirse en la venta forzosa que se realice por ejecución hipotecaria, no digamos nada en el caso de esta hipoteca legal en que la propia ley quiere proteger a los reservatarios.

Chico y Ortiz¹⁸⁵ también niega que el artículo 140 se aplique en el ámbito de las hipotecas legales, ya que este precepto sólo se refiere a las hipotecas voluntarias sin decir nada sobre las legales, aplicándose al precepto una interpretación restrictiva. No obstante, no termina de convencer este argumento, ya que sabemos que el régimen jurídico de las hipotecas voluntarias, con la particularidad legal que ya hemos observado, se aplica asimismo a las legales. Creo que la respuesta negativa se halla más bien en los argumentos anteriormente expuestos.

- Compraventa de finca hipotecada.

Dice Puig Brutau¹⁸⁶ que, en relación con la compraventa de finca hipotecada, la práctica ofrece las siguientes variantes: las partes pueden convenir que el comprador quede subrogado en la deuda asegurada con la hipoteca; o pueden fijar el precio de la compraventa en la suma que resulte de restar del valor de la finca el importe de la deuda; o pueden pactar que el comprador retendrá en su poder el importe debido por el vendedor; o que el precio se paga parte al contado y que otra parte queda aplazada, correspondiendo este segundo importe al de la obligación asegurada.

Nos interesa ahora decir dos palabras acerca del convenio de asunción de deuda, es decir, el caso en que no sólo se transmite la finca hipotecada, sino que el comprador pasa a ser deudor personal

¹⁸⁵ CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1480.

¹⁸⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *op. cit.*, III-3.º, p. 163.

de la obligación asegurada. A este supuesto se refiere el primer párrafo del artículo 118 LH que dispone lo siguiente: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieran pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito».

Manifiesta Puig Brutau¹⁸⁷ que la única innovación de este precepto es que el consentimiento del acreedor, necesario por producirse un cambio de deudor (cfr. art. 1205 CC) está admitido que se manifieste tanto de manera expresa como de manera tácita, no siendo necesario que este consentimiento se preste en el propio acto de otorgamiento de la compraventa. Se prescinde, además, del trámite de notificación de la asunción de deuda al acreedor.

En el convenio ha de precisarse si la circunstancia de asumir el comprador personalmente la deuda que tenía el vendedor frente al acreedor ha de producir los efectos del pago entre comprador y vendedor. En caso afirmativo, el vendedor no podrá ejercitar después la acción resolutoria del artículo 1124 CC, aunque el comprador deje de pagar al acreedor hipotecario. Otra cosa sucederá, dice Puig Brutau¹⁸⁸, si el comprador y el vendedor quieren que el efecto liberatorio del total pago del precio sólo se produzca a favor del comprador cuando haya sido efectivamente satisfecho el crédito hipotecario.

Si el acreedor hipotecario no presta su consentimiento al cambio de deudor de manera expresa o tácita, el convenio de asunción de deuda sólo producirá efectos entre comprador y vendedor. Sólo frente al vendedor estará el comprador obligado a pagar al acreedor y sólo cuando así haya sucedido se habrá producido entre las partes en la compraventa el efecto del pago del precio.

Si el comprador se ha convertido en deudor personal del acreedor, con liberación del vendedor, el primero no será tercer poseedor de finca hipotecada (no será tercero, sino parte en la relación hipotecaria) y responderá de la deuda con la finca y, además, con todo su patrimonio.

El examen de la anterior normativa parte obviamente del supuesto de que estamos en presencia de obligaciones en las que es posible el cambio de deudor y, además, el artículo 118, al no decir nada, parece aplicarse también a las hipotecas legales.

La cuestión es: ¿cabe el cambio de deudor en el caso del reservista? Tengo mis dudas. Me parece que las obligaciones garantiza-

¹⁸⁷ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-3.º, *op. cit.*, p. 164.

¹⁸⁸ *Idem.*

das con la Hipoteca por bienes reservables tienen un matiz de personalísimas que impiden el cambio de deudor¹⁸⁹.

- La subhipoteca.

El artículo 107, núm. 4, LH establece que puede hipotecarse «el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho».

En la subhipoteca pasa que la persona que como acreedora ha obtenido garantía hipotecaria sobre una finca necesita luego, en calidad de deudor, conceder garantía a su acreedor. Sin agravar, pues, la situación jurídica del propietario del bien inmueble hipotecado, para quien la subhipoteca es *res inter alios acta*, consiente en poner la garantía real constituida a su favor al servicio preferente de su propio acreedor, del subhipotecario. Si la hipoteca se extingue, la subhipoteca se extingue también por desaparecer la garantía. Pero si medió la notificación del artículo 149 LH, a que se refiere el artículo 175, regla 4.^a RH, para la cancelación se necesitará «el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca»¹⁹⁰.

La doctrina niega la posibilidad de hipotecar las hipotecas legales, mientras no llegue el caso de poderse hacer efectivos los créditos que las mismas aseguran. Así resulta del artículo 152 LH e implícitamente del núm. 4 del artículo 107 de la misma¹⁹¹.

La resolución de 21 de agosto de 1895 discutió si la prohibición de subhipotecar una hipoteca legal por dote subsiste en el caso de que el crédito asegurado ya sea exigible. Dice que «esa cuestión ha de ser resuelta con sujeción al criterio que inspira el artículo 155 LH,

¹⁸⁹ En este sentido, también ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, *op. cit.*, p. 423. Estos autores afirman que del artículo 118 LH hay que considerar excluidas, por su carácter personalísimo, las obligaciones garantizadas con hipoteca legal, las obligaciones que pueden derivarse de responsabilidades derivadas del ejercicio de un cargo, etc., al menos mientras el débito no haya cristalizado en una cantidad determinada y ya exigible.

¹⁹⁰ Una de las cuestiones más controvertidas de la subhipoteca es su distinción con la cesión de crédito. La Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 1927 declaró «que entre la subhipoteca, derecho real en cuya virtud se sujeta un crédito hipotecario al cumplimiento de una obligación y la cesión del mismo derecho, hay unas diferencias casi tan esenciales como las existentes entre la transferencia de la propiedad de una finca y el gravamen hipotecario que sobre la misma pueda constituirse, de suerte que, si bien por vía ejecutiva el acreedor subhipotecario puede llegar a obtener la adjudicación del crédito hipotecario, mientras esto no suceda es incorrecto hablar de la subrogación, y para el Registro han de estimarse distintos los dos créditos, respectivamente asegurados por la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace».

¹⁹¹ Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, *op. cit.*, p. 478. No obstante, estos autores, en el volumen IV-2.º, *op. cit.*, p. 882, hacen una matización cuando afirman que debería ser posible una subhipoteca, aunque con ejecutabilidad diferida hasta que fuera exigible el crédito asegurado con la hipoteca legal gravada.

pues lo que éste dispone con relación al contrato de cesión dispuesto debe estar respecto del de subhipoteca, ya que ésta no es en el fondo más que una forma peculiar de la enajenación o cesión del derecho de hipoteca».

A continuación se refiere lo que manifestó la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 sobre el fundamento de dicha prohibición de subhipotecar una hipoteca legal, que era la necesidad de evitar que los protegidos por dicha hipoteca hagan ilusoria su garantía. Por ello, al desaparecer la causa determinante de la prohibición, el que tiene a su favor una hipoteca legal puede enajenarla al llegar el caso de exigir su importe, y por la misma razón ha de poder subhipotecarla, por ser la subhipoteca un acto de enajenación como otro cualquiera¹⁹².

En relación con lo anterior, aparece la cuestión del embargo sobre una hipoteca legal. En definitiva, volvemos a movernos en la órbita del artículo 152 LH, en virtud del cual, como ya sabemos, el crédito garantizado con hipoteca legal no es un derecho inalienable en absoluto, sino temporalmente, desde su nacimiento hasta que llegue el momento de poder ser exigida su efectividad y, en definitiva, su importe.

Debido a esta razón de inalienabilidad temporal del crédito, la Resolución de 20 de enero de 1914 –aplicable a nuestro caso– se limitó a admitir la anotabilidad de un embargo sobre una hipoteca legal que aseguraba la devolución de parafernales, para que en su día puedan hacerse efectivos, con arreglo a la ley, los derechos que garantiza dicho embargo.

Consumación de la reserva e hipoteca legal. La consumación de la reserva se produce cuando fallece el reservista existiendo hijos o descendientes del primero o anterior matrimonio y que éstos no hayan sido desheredados.

En este caso los reservatarios tienen un derecho perfecto sobre los bienes reservables. Pueden exigir, por tanto, la entrega de los mismos bienes, o su valor, más abono de los deterioros, como resulta de los ya examinados artículos 974 a 978 CC. Y, en caso de incumplimiento, entrará en juego la hipoteca¹⁹³.

¹⁹² La resolución de 21 de agosto de 1895 efectivamente admite la posibilidad de la subhipoteca, pero la misma había sido constituida después de disuelto el matrimonio del que dependía la exigibilidad del crédito total.

¹⁹³ Acerca del destino o distribución de los bienes reservables dentro del grupo de los reservatarios, según PUIG BRUTAU (Cfr. *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 242), habrá que tener en cuenta si el reservista ha hecho uso de su facultad de mejorar o si no la ha usado en todo o en parte, en cuya hipótesis «los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud del testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, o hubiesen renunciado o repudiado su herencia». Así lo dispone el primer párrafo del artículo 973. En cuanto al justamente desheredado pierde todo dere-

Respecto a la extinción de la hipoteca, obviamente está en relación directa con la extinción de la reserva viudal. La Hipoteca por bienes reservables garantiza el cumplimiento de un crédito de restitución, y éste, a su vez, depende de la subsistencia de la obligación de reservar.

Así, por ejemplo, el artículo 970 CC establece que la reserva se extingue cuando al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero.

Aparentemente la hipoteca debería extinguirse antes de la muerte del padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, ya que en la reserva clásica son «habas contadas» los hijos o descendientes de los mismos, lo cual no sucede con la reserva lineal, y en principio debería saberse con certidumbre quiénes son. Si la reserva matrimonial se refiriera estrictamente a la familia legítima, se daría esa certidumbre. Pero, actualmente, son también reservatarios los descendientes extramatrimoniales, y esto puede causar alguna distorsión, porque pueden ser desconocidos antes de la muerte del cónyuge reservista.

Otro supuesto de extinción de la reserva que da lugar a la extinción de la hipoteca es el caso de que al morir el reservista sólo queden hijos desheredados o indignos, sin descendientes que ocupen su lugar¹⁹⁴.

También hay extinción de la reserva cuando los hijos o descendientes mayores de edad que tienen derecho a los bienes reservables lo renuncian expresamente.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la extinción de la hipoteca, cuando existen hijos, no se produce en el momento de la muerte del cónyuge bínubo, sino cuando cesa la obligación de restituir. Así lo expresa el artículo 164 LH, al manifestar que «las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido».

En general, las causas de extinción de las hipotecas voluntarias se aplican a la extinción de la hipoteca por bienes reservables, aunque, lógicamente, con sus matizaciones.

Por ejemplo, se habla de la inaplicabilidad del plazo a la hipoteca legal¹⁹⁵, ya que con la inclusión del mismo se desvirtuaría la esencia de la concepción que la Ley quiere lograr a través de las mismas. Sí se aplicarían los demás supuestos de extinción: pérdida de la cosa gravada, ejecución hipotecaria, confusión de derechos.

cho a la reserva, sin perjuicio de que sus hijos o descendientes ocupen su lugar de la manera que regula el artículo 857.

¹⁹⁴ Cfr. artículos 973, segundo párrafo, y 761 CC.

¹⁹⁵ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 1208.

