

FAMILIA Y DERECHO



La reserva viudal

Araceli Donado Vara
Doctora Europea en Derecho

PRÓLOGO DE:

Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático y Director del Departamento de Derecho civil de la UNED
Vicepresidente de la Comisión Internacional del Estado Civil



COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización, *Esther Gómez Campelo* (2008).

La reserva viudal, *Araceli Donado Vara* (2009).

COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

Directores:

LORENZO PRATS ALBENTOSA

Catedrático de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

CARLOS ROGEL VIDE

Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

LA RESERVA VIDUAL

Araceli Donado Vara

Doctora Europea en Derecho
Departamento de Derecho civil de la UNED

Prólogo de

Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático y Director del Departamento de Derecho civil de la UNED
Vicepresidente de la Comisión Internacional del Estado Civil



Madrid, 2009

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2009)
ISBN: 978-84-290-1562-1
Depósito Legal: Z. 1.823-09
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Fotocopiar ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel
en el vigente Código penal español.

A mis padres

PRÓLOGO

La redacción de un prólogo siempre constituye un honor para la persona a quien se le encomienda, pues en general la persona que es autora de la obra demuestra una humildad que generalmente no se corresponde con los conocimientos del prologuista. En efecto, al menos cuando se trata de obras técnicas o científicas, el redactor del prólogo suele ser una persona «mayor en edad, saber y gobierno» que el autor propiamente dicho, pero con muy limitados conocimientos del objeto de estudio.

Así ocurre en el presente caso. Ciertamente soy mayor, bastante mayor que la autora a la que doblo en años, tanto que perfectamente podría haber sido su progenitor, pero sin duda he dedicado en mi vida profesional un tiempo muy limitado a reflexionar sobre el fundamento y la regulación de la reserva ordinaria, a la que la Doctora DONADO VARA ha destinado buena parte de su esfuerzo y atención durante los primeros años de su andadura universitaria, culminados el pasado año, con brillantez, cuando obtuvo el título de «Doctora Europea» en Derecho Civil. Para ello, una vez obtenida la beca de FPU del Ministerio, aparte de las muchas horas de dedicación en sus lugares habituales de trabajo en Madrid, nuestra autora ha realizado estancias de investigación en Francia y en Italia, territorios cuya lengua respectiva maneja con gran profundidad y perfección, y en sus *ratos muertos* adquirió una altura más que considerable en la lengua portuguesa hablada en Brasil porque el director de su tesis doctoral y autor de estas líneas tuvo la idea de que incrementara sus estancias en el extranjero en la Universidad de São Paulo.

Puede adivinar el lector que semejante destino era cualquier cosa menos turístico y que la idea se encontraba perfectamente justificada en el correspondiente expediente administrativo. Es más, la propuesta era

una continuación «actualizada» de sus anteriores estancias de investigación, pues al igual que los Códigos francés e italiano (del siglo XIX), el nuevo Código civil brasileño de 2002 (del siglo XXI, pues) había o ha optado por abrogar la reserva ordinaria o viudal. Sin embargo, al parecer, en la comisión competente para analizar la vida y milagros de los becarios ministeriales y sus posibles desplazamientos, algún genio alegó que las estancias de investigación... no estaban previstas para bailar samba y tomar *caipirinhas*!!! Por supuesto, el aludido genio no debía haber leído el expediente o, peor aún, no supo valorar la extraña coincidencia de que una línea de desarrollo legislativo asumida por tales códigos tuviera importancia. ¡Qué Universidad se nos viene encima... con tanto estulto calificando y valorando; con tanto mediocre gobernándonos a través de las comisiones valorativas sólo de los aspectos formales y «de referencia»!

Nuestra autora, pues, hubo de aproximarse al nuevo Código brasileño desde Madrid, sin contaminaciones danzantes y sin poder escurriñar archivos, opiniones y sentires doctrinales que probablemente hubieran iluminado su investigación desde la experiencia propia de uno de los países emergentes más dinámicos del planeta, en la exportación de la samba desde luego... pero también en el desarrollo y estudio del Derecho Civil que, en definitiva y en todos los lugares, hablese la lengua que se hable, debe enfrentarse con parecidos, si no idénticos, problemas.

El que debe ocuparnos y sobre el que arroja tanta luz la obra que tengo el honor de prologar es bastante claro: ¿tiene sentido y fundamento mantener la reserva viudal en la sociedad española contemporánea? Hace más de una década, al terminar de dar forma al correspondiente capítulo en mi «Derecho de Sucesiones», me pareció oportuno señalar en la introducción una serie de ideas que, edición tras edición, se han ido manteniendo en su encabezamiento y que me voy a permitir transcribir aquí para resaltar las de oportunidad, conveniencia y valentía de la tesis de la Profesora DONADO VARA.

«El supuesto de la reserva ordinaria o viudal (o del cónyuge bínubo) se encuentra descrito inicialmente en el artículo 968 [del Código civil español], al disponer que «... el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto con-

sorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales».

La institución, pues, pretende garantizar a los hijos y descendientes del primer (o anterior) matrimonio que el viudo o la viuda bínubos (es decir, que vuelve a contraer matrimonio) no deriven los bienes procedentes de su anterior cónyuge (o sus familiares) a otras personas o a otras familias.

Realmente, en la actualidad y en nuestro sistema normativo, el fundamento de la reserva viudal resulta cuando menos discutible, sobre todo atendiendo a que, conforme al sistema legitimario, los hijos y descendientes del causante de la reserva, en cuanto legitimarios, ya han consolidado su derecho a las dos terceras partes de su herencia.

