

Apuntes de Derecho Sucesorio

III

Atribución de la legítima por actos inter vivos

(conclusión)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

§ 10. **Distinción de la colación con respecto a la computación, la imputación "ex se" y la reducción por inoficiosidad en los principales ordenamientos del occidente europeo.**

En estos apuntes hemos huído conscientemente del Derecho comparado. Tratamos de conocer la legítima de nuestro Código civil, desde sus raíces. Por eso, si la Historia ha sido nuestro mejor auxiliar, el Derecho comparado podría, en este caso, habernos desorientado. Su enorme interés en materia constituyente puede transformarse en un peligroso elemento de distracción al aplicarlo a la interpretación del Derecho positivo de cada comunidad jurídica. Por otra parte, el valor del Derecho comparado es distinto en materia de contratos y obligaciones, en Derecho mercantil y marítimo, que en Derecho sucesorio, trascendentalmente vinculado al medio geográfico (593) y al sentir peculiar no sólo en cada nación, sino, dentro de ésta, en sus distintas regiones y comarcas.

Pese a este criterio, creemos que en la materia que ahora tratamos conviene hacer, de una parte, un rápido repaso de las fronteras de la computación, la imputación para el cálculo de las legítimas y la reducción de las donaciones inoficiosas, con respecto a la colación, en los principales ordenamientos jurídicos de formación romanista, y, de otra parte, un breve examen de aquellas reglas relativas a la colación que pudieron haber influido en las innovaciones que en esta materia se introdujeron en el Código civil.

Razón de este interés, por un lado, es la posición vacilante que nuestra doctrina inmediatamente anterior al Código mostraba al tratar de la determinación de los linderos de estas instituciones, y, de otro, las innovaciones con respecto al Derecho histórico castellano que por influencia de las legislaciones extranjeras se introdujeron en el Código civil.

(593) Ver sobre este tema la conferencia pronunciada el 21 de abril de 1949 en la Academia Matritense del Notariado por nuestro querido compañero Gregorio de Altube e Izaga, con el sugestivo título de «El paisaje como fuente de Derecho».

Concretándonos esencialmente a esos extremos (594), repasaremos rápidamente los sistemas más afines al nuestro, sin pretender agotar la materia y con el único objeto de facilitar la comprensión del tema que estudiamos, ceñido precisamente a la mejor interpretación del Código civil español.

A) *Computación y colación.*

Roguín (595) ha señalado varias razones que principalmente han dado lugar no pocas veces a ciertas dificultades para desindiar en la práctica los conceptos de computación (*rappori-reduccion*) y colación (*rappori-collatio*).

Son éstas:

1.º Algunas legislaciones mezclan en su ordenación sistemática las reglas relativas a la colación y las referentes a la computación para cálculo de las legítimas y reducción de las donaciones inoficiosas.

Así ocurría en el viejo Código italiano de 1865, que, entre las disposiciones comunes a las sucesiones legítimas y testamentarias, en su sección IV, bajo la rúbrica de la colación y la imputación, trataba tanto de la computación y la imputación como de la colación (596). En el Código austriaco, que amalgamó la regulación de ambas instituciones en forma que su interpretación resultó difícil (597). Y, especialmente en el Código portugués, en su artículo 2.098, que señala como objeto de la colación—en términos parecidos que el artículo 1.035 de nuestro Código civil—el cálculo de la cuota disponible y la igualdad de la partición (598), no obstante lo cual la doctrina distingue perfectamente ambas instituciones (599).

2.º El uso de una misma palabra con doble significación—estricta y lata—utilizándolo a veces en sentido técnico y otras en

(594) Para un estudio más completo del Derecho comparado respecto la computación e imputación a las legítimas y la colación, es recomendable el *Traité de Droit Civil Comparé*, de ERNEST ROGUIN. París, 1912, t. IV, núms. 2.378 y ss., págs. 597 y ss.; y t. V, núms. 3, 183 y ss., págs. 438 y ss. La posición del nuevo *Código civile italiano* puede estudiarse en alguno de los trabajos de los autores italianos que luego citaremos.

Ver también nuestro trabajo: «Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos del Occidente europeo», pendiente de publicación en «Revista del Instituto de Derecho comparado».

(595) Op. cit., vol. IV, núms. 2.380 y ss., págs. 598 *in fine* y ss. y vol. V, núms. 3.190 y ss., págs. 443 y ss.*

(596) Ver ROGUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.381, pág. 599; VITTORIO POLLACCO: *Delle successioni*, 2.ª ed., Milán, 1937, vol. II, pág. 303; FRANCESCO SÁVIERIO AZZARITI, GIOVANNI MARTÍNEZ y GIUSEPPE AZZARITI: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed. Padova, 1948, núm. 331, pág. 592.

(597) Ver ROGUIN: Op. y vol. últ. cits., núm. 2.382, pág. 600.

(598) Ver ROGUIN: Op. y vol. últ. cits., núm. 2.383, pág. 601; LUIZ DA CUNHA GONÇAVEZ: *Tratado de Direito Civil*, vol. X. Coimbra, 1936, núm. 1.599, página 697.

(599) Ver CUNHA: Op. y vol. cits., núm. 1.599, pág. 698.

sentido meramente gramatical, favorece frecuentemente el confu-sionismo.

Así, vimos, al estudiar nuestros clásicos, que alguno de ellos utilizó el verbo latino *conferre* no sólo en su sentido técnico de llevar a colación, sino también, alguna vez, en su significado gramatical, aplicado al hecho de llevar a la masa partible entre los herederos forzosos, aunque ese llevar a la masa no se hiciera en virtud de la colación propiamente dicha, sino a consecuencia de la reducción de donaciones no colacionables. Algo semejante ocurre en Derecho francés con la expresión *rappori*, que técnicamente corresponde a la colación propiamente dicha, pero que en alguna ocasión es empleada en sentido gramatical vulgar, referido a la restitución a la masa de lo donado con dispensa de colación en su excedente sobre la legítima del donatario y la parte disponible (600).

No obstante, PLANIOL separa cuidadosamente la verdadera colación (*rappori successoral*) de esa devolución a la masa de las donaciones en su parte inoficiosa, que denomina *rappori en vue de reduction*, respetando así la terminología del Código francés, pero precisándola (601).

3.º En alguna legislación, como ocurre en la B. G. B. (602), la dispensa de colación repercute en el trato que a dicha donación deberá dársele en materia de computación e imputación, pese a tratarse de operaciones distintas.

Sin embargo, la colación y la computación, para cálculo de las legítimas y de la porción disponible, resultan técnicamente inconfundibles para los autores.

Claramente las distinguen, señalando las siguientes notas diferenciales:

1.º *En cuanto al fin perseguido por una y otra institución:*

a) La computación para cálculo de las legítimas tiene por fin fundamental la protección de éstas (603).

Se discute también si la computación sirve igualmente para fijar la masa de cálculo de la porción disponible.

(600) Ver ROGUIN: Op. cit., vol. V, núm. 3.190, pág. 443; y MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT y ANDRÉ TRASBOT: *Tracte pratique de Droit Civil Français*, t. V, *Donations et testaments*. París, 1933, núm. 126, pág. 122.

(601) Loc. cit.

(602) § 2.316 que somete a computación e imputación, con arreglo a sus reglas, las liberalidades que serían colacionables en la sucesión diferida *ab intestato*, o testamentariamente, pero conforme a las reglas de la intestada. Ver ROGUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.502, págs. 685 y ss.; THEODOR KIPP: *Derecho de sucesiones*—traducción española de la 8.ª edición alemana. Barcelona, 1951, vol. II, § 133, II, pág. 320; JULIUS BINDER: *Derecho de sucesiones*, trad. española de la 2.ª ed. alemana, por LACRUZ BERDEJO. Barcelona, 1953, § 33, pág. 303.

(603) ROGUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.378, págs. 596 y ss.; PLANIOL, RIPERT, TRASBOT: Op. cit. vol. V, núm. 59, pág. 61; POLACCO: Op. cit., vol. I, págs. 489 y ss.; LOUDOVICO BARASSI: *La successioni per causa di morte*. Milano, 1947, núm. 96, págs. 269 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 132, páginas 209 y ss.; BINDER: Op. cit., § 33, págs. 301 y ss.

En Derecho francés, sin duda por el influjo del *Droit coutumier*, se ha impuesto decisivamente la consideración unitaria de la masa formada por lo relicto y lo donado. Por esa consideración unitaria, esta masa sirve como base del cálculo tanto de la legítima como de la porción disponible (604). Ahora bien, del cálculo de las legítimas puede derivar como corolario la acción de reducción de las liberalidades inoficiosas, ampliándose con ello la masa de extracción de aquéllas, y, en cambio, el cálculo de la porción disponible no puede dar lugar a reducción alguna de lo donado a los legitimarios. Es decir, que aun cuando las donaciones amplían la masa de cálculo, tanto de las legítimas como de la porción libre, sólo pueden engrosar la masa de extracción de aquéllas en caso de inoficiosidad.