La extinción de la hipoteca legal por prescripción no ofrece ninguna particularidad, como no sea, según señalan Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill ¹⁹⁶, la de mero hecho, consistente en que esta hipoteca garantiza una situación obligacional de largo tracto, por lo cual, el día de la exigibilidad, o sea, el momento del nacimiento de la acción hipotecaria, se produce en un tiempo que con frecuencia es bastante distante del en que la hipoteca se constituyó.

Hay que señalar también que cuando la extinción de la hipoteca se produce por pérdida de la cosa, surge a favor del reservatario el derecho a pedir que el reservista le constituya otra para garantizar las obligaciones pendientes ¹⁹⁷.

En cuanto a la cancelación de las inscripciones de hipotecas legales extinguidas, regirán, en general, las mismas normas respecto de la cancelación de las inscripciones de hipotecas voluntarias. Así lo establece el artículo 164 LH al disponer que las inscripciones de hipotecas legales «se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias».

Antes de pasar ya al segundo punto de este trabajo, queremos hacer una breve referencia a la hipoteca de la reserva.

La doctrina, en general, opina que el reservatario no puede hipotecar su derecho, pues éste no es un verdadero derecho real, por tratarse de una mera expectativa y porque no sólo no es susceptible de una inscripción especial y separada, sino únicamente es una indicación en una inscripción, o una nota marginal.

Posición esta, la de la doctrina, que también parece haber sido seguida por la Dirección General de los Registros, en las ya antiguas resoluciones de 28 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 o la de 19 de febrero de 1920.

III. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE BIENES RESERVABLES EN LA RESERVA LINEAL

La reserva lineal es la sucesión que se produce en virtud de la obligación que el artículo 811 CC impone al ascendiente que heredare de un descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de un ascendiente o de un hermano, de reservar los

¹⁹⁶ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 1208.

¹⁹⁷ También hay supuestos de extinción parcial de las hipotecas legales, aunque no en el ámbito de la hipoteca por bienes reservables. Así, por ejemplo, nos encontramos en el supuesto del artículo 173 LH, referente a la reducción del importe de la dote estimada, por exceder de la cuantía que el Derecho permite, lo que hará que se reduzca igualmente la hipoteca en la misma proporción, previa la cancelación correspondiente.

que hubiese adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden ¹⁹⁸.

Los supuestos necesarios para que surja la situación de reserva pendiente se reducen a dos, aunque de contenido complejo: A) Que un descendiente haya adquirido bienes a título gratuito de un ascendiente o hermano; B) Que un ascendiente haya heredado los bienes del descendiente por ministerio de la ley.

Hay, como dicen Díez Picazo-Gullón, dos transmisiones ¹⁹⁹: una primera, a título lucrativo, operada de un ascendiente a un descendiente, o de un hermano a otro hermano; y una segunda, del descendiente adquirente a otro ascendiente, derivada del ministerio de la ley.

En relación con la primera transmisión, tras la Ley de 13 de mayo de 1981 queda cerrada una cierta discusión sobre si esta reserva se debía dar sólo entre parientes legítimos. Después de igualados todos los hijos y descendientes, parece que ya no debe haber duda ²⁰⁰. Y tampoco parece ser argumento suficiente para excluir del artículo 811 la filiación no matrimonial partir de la idea de la troncalidad en que supuestamente esta reserva se basa, porque ello no es así. En esta reserva predomina ante todo una idea de equidad, tal como lo recordó Alonso Martínez ²⁰¹.

La transmisión a título lucrativo comprende lo adquirido por sucesión testada e intestada y por donación ²⁰². La segunda transmisión tiene carácter específicamente hereditario y además por ministerio de la ley.

¹⁹⁸ Siempre se ha discutido acerca de la semejanza o no de esta reserva con las reservas propiamente troncales, aunque el fundamento de la misma radica en consideraciones de índole familiar y en razones de equidad, como puso de manifiesto ALONSO MARTÍNEZ. Cfr. *El Código civil y sus relaciones con las legislaciones forales*, nueva edición, Madrid, 1947, pp. 185 ss.

¹⁹⁹ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 456.

²⁰⁰ Dice LACRUZ que la filiación del adquirente que luego transmitirá los bienes recibidos de su padre o madre al otro progenitor (o a un abuelo, etc.) puede ser, hoy, extramatrimonial, pues, por un lado, literalmente el precepto no distingue y es aplicable a los padres e hijos extramatrimoniales, y, por otro lado, es clara la voluntad del legislador actual en el sentido de equiparar en todos los aspectos posibles ambas clases de filiación, matrimonial y extramatrimonial. Cfr. *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 472. Aunque añade (en nota 4, p. 472) que, sin lugar a dudas, la solución histórica es la opuesta: es seguro que el legislador originario sólo pensó en los progenitores casados entre sí, de los cuales uno es el punto de partida de la reserva y el otro, por causa de lo recibido del hijo común, el obligado a reservar.

²⁰¹ Sería interesante conocer el pensamiento de ALONSO MARTÍNEZ frente al actual artículo 944 CC, que establece que «en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente». Es decir, hay una contraposición entre este precepto, que antepone en el orden de los llamamientos intestados al cónyuge viudo a los parientes colaterales, y la reserva del artículo 811, que trata de evitar precisamente esto.

²⁰² DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 457.

Díez Picazo y Gullón²⁰³, al preguntarse qué se entiende por ministerio de la ley, afirman que hereda por ministerio de la ley el ascendiente que es llamado a la sucesión intestada del descendiente. Afirman que también entiende la opinión dominante en la doctrina que lo percibido como legítima por el ascendiente, aunque sea porque el descendiente haya cumplido en su testamento con el deber de dejarle lo que por aquélla le corresponde, lo recibe por ministerio de la ley. Es decir, se sigue la opinión de Alonso Martínez, que estimaba tan aplicable la institución a la sucesión intestada como a la testamentaria, siempre que en esta última «la finca reservable figure en la porción hereditaria de que el testador no podía privar al ascendiente sin justa causa de desheredación», y ello porque «la legítima no la deben los ascendientes al efecto y la iniciativa del testador, sino que la reciben por ministerio de la ley y, por tanto, es igual en uno y otro caso la razón de la reserva»²⁰⁴.

La adquisición hereditaria del ascendiente ha de ser efectiva, por lo que no hay reserva si aquél repudia la herencia de su descendiente.

¿Son aplicables a esta reserva las normas de la Ley Hipotecaria que regulan las hipotecas por bienes reservables? El párrafo segundo del artículo 184 responde afirmativamente en cuanto que declara que la obligación de asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas por el artículo 978 CC, propia del viudo/a en el caso de la reserva ordinaria, constituye también una obligación del reservista del artículo 811. Lógicamente, en la medida que las normas recogidas en los artículos 184 ss. LH sean aplicables.

En este sentido, la Ley Hipotecaria recoge una doctrina dominante que afirma la aplicación analógica a la reserva lineal de las normas sobre la reserva ordinaria. Pero las justificaciones de esta analogía varían de autor a autor.

Para Lacruz²⁰⁵, el pensamiento del legislador sobre este punto se contiene en los artículos 968 ss., preceptos que son aplicables al artículo 811, sobre todo a efectos de llenar sus lagunas (en particular, la enajenación y garantía de los bienes reservables), siempre que exista identidad de razón.

Clavería²⁰⁶ ha intentado construir un concepto de reserva en general, referido a ambas reservas. Dice este autor que el artículo 811

²⁰³ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 457.

²⁰⁴ La STS de 2 de marzo de 1929 va en esta dirección. En el caso contemplado, A le hereda a su hijo B, que fallece bajo testamento dejando como heredera universal a su madre. Al fallecimiento de ésta, la actora en el pleito reclama, por estimarlos sujetos a la reserva, los bienes que correspondieron a la fallecida por legítima de su hijo.

²⁰⁵ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, *op. cit.*, 471.

²⁰⁶ CLAVERÍA, «Teoría general de la reserva hereditaria», *ADC*, 1980, pp. 845 ss.

nace con una finalidad concretísima (evitar el cambio de línea de determinados bienes), y, para atenderla, los redactores del CC acuden a una figura ya consolidada en la legislación y en la doctrina: para ser más exactos acuden a la técnica ínsita en esta figura, a la técnica de la reserva. Más adelante, Clavería distingue entre técnica y finalidad, diciendo que ésta explica, determina y configura aquélla; la técnica se halla al servicio de la finalidad, es un instrumento conceptual y explicativo escogido por el legislador para dirimir conflictos sociales..., es la finalidad lo que principalmente confiere a cada figura jurídica su esencia: lo que significa que la reserva lineal del artículo 811 CC, y la ordinaria de los artículos 968 ss. CC, son figuras distintas que actúan mediante la misma técnica. Al tratarse de figuras diferentes cabe hablar de aplicación analógica de las normas de la reserva viudal a los supuestos de reserva lineal. Se trata de dos figuras esencialmente distintas, por tener diferente espíritu informador, por haber sido creadas con fin diferente por la ley.

Más antiguamente, Domínguez de Molina²⁰⁷, en la misma dirección que la STS de 8 de junio de 1945²⁰⁸, resaltó las siguientes diferencias entre ambas reservas: a) Por su origen: en la lineal como origen único es el hecho de adquirir en determinadas circunstancias ciertos bienes; en la ordinaria se adquiere un nuevo matrimonio o la tenencia de un hijo no matrimonial o adoptivo; b) Por el título por el cual llegan los bienes al reservista: en la lineal, es en todo caso el de herencia, bien por vía de legítima, bien por sucesión intestada, es decir, siempre por ministerio de la ley; en la ordinaria, además de poderlo ser por sucesión intestada, la adquisición puede tener lugar por testamento no sólo en concepto de legítima, sino también en el de legado, así como por actos *inter vivos* mediante donación o por cualquier otro título lucrativo, que son medios excluidos de la reserva lineal; c) Por razón de las personas que intervienen en su constitución: en la reserva lineal, el reservista puede ser el padre o la madre o cualquier otro ascendiente del causante de la reserva, y éste ha de ser, por consiguiente, un hijo o descendiente del reservista siempre. En la ordinaria, el reservista tiene que ser en todo caso el cónyuge supérstite que, cuando se trate de los bienes recibidos de los hijos a que hace referencia el artículo 969, habrán de ser el padre o la madre de éstos; d) Por los bienes objeto de la reserva: en cuanto a los que integran la reserva lineal, y que

²⁰⁷ DOMÍNGUEZ DE MOLINA, *op. cit.*, pp. 586 ss.

²⁰⁸ STS de 8 de junio de 1945: «las dos modalidades de la reserva ofrecen marcadas analogías en punto a finalidad, naturaleza, contenido y efectos, puesto que no son, en definitiva, sino especies de la misma institución, pero también las acusadas diferencias que el hallarse establecida cada una para un supuesto distinto impone en orden a las condiciones que les dan lugar y a las normas reguladoras de sus efectos».

se transmiten al ascendiente reservista por el descendiente intermedio, han de haber sido adquiridos por éste a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. En la ordinaria basta simplemente que pertenezcan al cónyuge premuerto o a los parientes e hijos de quienes los recibe el reservista según los tres distintos supuestos de los artículos 968 y 969 sin necesidad de investigar el origen de tales bienes y aunque hubieran sido adquiridos por los donantes o transmitentes con su trabajo o industria o los heredados de los hijos procedieran de la adquisición por los mismos a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, pues el artículo 969 no los excluye y no basta esta circunstancia, si concurre un nuevo matrimonio del supérstite o el reconocimiento de un hijo natural, para dar vida a la reserva lineal y excluir la ordinaria de carácter preferente; e) Personas favorecidas por la reserva: en la lineal lo son los parientes, dentro del tercer grado del descendiente heredado en combinación con la regla sucesoria de proximidad de grado y que pertenezcan a la línea de que los bienes proceden. En la ordinaria, los hijos y descendientes —éstos sin limitación de grado— del matrimonio anterior.

