

Divorcio y reserva de bienes

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *El problema.*—II. *Las opiniones doctrinales.*—III. *Una aproximación al problema.*—IV. *Modos de protección de los intereses de los hijos de anterior matrimonio.*—V. *Una puntual referencia al origen romano de la reserva.*—VI. *La economía matrimonial según el Código Civil.*—VII. *Trascendencia jurídica de la muerte, la declaración de fallecimiento, la declaración de nulidad y el divorcio.*—VIII. *Disolución entre vivos y disolución por muerte del matrimonio.*—IX. *La liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio por divorcio.*—X. *Reserva viudal y autonomía privada.*—XI. *El tránsito a ulteriores nupcias tras la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.*—XII. *La ambigüedad de la expresión «hijos de anterior matrimonio»:* 1. «Aunque no contraiga nuevo matrimonio». 2. Los hijos de anterior matrimonio como hijos de matrimonio disuelto. 3. Unas segundas nupcias irrelevantes. 4. El hijo no común habido por uno de los cónyuges durante el matrimonio.—XIII. *La concurrencia de nuevos legitimarios como causa de la reserva.*—XIV. *El insustituible protagonismo del cónyuge premuerto:* 1. Si un cónyuge no muere el otro no le hereda. 2. El testamento mancomunado. 3. La institución recíproca en testamentos diversos no revocada por uno o ambos cónyuges. 4. Sin cónyuge premuerto el donante está presente: 4.1. «Sin restitución de los donado»: 4.1.1. Las donaciones matrimoniales. 4.1.2. Las donaciones no matrimoniales. 4.1.3. Las disoluciones del matrimonio por divorcio y el perjuicio de tercero. 4.2. ¿Pueden los hijos del anterior matrimonio recuperar, en vida del donante, los donado por éste al cónyuge donatario bínubo cuando éste premuere al donante? 5. El divorcio implica potencialmente dos reservas. 6. Quiénes son los parientes del difunto.—XV. *Bienes adquiridos de los hijos de su primer matrimonio:* 1. Procedencia de los bienes reservados. 2. Título de adquisición de los bienes de los hijos del primer matrimonio. 3. La atribución voluntaria, a título gratuito, a uno de los padres por un hijo común: 3.1. Preferencia de un padre después de la disolución por divorcio del matrimonio de los padres. 3.2. Preferencia de un padre antes de la disolución por divorcio del matrimonio de los padres. 3.2.1. Lo ya adquirido por el padre por disposición del hijo a título gratuito *inter vivos*: lo donado. 3.2.2. Lo ya adquirido por el padre preferido por disposición a título gratuito del hijo fallecido.—XVI. *La estructura del supuesto de hecho recogido en el artículo 969 del Código Civil:* 1. Aplicación del artículo 811 en beneficio de los hijos comunes de quienes proceden los bienes. 2. Aplicación del artículo 811, en favor de los hijos del primer matrimonio, en el supuesto de adquisición de bienes por el segundo cónyuge, a través de un hijo del segundo matrimonio. 3. Hipotética aplicación al supuesto anterior del régimen de la reserva ordinaria. 4. Interpretación correctora de la expresión «por los títulos en él expresados» del artículo 969 del Código Civil.—XVII. *La reserva de bienes aplica-*

bles, en su caso, al divorciado es la reserva del artículo 811 del Código Civil: 1. No cabe la mejora en los bienes reservables según el artículo 811 del Código Civil. 2. La reserva del artículo 811 puede operar en beneficio de los hijos del matrimonio anterior del cónyuge divorciado bínubo. 3. Se trata de un posible efecto de la reserva del artículo 811 del Código Civil, pero no de su razón de ser.—XVIII. Las segundas o ulteriores nupcias en una cultura divorcista.

I. EL PROBLEMA

El divorciado que vuelve a casarse, teniendo hijos de su anterior matrimonio, ¿queda sometido al régimen que el artículo 968 del Código Civil 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 vuelve a casarse.

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

II. LAS OPINIONES DOCTRINALES

Para Vallet de Goytisolo la respuesta es obvia. «La *ratio* de la reserva viudal se da plenamente en los casos de nuevas nupcias contraídas después de declarada la nulidad del anterior matrimonio o el divorcio con tanta o más razón que en el de disolución por fallecimiento»¹.

Lacruz Berdejo recuerda que «en la actualidad un evento que no pudo tener en cuenta el legislador de 1889, el divorcio disuelve igualmente el matrimonio, y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro, y con mayor razón se impone en él la reserva si el divorciado vuelve a casarse o tiene otros hijos: el mismo conflicto de intereses debe tener la misma solución, que el legislador de 1889 no pudo formular expresamente. Considero, pues, más defendible la existencia de una reserva «paraviudal» impuesta al divorciado bínubo o con prole ulterior, si bien en la exposición sucesiva me limito al sentido tradicional de los indicados preceptos»².

¹ Comentario al artículo 968 del Código Civil, en *Comentario al Código Civil*, tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2292.

² LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de Asís: *Elementos de Derecho Civil V (Derecho de sucesiones)*, Barcelona, 1981, p. 572. Texto mantenido por sus conti-

Refiriéndose en términos generales —no específicamente a la reserva— a las consecuencias de las segundas nupcias, afirma García Granero Fernández que «la circunstancia de que el viudo case por segunda vez, habiendo hijos del enlace anterior, determina una serie de medidas jurídicas cuya finalidad es dar protección a esos mismos hijos, especialmente en relación al nuevo cónyuge y a los hijos que con ésta pueda tener el bínubo. Y ello, con mucha mayor razón, en el supuesto de que el cónyuge que repite matrimonio sea, no viudo, sino divorciado»³.

Según De la Cámara «la identidad de *ratio* postula la aplicación analógica conforme al artículo 4.1 del Código Civil. Procederá la aplicación analógica de las normas —dice el precepto— cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Parece que en los casos examinados concurren los requisitos expuestos»⁴.

Por el contrario, Díez Picazo y Gullón Ballesteros entienden que «aunque la argumentación es persuasiva —en explícita referencia a Lacruz Berdejo—, lo cierto es que el legislador, que introduce aquel cambio fundamental (el divorcio) en el Código, no ha alterado la reserva clásica del cónyuge supérstite que pasa a nuevas nupcias. Que haya sido un desacierto es otro problema que el intérprete no puede corregir. No hay oscuridad o insuficiencia en el texto legal, que claramente se refiere al viudo o viuda»⁵.

En la doctrina francesa se encuentran opiniones favorables a extender, la protección dada a los hijos del anterior matrimonio, prevista para las nuevas nupcias del viudo, al supuesto de nuevo matrimonio del divorciado con hijos del matrimonio disuelto⁶. Del sentido preciso de estas opiniones me ocuparé más adelante.

III. UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

1. LA NULIDAD MATRIMONIAL

La declaración de nulidad del matrimonio permite ulteriores nupcias con tercera persona. Coincide, en ello, con la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio.

nuadores; así 5.ª edic., 1993, p. 446. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, Barcelona, 1983, pp. 211 y 212, no aborda la cuestión.

³ *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Civiles*, tomo XXXVI, vol. 2.º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 1995, p. 363.

⁴ *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 325.

⁵ *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones), 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 490.

⁶ JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, tomo III, vol. III, Liberalidades, Buenos Aires, 1951, p. 381; RIPERT-BOULANGER: *Traite de Droit Civil*, tomo IV, París, 1959, p. 621, núm. 1923; MAZEAUD, H. L. J., *Lecciones de Derecho Civil*, parte 4.ª, vol. II, Buenos Aires, 1965, p. 274.

La nulidad matrimonial, a diferencia del divorcio, no es una novedad recientemente incorporada. ¿Se conoce algún supuesto de nulidad matrimonial que haya dado lugar, por posterior matrimonio de uno de los ex cónyuges, a la reserva de bienes?

Me parece que apelar a la nulidad matrimonial, como supuesto idóneo para que, en su caso, nazca la obligación de reservar, supone asumir la carga de mostrar algún caso, anterior o posterior al Código Civil, en el que dicha posibilidad se verifique.

En este trabajo no trataremos directamente de la nulidad matrimonial y su posible relación con la reserva de bienes. Pero tratando del divorcio estoy seguro de ocuparme de ella indirectamente.

2. CUBA, PUERTO RICO Y FILIPINAS

Por Real Decreto de 31 de julio de 1889 (*Gaceta de Madrid*, de 6 de agosto) «se hace extensivo a las islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas el Código Civil vigente en la Península».

2.1 Cuba

Artículos 968 a 980 (derogados) del Código Civil.

«Los preceptos contenidos en esta sección obligaban al viudo o viuda que contrajere nupcias a reservar para los descendientes que hubiere tenido con el difunto consorte, todos los bienes que de él hubiese adquirido. Lo anterior redundaba obviamente en perjuicio de los hijos que el viudo o viuda pudiese tener en sus nuevas nupcias. Por su naturaleza así discriminatoria esta institución resulta incompatible con el régimen de igualdad de todos los hijos estatuido en el artículo 65 del Código de Familia (Ley núm. 1289, de 14 de febrero de 1975, *Gazeta Oficial* de 15 de febrero) y en tal virtud están tácitamente derogados los artículos 968 a 980»⁷.

2.2 Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico en los párrafos 2731 a 2743 recoge los artículos 923 a 935 del Código Civil de 1930, que muestra prácticamente una total coincidencia con nuestros actuales artículos 968 a 980, que en su momento –1889– fueron preceptos vigentes en la Isla.

A pesar de la introducción del divorcio –*vid.* párrafo 301, que reproduce el art. 95 del Código Civil de 1930– el actual párrafo 2731 sigue utilizando los términos viudo o viuda y la expresión «difunto consorte»⁸.

⁷ Código Civil. Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. Publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1979.

⁸ Código Civil de Puerto Rico comentado. Edición revisada. Texto basado en el título 31. Leyes de Puerto Rico anotadas. Reimpresión de julio de 1987.

2.3 Filipinas

El Código Civil aprobado el 18 de junio de 1949 que deroga aquellos artículos del Código Civil de 1889, vigentes en el momento de entrar en vigor el de 1949, prescinde de la reserva del cónyuge bínubo.

En su artículo 891 conserva la reserva troncal del artículo 811 de nuestro Código Civil con el ligero retoque que supone sustituir el término hermano por la expresión «or a brother or sister»⁹.

3. LA LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932

Esta Ley 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 matrimonio.

En el 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 del Código Civil.

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 del Código Civil 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 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 del Código Civil.

4. LOS DERECHOS PRIVATIVOS DE NAVARRA, CATALUÑA Y PAÍS VASCO

4.1 Derecho civil foral de Navarra

La Ley 274 del Fuero Nuevo en su versión original –redacción de 1 de marzo de 1973– se refería a «el padre o madre que reiterare nupcias está obligado a reservar y dejar a los hijos del matrimonio anterior, o a los descendientes *legítimos* de los mismos, la propiedad de todos los bienes que

⁹ The Civil Code of the Philippines. Rex Editorial Staff. Manila, 1988.

por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su *difunto consorte*, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes *legítimos* de éstos».

La Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, matizará la redacción del precepto. En primer lugar, prescindirá del adjetivo «legítimos», empleado dos veces, para calificar a los descendientes. En segundo lugar, sustituye la expresión *difunto consorte* por la expresión *anterior cónyuge*. El legislador de 1987 parece no querer prejuzgar el tema, dejándolo abierto. Así como la redacción de 1973 suponía necesariamente la disolución del matrimonio previo por muerte, la de 1987 no se cierra a la posibilidad de que dicha disolución tenga lugar también por divorcio, introducido en el Código Civil de 1981. Por otro lado, la opinión expuesta de Lacruz también es anterior a la reforma de la Compilación.

4.2 Derecho civil de Cataluña

El artículo 387 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, describe la reserva del cónyuge bínubo en términos clásicos. El reservista es descrito como el *cónyuge sobreviviente* que hubiere adquirido de su *difunto consorte*¹⁰.