Históricamente, sin duda, la reserva viudal u ordinaria se asentaba en la idea de dificultar o restringir las segundas nupcias (sobre todo las de la mujer, como ocurría originariamente en Roma), pues por razones religiosas, culturales o antropológicas se consideraban una injuria o una afrenta para el cónyuge fallecido. Semejante planteamiento de *sanción a las segundas nupcias* resulta hoy día inaceptable y probablemente roza el calificativo de atentatorio contra la libertad matrimonial de que goza todo hombre o mujer que, conforme a nuestro ordenamiento, tengan *libertad matrimonial* (cfr. art. 32 de la CE). Y, jurídicamente hablando, la viudedad no limita semejante libertad matrimonial (si bien, en numerosos casos, en términos reales, la deja en estado de suspenso, por múltiples razones).

Ante ello, en términos teóricos al menos, la doctrina iusprivatista contemporánea procura dejar en la sombra semejante fundamento originario, para pasar a resaltar otros posibles sustratos de la figura. Uno de ellos, insiste en la idea de atender a los intereses patrimoniales de la línea recta descendente del causante de la reserva. Se trataría, así, de proteger las expectativas hereditarias de, supongamos, los hijos del matrimonio respecto de los bienes recibidos a título gratuito por el viudo o viuda (que vuelve a contraer matrimonio) del causante de la reserva, esto es, de su marido o mujer anterior. Sin embargo, la enorme fortaleza de la legítima de los hijos y descendientes, que evidentemente volverá a aplicarse sobre la herencia del cónyuge bínubo, una vez que fallezca, permite poner en duda semejante planteamiento.

Desde otra perspectiva, como ocurre con frecuencia en Derecho here-

ditario, se defiende que la existencia de normas de *ius cogens* relativas a la reserva ordinaria se asientan en la voluntad presunta del cónyuge fallecido y causante de la reserva. El legislador, podríamos decir, se ha limitado a convertir en norma imperativa el sentir popular o generalizado. O bien, el legislador ha valorado la convicción generalizada de los hijos comunes del anterior matrimonio, entendiendo que, por lo común, repudiarán el segundo o ulterior matrimonio de su progenitor viudo, al menos hasta que se aseguren sus (muy discutibles) expectativas patrimoniales.

A nuestro entender, tales razones son escasamente convincentes. La reserva ordinaria es, sencillamente, una institución del pasado y de mortecino presente, encastillada como tantas otras en la legislación civil, que exigiría un replanteamiento de la cuestión desde el momento en que la sanción a las segundas nupcias resulta sociológicamente insostenible. *De lege ferenda*, a nuestro parecer, de querer mantenerse semejante tipo de reserva hereditaria debería privarse a las normas que la regulan del carácter imperativo, fomentando en su caso que a través de testamento cada quien disponga lo que guste respecto del eventual matrimonio de su actual cónyuge.»

Semejante ideario, concisamente formulado como exige la obra de la que lo extraigo (C. LASARTE, *Derecho de Sucesiones*, 5.^a ed., Marcial Pons, 2008, págs. 242-243), puede desde luego compartirse o no, pero evidentemente requería la realización del debido estudio monográfico que brillaba por su ausencia en la doctrina española, en la que sólo la reserva del artículo 811 habría merecido la atención de nuestros jóvenes estudiosos (primero, el profesor prematuramente fallecido J. SERRANO GARCÍA, *Reserva troncal del artículo 811 del Código civil*, Barcelona, 1991; más recientemente, M.^a T. PÉREZ GIMÉNEZ, *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Univ. Jaén, 2005). Por ello me pareció sumamente oportuna la decisión adoptada hace ahora ya un lustro por una joven Araceli DONADO de convertir la temática de la reserva viudal en objeto monográfico de los estudios inherentes a la tesis doctoral, brillantemente defendida en febrero de 2007.

Como generalmente ocurre, durante tales años, nuestra autora ha pasado por diversas fases y ha debido escribir y reescribir muchas de las páginas que componen la actual monografía y algunas otras publicaciones desgajadas de la memoria doctoral, que han visto la luz como

artículos monográficos por separado [«La reserva vidual en Francia», en *E-Legal History Review*, 7, 2009; «La reserva vidual en Italia: perspectivas de futuro», en *Libro-Homenaje al Profesor Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias*, Gómez Gállico (Coord.), Civitas, Thomson, Madrid, 2008, Tomo II, págs. 1547 a 1562; «Enajenación de bienes inmuebles sujetos a reserva hereditaria», en *XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI*, Lasarte Álvarez (Dir.), Sevilla 2004, formato CD-Rom; así como en «*Perspectivas del Derecho de Familia*». Sevilla-Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, Lasarte Álvarez (Dir.), Sevilla 2004, pág. 234 y «Causas sobrevenidas de desaparición de la reserva vidual», en *Hogar Familiar y Relaciones patrimoniales en la familia (Ponencias y comunicaciones presentadas al Congreso Internacional celebrado en Homenaje al Profesor Espín Cánovas*. (En prensa)]. Me interesa destacar que tales fases las ha vivido la autora con plena libertad de actuación y pensamiento, pues inicialmente, llevada quizá de los estudios relativos al desarrollo histórico de la reserva, consideraba la hoy Doctora DONADO VARA que las opiniones de su director eran, digámoslo así, algo heterodoxas y poco conformes con el desarrollo histórico de la reserva ordinaria. Vivía entonces la autora la fase de enamoramiento del objeto de estudio, creyendo por tanto que la pervivencia de la institución debía ser la conclusión primera y principal de su aportación personal al estudio de la reserva del cónyuge bínubo.