De donde se desprende, en opinión de este autor, que la asimilación de ambas reservas sería aventurada. No obstante, ambas tienen de común que constituyen una obligación de reservar bienes determinados, lo que, entre otras cosas, significa, con las diferencias que sean, la aplicación en ambas de las medidas de garantía.

Voy a seguir, en este punto (como en otros), la opinión de Vallet de Goytisolo. Vamos a fijarnos, en primer lugar, en algunas sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a los artículos 977 y 978 CC, objeto de nuestro estudio²⁰⁹.

La primera sentencia para ser citada es la STS de 8 de noviembre de 1894. Su cuarto considerando estimó que «si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 CC, encaminadas a la seguridad de los bienes reservables, se refieren especialmente a los viudos que contraen segundas o ulteriores nupcias, no por eso dejan de ser aplicables a la reserva establecida en el artículo 811 porque, aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga a entenderlo así la importante y decisiva circunstancia de que ambas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de las comunes a las herencias por testamento o sin él y porque en el artículo 968 que encabeza la Sección que trata en general de los bienes sujetos a reserva se hace referencia a la impuesta en el artículo 811, y será consiguientemente contradictoria de la razón de la ley y del carác-

²⁰⁹ Estas sentencias están recogidas en el libro de VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio, Volumen VI, La reserva lineal*, Madrid, 1983, pp. 352 ss.

ter común de las referidas disposiciones no estimarlas aplicables a la expresada reserva».

La sentencia del TS de 30 de diciembre de 1897 volvió a aplicar los artículos 977 y 978 a la reserva del artículo 811, según su segundo considerando «por existir la misma razón legal y por el carácter general que tienen las disposiciones del capítulo en que aquéllos se encuentran». En el mismo sentido, la STS de 6 de julio de 1916, reiterando la aplicabilidad de los artículos 977 y 978 al 811, repitiendo literalmente las razones de la STS de 30 de diciembre de 1897.

En cambio, la STS de 3 de noviembre de 1931 rechazó la aplicación a un ascendiente, reservista del artículo 811, de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 CC y 168 y 200 de la Ley Hipotecaria, entonces vigente, y que reclamaban sus hijos. Al interponer el recurso de casación, el reservista había alegado que en los supuestos de las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897 el ascendiente había contraído segundas nupcias y que la sentencia de 6 de julio de 1916 «se refiere a reserva solicitada no por el hijo sobre los bienes que el padre hubiere heredado de otros hermanos, sino por un hermano de aquel de quien procedían los bienes, y que, por mediación de un sobrino carnal, los había heredado el cónyuge de otro hermano». El tercer considerando de la sentencia, atendiendo a que el padre reservista permanecía en estado de viudez, arguyó que «estas garantías sólo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, mas en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía».

La STS de 25 de marzo ²¹⁰ insiste en la integración del artículo 811 con las normas del Código que regulan la reserva viudal. Su primer considerando da, por supuesto, como apoyo de su argumentación, la aplicación al reservista lineal de las facultades dispositivas concedidas al bínubo en los artículos 974, 975 y 976. Su considerando sexto estima que la reserva lineal, «por su denominación y por su contenido, no puede corresponder en Derecho a otro concepto que al de constituir una variedad de la reserva del bínubo» y, por tanto, en la hipótesis de que el indicado precepto (el 811) fuese de estricta aplicación al caso de autos, lógico sería la

²¹⁰ «Importantísima sentencia», la llama VALLET, *La reserva lineal...*, op. cit., p. 355.

regulación de los efectos jurídicos de la reserva legal establecida en el artículo citado, en cuanto no se halle previsto en tal precepto o en alguno de los concordantes de la sección destinada a las legítimas, en que está enclavado como límite que es de la de los ascendientes respecto de sus descendientes, se ajustase a las normas específicas que sobre la materia contiene el Código, bajo el epígrafe «De los bienes sujetos a reserva», en la sección segunda del capítulo V, relativa a las disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, del título III de su libro II, cual lo confirma, de un lado, el texto del artículo 968, primero de la indicada sección, que empieza aludiendo de un modo expreso a la reserva establecida en el 811; y, por otra parte, el que este Tribunal tiene establecida la doctrina de que las medidas de garantía y seguridad que adopta el CC en sus artículos 977 y 978..., son aplicables por existir la misma razón de ley, y por el carácter general que tienen las disposiciones del Código en que aquéllos se encuentran comprendidos a la reserva especial del artículo 811»²¹¹.

Vallet de Goytisolo²¹² no tiene duda de la aplicación analógica de «primerísimo grado» (dice) de las normas de la reserva viudal para complementar la del 811 al tratarse de dos variedades de la misma institución.

Que son dos variedades lo justifica este autor en dos tipos de argumentaciones. En primer lugar, en las propias explicaciones del propio promotor del precepto, Alonso Martínez, que señaló la necesidad de modificar en sus accidentes la institución de las reservas para poder extenderla a otras personas y casos distintos de los señalados en las leyes vigentes.

En segundo lugar, el mismo Código califica de «reserva» la institución creada en el artículo 811, precisando en el primer artículo de la sección «De los bienes sujetos a reserva», el artículo 968, que «además de la reserva impuesta en el artículo 811»...

Tratándose de una misma institución, afirma Vallet²¹³, ha de haber entre sus diversas modalidades no sólo la semejanza formal, de estructura y funcionamiento, sino verdadera identidad funcional. Las diferencias estriban en los supuestos de aplicación, ele-

²¹¹ El séptimo considerando observa que «el 811 no prevé el supuesto regulado en el artículo 972 en relación con el 968», pero añade que, «como en una y otra hipótesis, es la misma la situación en que se encuentran colocados los hijos reservatarios respecto del ascendiente reservista, con relación a los bienes reservables, bien se trate de la reserva establecida en el referido artículo 968 CC, o ya de la impuesta en el 811, necesario será que en estos dos aparentes casos distintos, que la realidad funde en uno sólo, rija el único principio de derecho establecido para él en el repetido artículo 972 CC».

²¹² VALLET DE GOYTISOLO, *La reserva lineal...*, op. cit., p.374.

²¹³ VALLET, *La reserva lineal...*, op. cit., p. 376

mentos personales y reales. O sea, juegan entre personas diferentes y no se refieren a los mismos bienes, pero actúan igual. Ésta es la idea básica que entiende Vallet hay que tener en cuenta al descender a los detalles de la aplicación analógica.

Y en este sentido, afirma que, si bien se pueden aplicar analógicamente a la reserva lineal los artículos 977 y 978, hay un problema de límites. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recoge, Vallet distingue tres supuestos²¹⁴:

- Si el ascendiente sujeto a la reserva del artículo 811 contrae segundas nupcias, resulta evidente, en opinión de este autor, la aplicación analógica de los artículos 977 y 978 CC, tanto más cuanto que llega a darse verdadera identidad. Este supuesto se dio en los casos contemplados en las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897.

- Si el reservista del artículo 811 no tiene descendencia común al otro ascendiente, también debe aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 977 y 978, aunque dicho reservista no haya contraído segundas nupcias. Éste era el supuesto contemplado en la STS de 6 de julio de 1916. Aunque no se den las nuevas nupcias, como motivo para disminuir la confianza en los padres respecto a los intereses de los hijos de un anterior matrimonio, hay razón para que no se tenga mayor ni diferente confianza en el interés de los reservistas por los eventuales derechos de sus afines, respecto a los cuales lógicamente deberán preferir, en general, a sus consanguíneos. Aquí la contraposición de afectos que suscita desconfianza no es la del bínubo con respecto a los hijos de un matrimonio anterior, de una parte, y los de otro posterior o su nuevo cónyuge, de otra, sino la del viudo respecto de sus afines, de una parte, y sus consanguíneos, de otra. Y manifiesta Vallet que es lógico que ante igual perspectiva en la reserva las garantías no sean menores en este caso que en aquél.

- En caso de que el ascendiente, presunto reservista del artículo 811, tenga descendencia y ésta sea íntegramente común al otro ascendiente, mientras no contraiga nuevo matrimonio no cabe exigirle a instancia de dichos descendientes las medidas previstas en los artículos 977 y 978, conforme a la doctrina establecida por STS de 3 de noviembre de 1931²¹⁵.

²¹⁴ VALLET, *La reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 377.

²¹⁵ La STS de 3 de noviembre de 1931 se ocupó de la reserva de unos bienes que, como afirmó el primer considerando, estaban potencialmente comprendidos en los artículos 811 y 869 CC». La sentencia recurrida había estimado exigibles dichas medidas de garantía, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia. Del segundo motivo que prosperó: «Se hace aplicación indebida por el Tribunal de Instancia de la doctrina consignada en la jurisprudencia invocada en el motivo precedente porque dichas sentencias, en lo que afecta

Son razones para excluir la aplicación analógica en esta tercera hipótesis las siguientes, en opinión de Vallet²¹⁶:

- Si para un derecho de categoría inferior, como es el usufructo, a los padres que lo hayan sobre bienes de sus hijos no se les exige prestación de fianza más que en caso de contraer nuevas nupcias (art. 492 CC), no parece lógico imponérsela cuando tengan un derecho más fuerte, como es el dominio, aunque sujeto a reserva a favor de los mismos hijos.

- La misma dicción inicial de los artículos 977 y 978 que se limita al supuesto de *repetir el matrimonio*, unida –como dice la STS de 1931– a que las restricciones que regulan, como gravosas que son, no pueden interpretarse extensivamente ni aplicarse por analogía, tanto más cuanto que limitan la potestad paterna y se trata de una materia de interpretación restrictiva la de las reservas.

- Además, partiendo –en opinión de Vallet– de que al dejar el presunto reservista a su muerte sólo una común descendencia con el otro ascendiente, desaparece la reserva (pendiente en vida del reservista de que al morir éste no quedare común descendencia o que éste tuviere otra descendencia no común)²¹⁷. No parece lógico, señala el ilustre autor, que quienes de vivir al fallecer su ascendiente excluirían la consumación de la reserva puedan en su fase de pendencia exigir medida de garantía alguna²¹⁸.

a las de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897, que nosotros consideramos infringidas, se trataba de un ascendiente que había contraído segundas o ulteriores nupcias y, por consecuencia, se daba el supuesto del artículo 977, que apreciamos infringido; y la sentencia de 6 de julio de 1916 se refiere a reserva solicitada no por el hijo sobre los bienes que el padre hubiese heredado de otros hermanos, sino por un hermano de aquel de quien procedían los bienes, y que, por mediación de un sobrino carnal, los había heredado el cónyuge de otro hermano». El TS, en el segundo considerando, afirma «que la reserva... discutida encuentra su molde adecuado y sus principios normativos, sobre todo en cuanto se refiere a las garantías hipotecarias, en los artículos 968 ss. del repetido texto». y en el tercer considerando: «... en modo alguno cabe que sean exigibles (las obligaciones de garantía) al que se conserva en estado de viudez porque la ley no se las impone y porque aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía».

²¹⁶ VALLET, *La reserva lineal...*, op. cit., p. 378.

²¹⁷ El razonamiento de VALLET se basa en que en este caso ya está cumplida la finalidad del artículo 811 de prevenir un cambio fortuito de línea.