En 1991 al legislador catalán no le parece necesario abandonar un lenguaje tan preciso, excluyente del divorcio como modo de disolución del matrimonio previo a las «nuevas nupcias», ya presente en el artículo 269 de la Compilación de 1960.

4.3 Derecho civil del País Vasco

El artículo 88 del texto aprobado por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento vasco sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, se refiere a «*el viudo o viuda que pase a ulterior matrimonio, o tenga un hijo que no lo sea de su difunto consorte, estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del expresado cónyuge premuerto todos los bienes que haya adquirido de éste por testamento, donación y otro cualquier título lucrativo*».

También esta ley sigue en materia de reserva un patrón clásico. No parece tener en cuenta la realidad del divorcio, aunque en otros artículos, a otros efectos, lo tiene presente.

¹⁰ LÓPEZ TENA, J. A.: «Comentario al artículo 387», en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo II, Barcelona 1994, p. 1289. Señala «la pervivencia de la muerte como única causa de disolución del matrimonio que da lugar a reserva», y en la página 1290 añade: «El legislador tampoco ha acogido la opinión doctrinal favorable a la extensión de la reserva a todos los casos de disolución del matrimonio, opción que parece acertada».

IV. MODOS DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO

Limitándonos al ámbito patrimonial y sin ánimo de exhaustividad, cabe indicar los siguientes:

1. El retorno a dichos hijos, a la muerte del cónyuge bínubo, de todo lo que éste adquirió, a título gratuito, del cónyuge premuerto. Estos bienes «reservables» constituyen una masa patrimonial diferenciada, dentro del patrimonio del cónyuge bínubo. Tiene su propio régimen y un destino *post mortem* predeterminado legalmente.

2. La limitación de recibir a título gratuito que afecta al esposo o esposa del cónyuge bínubo. Independientemente del origen de los bienes, el cónyuge bínubo, no puede disponer a título gratuito, libremente, a favor de su nuevo cónyuge. En consideración a los hijos del anterior matrimonio, la ley limita la capacidad de recibir del nuevo cónyuge. Por lo tanto, el cónyuge bínubo que quiera disponer a título gratuito en favor de su nuevo cónyuge podrá hacerlo dentro de unos límites.

3. La limitación de disponer, abstracción hecha del origen de los bienes, a título gratuito en favor de los hijos del segundo o ulterior matrimonio concurriendo hijos del primer o anteriores matrimonios.

El Código Civil francés rechazó la reserva de bienes y adoptó únicamente la limitación enumerada en segundo lugar. Esta limitación, como veremos, no presupone la adquisición *mortis causa* del cónyuge premuerto, por parte del cónyuge supérstite bínubo. No extraña, por tanto, que la doctrina francesa postule la aplicación del artículo 1098 en el caso de disolución del primer matrimonio por divorcio, seguido de nuevo matrimonio del divorciado¹¹.

El Código Civil español —a diferencia del francés— recoge la reserva enumerada en primer lugar y prescindirá de los otros dos mecanismos protectores de los intereses de los hijos del primer matrimonio. Probablemente porque el sistema legitimario castellano los hace innecesarios. Cataluña y Baleares recogerán en sus respectivos derechos civiles el mecanismo protector enunciado en segundo lugar. Por su parte, Navarra conserva el tercer modo de protección en la Ley 272 de su Compilación.

V. UNA PUNTUAL REFERENCIA AL ORIGEN ROMANO DE LA RESERVA

«La legislación del Bajo Imperio toma bajo su protección, para los casos de segundas nupcias, los intereses de los hijos del primer matrimonio, salva-

¹¹ *Vid.* nota anterior.

guardándolos mediante una serie de normas jurídicas, que tienden todas a coartar los poderes del *parens binubus*: de ahí su nombre de *poenae secundarum nuptiarum*. La principal es la que dispone que cuanto el casado en segundas nupcias haya adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto –los llamados *lucra nuptialia*–, al casarse de nuevo, pase *ipso iure* a propiedad de los hijos del primer matrimonio, reservándose el padre el mero usufructo»¹².

La constitución *Feminae* (Cód. V.IX.III) del año 382 y la constitución *Genera liter* (Cód. V.IX.V) del año 439 –consideradas el origen de la reserva del cónyuge bínubo– 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.

Parece que el subsiguiente matrimonio del cónyuge divorciado no requieren la adopción de semejantes precauciones. En aquel momento, sin una teoría jurídica elaborada sobre el matrimonio, la muerte convive con el divorcio como modo de disolución del mismo. Con terminología actual, podría decirse, con las oportunas cautelas, que la reserva nace, en un contexto cultural divorcista, y sin tenerlo en cuenta.

VI. LA ECONOMÍA MATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

Conviene tener en cuenta que, desde la promulgación del Código en 1889 hasta nuestros días, el divorcio no ha sido la única novedad matrimonial. El cambio ha sido más profundo. Esquemáticamente considerado, puede describirse de la siguiente manera.

1. REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL

1.1. Un matrimonio indisoluble, que incluso excluye la separación del mutuo acuerdo.

1.2. Un régimen económico-matrimonial inmutable, al que no afecta una separación de hecho.

1.3. Cierta prohibición de la contratación entre cónyuges que alcanza tanto a la donación como a la compraventa, aunque no a la fianza.

2. REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN SU LEY 14/1975, DE 2 DE MAYO

1.1. Un matrimonio indisoluble, que incluso excluye la separación de mutuo acuerdo.

¹² SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado Romano* (17.^a edic.), Madrid, 1928, p. 485.

1.2. Un régimen económico-matrimonial modificable mediante capitulaciones matrimoniales, otorgables tanto antes como después del matrimonio.

1.3. Cierta prohibición de la contratación entre cónyuges que alcanza tanto a la donación como a la compraventa, aunque no a la fianza.

3. REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN LA LEY 11/1981 DE 13 DE MAYO Y LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO

1.1. Un matrimonio disoluble, que se apoya en la separación de mutuo acuerdo.

1.2. Un régimen económico-matrimonial modificable mediante capitulaciones matrimoniales, otorgables tanto antes como después del matrimonio.

1.3. Plena admisión de la contratación entre cónyuges.

Actualmente el matrimonio se mueve en un contexto jurídico profundamente diverso del de 1889. La caracterización del mismo no se agota en la novedad del divorcio únicamente. Tanta transcendencia o más que el divorcio es el nuevo *rol* de los esposos en el matrimonio, económicamente independientes. Poder contratar entre sí es equivalente a la posibilidad de ostentar posiciones contractuales enfrentadas que canalizan intereses contrapuestos.

Es forzoso tener en cuenta este cambio cuando se trata de establecer las consecuencias de fenómenos patrimoniales inconcebibles en 1889. Por ejemplo, una donación entre esposos durante el matrimonio.

VII. TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA MUERTE, A DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO, LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y EL DIVORCIO¹³

1. LA MUERTE

1.1. Extingue la personalidad: artículo 32 del Código Civil.

1.2. Causa la apertura de la sucesión del difunto: artículo 661 del Código Civil.

1.3. Disuelve el matrimonio: artículo 85 del Código Civil.

¹³ La declaración de nulidad del matrimonio, coincide con la disolución del matrimonio por divorcio –y ambas se diferencian, desde este punto de vista, de la disolución matrimonial por muerte– en la *ausencia de un cónyuge premuerto*. El matrimonio nulo «finaliza» entre vivos. Por eso, me parece errónea la apreciación de *Puig Brutau* según la cual, cuando la declaración de nulidad da lugar a la sucesividad matrimonial será aplicable reserva viudal. Sin embargo, silencia la cuestión del divorcio. *Vid.* nota 3. En este trabajo, focalizaremos la atención en el supuesto de disolución matrimonial por divorcio.

1.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392. 1. del Código Civil.

1.5. No exige una resolución judicial.

1.6. No impone la liquidación de la situación previa a la muerte.

2. LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

2.1. No extingue la personalidad: artículo 197 del Código Civil.

2.2. Causa la apertura de la sucesión del declarado fallecido: artículo 196 del Código Civil.

2.3. Disuelve el matrimonio: artículo 85 del Código Civil.

2.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392.1 del Código Civil.

2.5. Exige una resolución judicial: artículo 196 del Código Civil.

2.6. No impone la liquidación de la situación previa a la declaración de fallecimiento.

3. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

3.1. No extingue la personalidad

3.2. No causa la apertura de la sucesión de los que se creían casados.

3.3. El matrimonio celebrado resulta ineficaz.

3.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392.2 del Código Civil.

3.5. Exige resolución judicial: artículo 74 del Código Civil.

3.6. Impone la liquidación de la situación previa a la declaración de nulidad.

4. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

4.1. No extingue la personalidad.

4.2. No causa la apertura de la sucesión de los divorciados.

4.3. Disuelve el matrimonio: artículo 85 del Código Civil.

4.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392.1 del Código Civil.

4.5. Exige resolución judicial: artículo 89 del Código Civil.

4.6. Impone la liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio:

Como se ve, en su caso, la disolución de la sociedad de gananciales es un efecto común a las cuatro causas. De ahí el carácter pacífico de la expresión —«pero no su mitad de gananciales»— del artículo 968 del Código Civil.

VIII. DISOLUCIÓN ENTRE VIVOS Y DISOLUCIÓN POR MUERTE DEL MATRIMONIO

Toda disolución matrimonial habilita a uno o a ambos ex-cónyuges para un nuevo matrimonio: para unas segundas, terceras o ulteriores nupcias (art. 979 del CC). Pero no toda disolución tiene idénticos antecedentes. Por muy obvio que resulte conviene recordarlo.

La disolución por muerte del matrimonio —es redundante decirlo— implica el fallecimiento de uno de los cónyuges. Por tanto, y en principio, el carácter no voluntario de dicha disolución. Por así decirlo, se trata de una disolución natural, tanto en su causa como en sus efectos. Natural precisamente por impuesta a ambos contrayentes, con los que ni se cuenta, ni ostentan ningún protagonismo.

La disolución entre vivos puede ser entre presentes o ausente uno y presente otro. En el segundo caso se trata de un efecto de la declaración de fallecimiento. En el primero estamos ante una disolución por divorcio. Ordinariamente, porque es causa de divorcio el transcurso de dos años desde la declaración de ausencia legal (art. 86. 3.º a) del CC).

En la declaración de fallecimiento, ninguno de los contrayentes pretende la desvinculación matrimonial. Me explico. El ausente por su propia condición. Puede estar muerto en cuyo caso no pretende nada y su matrimonio ya se disolvió con el mismo. Puede estar vivo y en este caso vive ajeno a la problemática matrimonial. El cónyuge presente que, en su caso insta la declaración, puede pretender un cierto orden mediante el establecimiento como verdad social de la muerte de su cónyuge, si vive. Desde 1981 —no antes— esa muerte probable —no se excluye que el declarado fallecido viva— tiene un efecto añadido: la disolución del matrimonio.

De la declaración de fallecimiento conviene subrayar dos extremos. Como causa de disolución del matrimonio es un efecto de una resolución judicial que se apoya en un hecho probable. Tiene, por tanto, un claro carácter artificial. Por otro lado, aún en el caso de que el ausente viva, su falta de presencia excluye la confrontación entre cónyuges. Si lo primero —su carácter artificial— le aleja de la muerte como causa de disolución matrimonial, lo segundo —la ausencia de confrontación en la disolución matrimonial— le aproxima, en el orden de las consecuencias, por su carácter pacífico, a la disolución por muerte.

La disolución matrimonial entre vivos presentes —tal como ocurre en la disolución por divorcio— es fruto de una sentencia firme y conlleva la confrontación entre cónyuges. Por confrontación se extiende la concurrencia de intereses contrapuestos, con independencia del carácter contencioso o no contencioso del procedimiento seguido por los cónyuges. Si hay hijos, probablemente, hay una pretensión recíproca y esencialmente incompatible: ambos cónyuges querrán los hijos en exclusiva. Pretensión insoluble, con independencia de que logren un acuerdo que hará, en su

caso, parcialmente viable la misma. Quien acuerda cede. Este carácter transaccional o impuesto de la solución de las consecuencias del divorcio, modifica absolutamente el marco en el que se produce la disolución por divorcio respecto del marco en el que tiene lugar la disolución por muerte. Esta última, de modo brutal, disuelve y zanja las consecuencias de dicha disolución.