El análisis pormenorizado de la jurisprudencia, el estudio de obras más apegadas a la visión contemporánea del tema y, sobre todo, la profundización en el análisis del Derecho de familia actual, para el que sin duda la reserva ordinaria representa mayores complicaciones que ventajas, han comportado un replanteamiento de las cuestiones centrales por parte de nuestra autora que ha pasado del enamoramiento a un distanciamiento crítico de la reserva vidual, hasta el extremo de acabar pregonando la necesaria revisión legislativa del tema, en línea con lo dicho anteriormente.

Así pues, el profundo y meritorio estudio monográfico llevado a cabo por la Doctora DONADO VARA certifica que estamos frente a una institución transida de arcaísmo y asentada en valores propios del pasado que, en consecuencia, requiere *de lege ferenda* una revisión en profundidad por parte de nuestro legislador. El estudio y las conclusiones lle-

vados a término, aun cuando se trate de una *opera prima*, representa pues una importante aportación respecto del Derecho de sucesiones, necesitado en general de una actualización y de una revisión crítica exigida por los nuevos planteamientos y los nuevos valores familiares imperantes, al menos en las sociedades denominadas occidentales, desde el último cuarto del siglo XX.

Hemos de felicitar por tanto a la autora, por ofrecernos un estudio serio y riguroso, pensado y repensado durante algunos años, de un sector sucesorio que coadyuva a una valoración contemporánea y actualizada del entero Derecho de Sucesiones, y asimismo a la Editorial Reus por acogerlo en su colección.

Madrid, noviembre de 2008

Carlos Lasarte Álvarez
*Catedrático y Director del Departamento de
Derecho Civil de la UNED
Vicepresidente de la Comisión Internacional del Estado Civil*

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer en primer lugar a mi Maestro, el Profesor Dr. D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ (Catedrático de Derecho Civil de la UNED) todo el apoyo que me ha dispensado, así como toda la confianza que ha depositado en mí, sin olvidar los buenos consejos que me da, y todas sus correcciones, que han hecho posible la conclusión de esta monografía.

Igualmente quisiera agradecer de un modo destacado a mi querida Codirectora, y condiscípula, la Profesora Dra. Dña. Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO (Titular de Universidad de la Universidad Carlos III de Madrid) toda su ayuda y dedicación y, en definitiva, por estar siempre ahí cuando la necesito.

Tampoco puedo dejar de mostrar mi gratitud a los miembros del Tribunal que juzgaron mi Tesis Doctoral Europea, por aceptar dicho encargo y por todos los valiosos comentarios que me hicieron el día de la lectura y defensa, que concluyó con la máxima calificación por unanimidad. En concreto, al Dr. D. Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), al Dr. D. Carlos ROGEL VIDE (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid), al Dr. D. Remigio PERCHINUNNO (Ordinario de Derecho Civil y Notario de Bari [Italia]), a la Dra. Dña. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Mendoza [Argentina]), y a la Dra. Dña. Gabriela AUTORINO (Ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Salerno [Italia]). La Tesis Doctoral ha obtenido recientemente Premio Extraordinario de Doctorado del curso académico (2006/2007) de la Facultad de Derecho de la UNED.

Y, en último lugar, quisiera agradecer a mi familia, a mi padre, a mi

Agradecimientos

madre, a mi hermano Rodrigo y a mi hermana Flavia, toda su paciencia, consuelo, alegría y comprensión, que, en definitiva, han hecho que este trabajo llegara a buen puerto, del modo más liviano y llevadero posible para ellos y, también, para mí.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ACP	Archiv für die Civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo (s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CH	Código de Hammurabi
CI	Código de Justiniano
CTH	Código Teodosiano
Coord.	Coordinador (es)
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
D	Digesto
Dir.	Director (s)
Ed.	Editorial
ed.	Edición
Fasc.	Fascículo
Giust.civ.	Giustizia civile
IJ	Información Jurídica
IURA	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico
JCP	La Semaine Juridique Notariale et Immobilière
LABEO	Rassegna di Diritto romano
Lev	Levítico
LA	Ley Asiria

LH	Ley Hitita
Lib	Libro
Maj.	Mayoriano
Nt.	Nota
Nov	Novela
Pág	página
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (s)
RDN	Revista de Derecho Notarial
RdP	Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi
RDP	Revista de Derecho Privado
RDF	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
RIDA	Revue Internationale de Droits de l'antiquité
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RSDI	Rivista di Storia del Diritto Italiano
RUC	Revista de la Universidad Complutense de Madrid
S	Sentencia (s)
Sev.	Libro Severo
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
Sigs.	Siguientes
s.p.	Sin página
Tít	Título
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSup.	Tribunal Superior de Justicia
Val	Valentiniano III
VVAA	Autores varios
vid.	véase
vol.	Volumen
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

INTRODUCCIÓN

La institución que se estudia en el presente libro es la conocida en nuestro Derecho como reserva viudal, viudal, ordinaria o también binupcial, términos todos ellos empleados por la doctrina para calificarla, y que, en definitiva, se refieren a la obligación de reservar ciertos bienes que recae sobre el viudo o la viuda que, tras enviudar, contrae unas segundas nupcias.