²¹⁸ El problema es el siguiente, con un ejemplo de LACRUZ (Cfr. *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 474): fallece la madre y hereda la hija; luego muere la hija y hereda su abuela materna, quedando hermanos de la madre o de la hija. ¿Tienen éstos derecho a la reserva? Literalmente, dice este autor, el artículo 811 es aplicable al caso, porque se dan en él las dos transmisiones y los hermanos de la madre o de la hija son parientes «por la línea de donde los bienes proceden». Ni la letra del precepto impone la presencia de una línea distinta a la del ascendiente heredero, ni su regla deja de ordenar algo distinto al Derecho común (vinculación, frente a la libertad de disponer de la parte no afecta a la legítima), cuando la línea es una. Además, tratándose de los hermanos de la hija, la reserva es la solución realmente equitativa. Pienso que ésta es la solución correcta.

- En el supuesto anterior cabe discutir si, a pesar de la existencia de esa común descendencia, los otros parientes ulteriores de la línea de procedencia de los bienes (comprendidos dentro del tercer grado respecto al descendiente heredado) pueden exigir dichas medidas de seguridad. Y especialmente ocurre en el caso planteado por la STS de 19 de enero de 1935, de que el ascendiente supérstite sólo tuviera descendencia común al otro ascendiente, pero que de éste quedase otra descendencia no común. En el primer considerando de esta sentencia, el Tribunal Supremo declaró que un medio hermano del descendiente –que era hijo del ascendiente de quien procedían los bienes, pero no del supérstite (presunto reservista por el 811)– podía pedir «tales garantías y medidas de seguridad, que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeran causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas cuando quien las pide... sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente».

Pasando ya a los obligados a constituir la hipoteca, hemos de referirnos al reservista, es decir, al ascendiente que hereda al descendiente. No hace distinción el artículo 811 entre el grado de los mismos, por lo que se comprenden en él los padres, abuelos u otros ascendientes de ulterior grado²¹⁹.

Es muy dudoso que el ascendiente haya de pertenecer a línea distinta de aquella de donde los bienes proceden²²⁰. Se trata de un requisito que no resulta del artículo 811²²¹.

En la situación de pendencia de la reserva deben ya existir posibles reservatarios, esto es, desde el momento que el ascendiente reservista adquiera por ministerio de la ley bienes del descendiente causante de la reserva deben existir parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden. En este momento de reserva pendiente, aunque haya descendencia común, hay que hablar de obligación de reserva y, por tanto, de obligación de constituir la hipoteca, porque no es posible tener la seguridad de que esta situación será la que exista al fallecer el ascendiente reservista²²².

²¹⁹ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 458.

²²⁰ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 257. Este autor sigue a VALLET DE GOYTISOLO.

²²¹ Como bien señala PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 257, la doctrina mayoritaria rechaza esta exigencia de que el ascendiente pertenezca a línea distinta de aquella de donde los bienes proceden. Incluso cuando el ascendiente que hereda y aquel de quien proceden los bienes pertenezcan a la misma línea, es posible que los bienes se aparten de ella por ulterior matrimonio o por voluntad del que sería reservista. Es cierto que los hijos y descendientes podrían tener asegurado su derecho por la reserva viudal, pero no los demás parientes que el artículo 811 señala como reservatarios.

²²² PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

Para que el ascendiente sea reservista no ha de repudiar la herencia del descendiente. Es éste un requisito esencial según ha establecido el Tribunal Supremo²²³.

Las personas que pueden pedir la hipoteca son los reservatarios²²⁴, es decir, los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, como dice el artículo 811.

Igual que en la reserva clásica, pero con más razón de ser en la reserva lineal, la reserva nace a favor de un conjunto de personas –las que reúnan las condiciones determinadas en el art. 811– que constituyen un sujeto colectivo y variable, que se fija e individualiza a la muerte del reservista. Ello hace que los bienes puedan ser adquiridos por quien no haya nacido en el momento de fallecer el descendiente, o mejor, por el no concebido y que nazca después de constituida la reserva sobreviviendo al reservista²²⁵.

Como señala Puig Brutau²²⁶, para saber qué es lo que quiso el artículo 811 con esta frase, ello obliga al examen de los siguientes puntos: clase de parentesco a que se refiere el precepto; respecto de quién ha de contarse el tercer grado y cómo ha de entenderse la pertenencia a la línea de procedencia de los bienes.

En cuanto a la clase de parentesco, antes de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, prevalecía el criterio de que el artículo 811 sólo podía referirse a los parientes legítimos y consanguíneos. Por el fundamento de la reserva no debía tenerse en cuenta el parentesco de afinidad y, por otra parte, parecía obvio, en palabras de Puig Brutau²²⁷, que sólo pudiera gozar de la protección dispensada por el artículo 811 CC la familia legítima, dado el matiz troncal del precepto.

Hoy, en cambio, hay igualdad entre las distintas clases de filiación, sin perjuicio de considerar en la práctica que difícilmente plantearán cuestiones los parientes naturales que «pertenzcan a la línea de donde los bienes procedan»²²⁸.

²²³ Así, la STS de 1 de febrero de 1957 dijo, en el tercer considerando, que al no aceptar la herencia el reservista y al faltar este enlace legalmente indispensable, «queda rota la trayectoria de los tales bienes e imposibilitado el futuro ejercicio por el reservatario de un derecho que no ha llegado a tener realidad jurídica eficaz».

²²⁴ Constituye éste uno de los problemas más complejos de la reserva lineal y que más páginas ha producido.

²²⁵ DOMÍNGUEZ DE MOLINA, *op. cit.*, p. 634.

²²⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 266.

²²⁷ Ídem.

²²⁸ Como siempre, VALLET profundiza. Dice que tras la reforma de 1981 hay que deslindar tres distintas direcciones a las que puede referirse el carácter matrimonial, no matrimonial o dimanante de la adopción de la relación personal que requiere la reserva lineal: 1.º la que medie entre el descendiente y el ascendiente o hermano de quien aquél recibió los bienes a título lucrativo; 2.º la que una al descendiente y a su ascendiente obligado a reservar; y 3.º la que debe existir entre el descendiente y los reservatarios. La pri-

Respecto a la filiación adoptiva, nos dice Lacruz²²⁹ que, dada la actual corriente adopcionista, considera probable una asimilación sin distingos, también a estos efectos, entre la filiación natural y la artificial. Pero aclara que ésta no fue la mente del legislador, ni es la finalidad del precepto. Admitiendo lo anterior, concluye que al menos se habrá de exigir que la adopción sea anterior al fallecimiento del ascendiente o hermano origen de la reserva.

La clásica problemática del derecho de representación en materia de reserva puede ser traída a colación también a efectos de legitimación para pedir las medidas de seguridad.

El derecho de representación, en materia de reserva consumada, significa que falleciendo alguno de los eventuales reservatarios antes que el reservista y con descendencia que viva al abrirse la sucesión de éste se plantea el problema de si, y hasta qué punto, puede tal descendencia tener derecho a la reserva representando a su ascendiente.

Antiguamente la respuesta fue negativa, con una argumentación razonable: si la reserva es un derecho o beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva la representación establecida en los artículos 924 y 925 CC. Hoy, la respuesta es más bien positiva, favorable, por tanto, a la aplicación del derecho de representación (en las líneas descendente y colateral), si bien únicamente cuando el descendiente a quien favorezca esté dentro del tercer grado: no cuando sea pariente de cuarto o ulterior grado, aunque represente a parientes dentro del tercero, pues entonces no se respetaría el estricto límite puesto a la reserva por el legislador. En consecuencia, los hijos de hermano premuerto del descendiente son preferidos a los tíos de éste, y concurren a la reserva con los demás hermanos de dicho ascendiente²³⁰.

En el ámbito de las medidas de seguridad, no cabe duda que esta tesis se puede mantener perfectamente, sin perjuicio de que después de la muerte del reservista se discuta quiénes son efectivamente los reservatarios y el orden de preferencia.

mera y tercera relación parece que requieren parentesco matrimonial, pues la ratio del 811 es exclusivamente la línea matrimonial de la familia de la que proceden los bienes. En cuanto al segundo aspecto, advierte VALLET que, después de la reforma, tanto los ascendientes como los descendientes no matrimoniales son entre sí legitimarios y herederos abintestato, así como también son herederos abintestato los hermanos no matrimoniales. Puede, por tanto, ocurrir que un descendiente no matrimonial herede a su padre con preferencia a los ascendientes legítimos de éste, y en igualdad con los hijos legítimos del propio padre o de hijos legítimos de éste; y que luego esos bienes los herede, por ministerio de la ley, de ese hijo, otro ascendiente no matrimonial. Cfr. VALLET, *Reserva lineal...*, op. cit., p. 195.

²²⁹ LACRUZ, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 474

²³⁰ Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 476.

En cambio, señala Puig Brutau ²³¹, basta que los parientes lo sean de vínculo sencillo; es decir, los medio hermanos, lo sean de padre o madre, pueden ser reservatarios si pertenecen a la línea paterna o materna de la que proceden los bienes. No se concurre a la sucesión por el vínculo doble o sencillo de parentesco, sino por la pertenencia a la línea de procedencia de los bienes.

Respecto de quien ha de contarse el tercer grado de parentesco, Puig Brutau ²³² manifiesta que en la actualidad debe considerarse resuelta esta cuestión en el sentido de que ha de contarse desde el descendiente cuyo fallecimiento es origen de la obligación de reservar. Recoge los siguientes argumentos procedentes de Vallet:

- Que la muerte del descendiente es la que origina la obligación de reservar.
- Que la desviación de los bienes de la línea de donde proceden se produce a la muerte de este descendiente.
- Que, en último caso, la duda debe resolverse dando la menor extensión posible a la reserva, por ser esta materia de interpretación restrictiva, y existirán menos reservatarios si el grado se computa desde el descendiente ²³³.

Sin embargo, la cuestión que más dudas ha ocasionado la redacción del artículo 811 es la determinación de la línea de donde los bienes proceden. Aquí, los pareceres son tan numerosos como los autores.

En este punto, voy a seguir la posición de Díez Picazo y Gullón, que tienen muy en cuenta a Vallet ²³⁴. Respecto del grado, no hay ningún problema: éste se cuenta siempre respecto del descendiente, puesto que del fallecimiento del mismo surge el derecho y tiene su origen la obligación de reservar.

El requisito de que han de pertenecer a la línea de donde los bienes procedan, se preguntan si los bienes proceden del ascendiente o hermano o hay que ir más allá, remontándose al pariente por el que entraron en la familia. Nos dicen que la jurisprudencia ha negado lo segundo (STS de 12 de marzo de 1966 y 22 de marzo de 1986) ²³⁵.

²³¹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 267.

²³² Ídem.

²³³ Este es el criterio también de la jurisprudencia, mantenido sin variación desde la sentencia de 16 de diciembre de 1892. Así, la STS de 8 de noviembre de 1906 declaró, en su primer considerando, que ha de referirse el grado «al que mediaré entre las personas a cuyo favor deba hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden de modo inmediato los bienes, puesto que del fallecimiento de éste surge el derecho y tiene su origen la obligación de reservar...». Así sucesivamente.

²³⁴ Díez PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema*, IV, *op. cit.*, p. 458.

²³⁵ Recogen una opinión de VALLET, en el sentido de que el criterio de ir más allá, remontándose al pariente por el que entraron los bienes en la familia, es un criterio válido

Por tanto, la línea de procedencia de los bienes es la del ascendiente o hermano primer transmitente, y combinando este requisito con el anterior del grado puede decirse que tienen derecho a la reserva los parientes que estén como máximo dentro del tercer grado con el descendiente y lo sean por la línea del ascendiente o hermano que transmitió a dicho descendiente ²³⁶.

En el caso del divorcio, la reserva de bienes aplicable al divorciado es la reserva del artículo 811 del Código civil ²³⁷. Arechederra nos recuerda algo obvio: que la estructura familiar, subsistente tras el divorcio, conserva su original idoneidad, subsumible en el supuesto de hecho del artículo 811 CC.