En Alemania no sucede de igual modo. La computación de las donaciones, que deban serlo para la fijación de la pretensión legitimaria entre los hijos del causante, sólo surte efecto para calcular esa pretensión respecto al caudal relicto, pero sin eficacia suficiente para provocar la reducción de ninguna de esas donaciones. Y la computación de lo donado a terceros menos de cinco años antes de la muerte del donante, así como la consiguiente computación de lo donado a los legitimarios reclamantes del complemento, no tiene otra finalidad que la determinación del montante de la pretensión de complemento de legítima, sin ampliar siquiera la porción relicta de libre disposición (605). Es decir, la computación para cálculo de las pretensiones legitimarias no complementadas sirve para ampliar la masa de cálculo de éstas, pero no para ensanchar con lo donado su masa de extracción, y la computación verificada para calcular la legítima complementada sirve tanto para ampliar su masa de cálculo como para ampliar con lo donado a terceros la masa de extracción de dicho complemento. Las masas de cálculo y de extracción de la parte disponible no se amplían en caso alguno con las expresadas computaciones.

Los Códigos civiles suizo (606) y portugués (607) siguen el criterio de calcular sobre la misma base la masa de cálculo de la legítima y la porción libre, de modo que ésta será tanto mayor en relación al caudal relicto cuanto más sume lo donado a los legitimarios. Pero si la computación amplía la masa de cálculo de la legítima y de la porción libre, sólo puede ampliar la masa de extracción de aquélla, en caso de inoficiosidad de lo donado.

(604) El *Code de Napoléon*, art. 922, no habla de la determinación de la reserva, sino inversamente del cálculo de la porción libre.

(605) Ver BENDER: Op. cit., vol. 33, I, pág. 303 y II, pág. 305.

(606) La letra de su artículo 478, se refiere precisamente a la determinación de la porción disponible.

(607) No obstante, la doctrina portuguesa estuvo dividida entre los defensores del criterio *non especializador* y del criterio *especializador*. Por fin ha predominado aquél, según el cual la computación sirve indistintamente para calcular la legítima y la parte libre. (Ver PALMA: Op. y vol. cit., art. 1.790, págs 366 y ss.)

En Italia ha sido y sigue siendo muy discutido cuál es la masa de cálculo de la porción disponible.

Es opinión de Barassi (608) que el cómputo de *relictum* más *donatum* es aplicable a todos los efectos contables, y no sólo en beneficio de los legitimarios. Así era, a su juicio, en el Código de 1865, y sigue siendo en el vigente, con más claridad, ya que el artículo 556 señala cómo el objeto de la computación o reunión ficticia la determinación de la porción disponible. Las donaciones, pues, engrosan tanto la masa de cálculo de la porción libre, como la de las legítimas, aunque no puedan ampliar la masa de extracción más que de éstas en caso de inoficiosidad.

Cicu (609) parte de otro presupuesto. Distingue la *cuota de legítima* y la *cuota de reserva*, ésta cuota de herencia y aquella calculada de la suma de *relictum* líquido y *donatum*. El legitimario, según su tesis, tiene derecho a ambas. Si la cuota de legítima excede de la reserva, el legitimario tendrá derecho a completarse en bienes relictos y, de ser estos insuficientes, podrá ejercitar la acción de reducción de las donaciones inoficiosas. En cambio, a su juicio, el heredero voluntario carece no sólo de ésta, sino también de aquella posibilidad. La reserva no se disminuye, según esta tesis, aunque el legitimario tenga total o parcialmente cubierta su legítima con donaciones.

β) La colación tiene como finalidad mantener la igualdad o la proporcionalidad entre determinados herederos forzosos del causante.

Se ha afirmado que el fin de la colación era el de mantener la igualdad entre los hijos o herederos sujetos a ella. Pero, allí donde la colación no sólo se ha aplicado a la sucesión intestada, sino también a la sucesión testada, se ha discutido si esa presuposición de igualdad, apoyada en la presunta voluntad del causante, debía referirse más que a una igualdad absoluta a su proporcionalidad con respecto a las cuotas de la institución respectiva. Así sucedió, como anteriormente hemos comprobado, en el Derecho Justiniano.

En Derecho francés la cuestión no se plantea. En Francia sólo son herederos quienes suceden por ministerio de la ley. El testador sólo puede designar legatarios, aunque sean universales o a título universal, y sólo entre herederos tiene lugar la colación. Por lo tanto, entre los hijos la colación llevará siempre a la igualdad (610).

En Alemania se llega a igual solución, pero por distinto camino. La colación tiene lugar entre los descendientes cuando suceden

(608) Op. cit., núm. 96, págs. 271 y ss.

(609) *La divisione ereditaria*, cit., págs. 124 y ss. y *Succezione legítima e dei legittimari*, 2.ª ed. Milano, 1913, t. II, cap. I, núm. 7, pág. 161.

(610) PLANTOL y RIPERT: Op. cit., vol. IV, núm. 569, pág. 675; COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. española con notas de DE BOER, t. VII pág. 260; JULIEN BONNECASSE: *Elementos de Derecho civil*, t. III, traducción por el licenciado JOSÉ M.ª CAJICA JR. PUEBLA, México, 1946, núm. 672, pág. 491; SÁVATIER: *Cours de Droit Civil*, t. III, 3.ª ed., París, 1931, núm. 537, página 276.

como herederos legales (§ 2.050), o bien cuando el causante les haya instituido herederos determinando sus porciones hereditarias de tal manera que guarden entre ellas la misma proporción que sus respectivas porciones hereditarias legales (§ 2.052). Cuando los hijos han sido instituidos en porciones desiguales no juega, por tanto, la colación (611).

En Derecho suizo la solución es la misma. La colación afecta a los herederos legales (art. 626). Pero cuando los herederos legales son instituidos como herederos testamentarios por el causante en la misma porción que legalmente les correspondería *ab intestato* se entiende que el causante sólo ha señalado una regla particional, a menos que pudiera ser inducida una presunción contraria (612).

El Derecho portugués (art. 1.098) refiere la colación a los herederos legitimarios descendientes. Cunha Góalvez (613) opina que sólo es aplicable a la sucesión intestada. Pero, que los términos «*igualação da partilha*» no significa igualdad de cuotas, sino que la partición debe hacerse de tal modo que cada heredero reciba la cuota a que le correspondería si no hubieran sido otorgadas las donaciones (614).

En Italia la cuestión se ha planteado en otros términos. No han faltado autores (Losana, Pescatore, Venzi) que han sostenido que en caso de ser instituidos los hijos por partes desiguales, o llamados solamente en la legítima o conjuntamente con extraños, no debe aplicarse la colación (615). De Ruggiero (616), insiste en la tesis de Paciffici-Mazzoni (617), y cree que también es aplicable la colación en estos casos, e igualmente para distribuir lo donado por partes iguales, por que «nada impide que se presuma querida por el testador la igualdad en todo aquello que no sea objeto de la disposición testamentaria». Pero la opinión preponderante, en el régimen del Código anterior, y en el del nuevo Código, es la que entiende que la colación tiene lugar entre los descendientes también en la sucesión testamentaria, pero que en este caso tiene por objeto guardar la proporción de las cuotas hereditarias en la

(611) KIPP: Op. y vol. cit., § 88, II, pág. 50.

(612) ROSSEL y MENTHA: *Manual du Droit civil Suisse*, 2.^a ed., Laussanna, 1931, vol. II, núm. 1.159, pág. 260.

(613) Op. cit., vol. X, núm. 1.598, págs. 696 y ss.

(614) Núm. 1.600, pág. 701. Dice esto al comentar la colación de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos.

(615) Ver la nota de ALFREDO ASCOLI y EVELINA POLACCO en la op. cit. de POLACCO, vol. II, pág. 312.

(616) *Instituciones de Derecho civil*, trad. española de la 4.^a ed. italiana. Madrid, 1931, vol. II, § 133, pág. 1.058.

(617) *Trattato delle Successioni* (4.^a ed., Fiscece, 1910), parte II, tít. II, capítulo III, sec., II, núm. 28, vol. VI, págs. 60 y ss. No obstante, a pesar de concluir que con referencia a la sucesión testada persiste con respecto a lo donado el propósito de igualdad de trato, no parece tan claro que sea ésta su opinión, cuando líneas antes afirma que «la desigualdad querida no es más que la establecida en el testamento, y no cualquier otra resultante de las donaciones».

distribución conjunta de lo relicto y lo donado colacionado (618).

2.º En cuanto al carácter de la norma que regula estas instituciones.

En las legislaciones latinas la computación tiene carácter imperativo. El causante no puede dispensar la computación de las donaciones para cálculo de la legítima, porque esta institución es de derecho necesario (619).