Por ello, así como tiene sentido la declaración de nulidad de un matrimonio disuelto por muerte, carece de sentido dicha declaración cuando el matrimonio se disuelve por divorcio.

IX. LA LIQUIDACIÓN DE LA SITUACIÓN PREVIA A LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

Como es lógico la muerte disuelve el matrimonio y cualquier otra relación pensable entre los cónyuges. Por el contrario, el divorcio si bien disuelve el matrimonio *no extingue toda relación entre los divorciados*. Por muy divorciados que estén seguirán teniendo en común el ser padres de unos mismos hijos. La relación paterno-filial es irreversible y, como tal, perpetúa la relación de los padres, aunque hayan dejado de ser cónyuges.

La muerte extingue la personalidad. Por lo tanto elimina un término de la relación y con ello la relación misma. Luego, disuelve el matrimonio y *extingue cualquier otra relación*. Excusa, por tanto, de la reglamentación de la relación entre los antiguos cónyuges.

De ahí que el poder judicial no tenga que intervenir, ni para disolver el matrimonio, ni para ordenar el futuro en otras circunstancias. En la disolución del matrimonio por divorcio, el poder judicial interviene disolviendo el matrimonio y ordenando el futuro común subsistente de los divorciados.

Esta ordenación pueden proporcionarla los propios divorciados siendo, en su caso, homologada por el juez o, en otro caso, la diseñará el propio juez como parte de la sentencia. Esta nueva ordenación *sustituye* la ordenación matrimonial. Puede hablarse, con toda propiedad, de un antes y un después consecuencia de la sentencia de divorcio. La nueva situación, sustituyendo la anterior, adquiere un cierto *carácter novatorio*, independizando ambos períodos.

A diferencia del cónyuge fallecido o del cónyuge ausente, el cónyuge presente, que interviene en la liquidación de la situación previa, puede hacer valer, por sí mismo, sus intereses. En un contexto en el que se admite la contratación entre cónyuges: es decir, una soberanía plena sobre la propia esfera, tanto personal como patrimonial. Es, hasta cierto punto, normal suponer que entre sus intereses tenga en cuenta los de sus hijos. Replantarse, tratando de corregir, lo que pudo hacer y no hizo uno de los cónyuges interviniendo en la liquidación de la situación previa, carece de sentido.

X. RESERVA VIDUAL Y AUTONOMÍA PRIVADA

Dándose las condiciones necesarias para que surja la obligación de reservar, prevista en los artículos 968 y siguientes del Código Civil, no hay acuerdo de los posibles afectados que lo impida.

En el epígrafe anterior hemos señalado la importancia que, a mi juicio, tiene la intervención judicial en los supuestos de declaración de nulidad y de disolución por divorcio.

Ahora bien, esto no supone atribuir a las normas reguladoras de la reserva el carácter de normas dispositivas. Por el contrario, estamos ante normas imperativas.

¿Cómo cabe entonces eludir las? No se trata de evitarlas. Lo que se quiere mostrar con este trabajo es que la estructura familiar previa al divorcio, que a diferencia de la disolución del matrimonio por muerte, trasciende dicha disolución, no es un supuesto idóneo para aplicar la reserva vidual.

Esa estructura familiar que trasciende el divorcio priva a los artículos 968 y siguientes de su supuesto de hecho específico. Es la norma la que queda en el aire. No se trata, por tanto, de un desplazamiento de la norma, por voluntad privada, de su campo de actuación específico. Sin cónyuge premuerto no hay reserva. Y el divorcio nunca proporcionará esta figura, que es aportación exclusiva de ese hecho jurídico denominado muerte.

Por esta razón, tampoco examinamos el juego que pueda dar la dispensa de reservar o la renuncia de los reservatarios. Ni se dispensa lo que no ocurrirá, ni se renuncia a aquello que no se ha adquirido. Dejando de lado que el Código Civil –a diferencia del Derecho aragonés y catalán– no contempla la posibilidad de dispensar de la reserva al potencial búbuo. Por otro lado, para la renuncia el Código Civil exige mayoría de edad y carácter expreso, lo que dificulta su posible utilización cuando los hijos son menores. En cualquier caso, no se renuncia a una reserva no nacida.

XI. EL TRÁNSITO A ULTERIORES NUPCIAS TRAS LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Obviamente tiene lugar, sin que previamente intervenga la autoridad judicial, liquidando lo que fue «el anterior matrimonio». La muerte de uno de los cónyuges, al disolver el matrimonio (art. 85 del CC), disuelve la sociedad legal de gananciales (art. 1392.1 del CC). Se trata de un efecto previsto por la ley, que se produce sin concurso de voluntad humana. Disuelta la sociedad legal procede su liquidación. En este caso, entre el

cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto. Cuándo y cómo se proceda a dicha liquidación es cosa bien distinta.

¿Cabe que el cónyuge supérstite –el viudo– contraiga nuevo matrimonio dando lugar de ese modo a un nuevo régimen económico matrimonial sin haber liquidado el anterior? No solamente cabe, sino que está previsto. Una cosa es que el matrimonio extinga la personalidad y, por tanto, no sólo el matrimonio, sino cualquier otra relación entre cónyuges, haciendo innecesario un régimen futuro por falta de contenido, y otra, bien distinta, es que la muerte al impedir la negociación entre cónyuges deje pendientes, sin solución acordada por ambos, muchas cosas. Sobre todo aquel mundo fáctico ya creado que no se autoliquida: la economía familiar ¹⁴.

«Si antes de celebrar nuevas nupcias, el padre o la madre no hubiere cumplido la obligación que le impone la Ley precedente, los hijos o descendientes de anterior matrimonio podrán exigir la liquidación» y la propia disposición –Ley 106 del Fuero Nuevo– señala que «en tanto no se practique, participarán –los hijos de anterior matrimonio– en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, pero no les afectarán las pérdidas si las hubiere» ¹⁵. Vemos, como la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, prevé la falta de liquidación de la sociedad de conquistas del matrimonio anterior, disuelto por muerte de uno de los cónyuges.

El silencio de uno de los cónyuges del primer matrimonio, hace que el tránsito al segundo matrimonio, se efectúe arrastrando aún obligaciones no cumplidas, referentes a la disolución del primero. A su vez, este tránsito justifica que el legislador se subrogue en el lugar del cónyuge premuerto para proteger los intereses de los hijos de anterior matrimonio. Permite que el legislador, presuntivamente, entienda que lo que fueron lucros, procedentes del premuerto, que engrosen el patrimonio del bínubo, deban retornar a los hijos comunes del matrimonio disuelto: conocidos como hijos del primer matrimonio.

Pero dicha presunción resulta problemática, cuando los cónyuges son los que dan lugar a la disolución de su matrimonio y reglamentan el futuro de lo que, entre ellos, queda pendiente.

XII. LA AMBIGÜEDAD DE LA EXPRESIÓN «HIJOS DEL ANTERIOR MATRIMONIO»

Los hijos del anterior matrimonio son los reservatarios. Sin ellos no ha lugar a la reserva, aunque se hayan dado todos los presupuestos para su

¹⁴ Vid. el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990.

¹⁵ Vid. comentario de García-Granero Fernández a la Ley 106 del Fuero Nuevo en *op. cit.* pp. 408 ss.

nacimiento. «Cesará también la reserva —expresa el art. 971 del CC— si al morir el padre o la madre, que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes del primero».

Implícitamente la expresión —«hijos del anterior matrimonio»— exige la sucesividad matrimonial. Parece que un matrimonio resulta anterior desde la óptica de uno posterior.

Sin embargo, cabe la reserva sin que se dé dicha sucesividad.

1. «AUNQUE NO CONTRAIGA NUEVO MATRIMONIO»

En la primera edición del Código, el artículo 980 decía lo siguiente. «La obligación de reservar impuesta en los antiguos anteriores 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».

El artículo 814 del Proyecto de 1851 aún era más expresivo: «el viudo o viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural y le reconociere o se declare judicialmente ser suyo en los casos a que a esto haya lugar, *se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva*».

Hijos de anterior matrimonio son los hijos del matrimonio disuelto. Como tales, y sin más, pueden llegar a ser reservatarios. Para que surja la reserva no es preciso el matrimonio del cónyuge supérstite. Aunque éste es el supuesto genuinamente contemplado.

2. LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO COMO HIJOS DE MATRIMONIO DISUELTO

En principio, dentro de la aludida expresión son acogibles tanto los hijos de matrimonio disuelto por muerte de uno de los cónyuges como los hijos de matrimonio disuelto por divorcio. En ambos casos, la disolución matrimonial facilita el nuevo matrimonio tanto del viudo como del divorciado. Este matrimonio posterior decanta conceptualmente el anterior. Vistas así las cosas —y teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior— igual acomodo encuentran los hijos, en uno u otro caso, en la previsión del artículo 968 del Código Civil.

Sin embargo, examinados ambos casos desde la *ratio* de la reserva la coincidencia puede no ser tan pacífica. Se trata de proteger los legítimos intereses de los llamados hijos de anterior matrimonio. Protección que supone un cierto desvalimiento o, al menos, desamparo. La protección previene —limitándolo— el comportamiento del cónyuge supérstite. No por el simple hecho de serlo, sino por su carácter de binubo.

Si la disolución del matrimonio —presupuesto inexcusable, frente a la excusabilidad de las segundas nupcias— tiene lugar por muerte, se disuel-

ve toda relación entre cónyuges, por extinción de uno de los términos de la relación. En este caso, los hijos pierden a un progenitor. Pasan a ser huérfanos y, en consecuencia, a tener sólo un padre o una madre, que puede volver a casarse y de este modo insertarse en otro esquema familiar. Respecto del cual –nuevo contexto familiar– los hijos del anterior matrimonio son historia, pasado.

Si el matrimonio se disuelve por divorcio, los hijos del anterior matrimonio lo son por ser hijos de un matrimonio roto que implica la subsistencia de ambos ex cónyuges. Los hijos no pierden ningún progenitor.

Además, como parte de la resolución judicial de disolución nos encontramos con previsiones respecto de los hijos. Las obligaciones de los padres trascienden el matrimonio y subsisten. Como no se ha extinguido ninguno de los antiguos cónyuges, aún disuelto el matrimonio, subsisten las relaciones entre ellos.

Por supuesto, y esto es muy importante, los hijos siguen ostentando derechos en la sucesión de ambos progenitores. Sucesión que no se ha producido. Cuando tenga lugar, los hijos serán legitimarios en ambas sucesiones.

3. UNAS SEGUNDAS NUPCIAS IRRELEVANTES

Si los divorciados vuelven a casarse entre sí, vuelven a celebrar y contraer nuevo matrimonio; que no es mera repetición del anterior, aunque los contrayentes sean los mismos. Hay, por tanto, unas segundas nupcias del divorciado, de la divorciada, que no da lugar a la reserva. Por el contrario borra incluso la mera potencialidad que implica la disolución. Por tanto, no sólo no hay reserva, sino que los hijos son restituidos a una situación previa a la expectante producida por la disolución.

¿Siguen siendo hijos del anterior matrimonio? Por qué no. El hecho de que los contrayentes sean los propios padres nada añade. Nunca dejaron de ser sus progenitores. Son hijos del primer matrimonio de sus padres.

Como se ve, no es lo mismo la disolución por muerte de uno de los cónyuges y la disolución por divorcio. Cabe, por lo tanto, sucesividad matrimonial sin reserva de bienes.

4. EL HIJO NO COMÚN HABIDO POR UNO DE LOS CÓNYPUGES DURANTE EL MATRIMONIO

El artículo 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dio una nueva redacción al artículo 980 del Código Civil. Siguiendo una idea de Vallet de Goytisolo incorporó la adopción¹⁶ por el viudo como causa del nacimien-

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Los derechos dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970*, ADC XXII-XXIII, 1970, p. 602.

to de la obligación de reservar. Además, dada la equiparación de efectos de toda filiación, admite como causa generadora de la reserva el que el viudo «durante el matrimonio haya tenido un hijo no matrimonial».