En este libro no emplearemos el calificativo binupcial, porque la reserva, según se verá, puede nacer por diversos acontecimientos y no únicamente por las segundas o nuevas nupcias del cónyuge superviviente. Por este motivo, nos resultan más precisos cualquiera de los otros dos calificativos, viudal, que proviene de viuda, o viudal, derivado del latín «vidua» y «viduus», para referirse a la viuda y al viudo, alrededor de quienes, al fin y al cabo, gira esta institución sucesoria y que, por opción personal, será, pues, el utilizado.

En el Código Civil español, esta reserva se encuentra en su Libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», concretamente, se incardina en el Título III relativo al Derecho sucesorio, Capítulo V: «Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él». Son trece artículos, todos ellos recogidos en la Sección Segunda: «De los bienes sujetos a reserva». Por lo tanto, en esta Sección se regula la obligación que tiene el cónyuge superviviente que contrae un segundo matrimonio, de reservar la propiedad de ciertos bienes para los hijos e hijas y descendientes habidos en su primer matrimonio —bienes éstos que, por su procedencia, se apartan de la sucesión «ordinaria» del cónyuge viudo— con la finalidad de que los destinatarios últimos de los mismos continúen en la línea familiar de origen.

De no existir esta obligación de reservar, los bienes integrarían la

masa patrimonial del cónyuge sobreviviente, quien podría disponer de ellos libremente, privando así a los hijos nacidos en el anterior matrimonio de su propiedad y posesión. El legislador, en su momento, entendió conveniente alterar el curso ordinario de la sucesión, ante la concurrencia de diversos acontecimientos que podrían poner en entredicho las legítimas expectativas y esperanzas sucesorias de los hijos del anterior matrimonio. Así, las nuevas nupcias del cónyuge viudo; la existencia de un hijo no matrimonial, o la adopción de alguien que no sea hijo del cónyuge premuerto, son las circunstancias que legitiman el nacimiento de esta reserva. De este modo, si los hijos del primer matrimonio sobreviven al cónyuge viudo, los bienes acabarán bajo su señorío y no en manos relativamente extrañas. La reserva se aplicará tanto en las sucesiones intestadas como en las testadas, aunque, como veremos, cabe la renuncia, o que por diversos motivos no nazca al no cumplirse sus requisitos, así como que se extinga y no llegue a consumarse por el fallecimiento del viudo y la supervivencia de la prole.

La elección como objeto de estudio de esta institución, tan conocida en nuestro Derecho civil español y no exenta de polémica, reside en el análisis de la conveniencia o no de su mantenimiento o si, antes bien, basta con alguna modificación en su planteamiento o regulación, a fin de modernizar la figura y hacerla más acorde con las nuevas perspectivas del Derecho de familia del siglo XXI.

En este sentido, no hay que olvidar que la institución comenzó siendo una de las «penas» que afectaban a los que contrajeran segundas nupcias, y en su origen, únicamente se estipuló contra las madres bínubas con prole de un primer matrimonio. Al cónyuge viudo que contraía un nuevo matrimonio, en un principio, se le aconsejaba que reservase pero se trataba exclusivamente de un consejo moral, carente de sanción jurídica por incumplimiento. Desde sus orígenes, los defensores de la figura han proclamado abiertamente que con ella se pretenden amparar los intereses de los hijos del primer matrimonio, que ante el nuevo vínculo matrimonial del progenitor supérstite pueden sentirse desprotegidos y minusvalorados. Si dicho fundamento sólo puede ser loable y positivo, ahondando en la figura, parece que hay algo adicional bajo ella: una penalización y, consecuentemente, una discriminación hacia las segundas nupcias. Concretamente, podría entenderse como una limitación al *ius connubii* de los viudos.

En el primer capítulo, referido a la dinámica de la reserva, estudiaremos sus dos fases: la pendencia y la consumación, así como los elementos personales, dentro de los cuales trataremos los diversos problemas que provoca la figura del reservatario. Posteriormente estudiaremos el momento de su válida constitución, así como los diversos supuestos de hecho que pueden ocurrir con relación a los dos matrimonios.

En el siguiente capítulo, el segundo, analizaremos las consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos, así como la extinción y la consumación de la reserva. Concretamente, la renuncia a la reserva por parte de los reservatarios, las causas sobrevenidas de extinción y, para finalizar, la consumación o perfección de la reserva vidual.

Seguidamente, en el capítulo tercero, trataremos la problemática en torno a los diversos bienes objeto de la reserva vidual que, por su origen, son calificados como reservables. En especial, si proceden del cónyuge premuerto, de los hijos del primer matrimonio o de los parientes del cónyuge difunto. En algunas cuestiones compararemos los orígenes desde las constituciones romanas hasta la época actual porque es interesante tener una visión de conjunto de las modificaciones producidas y de cómo se ha llegado a la presente regulación.

A continuación, en el capítulo cuarto, analizaremos las transmisiones de los bienes reservables, concretamente la facultad que tiene el reservista de enajenar *inter vivos* y *mortis causa*, a través de la mejora y la desheredación los bienes reservables, así como toda la controversia existente sobre estas cuestiones. Con relación a las transmisiones *inter vivos*, debemos distinguir las relativas a los bienes muebles de las producidas respecto de los bienes inmuebles. Dentro de las enajenaciones de bienes inmuebles, hay que diferenciar la regulación de las transmisiones de bienes inmuebles en los que consta la cualidad de reservable en el Registro de la Propiedad, de los que carecen de ésta. Con relación a las transmisiones *mortis causa*, en particular la mejora, no es pacífica la determinación de la cuantía en que el reservista debe hacerla, así como el modo de hacerla. Tampoco hay consenso en la doctrina sobre quién puede desheredar, porque cuanto más se amplíen las facultades del reservista, menores serán las de los reservatarios pendiente la reserva. Por este motivo en la reserva vidual es muy importante la posición jurídica de los sujetos intervinientes en la misma y, por eso, a esta materia se le ha dedicado un capítulo íntegro, el quinto y último.

