

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VI

Noviembre de 1930

Núm. 71

La reserva llamada tradicional u ordinaria.—Su evolución ⁽¹⁾

¿Gozará la reserva, como establecida legalmente, de igual beneficio que el retracto legal? Así lo reconocieron, en la reserva troncal, la Resolución de 5 de Enero de 1893 y Sentencia de 21 de Noviembre de 1902, diciéndose en la primera que no estaba en lo cierto el Registrador al sostener que de igual modo habían de hacerse constar en el Registro las limitaciones de dominio impuestas por la Ley que las derivadas de un contrato, sino que procedía distinguirlas, dado que estas últimas, de no registrarse, no pueden perjudicar a tercero, mientras que aquéllas obligan a todos, ya que aunque la limitación no conste de un modo expreso, nadie puede substraerse al mandato legal.

Criterio prudentemente rectificado (aun fundamentando el nuevo en la base insostenible de la comerciabilidad y renunciabilidad del derecho del reservatario en vida del reservista) en Sentencias de 20 de Diciembre de 1904 y 8 de Octubre de 1910, diciendo la primera que la ley Hipotecaria, en sus principios y desarrollo, tiene por objeto el dar la mayor seguridad y estabilidad a la contratación inmobiliaria, seguridad y estabilidad basadas en la publicidad registral, sin que haya fundamento para separar y diferenciar las causas emanadas de la voluntad de las partes, de las provenientes de la misma Ley, cuando unas y otras pueden hacerse constar en el Registro para los efectos legales. De aquí que, aunque el derecho de reserva sea declarado por la Ley sobre bienes ciertos y a fa-

(1) Véanse los tres números anteriores.

vor de personas claramente determinadas, como es un derecho respecto del cual se puede contratar y transigir, siendo además renunciable, es evidente que si por omisión, negligencia o conscientemente no se ha hecho constar en el Registro que los bienes inscritos son reservables, al tercero que de buena fe los adquiere no puede afectarle la reserva (era la especial del artículo 811) por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de aquéllos permita sospechar o deducir el carácter de los mismos. De igual modo, de tal omisión se puede también deducir que el interesado reservatario no quiere utilizar su derecho, y sería por completo opuesto a los principios hipotecarios el que cuando el carácter de los bienes puede y debe hacerse constar expresamente, tengan los terceros, para estar seguros de su adquisición, que dedicarse a estudiar jurídicamente la condición de los bienes, y como el artículo 37 de la ley Hipotecaria sólo autoriza que afecten a tercero las acciones rescisorias o resolutorias cuyas causas posibles consten explícitamente en el Registro, no puede estimarse como causa que así consta la posibilidad de una deducción jurídica.

La jurisprudencia protege y mantiene, pues, el espíritu de la Ley, la causa ha de constar «explícitamente» (152). ¿De qué manera se hace constar así para la debida garantía del reservatario? Ya hemos indicado anteriormente que se hace constar de tres modos: A) de un modo principal independiente, en inscripciones en que consta el carácter de reservable del inmueble: así procede cuando el reservista adquiere ya los bienes con tal carácter, según el título mismo, por ser la adquisición posterior al hecho causante de sus deberes como reservista (152 bis); B) de un modo principal dependiente de una inscripción anterior. El hoy reservista había adquirido e inscrito; con posterioridad a su adquisición contrae segundas nupcias; los bienes adquieren el carácter de reservables y entonces, aunque la exposición de motivos y el artículo 191, párrafo segundo, de la Ley dicen se hará constar en la inscripción, y el artículo 977 del Código civil dice se anotará, la cualidad de reservables de los bienes se hace constar por nota marginal puesta a la inscripción de dominio del reservista (153). Tales son las formas registrales que

(152) V. la Res. de 20 de Diciembre de 1929.

(152 bis) Artículo 223 del Reglamento.

(153) Artículos 197 y 193 de la Ley y 225 del Reglamento.

pudiéramos llamar normales ; y C) cuando sin haber procedido en las formas determinadas en los artículos 165 ó 191 de la Ley, el reservista hiciese constar expresamente en cualquier documento auténtico (por ejemplo : en escritura en que vende a un tercero) el carácter reservable de los bienes, se *mencionará* dicha circunstancia así como todas las demás que contribuyan a determinar la extensión y condiciones de los derechos transmitidos (artículo 228 del Reglamento en relación con el 29 de la Ley) que hay que considerar ampliado a este caso en que se menciona la causa posible de una adquisición futura, no un derecho real, sin que sea, sin embargo, aplicable al reservatario el segundo párrafo de dicho artículo, que hace referencia a que la mención y sus efectos no eximen de la obligación de inscribir, pues el reservatario (a pesar de lo que sostenga la jurisprudencia) puede inscribir los derechos de garantía que realmente tiene, pero no ningún derecho inscribible en los bienes, del que carece en vida del reservista.