El hijo no matrimonial, habido durante el matrimonio, también es contemplado –no sin polémica– a efectos de la determinación de la cuantía de la cuota usufructuaria del cónyuge superviviente. Concurriendo hijos comunes con un hijo no común la cuota de un tercio, prevista en el artículo 834 del Código Civil, no sufre modificación. Si el cónyuge superviviente concurre sólo con descendientes no comunes habidos durante el matrimonio la cuota se extiende a la mitad del haber hereditario (art. 837, párrafo segundo del CC).

En el caso de la reserva, la sola concurrencia, en el momento de la disolución del matrimonio, de hijos matrimoniales con un hijo extramatrimonial atribuido al viudo, da lugar al nacimiento de la obligación de reservar.

Si la disolución del matrimonio es por muerte de un cónyuge, sólo el fallecimiento del cónyuge, no progenitor del hijo no matrimonial, da lugar al nacimiento de la reserva. Obviamente si el que muere es el progenitor del hijo no matrimonial, la reserva no surge. El protagonismo es del superviviente que, ya viudo, tiene un hijo –ahora no matrimonial– o si en el momento de quedar viudo ya tiene ese mismo hijo que, según la nueva legislación, tiene los mismos derechos que el hijo no matrimonial habido después del matrimonio.

Hasta la reforma de la filiación, un hijo no común habido durante el matrimonio era un hijo adulterino. Un hijo ilegítimo no natural con unos derechos sucesorios muy limitados. «Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales tendrán derecho a los alimentos». Así se expresaba el derogado artículo 845 del Código Civil, que negaba a estos hijos derecho alguno a legítima. A diferencia de los hijos ilegítimos naturales: «tendrá cada uno de estos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los hijos legítimos no mejorados». Es decir, a la mitad de la cuota que corresponda a los hijos de anterior matrimonio no mejorados.

No extraña que ya en la primera redacción del Código Civil la reserva naciese no sólo del nuevo matrimonio del cónyuge superviviente, sino también cuando, sin contraer matrimonio, tenía el viudo un hijo con persona con la cual podía casarse.

A partir de 1981 un hijo no matrimonial participa por legítima en igual medida que los hijos de anterior matrimonio. Y poco importa que el no matrimonial pudiese conceptuarse –según el antiguo Derecho– de natural o no. Por lo tanto, da igual que lo tenga en estado de viudez, con persona con la que podía contraer matrimonio, o lo tenga durante el matrimonio, no pudiendo, obviamente, contraer matrimonio con el otro progenitor. Por ello, tan legitimario es el hijo del matrimonio como el adulterino durante ese mismo matrimonio. Pudiendo el testador mejorar al «adulterino», «en perjuicio» de los hijos matrimoniales.

Esto explica que desde 1981 baste que el matrimonio se disuelva, con concurrencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales, para que del mero hecho de la disolución nazca la reserva. Si después el viudo contrae matrimonio, por ejemplo, con la madre del hijo no matrimonial, dicho matrimonio –segundas nupcias– nada añaden al nacimiento de la reserva. Con anterioridad al mismo, los hijos de anterior matrimonio estaban en igualdad de condiciones sucesorias con su hermano de vínculo sencillo, nacido durante el matrimonio, de relación extramatrimonial de su padre. Conviene, por tanto, separar de ese hipotético futuro reparto los bienes reservables.

Así se explica que, por equiparación sucesoria progresiva, se sumen al nuevo cónyuge y al hijo natural reconocido, cualquier otro hijo. Así sea por naturaleza y no matrimonial o adoptivo.

En cualquier caso, el hijo –para entendernos– adulterino, no es un hijo posterior al matrimonio. No es hijo del anterior matrimonio, pero tampoco posterior al mismo: *es simultáneo al anterior matrimonio*. Con la simple disolución de este matrimonio nacerá la reserva.

XIII. LA CONCURRENCIA DE NUEVOS LEGITIMARIOS COMO CAUSA DE LA RESERVA

Qué tienen en común el nuevo cónyuge, el adoptado y el hijo no matrimonial, nacido durante el anterior matrimonio, o una vez disuelto el mismo. Tienen en común su condición de legitimarios en la sucesión del cónyuge supérstite. Esto los equipara a los hijos del anterior matrimonio. Esta equiparación aconseja la separación de los bienes reservables de la masa hereditaria del cónyuge supérstite.

Con la promulgación del Código Civil, el cónyuge –también el sucesivo, que es el cónyuge sucesoriamente efectivo– adquiere la condición de legitimario. Puede gravar con su cuota usufructuaria la herencia de los hijos de anterior matrimonio. Limitadamente, pero en propiedad, también concurría el hijo natural. Desde 1970, aunque el artículo 980 del Código Civil no se hiciese eco, parecido peligro entraña el adoptado plenamente. Desde 1981 se equiparan sucesoriamente a los hijos de anterior matrimonio todo tipo de filiaciones.

Para los hijos de anterior matrimonio, tan peligrosa es una posible captación de la voluntad del cónyuge bínubo como la propia ley. Es más, la reserva protege a dichos hijos frente a la ley, no frente a la captación de voluntad.

Supongamos un viudo que todo lo que tiene lo adquirió del cónyuge premuerto. No contrae ulterior matrimonio. No adopta. Durante el matrimonio disuelto, fue fiel a su difunta esposa y tuvo con ella los que ahora son hijos del anterior matrimonio. Actualmente mantiene una relación de hecho con una joven belleza, con la que no tiene descendencia. Fallece

con testamento otorgado en estado de viudez, legando el tercio de libre disposición a su convivente. Obviamente este legado recaerá sobre bienes potencialmente reservables. Si no lo son, es porque la reserva no nació, porque a la situación que siguió a la muerte de su esposa no se sumó un nuevo legitimario: nueva esposa, adoptado, hijo no matrimonial.

¿Pudo haber captación de voluntad? Por supuesto. ¿Quien captó la voluntad era heredero forzoso del viudo testador? No. El origen histórico de la reserva y la razón de la perdurabilidad de la misma, a lo largo del tiempo, puede que sea otra. Sin embargo, la explicación de la reserva hoy, en el Código Civil, se presenta como una sustracción de bienes de la distribución legal –legitimaria o *ab intestato*– de la herencia.

Obviamente esto no es así en Navarra. Por eso la Ley 274 del Fuero Nuevo sólo tiene en cuenta las nuevas nupcias del viudo.

XIV. EL INSUSTITUIBLE PROTAGONISMO DEL CÓNYUGE PREMUERTO

La muerte disuelve el matrimonio porque extingue la personalidad de uno de los cónyuges y, por tanto, también da lugar a la apertura de su sucesión. El divorcio, como disolución del matrimonio entre vivos, no cuestiona la personalidad de los cónyuges y no ha lugar, claro está, a la apertura de su sucesión.

1. SI UN CÓNYUGE NO MUERE EL OTRO NO LE HEREDA

Desaparecida del ordenamiento jurídico la muerte civil y sus consecuencias, la obtención del certificado de defunción se presenta como el primer paso en la tramitación sucesoria.

Cuando el matrimonio se disuelve por divorcio, es probable que los cónyuges se deseen mutuamente la muerte. Pero una cosa es desearla y otra que tenga lugar. De esta forma, no acompaña a la disolución del matrimonio por divorcio, la transmisión *mortis causa* de bienes. El supuesto usual de reserva de bienes, es el caso de segundo matrimonio, previa sucesión *mortis causa* del cónyuge premuerto, por parte del cónyuge supérstite bínubo. Como fácilmente se ve, este supuesto no puede darse en caso de disolución del matrimonio por divorcio, ni de declaración de nulidad del matrimonio. En estos dos últimos casos, los ex cónyuges sobreviven al matrimonio disuelto o declarado nulo.

Precisamente con ocasión de este último –matrimonio nulo– se suele plantear el alcance de la expresión «efectos ya producidos» garantizados por el instituto del matrimonio putativo, en el artículo 79 del Código Civil. Se dice, si la declaración de nulidad es anterior al fallecimiento de uno de los cónyuges, el ex cónyuge nada adquiere en el momento poste-

rior al matrimonio, a causa de la muerte de su antiguo cónyuge. En este caso no puede hablarse de *efecto ya producido*. La sucesión del ex cónyuge es para el otro un hecho ajeno.

Por el contrario, si la declaración de nulidad es posterior al fallecimiento de uno de los cónyuges, los derechos en la sucesión del cónyuge premuerto son «efectos ya producidos», en su caso, sustraídos de la normal ineficacia retroactiva de la declaración de nulidad, en virtud del artículo 79 del Código Civil.

¿Es concebible la declaración de nulidad de un matrimonio ya disuelto por muerte de uno de los cónyuges? Sí, porque la declaración de nulidad tiene un alcance mayor que el meramente desvinculatorio. Muerto uno de los cónyuges, se descubre que el matrimonio contraído fue nulo por estar ya casado uno de los cónyuges. Puede decirse que en ese caso la muerte no disolvió un matrimonio inexistente, pero sí el otro cónyuge actuó de buena fe conviene mantenerlo en su *status* de viudedad con todos los efectos ya producidos: por ejemplo, los sucesorios¹⁷.

¿Puede ocurrir algo parecido con el divorcio? El divorcio, presuponiendo un matrimonio válido lo disuelve, lógicamente en vida de ambos cónyuges. La sucesión de ambos será un hecho posterior al matrimonio y recíprocamente irrelevante. El matrimonio no causa parentesco. Salvo el caso de matrimonio entre parientes, dentro del cuarto grado, cuando con dispensa o sin ella, es posible el matrimonio, nada quedará entre los ex cónyuges que les vincule en un evento sucesorio futuro.

2. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

El Código Civil no lo admite (art. 669). Lo admite el Derecho civil propio del País Vasco, de Aragón y de Navarra. El artículo 98.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón establece que «las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces las liberalidades *que los cónyuges* se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas»¹⁸.

Como se ve se trata de una cautela de futuro. Al divorcio no sigue la sucesión. Todo testamento está pendiente del cumplimiento de la *conditio iuris* específica de dicho negocio jurídico: la muerte del otorgante. Por lo tanto, disuelto el matrimonio por divorcio el testamento mancomunado no es por ello eficaz. Sobrevive al divorcio como proyecto de testamento. Ahora bien, disuelto el matrimonio desaparece un presupuesto del negocio que compromete su futuro. Es absurdo que lo que se otorgó como cónyuges, en una forma autorizada a los cónyuges, sobreviva al matrimonio.

¹⁷ Vid. el caso resuelto por la sentencia de 29 de abril de 1993 de la Audiencia Provincial de Tarragona.

¹⁸ Vid. la Ley 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. La Compilación correspondiente al País Vasco, no contiene una norma similar.

3. LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA EN TESTAMENTOS DIVERSOS NO REVOCADA POR UNO O AMBOS CÓNYUGES

Se trata de un recurso utilizado en el área de aplicación del Código Civil. Ante un mismo notario, en números sucesivos de su protocolo, el mismo día, pero en hora diversa, en testamentos distintos cada cónyuge instituye al otro, preveyendo un destino común para sus bienes una vez fallecidos los dos¹⁹.

El divorcio disuelve el matrimonio y, como hemos visto, priva de eficacia al testamento mancomunado otorgado por los cónyuges. Sin embargo, la sentencia de divorcio no puede comprometer la eficacia de un testamento unilateral²⁰.

Si los divorciados, o uno de ellos, no revoca los testamentos, a la muerte de cualquiera de ellos, el testamento podría desplegar toda su eficacia y causar en favor del ex cónyuge, que, de este modo, adquiriría *mortis causa* del otro ex cónyuge. Si a su vez el cónyuge *accipiens*, quedando hijos del matrimonio ya disuelto por divorcio, se hubiese vuelto a casar ¿nacería entonces la obligación de reservar dichos bienes? Si así fuese, la reserva no nace de la disolución del matrimonio y la reiteración de nupcias, sino de la adquisición *mortis causa* por un progenitor de bienes del otro progenitor.