La colación, por el contrario, se basa en una presuposición legal de la voluntad del causante. Por eso, puede ser dispensada por éste (620). Es más, la jurisprudencia francesa y la doctrina italiana han entendido que la palabra *expresamente* (*expresamente, espressamente*), equivale al *expressim* usado por Justiniano en la

(618) POLACCO: Op. cit. vol. II, págs. 310 y ss.; BARASSI, Op. cit. núm. 68, *in fine* y 69, págs. 184 y ss.; ANDREOLI: *Contributo alla teoria della collazione della donazioni* (Milano, 1940), núm. 3, pág. 6; CICU: *La divisione ereditaria* (Milano, 1948), pág. 112 *in fine* y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 330, página 591 *in fine* y ss. ANDREOLI (Op. cit., § 5, núms. 46 y ss., págs. 80 y ss.) precisa que no puede decirse con exactitud que la colación *in natura* restablece la igualdad o la proporcionalidad turbada por la donación, ni que con ella se restituye respecto a la suma de *relictum* y *donatum* una cuota igual a la que en la comunidad de lo relicto se habría obtenido de no haberse verificado la donación. A su juicio la formulación exacta es ésta: que con la colación se restablece la proporción entre el *quantum* que a título gratuito habría conseguido del ascendiente el descendiente donatario y el *quantum* que hubieran obtenido los otros descendientes si la donación no hubiese tenido lugar.

(619) Ver RUGGIERO: Op. y vol. cit., § 133, pág. 1.059; POLACCO: Op. y volumen cit., pág. 304; PLANIOL, RIPPERT, TRASBOT: Op. cit., vol. V, núm. 53 y ss., págs. 56 y ss.; COLIN y CAPITANT: Op. y vol. cit., pág. 526 y ss.; SAVATIER: Op. y vol. cit., núms. 596 y ss., págs. 306 y ss.; CUNHA GOÇALVEZ: Op. cit., vol. VII, núm. 1.140, págs. 210 y vol. IX, núm. 1.425, págs. 770 y ss.; MANUEL JOAO DA PALMA CARLOS: *Das successoes*, vol. I, Lisboa, 1942, art. 1.790, pág. 366 y ss. Igual ocurre en Suiza, según entienden ROSSEL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 911, pág. 54.

Cosa distinta sucede en Derecho alemán. Las donaciones dispuestas a favor de los legitimarios sólo se computan concurriendo éstos entre sí cuando tendrían carácter colacionable de tratarse de la sucesión intestada. Es decir, esas donaciones, que determina el § 1.316 en relación con el § 2.050 del B. G. B., se colacionan en la sucesión *ab intestato* o en la testada que sea diferida en la misma forma y proporción que aquella, y se computan en los demás supuestos de sucesión testamentaria. Las donaciones a favor de extraños, se computan necesariamente para el cálculo de la legítima complementada que reclame algún legitimario si cronológicamente corresponden a los diez años anteriores al fallecimiento del causante (sin que quepa dispensa del causante) y en caso de exigirse su cómputo también deben computarse las donaciones recibidas por el reclamante. (Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 133, págs. 319 y ss. y 136, págs. 338 y ss.).

(620) Código francés, artículo 843; Código italiano, artículo 737; Código suizo, artículo 629; B. G. B., § 2.050. Ver PLANIOL: Op. cit., vol. IV, núm. 590, págs. 692 y ss.; COLIN y CAPITANT: Op. y vol. cit., págs. 255 y ss. y 268; BONNECASSE: Op. y vol. cit., núm. 677, págs. 493 y ss.; SAVATIER: Op. y vol. cit., número 541, pág. 277 y ss.; CICU: Op. cit., págs. 115 y ss.; BARASSI: Op. cit., número 70, págs. 186 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., § 47, núms. 338 y ss.; ROSSEL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 1.159, págs. 259 y ss.; KIPP: Op. y volumen cit., § 88, III, págs. 50 y ss.; BINDER: Op. cit., § 29, III, pág. 256. En este mismo sentido en Portugal, CUNHA: Op. cit., núms. 1.604 y ss., páginas 722 y ss.

Novela 18, cap. IV, que se refiere a una voluntad *clara y cierta*, pero sin ser necesario que haya sido formalmente manifestada.

3.º *Respecto los sujetos de una y otra operación.*

α) La computación tiene lugar aunque sólo haya un heredero forzoso único. Donde se deba defender una legítima la computación se requiere (621).

β) La colación, en cambio, presupone necesariamente la coexistencia de varios coherederos forzosos (622).

En Francia son sujetos de la colación los herederos respecto a sus coherederos. Recordemos que en Francia no existen otros herederos que aquéllos a quienes la ley asigna tal carácter. Se atiende a este efecto al momento de la sucesión, no importando que en el momento de otorgarse la liberalidad el donatario no hubiera sido heredero forzoso. Es necesario, además, que el heredero legal acepte la herencia.

En Italia sólo deben colacionar los hijos y descendientes que efectivamente sean herederos del donante y solamente colacionan con respecto a sus hermanos que tengan, asimismo, la condición de herederos. Los hijos legítimos deben colacionar con respecto a los hijos naturales y éstos con respecto a aquéllos, cuando unos y otros sean herederos del padre donante; pero no colacionan los hijos naturales entre sí. La colación por los nietos a la herencia del abuelo de los bienes que éste hubiese donado al padre es regulada como en el Derecho francés, es decir, atendiendo a si suceden en representación del padre, en cuyo caso colacionan aunque hubieran repudiado la herencia de éste o si suceden al abuelo por derecho propio, supuesto en el que no colacionan aún no habiendo renunciado a la herencia paterna.

En Portugal son sujetos recíprocos de la colación los herederos legitimarios que sean descendientes del causante, incluso los hijos naturales, en proporción a su cuota legal. Respecto los nietos, a diferencia que en Derecho francés, estos no colacionan en la herencia del abuelo lo que éste les donó viviendo el padre.

En Suiza colacionan entre sí los herederos *ab intestato* que aceptan la sucesión, y, en el mismo caso, los instituidos testamentariamente en la misma proporción en que eran llamados por la ley.

En el B. G. B., rige la misma regla. Cuando el favorecido con una atribución sujeta a colación no llega a suceder, la obligación de colacionar recae en el descendiente que en su lugar pasa a ser heredero. Contrariamente que en Francia, no debe colacionarse lo que el causante donó a un descendiente en una fecha tal en la que no era probable que lo considerase como heredero legitimario suyo.

(621) ROGUIN: Op. cit., vol. V, num. 3.186, pág. 442.

(622) Ver locs. cits., nota 620.

4.º Respecto a la masa, ideal o materialmente, formada con la computación y con la colación.

En las legislaciones latinas la computación abarca la totalidad líquida del caudal relicto y todas las liberalidades objetivamente computables.

La masa formada con la colación puede no comprender todo el caudal relicto, del que normalmente se excluyen los bienes legados, ni todas las donaciones objetivamente colacionables, ya que súbtivamente el causante puede excluirlas de colación.

α) Tratándose de la computación, debemos distinguir tres razones de exclusión: las subjetivas-causales, las cronológicas y las objetivas. Las primeras se apoyan en la voluntad del causante, expresa o presumida por la ley atendiendo a la causa o fin de la liberalidad. Las segundas atienden a la fecha de la donación, imponiendo solamente la computación de aquellas liberalidades realizadas por el causante en un período más o menos próximo a su fallecimiento. Las terceras excluyen ciertas liberalidades objetivamente prefijadas por la ley.

Los ordenamientos jurídicos de los países latinos sólo admiten esta exclusión basada en la determinación objetiva, por la ley, de las liberalidades excepcionalmente no computables. Casi podríamos decir que equivale a una determinación legal de las liberalidades que a estos efectos no se consideran como donaciones valorables.

Alemania, en cambio, sigue el criterio subjetivo-causal para determinar las liberalidades que son computables a fin de calcular la legítima no complementada. Son computables a este efecto, según el § 1.316, aquellas que conforme al § 2.050 serían colacionables en la sucesión *ab intestato*. A saber: las dotaciones (es decir, lo que el causante atribuyó a un descendiente en consideración al matrimonio o para conseguirle una posición independiente), ciertos suplementos dados a los mismos fines y las donaciones cuya colación o imputación ordenó el causante (623).

El criterio cronológico con referencia a lo donado a extraños se sigue en Austria (624), Suiza (625) y, para el cálculo de la legítima complementada, en Alemania (626).

En Francia, en Italia y en Portugal para excluir excepcional-

(623) Ver KIPP: Op. y vol. cits., § 133, págs. 319 y ss.; y BINDER: Op. citado, § 33 I, pág. 303.

(624) § 785 del Código civil austriaco, según la redacción de la tercer novela parcial, § 68, en rel. § 951, según la redacción de la misma novela, § 75. No se computan las donaciones hechas por el causante cuando carecía de hijos ni las verificadas a personas no legitimarias más de dos años antes de la muerte del causante. (Ver KIPP: Op. y vol. cits., § 136, I, págs. 338 y ss.)

(625) Art. 527, núm. 4. Ver ROSSEL y MENTHA: op. y vol. cits., núm. 1.008, página 11.