En este último capítulo analizaremos la jurisprudencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre su naturaleza, en la que no existe unanimidad de criterio al igual que en la doctrina, en la que tampoco ha mantenido un criterio, no ya unánime, sino tampoco generalizado, referido a la naturaleza jurídica de esta institución tradicional. Podría parecer que la regulación de los preceptos relativos a la reserva viudal resolvería toda la problemática derivada de esta institución, sin embargo no es así, y una muestra de ello la encontramos en la doctrina, que sigue vacilando en torno a esta cuestión, porque existen ciertas objeciones que hacen que ninguna de las teorías propuestas pueda ser completamente convincente para aclarar la naturaleza jurídica de la institución.

Por lo tanto, y a la vista de lo anteriormente expuesto, entendemos que cabe cuestionarse si, en el caso español, la institución debería reformularse o, al menos, actualizarse para estar más acorde con los tiempos presentes. Porque, con mi Maestro, el Profesor LASARTE¹, consideramos que los cambios que se han producido hasta llegar a la actual sociedad (sobre todo al amparo de los principios constitucionales de finales del XX) hacen que ésta nada, o casi nada, tenga que ver con la existente a finales del siglo XIX, concretamente cuando se aprobó el Código Civil, que era patriarcal, al estar la mujer sometida a la voluntad del marido, y existía una clara discriminación entre filiaciones. Y en esta línea de actualizaciones y modificaciones se sitúan todas las producidas a lo largo del siglo XX que han ido afectado al contenido del Derecho de familia y de sucesiones recogido en el Código Civil.

En España, desde la aprobación de la Constitución de 1978, no existen diferencias entre los hijos basadas en su filiación, según reconoce su artículo 39, o como también dispone el artículo 14, que establece la no discriminación entre los españoles por razón de nacimiento. Estos y otros principios fueron incorporados al Código Civil con la reforma del año 1981, que modificó ampliamente el Derecho de familia y el sucesorio, para desterrar las discriminaciones entre filiaciones. Los hijos legítimos e ilegítimos, o matrimoniales y no matrimoniales, denominación

¹ «Il Diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma», *Familia*, anno VI, Fasc. 3, 2006, pág. 545.

actual, no podrán verse discriminados, porque sería inconstitucional cualquier derecho que se le reconociera a la filiación matrimonial pero no a la no matrimonial. Por lo tanto, a pesar de que la finalidad actual de la institución es distinta a la que tuvo en sus orígenes —antes era una penalización a las segundas nupcias, mientras que ahora su fundamento consistiría en la protección de los hijos del primer matrimonio— la figura merecería un reproche. En concreto: la no cabida de los hijos no matrimoniales en la reserva, y el no haberse producido, con las sucesivas reformas que afectaron al Derecho de familia y al sucesorio, una ampliación de la reserva viudal a la filiación no matrimonial, para que dichos hijos no matrimoniales estuvieran amparados por esta institución.

Así, mantenemos que la legítima de los descendientes es una buena cuota, al igual que la del cónyuge viudo. Por eso sería razonable que se le permitiera al cónyuge viudo disfrutar, poseer y disponer de toda su herencia y patrimonio, sin limitaciones ni reservas, tal como venía haciendo desde que enviudó, sin que vea mermados sus derechos, caso de contraer un nuevo matrimonio. De lo contrario, parecería que existe una penalización por las segundas o ulteriores nupcias, y no tanto una medida proteccionista de la prole. Porque no hay que olvidar que la obligación comienza desde que se contrae un nuevo matrimonio o se tiene un hijo fuera del matrimonio o se adopta a alguien, y no con anterioridad y, sobre todo, que el viudo cuenta con diversas vías para desviar los bienes del normal cauce sucesorio —y así privar a sus hijos de los bienes que por las segundas nupcias serían reservables—, y no verse obligado a reservarlos para sus descendientes.

Igualmente otra objeción que formulamos a la institución es la discriminación que se establece en los segundos y sucesivos matrimonios respecto a los primeros, por el trato desigual que se otorga a los cónyuges, que hace que no exista la igualdad jurídica que entre los distintos consortes debe darse. A esta crítica añadimos la anteriormente expuesta —relativa a la discriminación de las filiaciones que se produce en la reserva viudal al amparar a los hijos matrimoniales, mientras que los nacidos fuera de un matrimonio no se ven protegidos por la institución— proclamando nosotros su posible aplicación a las parejas de hecho y a los hijos nacidos en ellas, aconsejable y ajustada a la Constitución Española. Por todo lo dicho, finalmente, no descartamos que pueda ser conveniente la desaparición de esta figura, como ha sucedido en países

de nuestro entorno, ya que la cuota legitimaria de los hijos y descendientes es lo suficientemente amplia para colmar sus expectativas y necesidades, y cualquier limitación dispositiva que se estableciera al cónyuge viudo, únicamente sería una discriminación respecto a los cónyuges viudos que no contraen nuevas nupcias, y en definitiva, una penalización a las segundas nupcias, un anacronismo, en suma.