El carácter de reservables de los bienes ha de constar explícitamente en el Registro, para que la futura adquisición por el reservatario pueda afectar a terceros que hayan adquirido del reservista después de nacida la obligación de reservar, pero el reservatario no tiene en general título especial, pues no adquiere más que una vocación y una garantía por ministerio de la Ley, y el artículo 192 de la Ley concede un plazo de noventa días al reservista para que cumpla sus deberes como tal, plazo que se cuenta a partir del hecho que ha hecho nacer su obligación (154). Hay, pues, un intervalo de noventa días, durante el cual no puede decirse que el reservista no haya cumplido su deber de garantía, puesto que tiene concedido un plazo por la Ley para hacerlo, y por ello no pueden durante él apremiarle las personas con derecho a exigirla (155). Ahora bien. ¿Qué efecto producirá para el tercero que adquiriera del reservista en dicho plazo, el que no consta entonces en el Registro, el carácter reservable de los bienes? Admitir en este caso que el tercero no está protegido, que aunque no conste en el Registro explícitamente el carácter de los bienes, se dará en su daño efecto retroactivo al asiento hecho con posterioridad, es ir contra toda la doctrina de la Ley, y no puede admitirse sin una expresa disposición de la misma.

(154) Artículo 193 de la Ley.

(155) Artículos 195-192 de la Ley.

Por otra parte, proteger al tercero implica un daño evidente para el reservatario, si el reservista que vendió antes de los noventa días no tiene después bienes propios que hipotecar en garantía del valor de lo enajenado, sin que pueda tener garantía eficaz en tal caso, más que si (a pesar del plazo indicado) procede inmediatamente que se celebre el segundo matrimonio a exigir que se haga constar el carácter reservable de los bienes o al menos trata de obtener una anotación de que procederá a exigirlo pasados los noventa días, si no cumpliera en ellos el reservista espontáneamente su deber de hacerlo.

El tercer adquirente, a su vez, del que adquirió del reservista, está también protegido por el artículo 34 de la Ley: «Los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscrito, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro...», aunque no será exactamente aplicable el artículo 34 de la especial liberación regulada por los párrafos segundo y siguientes (156) si el carácter reservable de los bienes constaba en el Registro, puesto que el reservatario, aun notificado en forma, no puede actuar más que para exigir la publicidad de su vocación, y ésta suponemos la tiene, y, por tanto, habrá que considerar que aunque el tercero haga uso del procedimiento del artículo 96 del Reglamento, como el reservatario no puede, según exige el párrafo quinto del artículo 34, demandar, el procedimiento especial liberatorio del artículo 34, no desvirtuará el derecho del reservatario que conste en el Registro, a la adquisición en su día de los bienes.

CÓDIGO CIVIL Y JURISPRUDENCIA

En el curso de este trabajo hemos afirmado que los legisladores españoles, salvo las alteraciones indispensables a que les obligaba la publicación anterior de la ley Hipotecaria, no comprendieron el cambio que se había producido en la reserva, y que aun teniendo

(156) Artículo 96 del Reglamento.

el ejemplo de los legisladores hipotecarios, que sabiamente habían puesto de relieve la crisis de la doctrina de la misma, ni profundizaron en su estudio, ni se percataron de lo que ante sus ojos ocurría, repitiendo casi textualmente preceptos de los proyectos de codificación anteriores, sin que las disposiciones legales que dictaban sobre esta materia, respondieran, como es indispensable para hacer una construcción lógica de la misma, a una previa doctrina sistemática sobre la reserva. El Código es obra precipitada, y en esta materia más que en ninguna otra se resiente de una falta absoluta de una clara y coherente construcción doctrinal previa.