(626) § 2.325. Ver KIPP, op. y vol. cits., § 136, págs. 338 y ss. y BINDER op. cit., § 33-II, págs. 304 y ss.

mente la computación en algunos supuestos se atiende exclusivamente a razones objetivas. Deben computarse todas las donaciones, así las dispuestas a favor de un heredero, con o sin dispensa de colación, acepte o no la herencia, como las otorgadas a extraños, bien sean directas, indirectas o disimuladas (627). Concretamente, en Francia, no se computan los gastos de alimentación, educación, aprendizaje, vestido de los hijos, regalos de boda o aniversarios —que el artículo 852 considera como gastos usuales y no como donaciones—. Se ha discutido por la doctrina si debían ser computadas las donaciones hechas por el causante con sus rentas. La *Court de Cassation*, adoptando una posición flexible, ha entendido que se trata de una cuestión de hecho consistente en determinar si por su importancia debió conservar el causante lo donado. Así, según las circunstancias, las limosnas, los actos de caridad y regalos usuales deben ser o no computados (628).

Incluso, también los sistemas que siguen un criterio cronológico para determinar el carácter computable de las donaciones recogen como nuevas limitaciones las de carácter objetivo. El artículo 527 del Código Suizo excluye de cómputo, aunque fueran hechos dentro de los cinco últimos años, los regalos usuales y los gastos de educación no colacionables. El § 2.325 del B. G. B. exceptúa de cómputo en cualquier caso las donaciones moralmente debidas o realizadas por una consideración de decoro. Y, según los textos antes citados del Código austríaco, no se computan nunca las donaciones hechas con las rentas sin aminorar la base del patrimonio, ni aquellas mediante las cuales se cumplió una obligación moral o se atendió a una consideración de decoro (629).

β) Con referencia a la colación:

Fuera de la masa, por lo que se refiere a uno de sus dos sumandos —lo relicto—, quedan los bienes legados. Fué excepción en este extremo el Código de Napoleón, que ordenó la colación de todos los legados, igual que de todas las donaciones, salvo expresa dispensa. Pero la ley de 24 de marzo de 1898 modificó esa regla respecto los legados, disponiendo su no colación, salvo que el donante la ordenara en cláusula expresa (630). Claro que esta

(627) Código francés, art. 922. Ver PLANTOL: op. cit., vol. V, núms. 53 y ss., página 56 y ss.; COLIN y CAPITANT: op. y vol. cits., págs. 526 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cits., núms. 626 y ss., págs. 306 y ss. Código portugués. Ver CUNHA: op. cit., vol. VII, núm. 1.144, págs. 210 y ss. y vol. IX, núm. 1.425, págs. 770 y ss. y PALMA: vol. cits., art. 1.790, págs. 366 y ss. Código italiano de 1865, artículo 822 y nuevo Código, art. 556. Ver POLACCO: op. cit., vol. I, pág. 489 y ss.; CICU: *Della legittima e...* p. II, cap. VII, núms. 2 y 3, págs. 270 y ss.; BARASSI: op. cit., núm. 96, págs. 272 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., 17, núm. 132, págs. 209 y ss.

(628) Ver PLANTOL: Op. cit., vol. V, núms. 60 y ss., págs. 62 y ss.

(629) Ver KIPP: Op. y vol. cits., § 136, I, pág. 338.

(630) PLANTOL: Op. cit., vol. IV, núm. 590 y ss., págs. 692 y ss.; COLIN y CAPITANT: op. y vol. cits., págs. 255 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cits., núm. 541, páginas 277 y ss.

orden expresa de colación más bien debe considerarse como una orden de asignación de la cosa atribuida a cuenta de la cuota del asignatario, que en cierto modo recuerda la adquisición *vice praeceptionis* del Derecho romano clásico cuando se atribuía con carácter imputable a la cuota del adjudicatario (631).

Donaciones a colacionar son, en principio, las hechas a favor de ciertos herederos, que efectivamente sucedan como tales conjuntamente con otros de su misma categoría. Pero su colación puede excluirse por la voluntad del causante, como también hemos visto. Además no faltan otras limitaciones que excusan la colación, derivadas unas subjetivamente de la presunta voluntad del *de cuius* y otras objetivamente de la naturaleza de la donación cuestionada.

En Francia, la jurisprudencia, por la primera razón, y bajo la interpretación del adverbio *expressement* paralelamente al *expressim* de la Novela 18, cap. I, de Justiniano, tiende a considerar no colacionables las donaciones disimuladas y encubiertas. Objetivamente, el Código francés, dispensa de colación los gastos de alimentación, sostenimiento, educación, aprendizaje, gastos ordinarios de vestido de boda y regalos usuales. Los Tribunales para determinar, en los casos dudosos, si debía tener lugar o no la colación de dichos gastos y regalos, han señalado como módulo decisivo su procedencia del capital o de las rentas. Tampoco deben colacionarse los frutos y rentas de las cosas sujetas a colación (632).

También por consideraciones objetivas el artículo 742 del Código italiano dispensa de colacionar los gastos de mantenimiento, educación o enfermedad, los ordinarios de boda, las liberalidades en remuneración de servicios o conforme al uso, los gastos de equipo nupcial o por instrucción artística o profesional que no resulten notoriamente desproporcionados a la fortuna del causante (633).

En Portugal se dispensa la colación de los alimentos satisfechos, donaciones remuneratorias en cuanto no excedan del servicio remunerado, indemnizaciones, gastos de aprendizaje, bautismo o casamiento, presentes usuales y donaciones de usufructo o frutos (634).

La distinción del Derecho común entre donaciones simples y causales no ha dejado, por lo visto, rastro alguno en las legislaciones francesas, italiana y portuguesa. En cambio, su espíritu se mantiene en los Códigos alemán y suizo.

El B. G. B., en su § 2.050, dispone la colación, salvo dispensa del causante, de: 1.º Las dotaciones, es decir, lo que el causante

(631) Acerca de la *praeceptio*, ver BIONDO BIONDI: *Successioni testamentaria Donazioni*, t. X del *Tratatto de Diritto Romano*, dirigido por ALBERTARIO. Milano, 1943, núm. 94, págs. 236 y ss.

(632) Ver ops. y locs. cit., nota 630.

(633) Ver CICU: *La divisione...*, pág. 115 y ss.; BARASSI: op. cit., núm. 70, páginas 186 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., § 47, núms. 336 y ss.

(634) Ver CUNHA: Op. cit., vol. X, núms. 1.604 y ss., págs. 722 y ss.

atribuyó al descendiente en consideración a su matrimonio o para conseguir una posición independiente en la vida o destinada a la fundación o conservación de una empresa o a la obtención de un puesto vitalicio. 2.º Los suplementos dados para el ingreso o aprendizaje de una profesión cuando excedan de las condiciones económicas del causante o deban ser consideradas como dotaciones. 3.º Las demás donaciones cuya colación ordenó el causante al otorgarlas (635).

En Suiza sólo son colacionables las donaciones intervivos hechas *a titre d'avancement d'hoirie* (636).

5.º *En cuanto al modo de realizar la computación y la colación:*

La computación, como indica su otra denominación de *reunión ficticia*, que recibe en Francia e Italia, sólo significa una agregación ideal, puramente contable, de lo donado al caudal relicto, sin perjuicio de que una vez realizada y complementada con la imputación pueda dar lugar a una tercera operación, la reducción por inoficiosidad, de carácter restitutorio. En cambio, la colación —como luego examinaremos— puede realizarse: bien, por toma de menos o imputación, es decir, contablemente, o bien, real o materialmente, en cuerpos. Sólo Alemania representa una excepción en este punto (637). Según el § 2.055 del B. G. B. la colación se verifica siempre por imputación de valor, y el donatario, aun cuando la donación por él colacionada exceda del valor de su cuota hereditaria, no tiene que devolver el exceso, sino que simplemente no toma parte en la división del haber relicto, que se distribuyen los demás coherederos (§ 2.056).

6.º *Respecto a la valoración de los bienes objeto de esas operaciones, observamos: que en unas legislaciones hay coincidencia de criterio para ambas, mientras en otras existen algunas divergencias.*

Comoquiera que la computación para cálculo de las legítimas es una institución de derecho o imperativo y no lo es la colación, no cabe en aquélla y sí en ésta que el causante fije una valoración diferente de la resultante de aplicar las reglas señaladas por la ley.

En Francia la ley de 7 de febrero de 1938 ha modificado el régimen de valoración tanto para la computación como para la imputación. En el *Code de Napoléon*, a efectos de la computación de las legítimas, se calculaban todas las donaciones según su estado el día de la donación y su valor el día de la apertura de la sucesión; en cambio, tratándose de la colación por toma de menos, se tenía

(635) Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 88 III, págs. 50 y ss.; BENDER: op. cit., § 29, III, pág. 256.

(636) ROSSELL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 1.159, págs. 259 y ss.

(637) Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 88. VII, págs. 54 y ss.; BENDER: op. cit., § 29, III, pág. 257.

en cuenta el valor en el día de la sucesión con respecto a los inmuebles y el valor en el día de la donación para los muebles (638). Después de la reforma de 1938 los bienes donados únicamente se evalúan, tanto para una como para otra operación, con referencia a la fecha de la donación (639).

En Italia, el viejo *Codice*, a efectos de la computación para cálculo de las legítimas, valoraba los bienes donados (art. 822) según su valor al tiempo de la donación, si eran muebles, y según su estado el día de la donación y su valor al abrirse la sucesión, si eran inmuebles. Tratándose de la colación verificada por imputación, también se valoraba los inmuebles al día de la apertura de la sucesión —sin perjuicio de la deducción de las correspondientes impensas o del aumento de valor correspondiente a los deterioros culpables— y los bienes muebles según su valor el día de la donación (640).