A los dos cónyuges no los une el matrimonio, pero sí algo indisoluble: su posible condición de progenitores de unos hijos comunes. Cada cónyuge sigue siendo, potencialmente, ese «ascendiente», que habiendo adquirido de un descendiente, por ministerio de la ley, bienes, que, a su vez, dicho descendiente los hubiese recibido, a título gratuito, del «otro ascendiente» deberá reservarlos a favor de los parientes del descendiente, que estén dentro del tercer grado; por ejemplo, los hermanos del descendiente. Que son los hijos del anterior matrimonio de los divorciados, se hubieran vuelto a casar o no se hubieran vuelto a casar. Como dice Arechederra, es lo mismo: no hace al caso.

Se plantea la cuestión de quién puede pedir las medidas de seguridad en caso de conflicto o colisión de reservas, ya que los supuestos de aplicación de ambas pueden coincidir en parte, en el sentido de producirse en la persona de un mismo reservista y respecto de unos mismos bienes, aunque con distinto destinatario. Nos dice Puig Brutau ²³⁸ que basta pensar en la situación de hecho

para determinar qué bienes son reservables, pero no para fijar quienes han de ser reservatarios. A juicio de este autor, resulta mucho más ajustado al espíritu y finalidad del precepto remontarse al ascendiente con quien entraron en la familia.

²³⁶ Ponen estos autores el siguiente ejemplo. En la STS de 12 de marzo de 1966 se planteó el siguiente supuesto. Manuel M. Estaba casado con Micaela M., de cuyo matrimonio tuvieron dos hijos: Justina y Miguel. Justina contrae matrimonio con Demetrio, del que tienen una hija, Micaela A.M. Justina fallece dejando por heredera universal a su hija Micaela, la que fallece al poco tiempo sin testamento, por lo que fue heredero su padre Demetrio. Este contrae nuevo matrimonio con Beatriz, de la que tiene tres hijas. Al fallecimiento de Beatriz contrae matrimonio con Catalina, de la que no tiene descendencia. Demetrio fallece dejando como herederas a las tres hijas de su segundo matrimonio, que son demandadas por Miguel para que se avengan a reconocer que los bienes que heredó Demetrio de su hija Micaela tenían la cualidad de reservables porque los heredó de su madre Justina (que a su vez los heredó de su madre Micaela) y porque era el único pariente dentro del tercer grado de su sobrina Micaela, y pertenecía a la línea de donde los bienes procedían. El Tribunal Supremo así lo estimó, frente al parentesco alegado por las tres herederas con Micaela. Ciertamente eran hermanastras suyas, pero no tenían ningún parentesco con la ascendiente Justina, no estaban en la línea de ésta.

²³⁷ ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1429.

²³⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.^a, *op. cit.*, p. 207.

más sencilla y que efectivamente se encuentra en la base de los hechos de varios litigios que llegaron al Tribunal Supremo: fallece el padre y le heredan sus hijos, premuriendo uno de éstos a la madre sin haber otorgado testamento, por lo que su madre le hereda abintestato y luego contrae nuevo matrimonio. Se pregunta Puig Brutau si la cualidad de reservista, adquirida al heredar al hijo y en virtud del artículo 811, subsiste cuando contrae matrimonio o si este nuevo hecho cambia la clase de reserva.

El Tribunal Supremo ha afirmado que es preferente o ha de prevalecer la del artículo 968 y en este sentido merecen atención las sentencias de 4 de enero de 1911 y 21 de enero de 1922.

En el caso resuelto por la sentencia de 4 de enero de 1911 concurría un nieto común a ambos ascendientes, sobrino del descendiente, con un tío de éste, o sea, dos parientes en tercer grado de dicho descendiente. El fallo recurrido había declarado que era preferente el nieto común porque la abuela reservista había contraído segundas nupcias provocando la reserva viudal, que consideró preferente a la lineal. Uno de los motivos del recurso alegó infracción de los artículos 968 y 969, por aplicación indebida, pues con el criterio de la sentencia recurrida quedaría al alcance del viudo dejar sin efecto una reserva nacida por ministerio de la ley, la del artículo 811, y atribuirle la facultad de beneficiar a un hijo en perjuicio de terceras personas. El Tribunal Supremo rechazó el recurso.

En el primer considerando se dice: «sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes, o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva, ya sea ésta la nuevamente establecida en el artículo 811 del código civil, ya la tradicional o histórica regulada en la sección 2.^a, capítulo 5.^o, título y libro 3.^o del mismo cuerpo legal, y con relación a la indicada fecha, y no a otra anterior o posterior, debe resolverse la cuestión de existencia de una de las dos reservas...».

Según el tercer considerando: «si el temor de que salieran de la familia formada por el matrimonio y de su descendencia bienes que venían constituyendo su patrimonio, fue la causa de la obligación impuesta por la ley al cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, de reservar los adquiridos a título gratuito en razón de aquella unión matrimonial, a favor de las generaciones que a ella debieron su nacimiento, no es racional presumir que en otro caso la misma ley dispusiera que los bienes pasaran a parientes del tercer grado, con perjuicio de la común posteridad, ni esto lo ha podido ordenar el artículo 811 del Código, como sostienen los recurrentes,

porque implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los descendientes...»²³⁹.

De acuerdo con esta jurisprudencia, seguida por otra del Tribunal Supremo, que ha tocado el tema de la colisión o concurrencia de reservas en materia de facultad de mejorar por parte del reservista del artículo 811, está resuelta la cuestión en el sentido de que la reserva clásica tiene preferencia sobre la lineal. Ahora bien, respecto al específico tema de las medidas de seguridad, Vallet²⁴⁰ precisa que en vida del ascendiente reservista que haya contraído segundas nupcias, podrán concurrir en la exigencia de medidas de seguridad todos los posibles reservatarios, tanto los protegidos por el artículo 811 como los que lo sean por los artículos 968 y siguientes. Con la diferencia, señalada en la Sentencia de 3 de noviembre de 1931, de que sólo los protegidos por la reserva vidual podrán reclamar que el ascendiente garantice con hipoteca el precio reservable de una finca vendida. Pero, como añade, muerto el ascendiente reservista dejando descendencia común, se extingue la expectativa de los presuntos reservatarios que sólo estaban protegidos por el artículo 811 y consolidan, en cambio, su derecho los beneficiados por los artículos 968 y siguientes.

Hay que señalar también que los reservatarios sólo tienen derecho a exigir las medidas de garantía, porque, hasta la muerte del reservista, no tienen más que una expectativa o esperanza de derecho. Puede ser citadas en este sentido las STS de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912, que negaron a los reservatarios el derecho a intervenir en las operaciones de la partición de la herencia del descendiente, practicadas por el reservista, y sólo les reconocieron el derecho a exigir las medidas de garantía y aseguramiento de la entrega, en su día, de los bienes o de su verdadero valor. La citada sentencia de 7 de noviembre de 1912, en su segundo considerando, razonó que «hasta la muerte del reservista, no puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectativa de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele para ejercitar otras accio-

²³⁹ La sentencia de 21 de enero de 1922 también afirmó que la reserva clásica prevalece sobre la lineal. Según su primer considerando: «la reserva tradicional e histórica del cónyuge que contrae segundas nupcias a favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio respecto de los bienes adquiridos de otro hijo habido en el mismo no se rige por el artículo 811 del código civil, en que se introduce como novedad, sin reformar ni derogar la legislación antigua, otra reserva aplicable a determinadas adquisiciones y extensiva a más grados de parentesco, sino por los artículos 968 y 969 que, confirmando aquella legislación y jurisprudencia, establecen, en orden a la reserva indicada, una obligación absoluta, sin limitación, por lo que se refiere al momento en que el superviviente haya adquirido los bienes objeto de tal gravamen, puesto que por su sola procedencia están a él sometidos».

²⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *Reserva lineal...*, op. cit., p. 345.

nes que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión».

La anterior idea es también la defendida por la STS de 26 de marzo de 1969 en materia de prescripción del derecho a los bienes reservables²⁴¹. Dice: «La prescripción invocada en el primer motivo del recurso, en el que, fundado en el número 1.º del artículo 1692 de la LEC, se dice que ha sido violado el artículo 1963 en relación con el artículo 1969 CC, no puede prevalecer, en primer término, porque un examen de los autos, según el apuntamiento, acredita que esta excepción no fue opuesta en el pleito, pues nada sobre ello se hace constar en los hechos ni fundamentos de derecho de la demanda y menos que fuera procesalmente deducida, y si únicamente resulta de la Sentencia de Primera Instancia, no en la recurrida –sin que se conozca si sus considerandos fueron aceptados por ésta–, que la prescripción fue insinuada, lo que se opone a que pueda estimarse que haya sido objeto de debate y le da el carácter de cuestión nueva que no puede plantearse en casación, y, además, porque la prescripción de un derecho requiere que éste exista, y conforme a la doctrina jurisprudencial –SS de 26 de octubre de 1907, 4 de enero de 1908 y 21 de marzo, 7 de noviembre y 30 de diciembre de 1942, entre otras– los reservatarios sólo adquieren su derecho al tiempo de la muerte del reservista, sin perjuicio de que en vida de éste puedan pedir se adopten las medidas oportunas para garantizar su derecho expectante, pero no cabe confundir este derecho de garantía al que correlativamente tiene el deber de prestar al reservista con el derecho mismo a la reserva en el que no tiene otra influencia que privarle de obtener la efectividad del tan

²⁴¹ Los hechos son: el día 22 de enero de 1906 falleció en la localidad de Torrejoncillo don Saturnino López Díaz, que estaba casado con doña Bonifacia Vergel Andrade. De este matrimonio nació el día 22 de febrero del mismo año, es decir, poco después de la muerte del causante, un niño, llamado Saturnino Pedro López Vergel. El causante había fallecido sin testar, por lo cual fue declarado único y universal heredero su hijo y en escritura de liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de la herencia recibió el menor determinados bienes muebles y veintitrés fincas rústica y urbanas, sitas todas ellas en el término municipal de Torrejoncillo. El niño Saturnino Pedro murió el día 29 de setiembre de 1909 y su madre, que a la sazón estaba casada en segundas nupcias, solicitó del Juzgado que se le declarara heredera abintestato de su hijo, sin hacer ninguna indicación respecto de la naturaleza y procedencia de los bienes dejados por éste. Solicitó después del Registro de la Propiedad que se inscribieran a su nombre las fincas rústicas y urbanas heredadas, y así se hizo, sin que en las inscripciones se hiciera declaración alguna sobre el carácter reservable de los bienes.

Doña Bonifacia murió el día 8 de febrero de 1953. Vivían a la sazón tres hermanos de su primer marido, tíos del menor causante de la reserva, Saturnino Pedro López Vergel, quienes al amparo del artículo 811 CC reclamaron los bienes que doña Bonifacia había heredado del hijo de su primer matrimonio. Como su reclamación formulada frente a los herederos de doña Bonifacia no produjo ningún resultado, presentaron la demanda origen del pleito, en la cual pedían fundamentalmente que se declarara el carácter reservable de los bienes y que se condenara a los demandados a entregarlos.

repetido derecho si los bienes pasasen a poder de tercero, en cuyo supuesto únicamente adquirirían no los bienes mismos, sino su valor»²⁴².

Esta sentencia, por tanto, nos vuelve a recordar que, propiamente, el reservatario sólo tiene derecho a exigir la garantía, que protege una expectativa de gozar respecto a los bienes reservables²⁴³. De ahí que Díez Picazo²⁴⁴ señale que constituye una afirmación incontable de la sentencia, no sólo que la prescripción no podía ser acogida, al no haber sido alegada en el pleito, sino simplemente «insinuada», sino que el derecho de los reservatarios a la reserva, en rigor, no nace hasta el fallecimiento del reservista, luego no puede decirse que comience a prescribir más que a partir de este momento.