Por todo lo cual, si el fundamento de la institución es la protección de los hijos y descendientes, parece loable la reserva que pesa sobre estos bienes, pero si únicamente lo es de los matrimoniales, no es tan defendible. Por este motivo, en el caso de los hijos nacidos dentro de una pareja de hecho, si uno de los convivientes falleciera, y posteriormente el compañero superviviente contrajera matrimonio, el hijo nacido en la unión *more uxorio* no estaría protegido por la reserva viudal, porque la literalidad de los preceptos expresamente contempla que haya habido un primer matrimonio, y que los hijos protegidos sean los nacidos en el primer matrimonio, y en su caso, él no ha nacido dentro de un matrimonio y sus progenitores no estaban casados. Nos encontraríamos de esta manera ante una discriminación por razón de nacimiento. Al hijo matrimonial se le protege, mientras que al nacido fuera de una unión matrimonial no.

Por otra parte, con esta institución se estaría imponiendo, aunque tal vez lo sea de un modo implícito, una limitación o restricción al *ius connubii* del cónyuge viudo, porque la reserva está pensada para cuando éste contrae un nuevo matrimonio. Actualmente en un sistema divorcista como el nuestro —sobre todo, después de las reformas introducidas en el Código Civil, en mayor medida con la última de 2005, que contempla un sistema acausal en el que se agilizan los plazos y los trámites— la reserva viudal parecería que ya ha quedado desactualizada y que no encaja bien en nuestro Derecho Civil común.

Por lo tanto, si de lo que se trata es de proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes, su cuota legitimaria entendemos que ya cumple esta función, al ser bastante amplia. En este sentido, y tras estudiar las dificultades actuales existentes en su aplicación, consideramos que no habría mucho inconveniente en suprimir esta institución, arcaica y desactualizada, como lo han hecho otros países de nuestro entorno, para que, en definitiva, los cónyuges viudos puedan disfrutar

y disponer de unos bienes, procedentes de su cónyuge premuerto, al igual que lo hubiera hecho un extraño que adquiriera esos mismos bienes, con independencia de unas ulteriores nupcias.

Este estudio se ha centrado en ver cómo es la situación actual regulada en nuestro Código Civil, y cómo ha sido la evolución histórica hasta llegar a donde nos encontramos. Tras este análisis de *lege data*, proponemos que de *lege ferenda*, el legislador estudie la institución de la reserva vidual, así como todos los problemas que plantea su puesta en práctica, porque con el actual sistema sucesorio y con el Derecho de familia en constante cambio y evolución, en la actualidad, esta materia de la reserva encontraría más desventajas que ventajas.

Consideramos que al cónyuge supérstite no se le debe obligar a reservar unos bienes, que antes de que naciera la reserva le pertenecían en plena propiedad, dado que seguimos manteniendo que en el fondo se está pensando que contraiga un nuevo matrimonio. Y esto lo creemos así porque no hay que olvidar que la cuota legitimaria de los hijos y descendientes actualmente es una cuantía importante, dos tercios de los bienes, por lo cual sus derechos hereditarios, en la herencia de su progenitor premuerto, ya le fueron transmitidos y no pueden en modo alguno verse conculcados. Al que sí se le conculcan o limitan son al reservista, porque, de no darse ninguno de los supuestos que originan la reserva, sus hijos o descendientes no tendrían en principio ningún derecho sobre ellos, en vida del progenitor supérstite, siendo éste pleno propietario de todos sus bienes, sin ninguna limitación; la reserva, al fin y al cabo, no habría nacido. Otra cosa es que una vez fallecido el sobreviviente, estos bienes integren su herencia, y en este caso debería respetarse otra vez la sucesión legítima de los hijos y descendientes, si previamente no hubieran sido privados de ella. Sin embargo, se le limitarán sus derechos, sobre estos bienes reservables, en el caso de que sí se produzca algún supuesto de hecho que hacen nacer la reserva vidual.

En definitiva, no consideramos que exista ninguna justificación o fundamento en la actualidad para mantener esta institución arcaica (que no rechazamos por este motivo), si no por el hecho de no casar bien con nuestro Derecho de familia español, cada vez más divorcista, en el que muchas parejas conviven de hecho, sin contraer matrimonio, y tienen hijos. Igualmente, el Derecho de sucesiones necesita cierta actualización, que paulatinamente se va produciendo, encaminada a modificar la

hasta ahora «intocable» legítima, porque los tiempos han cambiado, al igual que lo ha hecho la sociedad. Nuestra sociedad no es la misma que vio la preparación y publicación del Código Civil en 1889 y, en el momento presente, nadie echaría de menos la reserva vidual, si ésta desapareciera, sobre todo porque cada vez es más escasa y de menos utilidad en la práctica.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
AGRADECIMIENTOS	13
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO 1. GÉNESIS, REQUISITOS Y ELEMENTOS PERSONALES DE LA RESERVA VIDUAL EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL	25
I. Concepto preliminar y requisitos de la reserva	26
1. Dinámica y vida de la reserva: la reserva pendiente y la consumada	
1.1. La reserva pendiente	27
1.2. La reserva consumada	30
2. Elementos personales: el reservista y los reservatarios	31
3. Los reservatarios	35
3.1. La situación de los hijastros en la jurisprudencia anterior al Código Civil	38
3.2. La situación de los hijos ilegítimos o no matrimoniales y sus descendientes	48
A) Regulación previa a la Constitución de 1978	48
a) Hijos ilegítimos	48
b) Descendencia ilegítima	51
B) La situación de los hijos y descendientes no matrimoniales después de la Constitución de 1978	55
3.3. Evolución de la situación de los nietos en relación con la reserva vidual	58
3.4. Problemas que plantea la reserva en la actualidad respecto a los hijos no matrimoniales	65