Lo que llevamos expuesto, aunque no tenga mérito alguno, al menos habrá puesto claramente de manifiesto que la configuración tradicional romana de la reserva estaba desde fines del siglo XVIII en crisis. Ante tal hecho, que inexorablemente y con la fatalidad de los hechos históricos se imponía a su consideración, los legisladores españoles, en su precipitación, adoptan la cómoda actitud de desconocerlo y estatuir como si no existiese; para ellos nada ha ocurrido, y lo peor es que la mayoría de los comentaristas reconocen que el Código mantiene la antigua doctrina, sin criticarlo por ello, y además siguen creyendo posible el hecho que enuncian, como si verdaderamente nada ocurriese, como si el hecho de la publicación de la ley Hipotecaria permitiese seguir manteniendo la doctrina que de nuestro proyecto de Código de 1851 y de la jurisprudencia anterior al vigente se deducía. Así como el avestruz cree escapar al peligro no viéndolo, nuestros legisladores creen escapar de los problemas eludiéndolos, y aquéllos siguen en pie sin resolver y la construcción legal es provisional e incongruente y hasta disparatada a veces, y los comentaristas se contradicen a cada página, faltos de un sistema doctrinal, y precisando uno para cada artículo contradictorio con aquél que les ha servido para explicar otro artículo anterior (157).

(157) Ponemos el ejemplo de Scaevola, cuyas contradicciones son evidentes, dice en tomo 17 de sus Comentarios al Código, en pág. 160, sosteniendo en toda su pureza la doctrina antigua: «... Lejos de tratarse aquí de bienes que el padre (reservatario) pudo recibir y no recibió a causa de su temprana muerte, trátase de otros que al fallecimiento de este padre (reservatario) *habían ya entrado en su patrimonio*. Como más adelante veremos, las segundas nup-

Y aunque impremeditadamente, el Código, al recoger algo de la doctrina hipotecaria y remitirse a ella, para la protección de terceros adquirentes del reservista, adopta la doctrina moderna y es influido por ella, no resulta, a nuestro juicio, cierta la afirmación de Scaevola (158): «Comparando el proyecto (de 1851) con el Código, nótese desde luego la estrecha semejanza que entre los dos existe. Prescíndase de la frase con que principia el artículo 968, «además de la reserva impuesta en el artículo 811», que no podía existir en el proyecto, porque entre sus hojas no encontró abrigo la reserva troncal y *la doctrina es idéntica.*» Sin embargo, bastará que comparemos el artículo 810 del proyecto de 1851 y sus garantías para el reservatario en bienes inmuebles no enajenados por el reservista antes de su segundo matrimonio (en cuyo caso la hipoteca legal garantizaría a los reservatarios *la buena administración*, dado que su derecho real ya adquirido en los mismos e inscribible era su más firme garantía contra terceros), con el artículo 978 del Código civil, que, en igual caso, establece la publicidad del carácter de los bienes en el Registro, e hipoteca caso

cias del viudo crean *ipso facto* la obligación de reservar (esto es cierto), entendiéndose que *desde aquel momento la propiedad de los bienes pertenece a los hijos del primer matrimonio y sólo el usufructo al cónyuge segunda vez casado.* Por consecuencia, al fallecer uno de estos hijos, la nuda propiedad de los bienes reservables es ya uno de tantos derechos que constituyen su herencia; y si se tiene en cuenta, además, que *la consolidación de la propiedad y del usufructo a la muerte del cónyuge reservista no es tampoco un problema de la sucesión hereditaria de éste, forzoso es convenir en que el hijo del hijo (reservatario) premuerto no logra esta unión de la propiedad y el usufructo por derecho de representación verdaderamente tal.*» Pues bien, la reserva que vemos adquirida en la página 160, en la 210: «La reserva no es, ni más ni menos, que una herencia por venir, una masa de bienes, en la que *suceden los hijos a la muerte del padre binubo...*» «Es indudable el carácter hereditario de la reserva, porción de bienes, procedente de una sucesión *que ha de ser adquirida por los hijos a la muerte del padre binubo*», y por si fuera poco tal contradicción, nuevamente varía de opinión, página 233: «Lo único sensible, sin embargo... es el argumento que podía deducirse del artículo 973 para sostener que el derecho a la reserva es uno de los varios comprendidos en la herencia del cónyuge viudo, dando así al derecho de los hijos y la obligación del padre un aspecto raro y desagradable, con el que no se llegaría nunca a saber de una manera concreta la verdadera naturaleza de la institución.» Ex-cuso comentar si se llegará mejor a ello, contradiciéndose sin cesar.

(158) Idem tomo XVII, pág. 6.

de enajenarse válidamente, para que no sea posible dudar del cambio ocurrido: El reservista es hoy dueño y antes dejaba de serlo; el reservatario era antes dueño y hoy no lo es.