Hoy el nuevo *Codice* ha unificado para una y otra operación las reglas relativas al tiempo a que debe referirse la valoración, que siempre es el día de la apertura de la sucesión (arts. 747 a 750 y 556), sin perjuicio de la deducción de impensas y la adición de los deterioros culposos, en sus respectivos casos (641).

En Portugal, tanto a efectos del cálculo de las legítimas, como para la colación, los bienes donados se evalúan con referencia al día de la apertura de la sucesión (arts. 1.790, § 2.º y 2.107) (642).

En Suiza se atiende también a la fecha de la apertura de la sucesión, tanto en la colación como a la computación y reducción por inoficiosidad, así en los muebles como en los inmuebles. Pero

(638) Ver COLIN y CAPITANT: Op. y vol. cits., págs. 532 y ss., 285 y 288 y ss.

(639) SAVATIER: Op. y vol. cits., núm. 557, pág. 284 y núm. 602, págs. 309 y ss. Nota este autor (núm. 623, pág. 319), que con la reforma queda un punto incongruente entre la computación y la restitución *in natura*, por reducción de lo inoficioso; en efecto, un bien computado por su valor al día de la donación es restituido a la masa con otro valor, el que tiene al realizarse la reducción material. Efectivamente, los bienes donados que deben restituirse *in natura*, resultan aportados por su valor en el día de la restitución, sin perjuicio de la percepción de impensas o el pago de indemnizaciones por deterioros culpables.

Tratándose de la reducción por restitución de valor, en caso de venta del bien que debía restituirse materialmente, se discute qué valor debe prevalecer entre los correspondientes a la fecha de la donación, al día de la venta, a la apertura de la sucesión o al día de la de demandarse la reducción. (Ver SAVATIER: número 626, pág. 320.)

(640) POLACCO: Op. cit., vol. I, págs. 496 y ss. y vol. II, págs. 354 y 358; RUGGIERO: op. y vol. cits., pág. 1.129 y 1.068.

(641) CICU: *Successione legítima e...*, p. II, c. VII, 2, pág. 271, y *La divisione*, pág. 131; BARASSI: op. cit., núm. 96, pág. 271 y núm. 70, pág. 186; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., núm. 132, pág. 213 y núms. 344 y 345, págs. 623 y ss. Traducido al castellano, publicó la «Rev. Dr. Priv.», XXXII (septiembre 1948), págs. 761 y ss., un interesante trabajo de FRANCESCO MESSINEO: *Colación y reunión ficticia de acciones de sociedad*, en el que hace una aplicación práctica a esta materia concreta de los preceptos del nuevo *Codice civile*.

(642) CUNHA GOÇALVES: Op. cit., vol. IX, núm. 1.425, pág. 274 y vol. X, número 1.609, pág. 745.

las cosas anteriormente enajenadas se valoran por el precio de su venta (643).

El B. G. B. para calcular el valor de las donaciones a efectos de fijar el complemento de la legítima, distingue, según su objeto, sean cosas consumibles o no consumibles. En el primer caso atiende al valor que tenían en el día de la donación. En el segundo supuesto, al que tengan el día de abrirse la sucesión, pero de probarse que el día de la donación era inferior su valor se tiene en cuenta ese menor valor (§ 2.325). A efectos de la colación atiende siempre al valor que el bien donado tenía de la donación (§ 2.055) (644).

B) *Imputación a la legítima y a la cuota disponible, y colación por imputación.*

Como notan los autores (645), la palabra imputación significa, en términos generales, el hecho de tomar en cuenta un cierto valor de determinado bien en el haber de una participación también determinada. De ese modo la colación verificada por toma de menos es una subespecie de la imputación en sentido general.

Pero a la imputación jurídicamente se le aplican otras dos significaciones más restringidas, que podemos calificar de más estricta y menos estricta, refiriéndolas a la cuenta de la legítima y correlativamente a la cuenta de la porción disponible.

En el sentido más rigurosamente estricto, la imputación surge, como vimos, en Derecho romano antiguo, como un límite de la *querela*, como una excepción que podía oponerse al querellante enervando su acción al hacerle imputar a su legítima ciertas donaciones. En el Derecho romano nuevo pasa a ser una limitación al ejercicio de la *actio ad supplementum* o de la *actio inofficiosae donationis vel dotis*. Bajo esa concreta significación no puede hablarse de imputar a la parte libre, sino de imputar o no imputar a la legítima. Además, el legitimario sólo debía imputar cuando, reclamando la legítima, el demandado le opusiera la imputación de lo que el mismo actor hubiera recibido del causante.

En sentido más amplio, pero también estricto, se denomina imputación la operación contable que se realiza para encasillar todas las donaciones en la cuenta correspondiente del haber partible, que se efectúa independientemente de que exista o no reclamación por parte de los legitimarios. Su fin es la exacta determinación de la legítima y de la porción disponible con respecto a la masa idealmente formada por la computación con la suma de *relictum* y *donatum*.

El concepto restringido de la imputación a la legítima es con-

(643) ROSSEL y MENTHA: Op. y vol. cits., núm. 1.166, pág. 269.

(644) KIPP: Op. y vol. cits., § 136, III, pág. 340 y § 88, VII, 1, pág. 55.

(645) V. gr. RÓQUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.387, pág. 603 y vol. V, número 3.195, pág. 447; RIGGIERO: op. y vol. cits., pág. 1.060; CICU: *La división...*, pág. 124; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., núm. 331, pág. 584.

servado en Alemania (646) tratándose de la reclamación del complemento de legítima (§ 2.327), es decir, cuando algún legitimario reclama la reducción de lo que fué donado a extraños en el período cronológico vulnerable por dicha acción. En cambio, en las relaciones de los legitimarios, entre sí, la imputación juega independientemente del ejercicio de la acción de reducción (647).

El concepto amplio de la imputación, referido tanto a la legítima como a la porción disponible, aparece con toda claridad en el derecho francés, en el que destaca su finalidad de completar la reconstrucción contable de la masa formada con la computación (648).

También, la doctrina portuguesa, recogiendo disposiciones dispersas en su Código, ha formulado una teoría general de la imputación a la legítima y a la porción disponible (649).

En cambio, en Italia se ha discutido vivamente si en su Código se recoge la imputación en uno u otro sentido. Cicu (650) es el principal defensor de la tesis que entiende que el vigente Derecho italiano solamente aplica el concepto más restringido de la imputación. Su tesis la refuerza con la distinción, por él defendida, entre cuota de reserva y cuota de legítima, estimando que la imputación sólo es aplicable para la integración de la *cuota de legítima* del reclamante, pero que nunca lo es para determinar la *cuota de reserva* por ser exclusivamente relicta (651). Por el contrario, Coviello (652), Azzariti y Martínez (653) se encuadran entre los que admiten que el Derecho italiano asigna a la imputación otro significado más amplio. Se apoyan para ello en el artículo 556, que determina el cálculo de la porción disponible, que no lo sería totalmente si los

(646) KIPP: Op. y vol. cit., § 130, VIII, págs. 343 y ss.; BINDER: op. cit., § 33, III, pág. 305 y ROGUIN: op. cit., vol. IV, núm. 2.490, págs. 474 y ss.

(647) La imputación entre los legitimarios presenta dos fases en Derecho alemán. La primera tiene lugar subsumida en el cálculo de la pretensión de legítima entre los hermanos (§ 2.316) y alcanza únicamente a la mitad de la donación computada (a fórmula para calcular la legítima complementada es: $\frac{\text{relictum} + \text{donación}}{\text{número de legitimarios}}$ — donación: 2). La segunda que completa la imputación

de la otra mitad, sólo tiene lugar cuando el causante ordena la imputación de la donación (§ 2.050, al 3.º).

Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 133, II, I y III, págs. 320 y ss.; BINDER: op. cit., § 33, II, pág. 303. y ROGUIN: op. cit., vol. IV, núms. 2.507 y ss., páginas 694 y ss.

(648) Así se deduce claramente del planteamiento concreto de las imputaciones a realizar. Ver PLANIOL: op. cit., vol. V, núm. 87 y ss., págs. 86 y ss.; COLIN y CAPITANT: págs. 539 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cit., núm. 601, páginas 313 y ss.

(649) Ver CUNHA GOÇALVES: op. cit., vol. IX, núm. 1.426, págs. 775 y ss.; DE PALMA: op. y vol. cit., págs. 395 y ss.

(650) *La divisione...*, cit., págs. 124 y ss.

(651) *Successione legítima...*, p. II, c. VII, 3. págs. 275 y ss.

(652) Op. cit., § 6, págs. 365 y ss.

(653) Op. cit., núm. 134, pág. 217.

herederos extraños, para calcular la porción relicta que les corresponde, no pudieran pretender la imputación a la legítima de los herederos forzosos, aunque estos no ejerciten la acción de reducción, de las donaciones que los mismos hubieran recibido del causante sin dispensa de imputación a la legítima.