II. El momento de la obligación de reservar: su nacimiento	70
1. La evolución de la posición del viudo en la reserva viudal	70
2. Las segundas nupcias del viudo como comienzo de la reserva viudal: distintos supuestos referentes a los dos matrimonios	76
2.1. Los efectos de la declaración de la nulidad matrimonial	76
A) La intrascendencia de la declaración de nulidad del primer matrimonio del cónyuge viudo en la reserva viudal	77
B) La declaración de nulidad del segundo matrimonio	86
2.2. Los efectos de la disolución por divorcio	92
A) Regulación anterior a la Ley del divorcio de 1981	94
B) Situación posterior a 1981: última reforma del divorcio de 2005	96
2.3. La incidencia de la separación matrimonial en la reserva	105
2.4. La falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil	108
2.5. La celebración ilegal del matrimonio por incumplimiento de sus requisitos o forma de celebración.....	113
2.6. La desheredación entre los cónyuges y su incidencia en la reserva viudal	117
2.7. La no consumación del posterior matrimonio	118
2.8. Otras cuestiones: la situación de la viuda menor de edad	119
3. La aplicación de la reserva viudal en los supuestos de los sucesivos matrimonios del cónyuge supérstite.....	121
4. La extensión de la reserva viudal al cónyuge viudo que en estado de viudez o durante el matrimonio tiene un hijo no matrimonial	126
4.1. Regulación anterior a 1981	131
4.2. Regulación posterior a 1981	143
5. La ampliación de la reserva viudal al cónyuge viudo que adopta a un no reservatario: la reforma de 1981	149
6. La posible aplicación de la reserva viudal a las parejas de hecho: la igualdad entre los hijos	152
 CAPÍTULO 2. INEXISTENCIA, RENUNCIA, EXTINCIÓN Y CON- SUMACIÓN DE LA RESERVA	 163
1. La inexistencia o improcedencia de la reserva viudal	163
1.1. La dispensa expresa y la autorización del cónyuge premuerto, de los hijos comunes o del pariente de quien se adquieren los bienes de reservarlos	165
A) El supuesto de la dispensa del legado	165
B) La expresa dispensa para contraer un nuevo matrimonio	170
1.2. La excusa genérica del cónyuge premuerto o de los hijos comu- nes a que el cónyuge viudo contraiga un nuevo matrimonio no dispensándole de la obligación de reservar: el supuesto de la legítima del ascendiente	171
1.3. La inexistencia de bienes reservables	182

1.4. La inexistencia de hijos o descendientes del primer matrimonio al fallecer el cónyuge premuerto	183
1.5. El supuesto de un único o varios hijos desheredados o indignos, y sin descendientes que les representen al disolverse el primer matrimonio	184
1.6. Repudiación de la herencia por parte del cónyuge viudo.....	184
2. La renuncia a la reserva	187
2.1. Sujetos que pueden renunciar: el caso de los nietos.....	188
A) Hipótesis: el supuesto de los hijos renunciantes y consecuencias sobre sus descendientes	189
B) El caso de la renuncia a la herencia del cónyuge premuerto o a la del cónyuge sobreviviente.....	195
2.2. Particularidades sobre la renuncia de la reserva: capacidad necesaria, forma y momento temporal.....	197
A) La capacidad necesaria para renunciar a la reserva	197
B) Los requisitos de forma de la renuncia	200
C) Límite temporal	214
2.3. Diversas cuestiones referentes a la renuncia en la reserva.....	223
A) Hipótesis: el caso de que todos los hijos renuncien o que únicamente lo hagan algunos de ellos	224
B) Regulación de la porción vacante del renunciante	225
C) Posibilidad de la renuncia parcial en la reserva viudal	227
2.4. El objeto de la renuncia en la reserva viudal: diferentes teorías relativas a la reserva en sí, a las medidas de seguridad o a la adquisición de los bienes al fallecer el reservista	228
3. Los bienes dados por los hijos a sus padres concedores de las segundas nupcias: cesa o no llega a nacer la reserva	239
4. Causas sobrevenidas de desaparición de la reserva	247
4.1. Inexistencia de hijos o descendientes del primer matrimonio pendiente la reserva o al fallecer el reservista	247
A) Equiparación de la indignidad o desheredación de los hijos como causa sobrevenida de desaparición de la reserva	253
B) El caso de nuevo enviudamiento del reservista y la inexistencia de hijos del segundo matrimonio	254
C) La declaración de nulidad del segundo matrimonio y la inexistencia de hijos nacidos de esa unión matrimonial	257
4.2. La pérdida o desaparición de los bienes reservables	259
5. Consumación o perfección de la reserva: la muerte del reservista ..	260
CAPÍTULO 3. LOS BIENES RESERVABLES	263
I. La reserva en los bienes del cónyuge difunto	267
1. Los bienes habidos a través de un testamento realizado por el causante	268
1.1. La solución en el Derecho romano	268