El presupuesto de la reserva es la adquisición a título gratuito, no la reiteración matrimonial. Quien viendo matrimonios sucesivos –abstracción hecha de la razón de ser de la misma– ve reserva de bienes, se precipita.

4. SIN CÓNYUGE PREMUERTO EL DONANTE ESTÁ PRESENTE

Ciertamente, según el artículo 968 del Código Civil, la adquisición de bienes *mortis causa* no es el único cauce negocial de adquisición de bienes reservables. Lo adquirido por donación u otro título lucrativo es igualmente reservable. Son adquisiciones *inter vivos* que no tienen como presupuesto de eficacia la muerte del donante o del disponente. Por ello, no exigen como presupuesto de la efectiva reserva de dichos bienes la disolución del matrimonio por muerte y la reiteración de nupcias. Es suficiente, en principio, la disolución, entre vivos, por divorcio del matrimonio y la reiteración de nupcias. Obviamente si el matrimonio disuelto tuvo hijos.

En principio, este es el supuesto en el que puede apoyarse la opinión según la cual la sucesión de matrimonios, que el divorcio facilita, justifica

¹⁹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1992.

²⁰ Vid. artículo 132 del Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña y la Resolución de la DGR y Notariado de 26 de noviembre de 1998 (BOE de 29 de diciembre) que aborda precisamente este supuesto.

la aplicación del régimen de la reserva cuando el divorciado, teniendo hijos del anterior matrimonio, contrae ulteriores nupcias.

Lacruz advierte que «el divorcio disuelve igualmente el matrimonio, y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro»²¹.

4.1 «Sin restitución de lo donado»

4.1.1 LAS DONACIONES MATRIMONIALES

La frase de Lacruz es un arma de doble filo. Si el ordenamiento no prevé la restitución entre cónyuges por qué vamos a someter lo donado a reserva.

Tampoco la nulidad matrimonial conlleva restitución de lo donado. Es significativo que ésta, la nulidad matrimonial, sea objetivamente tenida en cuenta —«por cualquier causa»— sólo a efectos de una hipotética revocabilidad —exige ejercicio de una acción dentro de un plazo de caducidad— de las donaciones por razón de matrimonio *otorgadas por terceros*. Para éstos, el matrimonio es el presupuesto —ajeno a ellos— que explica el desprendimiento. Faltando el mismo, pueden revocar, siendo asimilado este evento —nulidad matrimonial— al incumplimiento de cargas (art. 1343, párrafo tercero del CC).

Las donaciones matrimoniales *otorgadas por los contrayentes*, únicamente son revocables en los supuestos de nulidad «si el donatario hubiera obrado de mala fe». La nulidad no conlleva, por sí sola, como en los contratos, la restitución de cosas que restablezca la situación anterior al contrato (art. 1343, párrafo tercero del CC).

En caso de divorcio, los terceros donantes podrán revocar las donaciones matrimoniales «si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que la causaron». Revocabilidad viable a través de la acción de revocación por incumplimiento de cargas (art. 1343, párrafo tercero del CC).

Los contrayentes disponen del plazo de un año (art. 652 del CC) —plazo de caducidad— para revocar las donaciones matrimoniales, puesto que «se estimará ingratitud el que al donatario le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio» (art. 1343, párrafo cuarto del CC).

De donde, si la separación y —por extensión— el divorcio, no fue contencioso los contrayentes no podrán revocar las donaciones matrimoniales.

Luego en caso de nulidad y divorcio caben tres hipótesis:

1. Que los contrayentes no puedan revocar las donaciones matrimoniales.
2. Que pudiendo, venza el plazo, o no quieran revocar.
3. Que pudiendo revocar, revoquen.

²¹ Vid. nota 2.

A mi juicio, las tres hipótesis excluyen una posible reserva con base en la consideración de las donaciones matrimoniales como bienes reservables.

Este es el régimen establecido por el ordenamiento para las donaciones matrimoniales: aquéllas que encuentran una especial razón de ser en el matrimonio. La restitución de lo donado, que echa en falta Lacruz, en realidad está prevista. Cabe que el donante revoque las donaciones matrimoniales por razones patológicas: declaración de nulidad, disolución del matrimonio por divorcio. Cabe en determinados casos, dentro de plazos especificados y a instancia del donante. El hecho de que en los otros posibles supuestos no quepa la revocación, no es olvido, defecto u omisión. Es que, en esos otros supuestos, la donación matrimonial no es revocable. Si, como es frecuente, la separación y el divorcio se tramitan por el procedimiento no contencioso, las donaciones matrimoniales no serán revocables.

4.1.2 LAS DONACIONES NO MATRIMONIALES

Hay negocios que cuentan como presupuesto del mismo el matrimonio. Por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales. El testamento mancomunado o de hermandad entre cónyuges en Aragón y Navarra. Las donaciones matrimoniales.

Junto a ellos, hay otros, también concluidos entre cónyuges, que no se apoyan en el matrimonio: «el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» (art. 1323 CC).

Así como la ley interviene supeditando la eficacia de los primeros a la celebración y perduración del matrimonio, respecto de los segundos la intervención de la ley es excepcional. Así, el artículo 102 del Código Civil establece que «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la ley, los efectos siguientes: (...) «quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro».

Esos poderes son unilateralmente revocables. No parece imprescindible que la ley intervenga, como lo hace. Sin embargo, iniciar un procedimiento de esas características, permitiendo a un cónyuge actuar en nombre del otro, carece de sentido. Se trata de un supuesto muy especial. Fuera del mismo, cabe que un cónyuge apodere al otro con consecuencias trágicas para el primero. Y desde un punto de vista jurídico, no hay nada que objetar.

Por otro lado, todo poder guarda relación con un mandato, más o menos presente, que implica una relación de confianza personalísima. Precisamente por eso, es unilateralmente revocable en cualquier momento. El mandante retira la confianza depositada en el mandatario.

Pero si nos alejamos del mandato hacia negocios jurídicos patrimoniales una intervención legal, como la contemplada, resulta inconcebible.

Una compraventa entre cónyuges, es una compraventa: como cualquier otra compraventa, podrá ser considerada simulada y ser tratada como una donación. Pero se trata de algo que puede ocurrir, tanto dentro del matrimonio, como en cualquier otro ámbito.

Y una donación entre cónyuges es una donación. Como la compraventa, hasta 1981 era objeto de recelo: «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio» (derogado art. 1334 del CC). Por tanto, cuando el artículo 968, en su redacción actual, que es la de 1889, se refiere a la donación, no puede estar pensando en la donación durante el matrimonio.

Esta importante ampliación de la capacidad de la donación para transmitir, *inter vivos*, a título gratuito, puede convertirse en un poderoso argumento para la aplicación de la reserva en los supuestos de nuevas nupcias, tras la disolución del anterior matrimonio por divorcio.

4.1.3 LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO Y EL PERJUICIO DE TERCEROS

El régimen económico matrimonial que se liquida en caso de divorcio, en principio, tiene la misma duración que el matrimonio disuelto. Ahora bien, si la posibilidad, introducida en 1975, de modificar el régimen económico del matrimonio, supuso la aceptación de un tolerable margen inseguridad, este se vio incrementado, en 1981, al poder anticipar, en vida de los contrayentes, el término del matrimonio.

Quiere esto decir que, tras el divorcio, y tras lo que hemos denominado liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio, las cosas deben quedar lo suficientemente estables como para no aumentar una posible e indeseable confusión.

Es decir, tras el visto bueno de las partes afectadas y la autoridad judicial al finiquito matrimonial nada es replanteable. Lo que se dio, sin deber previo de hacerlo, y no se recuperó en el momento oportuno, deja de tener cualquier connotación de gratuidad para pasar a integrar la masa patrimonial de cada ex cónyuge; que entre otras cosas es una garantía frente a terceros (art. 1911 del CC).

4.2 ¿Pueden los hijos del anterior matrimonio recuperar, en vida del donante, lo donado por este al cónyuge donatario bínubo, cuando este premuere al donante?

La frase de Lacruz²² nos lleva a esta posible hipótesis. Cuantiosas donaciones durante el matrimonio. Disolución del mismo, en vida de ambos contrayentes, por divorcio. Imposibilidad de recuperar lo donado. Muere el cónyuge donatario en primer lugar. Los hijos del anterior matrimonio recuperan lo donado por aplicación de la reserva ante el asombro

²² Vid. nota 2.

del donante que contempla cómo se restituye a sus hijos lo que él no pudo recuperar.

¿Tiene sentido tutelar un interés de los hijos que no fue tutelado en su padre? Creo que no. El supuesto es absurdo. Téngase en cuenta que, además, el cónyuge donatario premuerto podría mejorar, en la sucesión de los bienes reservables, al hijo con el que mejor se llevaba, que puede coincidir con el que peor se llevaba con el donante.

5. EL DIVORCIO IMPLICA POTENCIALMENTE DOS RESERVAS

Al ser la disolución del matrimonio por divorcio una disolución entre vivos, ambos quedan capacitados para contraer matrimonio. Por lo tanto, el supuesto de divorciado bñubo con hijos de anterior matrimonio no agota todas los casos posibles. Queda el caso de ambos padres divorciados bñubos. 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 del cónyuge premuerto, propio de la disolución del matrimonio por muerte de un cónyuge. Francamente, no creo que, si el Código Civil hubiese tenido en cuenta el divorcio, en el momento de su redacción, hubiese llevado las cosas hasta este extremo. Extremo, por otro lado, difícil de evitar.

Tomando como ejemplo un matrimonio nulo –desvinculación entre vivos similar al divorcio– nos encontramos con Julio Iglesias e Isabel Preysler. Esta última contrajo segundo e incluso tercer matrimonio. El primero, de nuevo soltero, ha tenido un hijo no matrimonial y parece esperar otro. Teóricamente Chabeli, Julio y Enrique, como hijos del anterior matrimonio, serían reservatarios frente a ambos, que una vez anulado el matrimonio, han dado lugar a alguna de las causas que hacen surgir la reserva.

6. ¿QUIÉNES SON LOS PARIENTES DEL DIFUNTO?

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 del Código Civil. 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 en favor del bñubo, por consideración al otro cónyuge.

La transmisión parece haber sido realizada directamente de los parientes al cónyuge reservista. Dicha transmisión, no requiere la muerte de ninguno de los cónyuges. Se podría conjeturar con su aplicación a los supuestos de divorcio.

Disuelto un matrimonio, con hijos, mediante divorcio, el cónyuge divorciado bínubo estaría obligado a reservar, en favor de los hijos de anterior matrimonio, todo lo que recibió *–inter vivos o mortis causa–* a título gratuito de los parientes del otro cónyuge, aunque éste no haya fallecido.

La muerte que en realidad en este caso se exige es la del pariente, cuando dicha muerte sea presupuesto de eficacia, de la disposición a título gratuito, dispuesta por él mismo; por ejemplo un legado. Si el acto de disposición es *inter vivos* no se requiere el fallecimiento del pariente.

En cuanto a la muerte como factor de localización de los parientes, admite su sustitución por los parientes del *otro cónyuge*, en oposición al cónyuge divorciado bínubo. Hasta cierto punto, lo que se presentaba como macabra ingeniosidad termina siendo un supuesto de pacífica aplicación.

Pero esta más o menos ingeniosa sustitución *del difunto* por el *otro cónyuge* –ahora ex cónyuge– del bínubo, presenta el reiterado inconveniente de que el cónyuge de cuya parentela se trata, está presente en el momento de la liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio por divorcio. Y algún valor hay que dar a su aquiescencia al finiquito.