En todo caso, son evidentes las diferencias de la imputación propiamente dicha, en cualquiera de sus acepciones, más estricta o más amplia, con respecto a la colación verificada por imputación o toma de menos:

a) *En cuanto al fin* (654).

Hemos visto antes el fin asignado a la colación. El de la imputación, acabamos de comprobar, tratándose de la imputación en sentido restringido, que consiste en limitar la acción de reducción por inoficiosidad, acotando en su cuantía la acción de suplemento o de reducción por inoficiosidad del legitimario, en beneficio de los herederos instituidos, legatarios y donatarios; y que entendida en sentido amplio la imputación tiene por fin encasillar las liberalidades en la partida correspondiente del haber, para juzgar su oficiosidad y para deslindar lo que corresponde a la legítima individual de cada legitimario.

b) *Respecto a los sujetos de una y otra operación.*

Hemos visto también, que la colación sólo son sujetos recíprocamente entre sí, ciertos herederos forzosos si aceptan la herencia.

La imputación en sentido restringido se impone únicamente a los legitimarios que ejerciten las acciones de suplemento o de reducción, e independientemente de que sucedan como herederos o como legatarios. Y pueden exigirla tan sólo aquéllos contra quienes se ejercite alguna de aquellas acciones (655).

La imputación en sentido amplio, comprendiendo legítima y parte disponible, alcanza a todos los que hayan recibido una liberalidad del causante, sean herederos forzosos o voluntarios, acepten o repudien la herencia, o bien legatarios o menos donatarios. Para comprobarlo basta examinar los problemas que plantea esa imputación *lato sensu*. Al efecto, se distinguen:

1.º Liberalidades a favor de legitimarios que acepten la herencia e imputables a la legítima. Se consideran como tales:

α) En Alemania las donaciones otorgadas a los hijos sólo son totalmente imputables a la legítima no complementada cuando el causante lo ordena así. Pero en cuanto a la mitad de lo donado re-

(654) POLACCO: Op. y vol. cit., pág. 371; CICU: *La divisione...*, pág. 124; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 331, pág. 584; CUNHA: Op. cit., vol. X, núm. 1.599, pág. 609.

(655) Ver el § 2.327 de! B. G. B.

sultan de hecho imputadas todas las donaciones computables, anteriormente referidas (656).

β) En Suiza sólo se imputan las verificadas a título de *avancement d'hoirie* o como anticipo de derechos hereditarios (657).

γ) En Italia (658), Francia (659) y Portugal (660) todas las donaciones que el causante no haya excusado de imputación a la legítima se imputan a ésta.

2.º Liberalidades a favor de legitimarios que no acepten la herencia. Han dado lugar a interesantes problemas muy debatidos en Francia e Italia.

En Francia, después de varias vacilaciones de la jurisprudencia—resueltas definitivamente en la Sent. de las «*Chambrés reunies*» de 27 de noviembre 1863—, lo donado a un hijo que repudia la herencia de su padre o madre donante sólo puede ser imputado a la parte libre. La razón de esa postura jurisprudencial es netamente dogmática. En el sistema legitimario francés la *reserva* es una porción de herencia que atribuye directamente la ley. La posición jurídica de heredero y la de reservatario son inseparables. Por tanto la renuncia a la herencia y a la reserva están recíprocamente entrelazadas (661).

En Derecho portugués se acepta igual solución (662).

El Código italiano de 1865, en su artículo 1.003 resolvía del mismo esta cuestión. Pero al redactarse el Código vigente se sopesó cuidadosamente la posibilidad de un acuerdo fraudulento entre el donatario repudiante y sus hermanos, en perjuicio de los extraños legatarios donatarios posteriores. Por eso, en el artículo 552, se dispone que la imputación a la parte disponible de lo donado al

(656) Ver nota 647.

(657) Ver ROSSEL y MENTHA: op. y vol. cit., núms. 1.008 y ss. págs. 113 y ss.

(658) Art. 654 *Codice civile*.

(659) Respecto a estas donaciones la doctrina y la jurisprudencia francesas han planteado si el exceso de lo donado sobre la legítima individual del donatario debe imputarse globalmente a la herencia a repartir entre los herederos—que en Francia siempre son herederos legítimos— o bien es imputable a la porción disponible. La *Chambre civile* se ha inclinado por la primera solución, la *Chambre des requetes* por la segunda. COLIN y CAPITANT (op. y vol. cit., página 542) han planteado ese supuesto en la hipótesis de que la donación excediera de la reserva total y creen evidente que en este caso el exceso sería imputable a la porción libre, lo que a su juicio echa en tierra por su base el criterio de la *Chambre des requetes*. PLANIOL (ob. cit., vol. V, núm. 98, pág. 96) opina que la esencia de la cuestión radica en determinar la intención del disponente y que si bien en principio parece más lógico admitir la imputación de exceso a la porción libre, la solución contraria puede resultar de las circunstancias del caso. Ello explica la aparente divergencia entre los fallos de la *Chambre civile* y de la *Chambre des requetes*.

(660) CUNHA: op. cit., vol. IX, núm. 1.426, págs. 775 y ss. y PALMA: op. y vol. cit., págs. 395 y ss.

(661) PLANIOL: Op. cit., vol. V, núm. 87, págs. 86 y ss.; COLIN y CAPITANT: op. y vol. cit., págs. 537 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cit., núm. 613, págs. 315 y ss.

(662) Art. 2.035. Ver CUNHA, loc. últ. cit., y pág. 775. § 8.º

repudiante se realice sin perjuicio de las disposiciones verificadas por el testador con cargo a la porción disponible. De este modo, en ese caso, se invierten excepcionalmente las reglas de la reducción por inoficiosidad, pues lo donado al legitimario repudiante es reducible en primer término, incluso antes que los legados y las donaciones cronológicamente posteriores otorgadas por el causante con cargo a la porción disponible (663).

3.º Liberalidades a favor de legitimarios otorgadas por el causante con cargo a la porción disponible o a las que la ley no presuponga su imputación a la legítima.

En Alemania y Suiza, según antes vimos, se imputan a la porción disponible todas las que no están expresamente dispuestas o legalmente consideradas como imputables a la legítima.

Inversamente, en Francia (664), Italia (665) y Portugal (666) es necesario que el donante disponga su no imputación a la legítima o que expresamente las otorgue con cargo a la porción de libre disposición.

La dispensa de imputación a la legítima contenida en una donación y aceptada por el donatario supone, según la doctrina italiana (677), una más amplia liberalidad que se considera irrevocable y eficaz frente a los ulteriores donatarios.

c) *En cuanto a la masa a que van referidas una y otra operación* (668), como resulta claramente de lo hasta ahora expuesto :

(663) Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 131, págs. 205 y ss.

(664) En Derecho francés las denominadas liberalidades «*preciputaires*» u «*hors part*» se imputan a la parte disponible (arts. 844 y 819, § 1) y, en su exceso con respecto a ésta, a la legítima que individualmente corresponda al donatario. Se consideran *preciputaires* u *hors part*: las donaciones a las cuales el donante atribuyó expresamente este carácter, aquellas a las que la ley se lo asigne y las liberalidades que por razón de sus circunstancias denoten una voluntad implícita de que se adjudiquen *hors part*. Verbigracia, las donaciones manuales en general y ciertas liberalidades disimuladas. (Ver PLANTOL, op. cit., vol. V, núm. 90, págs. 89 y ss. y núm. 97, pág. 95; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cit., pág. 539; SAVATIER, op. y vol. cit., núm. 601, pág. 313.)

(665) El vigente *Código civil italiano* (art. 564) exige expresa dispensa del causante para que lo donado a un legitimario se impute a la parte disponible. A esa dispensa de imputación a la legítima, la doctrina señala como únicos límites los que representan las demás legítimas y la irrevocabilidad de las donaciones anteriormente dispuestas. (Ver POLACCO, op. y cit., vol. I, pág. 372; BARASSI, op. cit., núm. 98, pág. 280; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núms. 135 y 136, págs. 219 y ss.)

(666) En Portugal, la doctrina entiende que de las donaciones otorgadas a favor de los legitimarios únicamente son imputables a la parte disponible: 1.º Las hechas con dispensa de imputación o de colación. 2.º La dote constituida a cuenta de la porción disponible o el exceso que sobre la legítima de la dotada suponga la dote no dispuesta a cuenta de la porción libre. 3.º Las compras hechas por el causante a nombre de un legitimario con reserva de usufructo para sí, que se consideran como verdaderas donaciones disimuladas. (Ver CUNHA, op. cit., vol. IX, núm. 1.426, págs. 775 y ss., y DE PALMA, op. y vol. cit., págs. 395 y ss.)

(667) Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 186, pág. 221.

(668) Ver ROGUIN, op. cit., vol. V, núm. 3.195, pág. 447; CICU, *La divisione...*, pág. 125; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 331, pág. 594.

La imputación es referida a la masa de cálculo de las legítimas, bien se aplique a la legítima o la porción libre. Es decir, que la masa límite de la imputación es la legítima individual del propio donatario o bien la parte no dispuesta previamente de la cuota de libre disposición, según se trate de imputar a una u otra cuota y sin perjuicio de la posible imputación del exceso a la parte disponible o, en su caso, a la legítima individual del propio donatario, respectivamente.