El cambio fundamental está en el momento de la adquisición de la reserva por los reservatarios: antes adquirirían en el mismo momento, en el instante mismo de celebrarse el segundo matrimonio; hoy no adquieren hasta la muerte del reservista. Por eso es muy significativa la extraña perplejidad de Scaevola ante la cuestión de si se dará en la reserva el derecho de representación y su negativa (influida inconscientemente por la nueva doctrina) a que el reservatario, que muere antes que el reservista, transmita sus derechos, consecuencia sin embargo natural y lógica de la antigua doctrina de adquisición del derecho por éste en vida del reservista.

El primer artículo del Código, el 968, repite casi textualmente el 800 del proyecto de 1851, y sigue aludiendo a la obligación de reservar la propiedad. Aunque el reservista es dueño y puede enajenar, no es él quien reserva ni tiene que reservar: es la Ley la que da un derecho al reservatario, y para garantizarle la adquisición futura del mismo, proyecta en el presente unas garantías de la futura efectividad del mismo, sobre todos los bienes que el reservista haya adquirido de su difunto consorte por cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales.

El artículo 969 dice: «La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que por los títulos en él expresados haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio y los que haya habido de los parientes del difunto en consideración a éste.» He aquí un precepto que altera profundamente la doctrina romana. Ya indicamos que en los bienes que hubiese adquirido el viudo de un hijo, la reserva romana era muy limitada, siendo sólo reservables los profecticios del hijo, heredados por la madre abintestato, y también hemos visto la aplicación del derecho común por los comentaristas de las leyes de Toro; así que la doctrina tradicional, en su limitación, es opuesta a la del Código, que declara reservables todos los bienes adquiridos de un hijo «por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo».

El artículo 970 es, con su renuncia, el mayor borrón de nuestro

Código, como dijimos al referirnos al 803 del proyecto de 1851. Allí indicamos que era inconciliable con la nueva doctrina de la reserva, y que quizá hubiera podido defenderse su conservación por el Código si éste no hubiera alterado su redacción, convirtiendo la renuncia de los derechos que por la obligación de reserva puedan corresponderle, en renuncia del reservatario *a los bienes* (no *en los bienes*, puesto que para la nueva doctrina no tiene derecho en ellos en vida del reservista, sino a los bienes). Es decir: un derecho no adquirido que se renuncia, en daño evidente muchas veces de otros reservatarios, que por este artículo y la moderna jurisprudencia no pueden llegar a adquirir un derecho *en los bienes*, porque otro, sin tenerlo, renuncia el que pudiera tener *a los mismos*. Reza así el artículo: «Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio mayores de edad que tengan derecho a los bienes renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.»

Scaevola (159) se pregunta la razón del precepto. «El Código no debía haberse ocupado de este caso de cesación de la reserva, habiendo ya establecido como principio general, en el artículo 4.º, que todos los derechos concedidos por las leyes son renunciables»; y añade: «Después de un estudio más detenido podría pensarse que la mención especial de la renuncia por los hijos obedece a que en el citado artículo 4.º se consideran irrenunciables los derechos cuando se atenta contra el interés o el orden público o perjudican a tercero, y a que, por lo mismo, siendo de interés público la reserva, cabría dudar de la posibilidad legal de la renuncia.»

Si considerando el artículo 4.º y la doctrina de los derechos renunciables demostráramos que el derecho del reservatario, antes de la muerte del reservista, no es renunciable, nada habríamos adelantado, pues entonces, en contra de la opinión de Scaevola, para que fuese renunciable, el Código debía disponerlo especial y expresamente, y tal sería la razón del artículo 970 justificado como excepción de la doctrina general sobre derechos renunciables.

Pero, a nuestro juicio, no es ese el camino para acercarnos a

la verdad, y Scaevola tiene plenamente razón, si se considera la reserva del antiguo derecho y un derecho adquirido por el reservatario desde el momento de las segundas nupcias. En tal caso, su afirmación es cierta, el Código no tenía por qué dictar un precepto especial: la reserva era un derecho adquirido, y, por tanto, renunciable, y para admitir la validez de la renuncia bastaba el artículo 4.º, y para que la renuncia abdicativa de los reservatarios determinara el fin de la reserva, cesando toda obligación y limitación al pleno dominio del reservista.

No es la cuestión a resolver tal como Scaevola la plantea. Para él, salvo en detalles poco importantes, la institución de la reserva no había sufrido alteración fundamental alguna. De aquí su pregunta: Si claramente y sin duda alguna es renunciable el derecho del reservatario, ¿a qué el artículo 970, existiendo el artículo 4.º? Pero para nosotros, el problema que tal artículo 970 plantea es fundamentalmente distinto, y la pregunta que hemos de hacernos es la siguiente: ¿Se dieron cuenta los redactores del Código civil de que para la nueva teoría el derecho del reservatario no es renunciable en vida del reservista, y, no obstante, establecieron conscientemente como excepción a la teoría general de los derechos renunciables, la especial renuncia del artículo 970? ¿Exceptuaron, con conocimiento pleno del alcance y significado del artículo 970, el caso del mismo de la prohibición general de renuncia de herencia futura? ¿Permitieron deliberadamente, si el reservatario, como creemos, es un legitimario especial, la renuncia de legítima?