1.2. La evolución hasta la época actual.....	270
2. Los bienes habidos a través de sucesión intestada	272
2.1. La regulación en el Derecho romano	272
2.2. La evolución hasta la época actual.....	273
3. Los bienes adquiridos por donación: la regulación de ciertos bienes procedentes del cónyuge premuerto.....	276
3.1. El caso de la dote	280
3.2. La donación <i>propter nuptias</i>	281
3.3. Las arras	281
3.4. Las donaciones esponsalicias	282
3.5. Los regalos de costumbre o liberalidades de uso	284
4. Los bienes adquiridos por cualquier otro título lucrativo: la controversia que planteaban ciertos bienes	285
4.1. El lecho conyugal	287
4.2. La vestimenta ordinaria.....	288
4.3. La vestimenta del luto	289
4.4. La legítima del cónyuge viudo	291
4.5. La capitalización del usufructo	294
5. La inexistencia de reserva respecto a la mitad de los bienes gananciales del cónyuge supérstite	300
II. Los bienes de los hijos del primer matrimonio adquiridos por el cónyuge sobreviviente: particularidades	304
1. La evolución histórica	304
1.1. La regulación en el Derecho romano	304
1.2. La evolución hasta la época actual.....	308
2. Análisis de los bienes en favor de los abuelos: la posible reserva por parte de los abuelos sobre los bienes de los nietos	311
3. La legítima heredada por el bínubo de su descendiente y la duda sobre si todos los bienes habidos del hijo se reservan o únicamente los que procedieran a su vez de su progenitor difunto.....	323
3.1. La situación en el Derecho romano	323
3.2. La evolución hasta la época actual.....	327
III. Los bienes de los parientes del cónyuge premuerto adquiridos por el cónyuge supérstite	344
1. La evolución histórica	344
1.1. La situación en el Derecho romano	344
1.2. La evolución hasta la época actual.....	345
2. El concepto de «parientes del difunto» referido a estos bienes reservables	347
2.1. La extensión de la noción de parientes antes de 1928	348
2.2. Los parientes respecto de los cuales se reservan sus bienes	348
3. Momento temporal de la adquisición para que nazca la reserva	351
4. La prueba de la «consideración al cónyuge difunto»	352

CAPÍTULO 4. TRANSMISIÓN DE LOS BIENES SUJETOS A LA RESERVA VIDUAL	355
I. Enajenaciones <i>inter vivos</i> y obligaciones del reservista	355
1. Regulación y efectos de las enajenaciones <i>inter vivos</i> : la enajenación de bienes muebles	355
2. La enajenación de bienes inmuebles: momentos temporales	359
2.1. La enajenación realizada con anterioridad a la reserva	359
2.2. La enajenación realizada pendiente la reserva	376
A) El caso de los bienes inmuebles que no estén inmatriculados en el Registro de la Propiedad o que estén inscritos constando la cualidad de reservables	379
B) El caso de los bienes inmuebles que estén inscritos sin que conste la cualidad de reservables	405
3. Posibilidad de impugnación de los actos del reservista a pesar de haber aceptado su herencia	414
4. Recapitulación crítica sobre las enajenaciones	419
5. Las obligaciones del reservista que también son facultades del reservatario	420
II. Las enajenaciones <i>mortis causa</i> : las facultades de mejorar y desheredar	435
1. La facultad de mejorar del reservista: su evolución histórica	435
2. La mejora en el Código Civil vigente	446
2.1. La cuantía en la que el reservista puede mejorar: el estado actual de la cuestión en la doctrina	447
A) En la totalidad de los bienes reservables	448
B) En el tercio de los bienes reservables	452
C) En la mitad de los bienes reservables	457
D) En los dos tercios de los bienes reservables	458
E) En lo que no lesione la legítima de los hijos comunes	458
2.2. La discutida posibilidad de mejorar en la reserva lineal	461
2.3. El supuesto de que el reservista no use la facultad de distribución	471
2.4. Opción personal	474
3. La facultad de desheredación en la reserva vidual	477
3.1. El desheredante en la reserva vidual: las diversas opiniones doctrinales sobre la cuestión	477
A) En la reserva deshereda el reservista	479
B) En la reserva sólo deshereda el cónyuge premuerto	485
C) Ambos pueden desheredar en la reserva	490
D) Opción personal	491
4. El reservatario y la facultad de enajenar: la controversia sobre si lo que puede es enajenar su derecho o la expectativa que tiene a la reserva	494
4.1. La reserva lineal y el <i>ius transmissionis</i> : otra cuestión polémica	507

4.2. La sucesión de los reservatarios: el estado actual de la cuestión en la doctrina	511
CAPÍTULO 5. POSICIÓN JURÍDICA DEL RESERVISTA Y DE LOS RESERVATARIOS EN LA RESERVA VIDUAL	517
1. La evolución jurisprudencial sobre la posición jurídica del reservista y el reservatario	517
2. Las tesis adoptadas por la doctrina acerca de la naturaleza jurídica	537
2.1. Tesis que considera que la reserva vidual es una desmembración del dominio en nuda propiedad y en usufructo	540
2.2. Tesis que entiende que el reservatario tiene una «legítima reforzada»	543
2.3. Tesis de la doble condición en la reserva: en el reservista una condición resolutoria y en el reservatario suspensiva	544
2.4. Tesis que equipara la reserva al fideicomiso condicional	551
2.5. Tesis que considera que la reserva es una institución especial, <i>sui generis</i>	554
2.6. Tesis para la que la reserva es una limitación del poder dispositivo del reservista	555
2.7. Tesis que considera que los reservatarios tienen una expectativa o derecho expectante	558
2.8. Nuestra opinión	564
BIBLIOGRAFÍA	567
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS	589