La colación se refiere a la masa partible entre los herederos forzosos. Puede ser mayor que la parte de distribución forzosa, e incluso comprender la totalidad de la masa formada por el líquido relicto y lo donado, de la que sólo se restan las cuotas correspondientes a herederos extraños, los legados y las donaciones no colacionables. Además, si las donaciones no colacionables resultan inoficiosas, la colación podría resultar impotente, por sí sola, para formar una masa que cubriera las legítimas.

C) *Reducción por inoficiosidad y colación.*

La reducción de las donaciones inoficiosas constituye la fase fáctica o de realización de la serie de operaciones dirigidas a un mismo fin y constituidas en cadena por la computación, la imputación y la reducción. Esa restitución a la masa partible, que supone la reducción de las donaciones inoficiosas, ha sido denominada a veces *colación* o *rappori*, usando esas palabras en sentido vulgar (669) y no en su significado técnico jurídico. Ello obliga a concretar las diferencias que separan ambas operaciones:

a) *En cuanto al fin.*

Resulta de lo expuesto que la reducción tiene por finalidad asegurar el *minimum* legal a los legitimarios, mientras la colación procura la igualdad o la proporcionalidad entre ciertos coherederos (670).

b) *Por sus presupuestos (671).*

La reducción sólo juega cuando algún legitimario sufre lesión en sus derechos.

La colación es independiente de que exista o no lesión en alguna legítima y actúa aunque no la haya.

c) *Por el carácter de la norma que las regula (672):*

La reducción por inoficiosidad no se puede salvar por dispensa

(669) Ver lo dicho anteriormente en las notas 600 y 601 y en el texto correspondiente.

(670) ROGUIN, op. cit., vol. V, núm. 3.188, págs. 442 y ss.; RUGGIERO, op. y vol. cit., § 133, pág. 1059; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 331, pág. 593.

(671) POLACCO, op. cit., vol. II, pág. 304; AZZARITI y MARTÍNEZ, loc. cit. cit.; CUNHA, op. cit., vol. X, núm. 1.599, pág. 600.

(672) Ver SAVATIER, op. y vol. cit., núm. 535, págs. 274 y ss.

del causante, ya que forma parte de las normas protectoras de las legítimas que son de derecho necesario.

En cambio, hemos visto que cabe dispensar la colación.

d) *En cuanto a los sujetos activos y pasivos de una y otra institución:*

De lo anteriormente indicado resulta que la colación únicamente juega entre ciertos coherederos forzosos recíprocamente.

Hay unanimidad en las legislaciones en no conceder la acción de reducción más que a los legitimarios perjudicados (673). El *Codice civile* italiano exige, además, para poder ejercitarla contra quien no sea coheredero de heredero forzoso, que el actor acepte la herencia a beneficio de inventario (674).

También son unánimes las legislaciones en preceptuar que la acción de reducción se dirija preferentemente contra los beneficiados con disposiciones testamentarias inoficiosas, y sólo subsidiariamente contra los donatarios, precisamente por orden inverso a la fecha de sus respectivas donaciones (675). Pero, ante el posible supuesto de resultar insolvente alguno de los donatarios que debían sufrir la reducción, se ha planteado quién debe sufrir las consecuencias de esa insolvencia.

En Francia se han defendido tres soluciones:

Pothier (676) consideró que sólo los legitimarios debían sufrir la insolvencia del donatario responsable, puesto que las donaciones anteriores cabían en la parte disponible.

Planiol (677) estima como solución más justa que aquellas donaciones que no puedan ser reducidas no sean computadas a efecto alguno.

Pero la *Court de Cassation*, no sin vacilaciones, se ha decidido, finalmente, por repercutir la reducción a los donatarios anteriores.

En Italia, el artículo 562 del vigente *Codice civile* ha decidido la no computación en la masa de la donación irreducible (678).

Igual solución acepta el artículo 537, alin. 2, del Código suizo (679).

En Alemania se estima que el donatario anterior no responde de la insolvencia del posterior (680).

(673) Código francés, art. 921; italiano, art. 564; alemán, § 2.325; portugués, art. 1.492.

(674) Art. 564. Se trata de una garantía adoptada a favor de los donatarios para que se obtenga la seguridad previa al ejercicio de la acción, de que los bienes relictos no bastan para cubrir la legítima. (Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 139, págs. 223 y ss., y BARASSI, op. cit., núm. 97 ter., págs. 277 y ss.)

(675) Código francés, art. 923; italiano, arts. 554 y 655; suizo, art. 532; alemán, §§ 2.328 y 2.329; portugués, art. 1.493.

(676) «Traité des donations entre-vifs», Sec. III, art. V, § V, en *Oeuvres*, cits., vol. XIII, págs. 325 y s.

(677) Op. cit., vol. V, núm. 116, pág. 112.

(678) Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 145, págs. 234 y s.

(679) Ver ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cits., núm. 1.013, pág. 120.

(680) Ver KIPP, op. y vol. cits., § 136, VI, 5, pág. 343.

Esa solución la defiende Cunha (681) para el Derecho portugués, apoyándose en la consideración de los legitimarios como acreedores del montante a reducir, de la que deduce que, como tales acreedores, deben sufrir el riesgo de la insolvencia de sus deudores.

e) *Respecto los bienes objeto de una y otra operación:*

Hemos visto cuáles son los bienes considerados como colacionables y el criterio, predominantemente subjetivo, que preside la posible exclusión de la colación.

Ahora conviene precisar qué donaciones pueden ser objeto de reducción. Determinación que obedece a un criterio imperativamente señalado por la ley.

En los códigos de la familia latina—francés, artículo 923; italiano, artículo 555; portugués, artículo 1.482, en relación con el artículo 1.790—son objeto de reducción, por orden sucesivo inverso a sus fechas, todas las donaciones computables, cuando, sumadas al caudal relicto, éste no baste para cubrir las legítimas calculadas con referencia a dicha suma.

Esa posibilidad de reducción tiene en otros ordenamientos jurídicos un límite cronológico. El B. G. B., § 2.325, limita la reducción a lo donado a extraños en los diez últimos años (682). El Código austríaco, después de modificado (§ 785, según redacción de la tercera Novela parcial, § 68, y § 951, según redacción de la misma Novela, § 71), no tiene en cuenta a estos efectos las donaciones hechas a favor de los no legitimarios con más de dos años de anterioridad a la muerte del causante (683).

En Derecho suizo (684), conforme su artículo 527, deben distinguirse dos grupos de donaciones sujetas a reducción:

1) Quedan sujetas a reducción, si son inoficiosas, sin requisito alguno de tiempo, las liberalidades consideradas a título de anticipo de legítima (que son las donaciones hechas en atención al casamiento, profesión, industria), las verificadas a título de liquidación anticipada de derechos hereditarios o por contrato sucesorio, aquellas en que el donante se reservó el derecho a revocarlas y las enajenaciones hechas con la intención manifiesta de eludir las reglas concernientes a la legítima.

2) Con criterio cronológicamente limitado, las demás liberalidades que no sean meros regalos usuales, pueden reducirse cuando

(681) Op. cit., vol. VIII, núm. 1.142, pág. 227.

(682) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 136, II, pág. 339; BINDER, op. cit., § 33, II, págs. 304 y ss. De ser la donación entre cónyuges el plazo se computa a partir de la disolución del matrimonio.

(683) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 136, I, pág. 338. De igual modo que en el B. G. B., en las donaciones hechas al cónyuge el plazo no empieza a correr antes de la disolución del matrimonio y del divorcio.

(684) Ver ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cit., núms. 1.008 y ss., págs. 113 y siguientes.

resulten inoficiosas, si se consumaron en los cinco años inmediatos anteriores a la muerte del causante.

f) *En el modo de verificarse:*

α) La reducción puede realizarse de dos maneras: por restitución *in natura* y por abono del exceso en dinero.

En Francia (685), Italia (686) y Portugal (687), por regla general, la restitución debe verificarse *in natura*. No obstante, esa regla sufre varias excepciones. En los tres países tiene lugar la restitución en valor: cuando las cosas donadas se hubieran perdido por culpa del donatario y en caso de enajenación del bien sujeto a reducción, si el donatario tiene solvencia para satisfacer su valor o el adquirente lo abona en metálico. Además, en Francia—en virtud de la modificación del artículo 866 por la Ley de 17 de junio de 1938—, si los bienes donados con exceso a un legitimario fueran inmuebles, explotaciones agrícolas u objetos de *menage* común, pueden ser conservados por el donatario, que abonará a sus colegitimarios en metálico el exceso en los plazos fijados judicialmente a falta de acuerdo entre ellos.

En Italia (C. c., art. 650), si la reducción tuviera por objeto un inmueble, deberá quedárselo el donatario abonando en dinero la parte correspondiente a los legitimarios, si el exceso de valor del inmueble no sobrepasa la cuarta parte de la porción disponible.

En Derecho suizo (688), en cambio, la reducción se efectúa normalmente mediante la restitución en dinero del exceso, pero cuando la donación deba ser íntegramente reducida, es facultativa del donatario su restitución *in natura*.