Estas son las cuestiones. La reserva es para la doctrina moderna: A), una sucesión; B), una legítima; C), un derecho no adquirido en vida del reservista. Estas tres afirmaciones de la nueva teoría excluyen las tres el que el derecho a los bienes pueda ser renunciado antes de adquirirlos, por ministerio de la Ley, de una sucesión, y, sin embargo, lo contrario es lo que dispone el artículo 970 y lo que admite la moderna jurisprudencia.

El obstáculo, pues, a la admisión de la nueva doctrina es el artículo 970, dado que la jurisprudencia se limita a escudarse tras el mismo. Volvemos a repetir, pues, nuestra pregunta: ¿Es que conscientemente se dispuso así? Yo no vacilo en manifestar mi modesta opinión, de que tal disposición es sólo un residuo mantenido por pereza y por creer de buena fe que la doctrina anterior,

donde era natural y congruente, aunque innecesario, perduraba sin alteraciones. No es que con pleno conocimiento de que era incompatible con la nueva doctrina, lo mantuvieran como excepción expresa y especial, como alteración premeditada de las consecuencias lógicas de la misma, en modo alguno; es que creían erróneamente que perduraba la antigua construcción doctrinal, y sólo dieron el precepto para resolver una cuestión que había sido debatida por los comentaristas de las leyes de Toro y los juristas posteriores, y que se resolvió en el proyecto de 1851, y aun así era innecesario y tendría razón Scaevola: si el derecho del reservatario es adquirido desde las segundas nupcias de su padre o madre, sobra el artículo 970 y basta el artículo 4.º.

Pero si, como nosotros sostenemos, aparte de su intervención como posible futuro adquirente, en la constitución de garantías actuales a su favor, en modo alguno adquiere el reservatario derecho alguno renunciabile ni transmisibile hasta después del fallecimiento del reservista, entonces, o el artículo 970 es una excepción a la doctrina general de los derechos renunciabiles y a las prohibiciones de renunciaciones legítimas y sucesiones futuras, o el artículo 970 es, como creemos, un resto inexplicablemente conservado de una forma anterior, en pugna con la institución toda.

Hemos visto que la alteración de la reserva es, en su esencia, una contracción de su avance temporal: la situación en la doctrina antigua del posible reservatario antes del segundo matrimonio, respecto a la adquisición del derecho en los bienes, viene a ser hoy la del mismo, antes de la muerte del reservista. Por eso, de igual modo que resuelve Scaevola (160) si se admitiría o no la renuncia en el primer caso, diciendo: «¿Cómo pudo renunciar A un derecho que no había adquirido?, y (161) ¿pueden renunciar los hijos el derecho a la reserva? ¡Si no se ha creado aún este derecho! ¿Puede renunciarse lo que no se tiene, ni siquiera en expectativa? A nuestro juicio, y por estas mismas razones, no. El error del Tribunal Supremo (Sentencia 8 Julio 1874) es evidente»; nosotros podemos decir hoy: ¿Puede renunciar el reservatario, en vida del reservista, su derecho a la reserva? ¿Puede renunciarse

(160) Obra citada, pág. 212.

(161) Obra citada, pág. 214.

una expectativa de sucesión futura? ¿Puede renunciarse un derecho aún no adquirido y en daño evidente de sus hijos también reservatarios? A nuestro juicio y por estas mismas razones, no. El error del Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de Abril de 1914) y de la Dirección general de los Registros (Resoluciones de 27 de Octubre de 1917 y 30 de Mayo de 1925) es evidente (162).