Por otro lado, este otro cónyuge –no difunto– puede perfectamente sobrevivir al bínubo, que recibió de sus parientes. Por eso repetimos la pregunta. ¿Tiene sentido que *el otro cónyuge* –el que juega, sin serlo, el rol de difunto– presencia cómo, a la muerte de su ex cónyuge bínubo, lo que sus parientes transmitieron a título lucrativo, va a parar a los hijos del anterior matrimonio, que son también sus hijos y no a él? En mi opinión si no hay reversión, si no se tiene en cuenta, prioritariamente, a aquel cónyuge que, con su matrimonio, motivó a sus parientes para la transmisión gratuita en favor del otro cónyuge, no tiene sentido reservar los bienes integrantes de dicha transmisión, a sus hijos que, obviamente, son los del anterior matrimonio con el ex cónyuge bínubo.

XV. BIENES ADQUIRIDOS DE LOS HIJOS DE SU PRIMER MATRIMONIO

1. PROCEDENCIA DE LOS BIENES RESERVABLES

«¿Son reservables *cualesquiera* bienes que el cónyuge segunda vez casado adquiere por título lucrativo de sus hijos del primer matrimonio, o *solamente aquellos* que los hijos hubiesen heredado de su padre o madre difuntos?» Este interrogante fue formulada como cuestión práctica, en la *Revista de Derecho Privado*, por Cadabal, en 1923, es decir, ya

promulgada el Código Civil con la redacción actualmente vigente del artículo 969²³.

La necesidad de deslindar el ámbito de la reserva viudal del ámbito de la reserva del artículo 811 del Código, viene dada por la relativa frecuencia del supuesto enunciado por Cadabal en segundo lugar: ascendiente –cónyuge bínubo– que adquiere por ministerio de la Ley, de un descendiente, lo que éste, a su vez, había adquirido, a título gratuito de su madre, es decir, de otro ascendiente. Véase, por ejemplo, el supuesto de hecho abordado por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1922.

Se ha suscitado la cuestión –señala Puig Brutau– de si la reserva ha de limitarse «a los bienes que, a su vez, el hijo hubiese adquirido del padre o madre premuerto. El artículo 969 no distingue y por ello predomina el criterio de que serán reservables todos los bienes adquiridos del hijo»²⁴.

Efectivamente, esta es la opinión mayoritaria²⁵. Sin embargo, si prevalece la contraria o si ésta, en la práctica, es la realmente frecuente²⁶, sólo cabe aplicarla al supuesto de matrimonio disuelto por muerte de un cónyuge. Por la sencilla razón, de que la muerte es necesaria para la primera transmisión *mortis causa* del padre o la madre a un hijo. Esta misma muerte hace viudo a uno de los cónyuges y facilita sus nuevas nupcias. Nacida la reserva, si el viudo hereda, a su vez, a su hijo, antes o después de las nuevas nupcias, lo que adquiere de él será reservable para *los otros hijos* del anterior matrimonio.

Esta hipótesis parcial sobre el artículo 969, circunscribe la reserva al supuesto de matrimonio previo disuelto por muerte. Porque, la disolución por divorcio, no implica la posibilidad de que un cónyuge transmita *mortis causa* –no ha muerto ningún cónyuge– bienes a un hijo común.

2. TÍTULO DE ADQUISICIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO

El artículo 969 se remite a «los títulos en él (art. 968) expresados». Es decir, «por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo». Como se ve, dentro del ámbito de lo lucrativo, la enunciacón es abierta.

El Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, de 1991, al describir la reserva viudal en el artículo 386, se refiere a los bienes que el cónyuge sobreviviente adquiera de su difunto

²³ CADABAL: R. D. P. (X), 1923, pp. 360 a 364.

²⁴ *Op. cit.*, p. 213.

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIII, vol. 2, Madrid, 1981, pp. 139 y 140.

²⁶ No otro es el origen del conflicto de reservas: *padre* (bínubo) que heredó, por ministerio de la ley (intestada), de un hijo (*descendiente*) lo que éste había adquirido a título gratuito (testamento) *de otro ascendiente* (su madre).

consorte o «por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste».

Este último precepto, entiende que son bienes reservables los adquiridos por el cónyuge sobreviviente de su difunto consorte, por vía de testamento, donación o heredamiento. Pero limita la reserva de los bienes adquiridos del hijo común, a los bienes adquiridos del mismo en caso de sucesión intestada²⁷. Y no hace otra cosa que seguir la pauta marcada, en 1960, por el artículo 269 de la Compilación entonces promulgada²⁸.

En Cataluña los padres son legitimarios: «si no hay descendientes con derecho a legítima, son legitimarios el padre y la madre por mitad» (art. 353 Código de Sucesiones). ¿No hubiese sido más correcto atribuir la calidad de reservables a los bienes adquiridos, de un hijo común o de un descendiente de este, por ministerio de la Ley? La expresión tiene la ventaja comprender tanto la sucesión intestada como la legítima. Este razonamiento, válido para la legítima castellana, tal vez no se avenga con el carácter que la legítima tiene en Cataluña.

En cualquier caso, lo importante es retener lo siguiente. Ni lo adquirido, de un hijo, por sucesión intestada, ni lo adquirido, también de un hijo, como legítima, pueden constituir bienes reservables cuando previamente el matrimonio de los padres se disolvió por divorcio. Los padres divorciados, obviamente ambos vivos, siguen siendo *ambos* ascendientes a los efectos de la sucesión intestada de un hijo, o a los efectos de percibir la legítima en la sucesión voluntaria de dicho hijo común. Por lo tanto, en ambos supuestos, adquieren del hijo común por mitad, sin preferencia de líneas. Y los hipotéticos reservistas, los otros hijos comunes, hermanos de doble vínculo del causante, conservan sus derechos legitimarios en la sucesión de cada uno de los padres.

La muerte es precisa para la *adquisición exclusiva por una línea* de los bienes del hijo común. La muerte de un progenitor causa viudez en el otro. No tiene ese alcance el divorcio: disuelve el matrimonio, como la muerte, pero no causa viudez. Y sin viudez no hay exclusividad lineal.

3. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA, A TÍTULO GRATUITO, A UNO DE LOS PADRES POR UN HIJO COMÚN

La selección de línea que no puede realizar la ley, en vida de ambos padres, puede lograrla la voluntad del hijo común disponente. Puede por

²⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1874 –anterior al Código Civil– se refiere a todos los bienes que haya habido de su cónyuge premuerto por cualquier título lucrativo, *igualmente que los que haya adquirido por sucesión intestada de alguno de los indicados hijos de su primer matrimonio*.

²⁸ LÓPEZ TENA, J. A., *op. cit.*, p. 1292 «no son tampoco reservables los bienes adquiridos de los hijos comunes o sus descendientes por título no intestado, ni *ab intestato* si éstos a su vez no los hubiesen recibido mediante donación del causante de la reserva, pues solamente la adquisición indirecta por el superviviente de bienes del premuerto causa reserva (Novela XXII, cap. XLVI 1 y 2)».

la vía de la *porción libre* —en la atribución *mortis causa*— o por el cauce de la *donación* —en la atribución gratuita *inter vivos*— elegir y preferir a uno de los padres. Puede por tanto, preferir a una línea ante la actitud expectante de sus hermanos.

Naturalmente esta elección presupone la vida de ambos padres. Si sólo vive uno, el otro es viudo, bínubo o no, y resultará reservista en su caso por muerte del otro. Hipótesis que no nos es útil.

3.1 Preferencia de un padre después de la disolución por divorcio del matrimonio de sus padres

En este caso, adquiere el progenitor seleccionado por el hijo común. El divorcio supone disolución del matrimonio por voluntad de los cónyuges o imposición de uno a otro. Por muy civilizado que sea supone ruptura, reconocimiento del fracaso. Consumada por los padres la disolución del matrimonio, la selección, por parte del hijo común, de uno de ellos, como beneficiario —por ejemplo heredero, legatario— es una elección resellada por el divorcio previo. La voluntad del hijo de que ese padre adquiera, a pesar de los pesares, da tal fuerza a la atribución gratuita que priva a lo transmitido de cualquier hipotética condición de reservable. Tanto si su padre divorciado ya ha contraído nuevas nupcias, como si lo hace después. La salvedad del artículo 970 —«sabiendo que estaban por segunda vez casados»— creo que, en el caso de la disolución del matrimonio de los padres por divorcio, debe operar tanto en el caso de que el divorciado ya haya reiterado nupcias en el momento de la adquisición, de lo atribuido por su hijo, como en el caso de que se halle simplemente divorciado. Ya sea porque en la raíz del divorcio consumado, haya operado como desencadenante «otro proyecto matrimonial», ya sea porque el divorcio supone la adquisición voluntaria de dicha posibilidad.

3.2 Preferencia de un padre antes de la disolución por divorcio del matrimonio de sus padres

En este supuesto parece que no tiene aplicación el inciso último del artículo 970 del Código Civil: conocimiento, por el hijo común disponente, de las nuevas nupcias de aquel a cuyo favor dispone.

Prefiere a uno de los padres, en un contexto pacífico, incluso armonioso. Luego sus padres se divorcian y, el que resultó beneficiado con la atribución del hijo, contrae nuevo matrimonio. ¿Debería el padre divorciado bínubo reservar, lo que adquirió de su hijo, en favor de sus hermanos de doble vínculo, hijos del anterior matrimonio, disuelto por divorcio?

3.2.1 LO YA ADQUIRIDO POR EL PADRE POR DISPOSICIÓN DEL HIJO A TÍTULO GRATUITO *INTER VIVOS*: LO DONADO

Esta adquisición se consuma sin necesidad de la muerte del disponente. Con las nuevas nupcias nace la obligación de reservar. Pero la efectividad de la misma requiere la muerte del bñubo. Mas la muerte del bñubo no exige la muerte del hijo. Los hijos sobreviven a los padres. ¿Por qué reservar lo donado, en favor de los hermanos del donante, si vive el mismísimo donante?

Cuando el artículo 969 del Código Civil se refiere a «los títulos en él expresados» (art. 968 del CC), olvida que, en 1889, las nuevas nupcias exigen, conceptualmente, la muerte del otro cónyuge, por lo tanto la muerte del cónyuge donante. Pero las nuevas nupcias del padre no requieren la muerte del hijo, *del donante del artículo 969*.

Hay una diferencia entre el donante del artículo 968 y el donante del artículo 969. En ambos casos, el bñubo ya ha adquirido, porque la adquisición no requiere ni la muerte del cónyuge ni la del hijo. Pero el segundo matrimonio requiere, en 1889, la muerte del cónyuge donante. Por eso es pacífica la mención del título lucrativo *inter vivos* en el artículo 968, pero no lo es tanto idéntica mención –por remisión– en el artículo 969²⁹.

3.2.2 LO YA ADQUIRIDO POR EL PADRE PREFERIDO POR DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO DEL HIJO FALLECIDO

El hijo premuere al padre. De esa forma adquiere eficacia la disposición a título gratuito *mortis causa*: la disposición testamentaria ya contuviese una institución de heredado, ya contuviese un legado. Y la disposición a título gratuito *inter vivos*, consumada con anterioridad a la muerte del disponente, pierde un espectador cualificado: el mentado disponente.

Se trata de un padre divorciado bñubo. Con sus nuevas nupcias, ¿nace la obligación de reservar en favor de los hermanos del disponente a título gratuito?

Parece que sí encontramos, por fin, un supuesto posible de nuevas nupcias, subsiguientes al divorcio, que pueden conllevar el nacimiento de la obligación de reservar.

²⁹ La muy probable sobrevivencia del hijo donante o disponente por cualquier otro título lucrativo, a su progenitor donatario o beneficiario, obstaculiza la aplicación del artículo 969 del Código Civil en su originario sentido: nuevas nupcias de su progenitor viudo donatario o beneficiario. En este trabajo simplemente lo hacemos extensivo al análisis del supuesto planteado. ¿Debe el divorciado bñubo reservar bienes? La aplicación de la donación del artículo 969 CC es, también aquí, absurda por extensión.

XVI. LA ESTRUCTURA DEL SUPUESTO DE HECHO RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 969 DEL CÓDIGO CIVIL

La tesis defendida por Cadabal³⁰, acerca del artículo 969 del Código Civil, tiene cierta lógica. Más que limitar el alcance de este precepto —que es lo que el autor referido pretende— su punto de vista explicita la posible *ratio* de dicho precepto.