Podemos examinar también si todas las personas que en vida del reservista reúnen las circunstancias previstas en el artículo 811 tienen igual expectativa a los bienes reservables y si indistintamente cualquiera de ellas puede exigir la adopción de la hipoteca a que viene obligado el reservista.

Opina Vallet²⁴⁵ que no ofrece duda que quienes en vida del reservista se hallen en el ámbito familiar marcado en el artículo 811, respecto al fallecido descendiente, tendrán sin excepción la esperanza —con mayores o menores posibilidades o probabilidades— de obtener la reserva. Como también es evidente que la protección jurídica que, a través de las medidas de seguridad, garantiza la reserva, a la vez, defiende su expectativa. Pero cabe preguntar, afirma este autor, si corresponde a todos igualmente el poder exigir al reservista el cumplimiento de sus obligaciones de asegurar la hipo-

²⁴² Los demandados alegaban que en la herencia de Saturnino Pedro López, además del activo constituido por las fincas discutidas, había existido también un pasivo, formado por determinadas obligaciones, entre las cuales se encontraba señaladamente la del pago de un legado a que originariamente había estado obligado don Saturnino López Díaz. De esta suerte, si bien el activo de la herencia de Saturnino Pedro había ascendido a unas 9.000 pts., las obligaciones pagadas por doña Bonifacia y los gastos del pleito que tuvo que seguir habían ascendido a más de 16.000 pts., que absorbían íntegramente los bienes reservables. Doña Bonifacia no se había preocupado de practicar liquidación alguna de la herencia, porque creía que nada había heredado en rigor de su hijo. Sobre este punto, señala Díez Picazo (*Estudios ... op. cit.*, p. 321), que el problema consiste en la repercusión que produce en el derecho de los reservatarios el pago por el reservista de obligaciones pertenecientes a la herencia del causante de la reserva. Aunque en el artículo 811 nada se dice sobre esta cuestión, ni tampoco los artículos 968 ss., relativos a la reserva viudal, señala Díez Picazo, que son plenamente aplicables las reglas generales que determinan la liquidación del haber hereditario. El haber hereditario, y, por consiguiente, también el haber reservable, debe considerarse como un haber líquido, deduciendo del importe de los bienes los créditos que fueron a cargo de los mismos (arg. art. 783, párr. 2.º).

²⁴³ Aunque sin olvidar, como recuerda Díez Picazo, que no es fácil la construcción teórica del concepto expectativa de derecho. Cfr. Díez Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1981, p. 310.

²⁴⁴ Díez Picazo, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 321.

²⁴⁵ Vallet, *Reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 400.

teca; o bien, si la existencia de presuntos reservatarios reputados preferentes impedirá que los demás tomen la iniciativa de reclamar la adopción de las medidas de seguridad que la ley obliga al reservista que cumplimente.

Vallet entiende que no es claro que todos los presuntos reservatarios pudiesen concurrir simultáneamente en la expectativa y en el derecho a exigir las garantías²⁴⁶. Parte este ilustre autor de la STS de 3 de noviembre de 1931, que negó a los hijos comunes de ambos descendientes el derecho de exigir a su padre, el reservista, que permanecía viudo, la constitución de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 CC (concretamente se discutía en aquel caso la constitución de hipoteca en garantía del precio de un inmueble vendido). Su tercer considerando atendió a la circunstancia de que el padre reservista se conservaba en estado de viudez, y apoyado en ella argumentó que «estas garantías sólo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, más en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas imposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía». Sin embargo, esa limitación, para el caso de conservarse viudo el reservista, sólo parece aplicable en el supuesto de que éste tenga descendencia común al otro ascendiente, pero no —como se deduce del considerando primero de la STS 6 de julio de 1916— cuando carezca de ella.

Pero las cuestiones que, con relación a este punto que estamos viendo, se derivan de la doctrina de esta sentencia consisten en determinar si habiendo hijos comunes a ambos descendientes pueden los demás parientes que se hallen dentro del tercer grado exigir al ascendiente que se conserve viudo la constitución de aquellas garantías y, en caso contrario, si no conservándose éste viudo podrán exigírselas, en especial si los descendientes comunes no las exigen. La STS de 19 de Enero de 1935, respecto de esa exigencia de tales garantías y medidas de seguridad, declaró que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeren causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas, cuando quien las pide... solo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente (en ese caso un hermano uterino del descendiente e hijo de un matrimonio anterior de la madre), sin perjudicar si al consumarse la reserva el reclamante tendrá

²⁴⁶ VALLET, *Reserva lineal...*, *op. cit.*, pp. 400 ss.

derecho o no alguno a la reserva en concurrencia con el descendiente común de ambos ascendientes y hermano del descendiente.

Aún cabe preguntar, dice Vallet²⁴⁷ si ese derecho, reconocido a un afín que era descendiente del otro ascendiente, ¿se hubiera concedido a otros parientes que no tuvieran ese carácter específico de descendiente de aquél? Piensa Vallet que no. Si los hijos comunes no pueden exigir la constitución de esta medida, le parece evidente que existiendo éstos y no solicitándolo, menos podrá admitirse su exigencia a los demás parientes comprendidos en el artículo 811 que no sean descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes. Y siendo así, si por haber contraído el ascendiente reservista nuevas nupcias, los descendientes comunes pueden exigirlos, pero no las exigen, tampoco podrá aceptarse que las reclamen los demás parientes de la línea y grado favorecidos que no sean descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedieran los bienes.

Como siempre, los argumentos de Vallet son contundentes. Aún así, me cuesta pensar que en esta fase de la reserva –reserva pendiente– no todos los reservatarios, incluso en caso de concurrencia de reserva vidual y lineal, puedan concurrir simultáneamente en la expectativa y en el derecho a exigir las garantías. Cuestión distinta será el momento de la consumación de la reserva, en materia de preferencia o no de reservatarios. También en la reserva lineal hay que hablar de una entidad formada por los presuntos reservatarios.

Es interesante al respecto la STS de 19 de enero de 1935 (ya citada por Vallet) que traemos a colación aquí en relación con el párrafo anterior. Los hechos fueron los siguientes: don Mariano Culebras Ecija y doña Bernarda Francolí tuvieron una hija, llamada Eusebia. Casó en primeras nupcias doña Eusebia Culebra Francolí con don Mariano Navarro Amandi y de este matrimonio nació un hijo, que fue don Luis Navarro Culebras, demandante en este pleito. Después de enviudar, doña Eusebia contrajo segundo matrimonio con don Luis Fernández Navarro y de este segundo matrimonio nacieron tres hijos, que fueron Arsenio, Matilde y Cristina Fernández Culebras.

Murió doña Eusebia sin haber otorgado testamento y fueron declarados herederos abintestato sus cuatro hijos: don Luis Navarro Culebras y Arsenio, Matilde y Cristina Fernández Culebras.

Arsenio Fernández Culebras falleció poco después, siendo aún menor de edad, y por ministerio de la ley le heredó su padre, don

²⁴⁷ VALLET, *Reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 402.

Luis Fernández Navarro, quien de este modo adquirió los bienes que el menor había heredado de su madre.

Doña Bernarda Francolí murió más tarde y, aunque en su testamento había instituido herederos a todos sus nietos, hijos de su hija, doña Eusebia, como el menor Arsenio Fernández Navarro había muerto antes que la testadora, sólo llegaron a ser herederos los tres restantes nietos, es decir, don Luis Navarro Culebras y doña Matilde y doña Cristina Fernández Culebras, quienes recibieron cada uno de ellos una cuota en la sucesión de su abuela.

El abuelo materno, don Mariano Culebras Ecija, hizo a sus nietos una donación, y posteriormente, una vez fallecido, le heredaron también los nietos don Luis Navarro Culebras y doña Matilde y doña Cristina Fernández Culebras.

Murió después Matilde, siendo menor de edad, y la heredó su padre, don Luis Fernández Navarro. De esta manera el señor Fernández Navarro había adquirido por ministerio de la ley los bienes que su hijo menor, Arsenio recibió en la herencia de su madre, doña Eusebia, y los bienes que su hija menor, Matilde, recibió en la herencia de su madre y en la de sus dos abuelos maternos, doña Bernarda Francolí y don Mariano Culebras, además de lo que a título gratuito, por donación, había recibido de los mencionados abuelos.

Con estos antecedentes, don Luis Navarro Culebras formuló demanda contra don Luis Fernández Navarro, solicitando que se declarase que los bienes que el demandado había heredado de sus hijos tenían el carácter de bienes reservables, con arreglo al artículo 811 CC, y que se condenase al demandado a inventariar y tasar dichos muebles, a otorgar escritura en la que se hiciese constar su naturaleza, inscribiendo los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad con la expresión de su carácter de bienes reservables y a constituir hipoteca especial en garantía de la restitución de los bienes muebles.

La Audiencia de Sevilla estimó íntegramente la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Dice el TS: «Los hechos básicos en que descansa y se fundamenta la Sentencia recurrida, reconocidos y consentidos por ambas partes litigantes, o sea, el de haber adquirido por ministerio de la ley el demandado, don Luis Fernández Navarro, bienes de sus difuntos hijos Matilde y Arsenio, habidos en matrimonio con doña Eusebia Culebras, difunta, procedentes dichos bienes de herencias y donaciones que aquellos hubieron de su madre y abuelos maternos, viviendo en la actualidad el demandante, don Luis Navarro Culebras, hijo del primer matrimonio de doña Eusebia con Don Mariano Navarro Amandi, y doña Cristina, hija del demandado, y de su difunta esposa, son elementos que constituyen,

indudablemente la hipótesis que determina y fija el artículo 811 CC, a los efectos de declarar reservables aquellos bienes, y facultados, por tanto, los reservatarios para exigir las garantías que previenen los artículos 191 y 199 de la Ley Hipotecaria; garantías y medidas de seguridad que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista, o trajesen causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas cuando quien las pide, como ocurre en la presente litis, si bien es pariente en segundo grado de los descendientes, cuya defunción motivó la reserva, y pertenece a la línea de donde los bienes proceden, sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente reservista, no infringiéndose en su consecuencia, por el Tribunal *a quo* el expresado artículo 811 ni la doctrina legal aplicable a la reserva consignada en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de enero de 1911, que se cita en el primer motivo del recurso, ni los artículos 807 y 813 CC, que se señalan en el segundo, ya que el fallo o parte dispositiva de la Sentencia, contra el cual únicamente se concede el recurso de casación, se contrae y limita a otorgar al actor las medidas de seguridad que pretende por sus derechos eventuales a los bienes que hoy, a tales fines, merecen el concepto de reservables, sin hacer declaración ni pronunciamiento alguno respecto a si, ocurrida la muerte del ascendiente reservista (momento en que la expectativa de derechos se convierte, en su caso, en derechos definitivos y concretos) el actor y recurrido, hermano uterino de los causantes de la reserva, podría aspirar en concurrencia con su hermana, también uterina, doña Cristina (o descendientes legítimos de ésta) a la propiedad y disfrute de parte de aquellos bienes, o si por el contrario, en tal supuesto se extinguía el derecho expectante, que hoy ostenta el actor recobrando su total imperio los citados artículos 807 y 813 del Código civil, y carecía de eficacia el artículo 811, tantas veces mencionado, que, en la presente situación de autos, aplica rectamente el Tribunal *a quo*, ante la evidente expectativa de derechos que, por eventos y circunstancias imprevistas, pudieron llegar a convertirse en derechos plenos y definitivos a favor del demandante, don Luis Navarro Culebras.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que tampoco es de estimar el tercero y último de los motivos de casación en que se apoya el recurso que se examina, ya que no es incongruente el fallo que otorga lo que explícitamente solicitó el actor en la súplica de su demanda, o sea, la concesión de las medidas de seguridad y garantía consiguientes a la condición de reservables que, en la actualidad, tienen los bienes de mérito, sin que la consignación en el Registro de la Propiedad, de la cualidad de reservables a favor del actor implique, como se establece en anterior considerando, un

derecho puro y determinado a favor de persona determinada, sino la mera circunstancia y condicionada constatación de que, en la actualidad, tienen aquellos bienes el carácter reservables, a favor de los parientes dentro del tercer grado».