En modo alguno creemos renunciable el derecho del reservatario a adquirir en su día los bienes. ¿Será renunciable el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía? Creemos que ni aun eso: la obligación de garantía es legal e independiente de la voluntad del reservatario; éste no obra por un derecho personal actual suyo al exigir las; puede no actuar, no exigir las, pero no liberar al reservista de obligaciones que podían exigirle otros posibles reservatarios. La ley Hipotecaria, por consideraciones familiares, limita al hijo mayor de edad reservatario el derecho de pedir las por sí (163), y de no actuar, no pueden entrar a pedir las otras personas en su defecto; pero la renuncia de las garantías por el reservatario no puede, a nuestro juicio, liberar de sus obligaciones al reservista; de admitirse la liberación de éste de su obligación de garantizar, como muchas veces la garantía es la sustitución de los bienes reservables enajenados, la renuncia de la hipoteca por el hijo, en este caso, como el renunciar a su derecho a que se haga constar el carácter de los bienes en el Registro en el caso de que existan inmuebles, puede suponer, tanto para él como para el nieto hijo suyo, la imposibilidad de que el derecho sea efectivo en su día, y precisamente tal efectividad es el fin perseguido por la Ley. Nadie puede renunciar a un derecho aún no adquirido; nadie puede renunciar a unas garantías legales que no dependen de un derecho subjetivo suyo, sino de una vocación legal colectiva, así que cualquier reservatario podrá exigir las, y la

(162) Nada más lejos de mi ánimo que la crítica del Centro Directivo, que ha sabido acertar en el difícilísimo hermanaje de la práctica jurídica con el mantenimiento de un amplio espíritu científico, abierto a toda sana doctrina y amparador de toda innovación, solamente limitado en su vuelo por la prudencia en evitar conflictos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la obediencia a la ley escrita, que como imperativa le es impuesta, amoldándose a su mandato, sin entrar, por vedárselo el objeto mismo de su resolución de un recurso legal, en el examen crítico de sus preceptos.

(163) Artículo 195 de la Ley Hipotecaria.

renuncia aun por todos los actuales a las garantías, implicará el que, al no exigir las ninguno, no se constituyan, pero ni obliga a otras personas a las que la Ley faculta para exigir las en ciertos casos, ni pueden liberar al reservista de su deber de prestarlas, que no depende de la voluntad de los reservatarios, sino de la Ley; de otro modo, la renuncia a la garantía, que es dada por la Ley, precisamente como consecuencia inseparable de su reconocimiento de una facultad dispositiva en el reservista, implicaría, en realidad, el eludir la disposición legal, una vez enajenadas las fincas por el reservista. Sin que nadie pudiera exigir ni la nota marginal previa, ni la hipoteca en su caso, el derecho de los reservatarios se habría evaporado (163 bis).

Podrá no compartirse nuestra opinión, pero lo que creemos indudable es que no es renunciable su derecho no ya a las garantías, sino a la reserva, a los bienes o créditos que la constituirán en su día, y este mismo criterio era el de la Dirección general, aun resolviendo sólo sobre el caso especial de si era o no hipotecable el derecho de los reservatarios, en sus Resoluciones de 28 de Agosto de 1911 y 6 de Abril de 1912. La primera decía: «Los derechos de reserva reconocidos en los artículos 968 y siguientes del Código civil, solamente pueden hacerse efectivos, según el 971, cuando al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, existan hijos o descendientes legítimos del primero, y, por consiguiente, los reservatarios podrán tener en el Registro, antes de morir el reservista, con la declaración de la cualidad de reservables, la garantía de que no les perjudicará cualquier acto de enajenación de los inmuebles que tengan aquel carácter, pero no un derecho verdaderamente real, como lo prueba el que este derecho debe hacerse constar en el Registro meramente por medio de una nota marginal, con arreglo a lo prevenido en el artículo 139 del Reglamento (anterior) para la ejecución de la ley Hipotecaria, y no en una inscripción especial y separada, como procedería si se tratara efectivamente de un derecho de dicha clase, evidenciándolo aún más la circunstancia de que el referido derecho de reserva puede ser garantizado por medio de la hipoteca legal..., la cual hipoteca u obligación accesoria sería de todo punto innecesaria si la reserva

(163 bis) Véase la Exposición de motivos sobre cesión de hipotecas legales.

tuviera por sí sola la virtualidad y eficacia de un derecho real. Considerando que aquel derecho no puede ser legalmente enajenado, que es la segunda de las circunstancias para ser hipotecable, según el mencionado artículo 1.874, *toda vez que se trata de herencias futuras*, esto es, de los derechos a una sucesión que ha de abrirse *a la muerte del reservista*, a tal punto que dicha sucesión podrá ser testamentaria si aquél hace uso de la facultad que le concede el artículo 192 del repetido Código, o LEGÍTIMA, si no hace uso de tal facultad..., y en este supuesto, estando terminantemente prohibido por el artículo 1.271 los *contratos sobre herencia futura*, y, por tanto, el que pueda ser vendido o gravado el derecho a las mismas..., o renunciado, añadimos nosotros (164), sin tocar un ápice a la franca aceptación de la doctrina moderna que hace la Dirección general.