Para el Código Civil existen dos trayectos entre los patrimonios del cónyuge premuerto y del cónyuge supérstite. El primero, recto, enlaza ambos patrimonios a través de un acto de disposición del cónyuge premuerto en beneficio del cónyuge supérstite. Este es el trayecto principal que explica y justifica lo dispuesto en el artículo 968 del Código Civil.

Junto a él, en segundo lugar, cabe contemplar otro trayecto no recto sino *oblicuo*. Si es necesario que —en la lógica del Código Civil— un cónyuge premuera, lo lógico, incluso lo impuesto por las legítimas, es que le hereden sus hijos y descendientes. Ese es el destino natural y legalmente predeterminado de los bienes del cónyuge difunto. El Código debe prever la muerte del hijo adquirente de parte de la herencia del cónyuge premuerto. Hijo que puede premorir intestado al cónyuge sobreviviente, que contempla cómo le llegan bienes *desde* su cónyuge premuerto, fuera de lo previsto por el artículo 968 del Código Civil.

Incluir el segundo trayecto *oblicuo* dentro del supuesto de hecho de la reserva, es tanto como tomarse en serio ésta. Su frecuencia es tan alta que ha planteado problemas de interpretación. Al margen de las segundas nupcias del cónyuge sobreviviente que adquiere, por sucesión intestada, de un hijo.

¿Cómo es posible? Es posible porque el trayecto oblicuo antes descrito puede integrar tanto el supuesto de hecho del artículo 969 del Código Civil, como el supuesto de hecho del artículo 811 del Código Civil. En el primer caso, es indispensable el nuevo matrimonio del cónyuge sobreviviente adquirente. En el segundo caso, dicho nuevo matrimonio no es necesario.

De tal modo, que el Tribunal Supremo, ha tenido que ocuparse de interpretar el artículo 811 del Código Civil, y determinar si alcanza también a aquellos supuestos, en los que, la similitud con el supuesto del artículo 969 del Código Civil es tal, que no cabe hablar, propiamente, de desviación de líneas.

³⁰ R. D. P. (X), 1923, pp. 360 ss.

1. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 811 EN BENEFICIO DE LOS HIJOS COMUNES, DE QUIENES PROCEDEN LOS BIENES

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1954 contempla el siguiente supuesto. don Eulogio Narbón Alamin fallece, transmitiendo *mortis causa* su patrimonio a sus tres hijas: Margarita, Pilar y Susana. Fallece Margarita intestada y le sucede su madre Susana Savirón Caravantes. Ésta fallece posteriormente bajo testamento en el que favorece ostensiblemente a su hija Susana.

La otra hija, Pilar demanda a su hermana Susana, solicitando del juez que declare lo siguiente:

A) Lo que su madre heredó *ab intestado* de su hija –hermana de doble vínculo de la demandante– que, a su vez, ésta heredó del padre común son bienes reservables según el artículo 811 del Código Civil.

B) El reparto desigual de los mismos –a imitación de la facultad de mejorar, contemplada, para la reserva ordinaria, en el artículo 972 del Código Civil– no es posible en el ámbito de la reserva del artículo 811 de dicho cuerpo legal. Las dos hermanas deben adquirir, a la muerte de su madre, los bienes reservables por mitad.

El Tribunal Supremo –ponencia de Celestino Valledor– acoge favorablemente ambas peticiones. Ha lugar al recurso de casación. Se trata de bienes reservables según el artículo 811 del Código Civil, y en él no se reconoce al reservista la facultad de mejorar, de distribuir desigualmente entre los reservatarios.

La viuda no contrajo segundo matrimonio. La viuda adquirió *ab intestato*, de una de sus hijas, lo que ésta había adquirido de su padre, cónyuge premuerto. El supuesto es perfectamente subsumible en el artículo 969 del Código Civil. Como no hay segundas nupcias se subsume en el supuesto de hecho del artículo 811.

2. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 811, EN FAVOR DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO, EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE BIENES POR EL SEGUNDO CÓNYUGE, A TRAVÉS DE UN HIJO DEL SEGUNDO MATRIMONIO

Celestino Pérez García pierde, por fallecimiento, a su esposa, Teresa Fernández González, con la que tuvo seis hijos, de los cuales viven cuatro, habiendo dejado descendencia –nietos– los dos hijos fallecidos.

Celestino contrae segundas nupcias con Balbina Pérez Alonso con la que tiene tres hijos.

Celestino fallece con testamento en el que lega el tercio libre y el de mejora a Francisco, hijo del segundo matrimonio. Instituye herederos en el tercio de legítima estricta a sus otros seis hijos y sus cinco nietos.

Francisco, el hijo del segundo matrimonio mejorado, fallece soltero y sin hijos, con testamento en el que instituye heredera universal a su madre Balbina Pérez Alonso, segunda mujer de su difunto padre que tanto lo mejoró.

Balbina adquiere el patrimonio de su hijo Francisco, no contrae nuevas nupcias, y muere intestada. Lógicamente sus dos hijas piden la declaración de únicas y universales herederas de su madre.

Los hijos del primer matrimonio, hermanos de vínculo sencillo de dichas dos hermanas, en modo alguno hijos de Balbina, de cuya sucesión se trata, y que fue segunda esposa —para ellos madrastra— de su difunto padre, piden que se declaren bienes reservables, los heredados por Balbina del premuerto Francisco, hermano de vínculo sencillo de los demandantes.

Si Balbina cónyuge sobreviviente, adquirente de su hijo, no volvió a casarse no es cónyuge bínubo. No es subsumible su adquisición, por vía del artículo 969 del Código Civil, en el régimen del artículo 968 del Código Civil. En efecto, por eso piden los demandantes que se aplique el artículo 811.

¿Cómo es eso pensable? Téngase en cuenta que las dos hijas del segundo matrimonio, además de herederas *ab intestato* de su madre, son sus legitimarias. ¿Cómo puede la reserva del artículo 811 del Código Civil —sin desnaturalizarse— mermar la legítima de los potenciales reservistas?

El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de junio de 1987, declaró aplicable la reserva del artículo 811 del Código Civil. En la adquisición, en virtud de testamento, de los bienes de su hijo distinguió lo siguiente. Lo que Francisco debía a su madre, como legítima, la mitad, adquirido por Balbina por ministerio de la ley, que constituyen bienes reservables, en favor de los hijos del primer matrimonio, y de los restantes del segundo. Frente a ello, la porción libre, también dispuesta por Francisco en favor de su madre, no es reservable. La heredan exclusivamente las hijas de Balbina: hijas del segundo matrimonio.

Según esta sentencia es claro el criterio, que hay que tener en cuenta, para tutelar los intereses de los hijos del primer matrimonio. Lo adquirido por el ascendiente por ministerio de la ley son bienes reservables, el resto forma parte del patrimonio propio del causante.

De este modo, la mitad de lo adquirido por doña Balbina —lo que le correspondía por legítima— tendrá la condición de reservable. El resto, la otra mitad, siguen el trayecto ordinario. Se logra así un equitativo reparto entre los hijos de ambos matrimonios.

3. HIPOTÉTICA APLICACIÓN AL SUPUESTO ANTERIOR DEL RÉGIMEN DE LA RESERVA ORDINARIA

Hubiese bastado con que doña Balbina hubiese contraído nuevas nupcias. Se le hubiese considerado reservista según el régimen de los artículos 968 y siguientes del Código Civil. Este cambio de régimen aplicable tendría como consecuencias prácticas las siguientes.

Sólo tendrían consideración de reservatarios los hijos del segundo matrimonio: primer matrimonio de Balbina. Los hijos de su anterior matrimonio con don Celestino, que para éste fueron segundas nupcias.

Se hubiesen considerado bienes reservables todos los adquiridos por doña Balbina de su hijo Francisco por vía de sucesión testada, sin distinguir legítima –ministerio de la ley– de porción libre.

En resumen, más bienes reservables para menos reservatarios, excluidos los hijos del primer matrimonio de don Celestino. Dando lugar a «un injusto empobrecimiento de los descendientes de un anterior matrimonio». (Sentencia de 3 de septiembre de 1985 de la Audiencia Territorial de Oviedo, confirmada por la del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987).

4. INTERPRETACIÓN CORRECTORA DE LA EXPRESIÓN «POR LOS TÍTULOS EN ÉL EXPRESADOS» DEL ARTÍCULO 969 DEL CÓDIGO CIVIL

Hemos examinado cómo la remisión, en sí misma considerada, era incorrecta porque podía abocar a resultados absurdos. Por ejemplo, el supuesto del hijo donante, o disponente «por cualquier otro título lucrativo», que puede sobrevivir al donatario cuando éste es uno de sus padres. Qué sentido tiene reservar lo donado, en favor de los hermanos del donante vivo.

Lo importante no es reparar en el absurdo del supuesto concreto enunciado. Lo que interesa es detectar la impropiedad de la traslación de títulos de adquirir por remisión genérica de un precepto a otro.

No es lo mismo precisar el contorno del supuesto de hecho del artículo 968 del Código Civil, que precisar el contorno del supuesto de hecho del artículo 969 del Código Civil. Y eso es precisamente lo que se hace por remisión. Por ello, se incurre en el defecto señalado anteriormente.

Dos ideas pueden presidir una adecuada intelección del contenido del artículo 969 del Código Civil. En primer lugar, evitar que, a través de un hijo, se produzca una transmisión entre cónyuges que no sea reservable. En segundo lugar, incidir sobre aquellos mecanismos de transmisión de bienes que operan al margen de la voluntad humana: la sucesión intestada o la sucesión en virtud del sistema de legítimas. Lo que, tal vez, con expresión feliz, describe el artículo 811, como lo «adquirido por ministerio de la ley».

Como la conjunción de ambos aspectos –procedencia de los bienes y título de adquisición de los mismos– puede complicar excesivamente las cosas, lo correcto, a mi juicio, es circunscribirse al título. Lo adquirido de un hijo o descendiente por el cónyuge bínubo, por ministerio de la ley, es reservable.

La descripción, sin más, abarca a lo recibido, por el hijo transmitente, del otro cónyuge. Y, además, el título –por ministerio de la ley– presupone

el fallecimiento del hijo. Se evita así el absurdo a que puede conducir la consideración como reservable de lo donado por el hijo.

XVII. LA RESERVA DE BIENES APLICABLE, EN SU CASO, AL DIVORCIADO ES LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL

Las nuevas nupcias del divorciado son compatibles con la pervivencia del anterior cónyuge del divorciado. Esta auténtica obviedad, nos recuerda que la asociación de ideas que liga el divorcio con la reserva del cónyuge bñubó, pasa por encima del detalle –capital– de que el divorcio no conlleva ningún suceso *mortis causa*. El divorcio no da lugar a la apertura de la sucesión de ninguno de los cónyuges. La muerte es el único hecho que produce dicha apertura. Además, por así decirlo, disuelve el matrimonio. La unión de estos dos efectos, en torno a una misma causa, explica la reserva de bienes, cuando el cónyuge, que no sólo es supérstite, sino también adquiriente *mortis causa*, contrae nuevas nupcias. Obviamente habiendo hijos del matrimonio anterior.

Cuando la disolución matrimonial tiene lugar por divorcio ambos cónyuges conservan su vida y sus proyectos de futuro. Ninguno de ellos transmite *mortis causa* al otro. Si uno donó al otro, o bien se le reintegra lo donado, o, en otro caso, el donatario no tiene porqué reservarlo para los hijos comunes.

Ahora bien, aunque el matrimonio ya no los une, sí que les une algo que por naturaleza es indisoluble: su posible condición de progenitores de unos hijos comunes.

Se dice, y con razón, que el divorcio elimina, entre los ex cónyuges, toda expectativa sucesoria. Salvo que previamente fuesen parientes y hubiesen contraído matrimonio sin dispensa –4.º grado colateral– o con dispensa –3.º grado colateral–. Pero, además, 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 en favor de los parientes del descendiente, que estén dentro del 3.º grado; por ejemplo, los hermanos del descendiente. Que son los hijos del anterior matrimonio de los divorciados. Se hubiesen vuelto a casar, o no se hubiesen vuelto a casar. Es lo mismo: no hace al caso.