Díez Picazo examinó con atención esta sentencia ²⁴⁸. Dice, en primer lugar, en línea con lo que ya he manifestado anteriormente, que la aplicación de los artículos 977 y 978 CC al regular la reserva viudal, a la reserva lineal, no ofrece dudas ²⁴⁹. Por consiguiente existen unas obligaciones del reservista y una protección del interés de los reservatarios durante la fase de pendencia de la reserva, que se concretan en la adopción de una serie de medidas idóneas para ello, como son el inventario de los bienes sujetos a reserva, la anotación en el Registro de la Propiedad de la naturaleza reservable de los bienes inmuebles, la tasación de los muebles y la constitución de hipoteca legal para asegurar los créditos a que se refiere el artículo 978 CC.

Se trata, entonces, manifiesta este autor, de determinar quiénes son las personas legitimadas para exigirle al reservista el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone para asegurar la efectividad de la reserva. Trae a colación el artículo 185 LH y afirma que de este precepto parece desprenderse que los reservatarios son las únicas personas legitimadas para reclamar la adopción de estas medidas. Trasladada esta idea al caso del pleito, ello suponía plantear la cuestión a si el demandante, don Luis Navarro Culebras, era o no un reservatario, teniendo sobre todo en cuenta que, junto a él, aparecía la hija del reservista demandado, medio hermana del actor, doña Cristina Fernández Culebras. A su vez, dice Díez Picazo, la cuestión anterior lleva a esta otra, que en el fondo es la misma que se plantea en la STS de 8 de octubre de 1930: si existe o no la reserva cuando al reservista le sucede, como heredero, uno de los reservatarios. Doña Cristina, hija del demandado y medio hermana del actor, era también reservataria y presumiblemente heredera de su padre, razón por la cual podía entenderse que en ella se concretaría el derecho de reserva. Una respuesta semejante hubiera conducido, dice Díez Picazo, a negar al actor la legitimación activa necesaria para reclamar la adopción de las medidas de seguridad y garantía y, por consiguiente, a desestimar la demanda. El Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que debe accederse al otorgamiento de las medidas de seguridad sin necesidad de hacer declaración ni pronunciamiento alguno respecto a si, ocurrida la muerte del ascendiente reservista, podía o no el actor aspirar a la

²⁴⁸ Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid 1981, pp. 308 ss.

²⁴⁹ Sin olvidar, por otra parte, los límites de los que habla VALLET.

propiedad y disfrute de los bienes reservables. Se preconiza con ello, dice el ilustre autor, en orden a la adopción de medidas de seguridad y garantía, un criterio en cierto modo amplio y sencillo, que le parece razonable ²⁵⁰.

Respecto a la conjunción de los artículos 185 primer párrafo y 187 LH, parece que lo más procedente es entender que este último artículo sólo se refiere al caso de que los reservatarios sean inciertos ²⁵¹, o incluso cuando dichos reservatarios sean menores e incapacitados y las consiguientes garantías no hubiesen sido constituidas en el término de los ciento ochenta días. En este sentido, el artículo 185 excluye la intervención de quienes no sean reservatarios cuando estos sean ciertos y mayores de edad, ya que éstos no deben necesitar que otro vele por sus intereses. Parece que esta interpretación es más procedente que la de entender que los reservatarios ciertos y mayores de edad sólo son los únicos legitimados durante los ciento ochenta días siguientes al nacimiento de la obligación de reservar ²⁵².

Siguiendo con los demás elementos de esta hipoteca, en principio se aplica todo lo dicho respecto a la hipoteca por bienes reservables en la reserva clásica.

Con relación a los bienes reservables, hay que precisar lo siguiente. Ya sabemos que para que la reserva pueda tener lugar es necesario que el ascendiente herede por ministerio de la ley los bienes que el descendiente obtuvo por título gratuito de otro ascendiente o de un hermano. Pero ¿qué ocurre cuando tales bienes no existen al morir el descendiente? Hay que tener en cuenta que para éste no existe ninguna obligación respecto a los bienes, y puede venderlos, permutarlos o consumirlos. Se trata, por tanto, en la mayor parte de los casos de determinar si juega o no el principio de la subrogación real. Con otras palabras, si la reserva sólo se refiere

²⁵⁰ Cuando el artículo 185 habla de «reservatarios» está, obviamente, pensando en la situación de pendencia de la reserva, sin prejuzgar quiénes lo serán definitivamente una vez que la reserva esté consumada. En el caso de la reserva lineal, todos los posibles reservatarios están legitimados para pedir la constitución de la hipoteca, sin preferencias entre unos y otros. Cuando se consuma, entonces se examinarán dos cuestiones: quiénes son efectivamente reservatarios y el orden de preferencia, cuestión estudiada con atención por la doctrina.

²⁵¹ Como dice VALLET, podría ocurrir alguna vez que todos los reservatarios del artículo 811 fuesen ciertos. Esto podría suceder cuando los parientes de primer y segundo grado ya no pueden tener más descendencia, cosa que en la práctica resultará difícil de saber y demostrar. Y, por supuesto, serán ciertos cuando si bien haya parientes de tercer grado de la línea de procedencia de los bienes, ya no viva pariente alguno de primero y segundo grado. En estos casos, señala este autor, parece claro que el apartado primero del artículo 187 LH no será aplicable. *Cfr. Reserva lineal..., op. cit.*, p. 403.

²⁵² VALLET estima que el primer apartado del artículo 187 LH sólo será aplicable cuando exista la posibilidad de que algún *concepturus* llegue a ser reservatario y no existan descendientes comunes de ambos ascendientes; o cuando alguno de los presuntos reservatarios sea menor o se encuentre incapacitado y sus representantes legales no hubiesen reclamado su formalización. *Cfr. Reserva lineal..., op. cit.*, p. 403.

a los mismos bienes que adquirió a título lucrativo el descendiente o si también alcanza a los bienes que le hayan sustituido.

El Tribunal Supremo contestó en sentido afirmativo. Dice Puig Brutau²⁵³ que la ratio de esta reserva impide que en este punto prevalezca una interpretación ciegamente restrictiva. Así, según la STS de 24 de mayo de 1945, «la reserva lineal comprende tanto los bienes específicamente heredados como los que los hayan sustituido, como ya declararon las sentencias de 7 de noviembre de 1911 y 20 de abril de 1917»²⁵⁴.

Naturalmente, como señalan Díez Picazo-Gullón²⁵⁵, en la práctica se presentará la clásica dificultad en materia de subrogación cuando el bien se sustituye por dinero que se confunde en el patrimonio del que lo recibe. Es ardua la prueba de que lo que con posterioridad se adquiere lo fue con aquel dinero, por lo que habrá que atender a la restitución de la suma actualizada en estos casos.

Aquí, según un sector de la doctrina²⁵⁶, se aprecia también una de las diferencias entre la reserva lineal y la reserva clásica, pues al hablar el artículo 968 CC de reservar la propiedad, y el artículo 811 de reservar los bienes, significaría que la reserva viudal sí puede ser una reserva de capital²⁵⁷ mientras que la segunda sería una reserva de bienes²⁵⁸. A mi me parece que la opinión de García-Bernardo Landeta es válida y que para esta reserva sirven las consideraciones que ya se hicieron en el caso de la reserva viudal, siguiendo a Vallet de Goytisolo.

Hay también un punto que puede afectar a la hipoteca, que se refiere a las enajenaciones o gravámenes de bienes reservables efectuadas antes de producirse la reserva. Esta cuestión sólo afecta a la reserva clásica. En cambio, en la reserva lineal, este caso no es posible, ya que ésta sólo nace en el preciso momento en que el reservista adquiere los bienes reservables²⁵⁹.

²⁵³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 261.

²⁵⁴ En el mismo sentido puede ser citada la STS de 9 de enero de 1962

²⁵⁵ Díez PICAZO y GULLÓN-BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 457.

²⁵⁶ SERRANO, *La reserva troncal...*, *op. cit.*, p. 206, nota 634.

²⁵⁷ En palabras de SERRANO, en la reserva viudal se admitiría la subrogación real de valor, mientras que en la reserva lineal sólo se produciría una admisión estricta de la subrogación real, no de la de valor.

²⁵⁸ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, (*La subrogación real...*, *op. cit.*, p. 209) pasa de puntillas sobre la subrogación real en la reserva lineal. Los artículos que el Código civil dedica a la cuestión de la subrogación real en la reserva clásica, y que ya hemos visto, son aplicables a la reserva lineal, en opinión de este autor. Y, sin embargo, la doctrina no ha pasado tan rápidamente sobre esta cuestión. Cfr. SERRANO, *La reserva troncal...*, *op. cit.*, pp. 208 ss., y bibliografía mencionada

²⁵⁹ Recordemos que respecto a este supuesto en la reserva clásica, estas enajenaciones o gravámenes son firmes, de modo que el adquirente de los bienes o del derecho real impuesto sobre los mismos siempre es mantenido de su adquisición, sin poderle afectar la reserva sobrevenida después. Así lo establecen los artículos 974 y 976 del Código civil.

En cuanto a los procedimientos de constitución de la Hipoteca por bienes reservables en la reserva lineal, tampoco hay nada especial en relación con lo dicho respecto de la reserva clásica. Sí que podríamos señalar que tiene especial interés el procedimiento regulado en los artículos 260, 262, 263 y 264 del Reglamento Hipotecario, que es especialmente interesante para el caso de que el reservista quisiera cumplir su obligación de constituir hipoteca y no conociera a los reservatarios, o, conociéndolos, quisiera asegurarse de cualquier reclamación futura, si éstos no llegaren a ser los que en ese momento tienen el carácter presunto de tales. Este procedimiento implica una aprobación judicial que lo coloca en una posición más segura en el orden jurídico, más que la simple de la aceptación por aquellos presuntos reservatarios o sus representantes legales.

IV. ¿HIPOTECA POR BIENES RESERVABLES EN LA AUSENCIA?

Para un sector importante de la doctrina cabe hablar de «reserva del ausente»²⁶⁰. La cuestión se plantea en torno a los problemas sucesorios que pueden surgir en una herencia a la que esté llamado un ausente, con distinta problemática según la situación legal de ausencia sea anterior o posterior al fallecimiento del causante a cuya herencia esté llamado el ausente²⁶¹.

Fallecido un causante y probado que al tiempo de su fallecimiento existía el heredero, legitimario o legatario constituido posteriormente en la situación de ausencia, su representante podrá reclamar el derecho que a aquel le correspondía (art. 190 CC) en la herencia del causante, e intervenir en nombre de él en la partición de estos bienes.

Pero si al tiempo de aquel fallecimiento estuviese ya alguno de los interesados en la herencia en situación de ausencia legal, el problema es más complejo, y es cuando surge lo que se ha venido a denominar «reserva del ausente».