No obstante, aparece la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1914, en que se sostiene que el derecho del reservatario se considera en vida del reservista derecho inscribible, porque implicaba para el reservista una innegable limitación de disponer, y, por tanto, limitación de las facultades que caracterizan la propiedad absoluta, sin que sea cierto ni que los derechos del reservista impidan los de sus hijos reservatarios, *ni lícito equiparar al reservatario con un posible legitimario de herencia futura*, como lo demuestra el artículo 970 al considerarlo renunciable por los hijos; el artículo 977 del Código civil y el 198 de la Ley Hipotecaria, que permiten se exija hipoteca en su garantía, y ya se resuelva en usufructo para el reservista, y en nuda propiedad para los hijos de anteriores nupcias (Sentencias de 11 de Marzo de 1861 y de 22 de Junio de 1885); ya se repunte aquélla origen de una simple esperanza sucesoria concedida a determinados hijos; ya derechos condicionados inseguros en relación a hechos inciertos, como se desprende de los artículos 972 y 973, párrafo segundo, es indudable (165) que desde el momento en que existe por ministerio de la Ley una obligación, y lo es la del reservista, faltaría el término preciso para la relación jurídica si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho.

(164) Artículos 816 y 655-1.271, párrafo 2.º-991.

(165) Lo que para nosotros es indudable es que considerar como indiferente a la conclusión el que se admita una u otra doctrina, es indefendible.

Desconocemos las razones que haya tenido la Dirección general para alterar la doctrina mantenida en sus Resoluciones anteriores y ante la indefendible del Tribunal Supremo; creemos es caso de sumisión más jerárquica que doctrinal, pues sobre la Resolución de 27 de Octubre de 1917, en que se aceptó esta última, decía D. Jerónimo González en esta misma Revista, tratando de las relaciones entre ambas jurisprudencias, que la coordinación «no impide que en algún caso surja el conflicto, cuando en un mismo asunto haga la Dirección general declaraciones contrarias a algún fallo, pero en tal caso, el Centro directivo procede al acatamiento de la norma judicial, pudiendo citarse como ejemplo el caso de los bienes reservables, decidido en Resolución de 27 de Octubre de 1917 con criterio contrario al sustentado por la Dirección general hasta entonces y obedeciendo a la igualdad de cosas, causas y personas que habían motivado la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1914»; pero podemos oponer a tal acatamiento que un fallo no es norma, y que la doctrina debe estar tanto sobre unos como sobre otros, máxime pudiendo citarse otras Sentencias del mismo alto Tribunal en que, con más acierto, se reconoce el carácter sucesorio de la reserva.

Así, la célebre Sentencia de 4 de Enero de 1911, en que se dió preferencia a la reserva ordinaria, concurriendo con la troncal (Ponente, D. Eduardo Ruiz G.^{ra} Hita), dice: «Considerando que sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes o los parientes, en su caso (art. 811), *el derecho a suceder* en los bienes que constituyen la reserva, ya la reserva del artículo 811, ya la tradicional o histórica..., y en tal fecha, no en otra anterior ni posterior, sin que a esto alteren las posibles eventualidades que pueden surgir entre el nacimiento de la reserva hasta su consumación, que influirán en que subsista o desaparezca la esperanza o expectativa, *que sólo le faculta para ejercitar acciones que aseguren los bienes.*» «Considerando, además..., que siendo esta reserva (la troncal) una limitación impuesta a la legítima que corresponde a los ascendientes, no puede tener lugar cuando éste a su vez debe *legítima a los descendientes de quien proceden los bienes...*»

Ante la verdadera doctrina que antecede, que era también la del Centro directivo hasta 1917, la Dirección debió sostenerla y