La estructura familiar, subsistente tras el divorcio, conserva su original idoneidad, subsumible en el supuesto de hecho descrito en el artículo 811 del Código Civil.

«Los *bienes* heredados (*ab intestato*) por don José Sánchez Díaz de sus hijos Ángel y José Francisco Sánchez Bolado, quienes los habían heredado (*ab intestato*) de su madre, *tienen indudablemente el carácter de reservables* a favor del demandante y hermanos, *por hallarse poten-*

cialmente comprendidos en los artículos 811 y 969 del Código Civil; pero como lo que aquí se discute es la obligación que tenga don José Sánchez Díaz de asegurar en forma hipotecaria tal reserva, y el supuesto en que descansa se halla en la zona común a las dos especies admitidas por el citado cuerpo legal, ha de resolverse en primer término cuál de ellas tiene fuero atractivo en el presente caso e impone al juzgador sus especiales características» (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1931).

En este caso, el Tribunal Supremo entiende que es de preferente aplicación la reserva viudal tradicional, recogida en el artículo 968, que la innovación del Código Civil establecida en el artículo 811. Dado que el viudo no ha contraído segundas nupcias no ha nacido la obligación de reservar. Por tanto carece de apoyo la accesoría de asegurar. Sin embargo, pienso que fallecido el viudo y abierta su sucesión habría que distinguir en la misma los bienes reservables de los bienes propios del causante. Y, por tanto, organizar la sucesión en cada masa según sus normas.

1. NO CABE LA MEJORA EN LOS BIENES RESERVABLES SEGÚN EL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL

El supuesto analizado en el apartado anterior fue de nuevo objeto de análisis por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1954. Un matrimonio con tres hijas. Fallece el padre y transmite su patrimonio *mortis causa* a sus tres hijas. Muere intestada una de ellas y le hereda su madre. Posteriormente muere la madre, con un testamento, en el que no se distingue lo que la testadora tiene como exclusivamente propio y lo que tiene heredado de su hija y, por tanto, reservable en favor de sus dos hijas, hermanas de la transmitente. Además de no distinguir, distribuye entre sus hijas desigualmente.

La hija perjudicada alega que, en aquellos bienes que su madre tenía herederos de su hermana difunta, no cabe trato desigual. Son reservables según el artículo 811 del Código Civil y este no prevé la mejora. Luego, la distribución de dichos bienes se hará dividiéndolos por mitad con su otra hermana. El Tribunal Supremo admite la alegación de la demandante.

Este supuesto puede darse al margen del matrimonio. Se disuelve el matrimonio por divorcio y la vida sigue. Uno de los ex cónyuges divorciados muere con testamento en el que deja todo a sus tres únicas hijas, fruto del matrimonio disuelto. Posteriormente muere intestada una de las tres hijas. Le hereda su único progenitor –ascendiente– vivo: el otro cónyuge divorciado. Lo que este adquiere, deberá reservarlo para las otras dos hijas del anterior matrimonio, disuelto por divorcio.

Vemos como la reserva de artículo 811 del Código Civil gana en actualidad, y cómo, la imposibilidad de mejorar, en su ámbito, es una garantía, frente a posibles arbitrariedades del ascendiente divorciado reservista.

2. LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 PUEDE OPERAR EN BENEFICIO DE LOS HIJOS DEL MATRIMONIO ANTERIOR DEL CÓNYUGE DIVORCIADO BÍNUBO

La reserva del artículo 968 del Código Civil protege a los hijos *respecto de lo* que el cónyuge potencialmente bínubo, *recibe de su cónyuge premuerto*. Pero no protege frente a la *distribución de los bienes propios del cónyuge bínubo*. Los hijos del anterior matrimonio conservan, claro está, sus derechos legitimarios en dicha distribución. Pero, obviamente, estos no les protegen de un trato desigual. Puede el cónyuge divorciado bínubo, otorgar testamento, disponiendo del tercio libre y de mejora en favor de los hijos del segundo matrimonio, e instituir herederos, en el tercio de legítima estricta, tanto a los hijos del primer matrimonio, como a los hijos del segundo matrimonio.

Supongamos que el hijo mejorado sea uno de los hijos del segundo matrimonio. Muere el cónyuge bínubo testador y adquiere algo más de dos tercios de la herencia. A su vez muere dicho hijo, soltero, sin hijos, con testamento en el que instituye única y universal heredera a su madre. Posteriormente muere esta intestada. Los otros hijos del segundo matrimonio son declarados únicos y universales herederos.

Lógicamente, los hijos del primer matrimonio no ostentan derecho alguno *en la sucesión de un extraño*, como es para ellos *el nuevo cónyuge* de su progenitor bínubo.

El supuesto de hecho hasta aquí descrito, coincide con el analizado, por la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 1987, de la que ya nos ocupamos. Don Celestino Pérez contrajo dos matrimonios. En un contexto no divorcista, primero enviudó y luego celebró segundas nupcias. El primer matrimonio, desde la óptica de la reserva, es irrelevante. No está en juego la sucesión del cónyuge premuerto, probablemente porque sea patrimonialmente intrascendente. El problema se plantea porque el patrimonio de don Celestino, padre común de los hijos de ambos matrimonios, llega correcta y, casi, íntegramente a la esfera jurídica del nuevo cónyuge de don Celestino.

Este supuesto de hecho puede darse, perfectamente, en el caso en el que el primer matrimonio sea disuelto por divorcio. ¿Por qué? Porque no necesitamos que un cónyuge del primer matrimonio premuera y transmita *mortis causa*. *Patrimonialmente*, a don Celestino le es indiferente, que su primer cónyuge le premuera y le deje algo, o se divorcie de él mostrándole, por añadidura, su desprecio.

Cómo operó –y cómo puede operar, en el futuro, en caso de divorcio– la reserva del artículo 811 del Código Civil. El segundo cónyuge de don Celestino –un extraño para los hijos del primer matrimonio– *adquirió, como ascendiente, bienes de un descendiente* –hermano de vínculo sencillo de los hijos del primer matrimonio– que, a su vez, los había adquirido, a título gratuito, *de otro ascendiente* –padre común de los hijos de ambos matrimonios– y, por tanto, *debe reservarlos* «en favor de los parientes,

que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

¿De dónde proceden los bienes? De don Celestino, padre común de los hijos de su primer matrimonio y de los hijos de su segundo matrimonio. Por lo tanto, los hijos del matrimonio anterior pertenecen, como parientes, a la línea de donde los bienes proceden. Como también, claro está, los hijos del segundo matrimonio.

¿En qué grado? Si el cómputo hay que hacerlo, a partir del descendiente transmitente, al ser todos los hijos, tanto los del primer matrimonio, como los del segundo, hermanos del descendiente cuya transmisión causó la reserva, todos los hijos son parientes en segundo grado y pertenecientes a la línea de donde los bienes proceden. Como el tronco común, en este cómputo del parentesco colateral, es don Celestino, padre común de los hijos de uno u otro matrimonio, todos los hijos deben arrancando del descendiente transmitente, subir hasta don Celestino y, luego, bajar a su propia posición; siempre dos grados.

Pero, el parentesco de los hijos del segundo matrimonio con el descendiente transmitente –también hijo del segundo matrimonio– es más intenso que el que tienen los hijos del primer matrimonio con dicho descendiente transmitente. En efecto, todos son hermanos, pero los del segundo matrimonio lo son de doble vínculo –respecto del aludido descendiente transmitente– y los del primer matrimonio –respecto de la misma persona– de vínculo sencillo.

Es decir, como reservatarios concurren parientes dentro del segundo grado, pero con intensidad diversa. Unos reservatarios –hijos del segundo matrimonio– son hermanos del descendiente transmitente de doble vínculo, mientras que otros –hijos del primer matrimonio– son hermanos de vínculo sencillo respecto de dicho descendiente. ¿Será preciso aplicar la norma que determina, en la sucesión intestada, cómo se distribuirán los bienes hereditarios? No. Porque no se trata de la sucesión intestada del descendiente transmitente, ni tampoco de la sucesión del ascendiente adquirente. La muerte de este, además de determinar la apertura de su sucesión, determina la efectividad de la reserva. La adquisición por parte de los reservatarios de los bienes reservables como fenómeno independiente de la sucesión en los bienes propios del ascendiente adquirente. En este caso, el nuevo cónyuge del bínubo.

Si esos bienes se reservan es porque proceden de don Celestino, padre común de los hijos de ambos matrimonios. Respecto de él, todos los reservatarios son parientes en línea recta y de primer grado. Luego el reparto será por cabezas, sin tener en cuenta de qué matrimonio son hijos los reservatarios. Da igual que lo sean del primer matrimonio que del segundo. A pesar de que el descendiente transmitente fuese hijo del segundo matrimonio. A pesar de que el ascendiente adquirente fue el cónyuge del bínubo, madre de los hijos del segundo matrimonio, una extraña para los hijos del primer matrimonio.

Vemos cómo la reserva del artículo 811 del Código Civil logra, en este supuesto, ese efecto corrector que dada su naturaleza escapa a la reserva viudal. Esta reserva para los hijos del primer matrimonio, lo que el cónyuge premuerto transmite al viudo bínubo. Aquí la fortuna la ostentaba a título personal el viudo bínubo. Y en principio, respecto de esos bienes, los hijos del primer matrimonio, sólo cuentan con la expectativa que tutela la legítima. Que, según se comprueba, puede resultar ilusoria.

3. SE TRATA DE UN POSIBLE EFECTO DE LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL, PERO NO DE SU RAZÓN DE SER

Cuando se introdujo en la redacción del Código Civil el artículo 811 se hizo con una finalidad muy concreta. Parece ser que pensando en un supuesto real. Desde luego, no se incluyó la norma como protección para los hijos del primer matrimonio. Posteriormente, en su aplicación se ha comprobado que, en determinados supuestos, puede cumplir esa función que se considera saludable.

No cabe afirmar, por tanto, que se trate de un remedio estable, que atienda el posible desamparo de los hijos del matrimonio anterior de un divorciado bínubo. Pero sí se puede afirmar que, en ciertos casos, es aplicable a esa situación la reserva del artículo 811 del Código Civil. Es más, que el matrimonio, con hijos, disuelto por divorcio, conserva *de modo estable, una estructura familiar* sobre la que puede constituirse el supuesto de hecho de dicha reserva.

XVIII. LAS SEGUNDA O ULTERIORES NUPCIAS EN UNA CULTURA DIVORCISTA

En un mundo donde el matrimonio es indisoluble, las segundas nupcias presuponen siempre un *infortunio previo*. Infortunio previo que puede multiplicarse, precisamente, a través de unas segundas nupcias. Que unos hijos pierdan a su madre es algo malo; que les sobrevenga una madrastra peor. Que esa madrastra capte la voluntad de su padre es algo probablemente inevitable.

En una cultura divorcista las segundas nupcias es algo que está en el programa. No se trata de que el divorcio sea algo agradable. Es una desgracia: pero una desgracia programada. No es un evento sobrevenido por designio de la naturaleza. Es un doloroso remedio a un fracaso: remedio que los contrayentes mismos se autoaplican. Y parte potencial del remedio es la llamada –con mayor o menor acierto– «segunda oportunidad».

Las nuevas nupcias, como segunda oportunidad, es algo ideológicamente muy alejado de la doctrina de los padres de la Iglesia sobre el matri-

monio. Lo que, como segunda oportunidad, forma parte de la esperanza humana no puede ser objeto de recelo, de consideración peyorativa, de prevención.

La suerte de los hijos del matrimonio disuelto por divorcio tampoco queda sometida al más duro azar. Su suerte forma parte de la disciplina del divorcio. Al estar programada –sustraída del azar– no tiene sentido aplicarle mecanismos basados en la desconfianza.

Por otro lado, al no aportar el divorcio un cónyuge difunto priva al supuesto de hecho de la reserva de una pieza esencial. Sin ella, todo el entramado normativo se viene abajo.