En primer lugar, el ausente, al no poderse probar que existía en el momento en que era necesario su existencia para adquirir los derechos sucesorios que le correspondan, se le tiene en principio como no existente, pasando los bienes que le pudieran haber correspondido a quien proceda según los casos. Esta situa-

²⁶⁰ En este sentido, es importante el trabajo de I. SERRANO, «La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil», *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1943, pp. 37 ss.

²⁶¹ Seguimos a CAMY, *Garantías...*, *op. cit.*, pp. 666 ss.

ción provocará que se llame: al sustituto vulgar; a los descendientes del ausente por derecho de representación, o a éstos mismos en la cualidad de legitimarios, si el ausente fuera descendiente del causante; a los coherederos por derecho de acrecer, si procediere; o a los sucesores abintestato del causante, si por no darse ninguno de los supuestos anteriores quedase vacante esa porción de herencia.

Las personas a quienes en virtud de lo expuesto pasen los bienes que en otro caso hubiesen correspondido al ausente, los adquieren sujetos a la condición resolutoria de que aparezca el ausente antes de la declaración de su fallecimiento, instante en que la adquisición por aquellas queda liberada de dicha condición (art. 191 CC). Pero sin que incluso esa declaración de fallecimiento implique el que el ausente pierda todos los derechos a esos bienes si se presentase o probase su existencia después de ella, sino sólo el que la recuperación de lo que le pertenezca, lo será entonces sin perjuicio de tercero, y así recobrará los bienes que existan en poder del «reservista», en el estado en que se encuentren, y respecto a los enajenados por él, sólo tendrá derecho al precio que hubiere recibido aquel, o a los bienes que con dicho precio pudiera haber adquirido, pero que sin que en ningún caso pueda reclamar rentas, frutos ni productos de ellos, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto (art. 197 CC).

En estos casos, y para garantizar la recuperación por el ausente de los bienes que le hubieran correspondido, cuando se presentare o se probare su existencia antes de la declaración de su fallecimiento, obliga el Código civil (art. 191) a que se haga inventario de los bienes de la herencia con intervención del Ministerio Fiscal. Y explica Camy²⁶² que, si bien el código civil parece que se refiere a hacer inventario de los bienes que corresponderían al ausente si estuviere presente, esto no es posible, ni puede saberse qué bienes habría de inventariar, si no se hiciese fehacientemente, y en primer lugar, un inventario de todos los bienes de la herencia, a fin de que teniéndose en cuenta la Ley que rija la sucesión, se pueda precisar los que se encuentran en esa situación, los cuales tendrán que ser adjudicados a quienes correspondan con la obligación de «reservarlos» hasta la declaración de fallecimiento del ausente; por lo que si esos bienes correspondieran total o parcialmente a uno o varios de los herederos, la adjudicación que se les haga deberá precisar qué bienes o qué parte precisa de ellos (fincas o cuotas) adquieren en representación, por sustitución o por derecho de acrecer en virtud de la ausencia.

²⁶² CAMY, *Garantías patrimoniales...*, op. cit., p. 667.

Y este requisito legal de inventario con intervención del Ministerio Fiscal y de «reserva» de los bienes, ha de ser objeto de calificación expresa, pues su falta constituiría defecto que impedirá la inscripción de la partición a que se refiera.

Afirma Camy²⁶³ que en esta reserva, y a diferencia de la viudal y la lineal, la postura del Registrador es activa. No puede admitir el documento en el que no haya sido recogido, dejando al representante legal del «reservatario» (del ausente) la función de protección de su derecho. La razón de ello estriba, no sólo en el carácter imperativo y de protección inmediata que la ley concede a esta «reserva»²⁶⁴, como lo revela el que exija la intervención del Ministerio Fiscal en el inventario, lo cual no ocurre en ninguna otra, sino también, en que, de no hacerse así, estaríamos ante una omisión deliberada y expresa de un interesado en la sucesión, lo cual viciaría a ésta de nulidad, pues no podría sostenerse que la omisión era involuntaria, cuando precisamente por no concurrir el heredero constituido en ausencia, se adjudiquen a otra persona los bienes que a él le corresponderían. En evitación de lo cual, no existe otra solución que la de expresar en la partición, que no se tiene en cuenta a un interesado por estar en situación de ausencia legal, y esa declaración por parte de los restantes herederos, les compele necesariamente a adoptar las medidas legales antes expresadas.

Realizada la partición en la que esté llamado el ausente, la inscripción en el Registro será distinta, según el carácter en que se hayan adjudicado los bienes de que se trate. Los bienes adjudicados a los coherederos por su derecho propio, se inscribirán en la forma ordinaria, con la única peculiaridad de reflejar en la inscripción, y entre los requisitos de la partición, los datos de la declaración judicial de ausencia, así como el de que el inventario ha sido realizado con intervención del Ministerio Fiscal. Ahora bien, señala Camy²⁶⁵, en cuanto a la inscripción de los bienes que, correspondiendo al ausente, hayan sido adjudicados a otra persona, la inscripción no sólo reflejará aquellos requisitos, sino también la «reserva», y sus garantías. Lo cual implica, de otra parte, que cuando sea firme la declaración de fallecimiento del ausente, podrá ser cancelada esa condición o reserva, acreditándose aquel extremo (art. 89 RH).

Un sector importante de la doctrina ha sostenido que estamos en presencia de una auténtica reserva²⁶⁶, que tiene la misma finali-

²⁶³ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 668

²⁶⁴ Estamos siguiendo la postura de CAMY, que afirma la existencia de una verdadera reserva. El entrecomillado es mío, ya que no termino de ver claro la existencia de la misma.

²⁶⁵ CAMY, *Garantías...*, *op. cit.*, p. 668.

²⁶⁶ SERRANO, «La reserva...», *op. cit.*, p. 39.

dad que la lineal y la viudal. En las tres, lo que se pretende, según Serrano, es que una masa de bienes sea conservada para que cuando se consume la reserva pase a la persona o personas de los reservatarios. Es, por tanto, una idea de conservación de un patrimonio la que late en el fondo de toda reserva²⁶⁷.

Javier Serrano, en diversos momentos de su obra sobre la reserva troncal²⁶⁸, siguiendo los pasos de Ignacio Serrano, afirma que la institución contemplada en los artículos 191 y 192 CC es una auténtica reserva, semejante a la ordinaria y la troncal, porque responde a la misma técnica: se trata de una reserva pura y simplemente con su secuela de conservación de un conjunto patrimonial para su posterior entrega a los reservatarios. Precisamente el olvido que, según este autor, se hace de la reserva regulada en los artículos 191 y 192 CC lleva a contemplar la institución reservataria, en cierto modo, unilateralmente.

Puig Brutau, al señalar las reservas que recoge nuestro Código, incorpora la reserva a favor del ausente²⁶⁹ y la define como la impuesta a las personas que, por título o por acrecimiento, adquieren la parte destinada al ausente cuando se abre una sucesión a la que está llamado, con el fin de que la conserven a favor del mismo. Sin embargo, también señala que esta reserva difiere bastante de la ordinaria y la lineal, sobre todo en un punto. No se trata en la reserva del ausente de imprimir a unos bienes una dirección o trayectoria especial, en contraste con la que seguirían según el Derecho general de sucesiones, sino de conservar un patrimonio o unos bienes para asegurar, en la medida de lo posible, que seguirán este curso normal.

Si se puede hablar, como hacen estos autores, con los matices que se quiera, de semejanza entre la reserva a favor del ausente y la reserva ordinaria, habría entonces que llegar a la conclusión que las normas contenidas en la legislación hipotecaria sobre la Hipoteca por bienes reservables se aplican a aquella. Sin embargo, sobre este punto también hay discusión partiendo de la idea del *numerus clausus* de las hipotecas legales. Así Serrano²⁷⁰ afirma que no es posible esta hipoteca porque se interpone el artículo 157 LH (hoy 158 LH) diciendo que no hay más hipotecas legales que las de la lista del artículo 168, donde no aparece para nada una hipoteca de este estilo.

²⁶⁷ Aunque las diferencias entre la reserva ordinaria y lineal y la reserva del ausente son claras. En aquellas existe una finalidad familiar de evitar que los bienes de una familia pasen a otra. En ésta no se da este fin familiar, sino solamente de protección del patrimonio del ausente. En aquellas hay siempre un único reservista y uno o varios reservatarios. En la del ausente solamente hay un reservatario, que es el ausente, en tanto que los reservistas pueden ser varios, si son varios los coherederos de aquel.

²⁶⁸ SERRANO, *La reserva troncal...*, *op. cit.*, pp. 97 y 237.

²⁶⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 204.

²⁷⁰ SERRANO, «La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil», *op. cit.*, p. 51.

Y señala este autor que ello constituye una de las quiebras que se dan en esta reserva, introducida con fines de garantía que no han sido desenvueltos hasta el límite de sus naturales consecuencias²⁷¹.

A mí me parece que aquí no hay ninguna reserva, ni siquiera con peculiaridades frente a las demás reservas hereditarias y, por tanto, no cabe una Hipoteca por bienes reservables. Vamos a ver entonces como situamos al artículo 191 CC.

En las reservas se trata de unos bienes que adquiere una persona –reservista– como consecuencia de una sucesión por causa de muerte, pero que por disposición de la ley han de hacer tránsito a otra persona, mientras que en el artículo 191 CC. no hay tal cosa, sino una puesta en administración de la herencia a la que es llamado el ausente, que según el precepto dura hasta la declaración de fallecimiento o hasta que reaparezca el ausente. Es decir, que este artículo guarda más analogía con el artículo 966 CC que con las disposiciones de las reservas hereditarias.

Tanto en el artículo 191 como en el artículo 966 se crean una serie de relaciones jurídicas derivadas de una sucesión hereditaria en estado de pendencia, por cuanto se ignora de momento quienes serán los definitivos destinatarios de la herencia, o en su caso la participación de estos interesados en la misma. En esta situación, tanto uno como otro precepto establecen una comunidad hereditaria provisional entre los coherederos del ausente o del concebido, que se resuelve después en una serie de relaciones jurídicas definitivas entre los interesados en la herencia una vez aclarada la situación de pendencia que comporta la presencia de un concebido o un ausente. Y si con respecto al concebido la situación se resuelve en una puesta en administración de la herencia, igual solución es la que subyace en este artículo 191 CC, pese a que hable de la reserva a favor del ausente.

Por tanto, abierta una herencia a la que es llamado el ausente, la misma se pone en administración que corre a cargo de sus coherederos con derecho de acrecer, si no hay persona con derecho propio para reclamarle (por ejemplo sustituto vulgar o fideicomisario del ausente); estos administradores deben practicar, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de la herencia, cesando esta administración con la declaración de fallecimiento o con la vuelta del ausente. Por consiguiente, las dudas que presente este artículo 191 CC habrán de colmarse en la práctica con las disposiciones del CC y LEC referentes a la administración de la herencia y no con las que hacen referencia a las reservas hereditarias.

²⁷¹ Claro que si nos ponemos a examinar el artículo 168 LH más bien la pregunta sería hasta que punto este precepto sigue vigente.

RESUMEN

La hipoteca por bienes reservables constituye un punto de conexión entre dos instituciones emblemáticas en el ámbito de los Derechos reales y del Derecho de sucesiones como es la hipoteca y como son las reservas.

No ha sido éste un tema tratado por la doctrina, probablemente por lo poco que se ha aplicado en la práctica. Pero para un civilista es un interesante reto intentar establecer los puntos fundamentales de la misma.

En primer lugar, hay que aclarar si estamos hablando de una única hipoteca o de varias hipotecas, atendiendo a las diferentes reservas que regula el Código civil. También si es una hipoteca ordinaria o no. Si no lo es, donde la podemos situar dentro de las clases de hipotecas. Y, por último, habrá que determinar los diferentes elementos: sujetos, créditos, efectos.