no someterse por disciplina y mantener la sumisión, sin más defensa del nuevo criterio que al artículo 970, borrón del Código y residuo muerto de la antigua doctrina, como se hace en Resolución de 30 de Marzo de 1925, en que se sostiene la validez de la renuncia del reservatario en vida del reservista, sosteniendo «que la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional (166) del cónyuge binubo, se da por alcanzada cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes (?) de todas las ramas o líneas descendentes que puedan invocar la protección de la Ley, para no verse privados de los bienes del antecesor común, autorizan la libre enajenación de los mismos y completan y purifican la propiedad condicionada (?) del cónyuge supérstite». «Que esta autorización aparece claramente sancionada por el artículo 970 del mismo cuerpo legal..., sin que pueda prevalecer la opinión que exige para la aplicación de este precepto que la reserva se halle no sólo perfecta, sino consumada, esto es, que haya muerto el reservista; en primer lugar, el artículo transcrito dice que «cesará la obligación de reservar», y no como el siguiente, «cesará la reserva», y aquella expresión parece hacer referencia de igual modo que la del artículo 972, a los actos jurídicos que se desenvuelven en vida del padre o madre que contrajo segundo matrimonio, y en segundo término, porque la frase «tener derecho a los bienes» indica una propiedad expectante, más bien que un dominio efectivo sobre los mismos»; y por si no fuese bastante la renuncia admitida con efectos sólo para el renunciante, sus hijos, que pueden tener en su día un derecho en los bienes suyo propio, no en representación de su padre, se ven privados de tal derecho por la renuncia, a juzgar por el criterio de esta Resolución, que, contra la mayoría de los tratadistas, sostiene: «Que aun reconociendo el derecho de los descendientes legítimos de un hijo premuerto a entrar, cuando la reserva se consuma, en el goce de los bienes de su abuelo, obligado a reservar, procede sostener la validez de la renuncia realizada con arreglo al citado artículo 970, porque no es raro encontrar dentro del ordenamiento familiar casos en que se concede un verdadero poder dispositivo o

(166) No merece tal nombre hoy, en que ha roto con la tradición, pero se la sigue llamando así por costumbre generalmente admitida.

facultad de enajenar a personas que no pueden reputarse propietarias definitiva e incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, situaciones especiales y racionales previsiones.»

Con razón decía el malogrado Gil Socii que el único fundamento de esta Resolución era la disposición especial del artículo 970, que creí (a mi juicio, con error) que era una excepción especial a la doctrina general de los derechos irrenunciables, y añadía (167): «Nótese que el llamado derecho a la reserva es una expectativa de un derecho que envuelve una doble indeterminación: en cuanto a su existencia, pues no se sabe si el proceso adquisitivo se completará o no, si el derecho nacerá o no, y en cuanto a su titularidad, pues tampoco se sabe hasta la consumación quién ha de ser el titular definitivo, y si ello, no obstante, se admite la eficacia definitiva de la renuncia, de quien sólo es titular probable o posible, ello es sólo en virtud de una disposición singular», «ni aun puede hablarse de la renuncia de un derecho que no es tal, que al menos, en su aspecto real, es sólo una expectativa, si no es por una concesión especial de la Ley».

Compartimos su opinión, sobre que en vida del reservista el derecho del reservatario, sea el que sea, está en expectativa (no que sea expectativa, ya aclararemos la diferencia), y que no es renunciable, pero no la de que el artículo 970 sea una disposición excepcional dada con conocimiento de causa para el caso especialísimo de la reserva, y, dentro de ésta, de la ordinaria; mucho más fácil y lógico es admitir, comparando los textos de los proyectos que respondían a la antigua doctrina con los del Código, que aun sin darse cuenta sus autores, no puede por menos de estar influido por la nueva doctrina; mucho más fácil es, repetimos, ver en el artículo 970 un residuo conservado mecánicamente por copia de proyectos anteriores, en una obra precipitada como es el Código, que ver en él la expresión madurada y reflexiva de una excepción a la doctrina de las condiciones de renunciabilidad de un derecho, a la de renuncia en daño de terceros (168) y efectos

(167) (Número 6 de esta Revista, Junio de 1925, pág. 471.

(168) Artículo 4.º.

para éstos, a la prohibición de renunciar herencias futuras (169) y la misma legítima futura (170).

Creemos, pues, que lo necesario es construir la doctrina de la reserva y suprimir el artículo 970 en la parte que se relaciona con la renuncia por los reservatarios.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario

(Continuará.)

(169) Artículos 1.271, párrafo segundo, y 991.

(170) Artículos 816 y 655

Rectificación.—En las partes de este trabajo publicadas en los dos números precedentes, aparecen las siguientes erratas:

En el número 69, página 684, línea 2.ª, donde dice *Tribunal*, debe leerse *Tribunado*.

Idem, página 686, línea 17, donde dice *Johet*, debe leerse *Sohet*.

Idem, página 687, línea 35, donde dice *Né amuvins*, debe leerse *Néanmoins*.

En el número 70, página 763, línea 25, donde dice *hallari* debe leerse *hallaría*.

Idem, página 763, línea 34, después de *libremente*, se ha omitido la palabra *casar*.

Idem, página 767, línea 3.ª, donde dice *ni en los muebles*, debe leerse *ni en inmuebles, ni en muebles*.