En Derecho alemán (689) el donatario puede, en cualquier caso, evitar la restitución material de lo que le fué donado en exceso abonando su importe en dinero.

β) La colación se puede realizar real o materialmente, es decir, *in natura* o por cuerpos, y ficticiamente, esto es, por toma de menos o imputación en valor.

El Código de Napoleón que recogió las reglas del *Droit Coutumier*, impuso como regla general la colación material de los bienes inmuebles *en nature* (art. 859). Al colacionante se le debían abonar los gastos necesarios y el aumento de valor del inmueble por las mejoras útiles que hubiera realizado, si dicho aumento no exce-

(685) Ver PLANTOL, op. cit., vol. V, núms. 99 y ss., págs. 96 y ss.; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cits., págs. 545 y sigs.; SAVATIER, op. y vols. cits., núm. 622 y ss., págs. 319 y ss.

(686) CICU, *La successione legitima...*, P. II, C. VIII, págs. 278 y ss.; BARASSI, op. cit., núm. 97 ter. y ss., págs. 276 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núms. 137 y ss., págs. 221 y ss.

(687) Ver CUNHA, op. cit., vol. VIII, núm. 1.143, págs. 228 y ss.

(688) Ver ROSELL y MENTHA, op. y vol. cits., núm. 1.008, págs. 113 y ss.

(689) Ver KIPP, op. y vol. cits., § 136. VI, 4 y 5, pág. 342; BINDER, op. cit., § 33, II, pág. 305.

día de lo gastado a dicho fin, o el importe de estos gastos en caso contrario (arts. 861 y 862). Excepcionalmente se aceptaba la colación por toma de menos (*en moins prenant*) de los inmuebles: 1.º Si el difunto la ordenó. 2.º Cuando en la masa hereditaria existan otros bienes inmuebles de la misma naturaleza, valor y calidad, con los cuales se puedan formar lotes aproximadamente iguales para los otros coherederos (art. 859, *señsu contrario*). 3.º En caso de pérdida del inmueble donado por culpa del donatario (artículo 855, en contrario). 4.º Si el donatario enajenó el inmueble antes de abrirse la sucesión (art. 860 antiguo) (690).

El Decreto-Ley de 17 junio 1938 ha modificado esa regla general, disponiendo la colación por toma de menos de los inmuebles, con la única excepción de que el causante hubiera ordenado la colación material (691).

La toma de menos ha sido siempre en Derecho francés el único modo de colacionar aplicable a los bienes muebles.

En Italia (692), tratándose de la colación de inmuebles, se concede al heredero colacionante la elección entre verificarla materialmente (*in natura*) o por toma de menos (*per imputazione*) (artículo 746), salvo si los bienes inmuebles hubieran sido enajenados o hipotecados, en cuyo caso sólo cabe el segundo modo de colacionar. Los bienes muebles sólo por imputación se colacionan. Cuando la donación a colacionar por imputación excede de la cuota correspondiente al colacionante, se discute si éste debe devolver el exceso (693). Tratándose de colacionar dinero, si en la herencia no lo hubiera suficiente para igualar a los otros coherederos, se concede a la colacionante la facultad de aportar lo que faltara en dinero o en títulos del Estado (art. 751).

La liberación del deber de colacionar, por pericimimiento fortuito de la cosa sólo se aplicó a los bienes inmuebles en el viejo código italiano (art. 1.012), habiéndose extendido en el vigente también a los bienes muebles (art. 744).

En Portugal (694), es regla general la colación por toma de menos (*en valor*), pudiéndose verificar materialmente (*en sustancia*) por acuerdo de todos los interesados. Debe ser repuesto materialmente el exceso de lo donado a colacionar con respecto a la cuota hereditaria del donatario.

El Código suizo (art. 628) concede al heredero la elección entre colacionar materialmente (*in nature*) o por toma de menos (*d'en imputer le valeur*). La doctrina entiende que si bien el heredero

(690) Ver PLANIOL, op. cit., vol. IV, núm. 602 y ss., págs. 707 y ss.; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cit., págs. 283 y ss.

(691) SAVATIER, op. y vol. cit., núms. 554 y ss., págs. 283 y ss.

(692) Ver CICU, *La divisione...*, págs. 137 y ss.; BARASSI, op. cit., núm. 71, págs. 189 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 342 y ss., págs. 620 y ss.

(693) Opinán afirmativamente ANDREOLI (op. cit., Cap. III, núm. 5, págs. 143 y ss.) y CICU (op. cit., págs. 128 y 147 y ss.). Negativamente, BARASSI (op. cit., núm. 71, pág. 191).

(694) CUNHA, op. cit., vol. X, núm. 1.641, págs. 745 y ss.

conserva dicha opción aunque la donación que haya de colacionar exceda de su cuota hereditaria, en este caso, si opta por la imputación debe devolver el exceso a su coherederos (695).

En Alemania (696) la colación se verifica siempre por toma de menos (§ 2.055). El donatario no tiene que devolver el exceso de valor que la donación colacionada suponga con respecto al de su cuota hereditaria, simplemente deja de tomar parte en la división de lo relicto que se distribuyen los demás coherederos (§ 2.056).

f) *Naturaleza respectiva de la reducción y de la colación.*

α) Al estudiar la naturaleza de la acción de reducción por inoficiosidad se observa un notable contraste en las respectivas posiciones iniciales del Derecho romano y el Derecho germánico.

En el primero, si bien la acción de reducción tiene por objeto la restitución *in natura* de lo donado en exceso, sus efectos son meramente personales, no alcanzan a tercero y se dirigen a obtener la revocación, que nunca se opera automática ni retroactivamente (697).

En Derecho germánico la revocación fué automática y retroactiva, pues la donación inoficiosa forma parte de la reserva indisponible por el causante. Por dicha razón tiene efectos reales que perjudican a terceros (698).

Una tercera posición, que como veremos representan los Códigos alemán y suizo, se inspira en la doctrina del enriquecimiento sin causa.

Pero la solución germánica aparece atenuada en el mismo Código francés y mayormente en los ordenamientos influidos por el mismo.

El Código francés (699) mantiene, como regla general, que el donatario, que sufre la reducción, es considerado como si nunca hubiese sido dueño de los bienes que le fueron donados en exceso (artículos 923 y ss.): La resolución de su derecho lleva consigo la de los derechos reales que hubiera constituido sobre tales bienes (artículo 929), y permite a los legitimarios reivindicarlos de manos de los terceros adquirentes, aunque con las limitaciones que vamos a ver (art. 930).

(695) ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cit., núm. 1.163, págs. 266 y ss.

(696) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 88, VII, págs. 54 y ss.; BINDER, op. cit., § 29, III, pág. 257.

(697) Ver WINSEHEID, op. y vol. cit., § 586, núms. 12 y 13, pág. 273.

(698) Ver POTHIER, op. y vol. cit., Sec. III, art. VI, pág. 326. Como siguiendo a COQUILLE, dice BARASSI (op. cit., pág. 379, notas 36 c), la acción de reducción en el *Droit coutumier* de la Francia septentrional era una verdadera acción reivindicatoria, no una acción resolutoria, puesto que la resolución se producía automáticamente al abrirse la sucesión y su reclamación tenía carácter declarativo, como una *querela nullitatis*.

(699) Ver PLANIOL, op. cit., vol. V, núm. 99 y ss., págs. 96 y ss.; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cit., págs. 545 y ss.; SAVATIER, op. y vol. cit., núms. 621 y ss., págs. 318 y ss.

No obstante, la retroactividad de esta revocación sufre estas atenuaciones:

1) El donatario tiene derecho a conservar los frutos e intereses producidos antes de la muerte del donante, y si la petición de reducción no se hizo dentro del año siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, podrá retener lo percibido hasta la interposición de la demanda (art. 928), fecha que será la única que determinará dicho efecto con respecto a los terceros adquirentes.

2) La reivindicación frente a terceros de los bienes, objeto de la reducción, queda suspendida mientras el reclamante no haga previa excusión de los bienes del donatario (art. 930) y el adquirente puede enervarla abonando en metálico el exceso a reducir. Además, la reivindicación se detiene cuando actúa el principio «*en fait de meubles possession vaut titre*».

A pesar de la retroactividad, antes expresada, los bienes donados en exceso no se entienden comprendidos en la herencia. Prueba de ello es que la reducción no aprovecha más que a los legitimarios, pero no a los legatarios aunque lo sean a título universal. Ni a los acreedores del causante, si el heredero favorecido por la reducción aceptó la herencia a beneficio de inventario, separando así el patrimonio del causante de los demás bienes pertenecientes o adquiridos por el heredero.

En Italia (700) ha sido muy estudiada por la doctrina la acción de reducción. En contra de los principios de *Droit coutumier*, preponderantes en el Código de Napoleón, parece que la acción de reducción es considerada como una acción personal de carácter resolutorio, cuyo fin es conseguir para los legitimarios la propiedad de lo donado, destruyendo la donación en cuanto fuera excesiva. Los bienes objeto de la reducción tampoco integran la masa hereditaria, en cuanto que los acreedores del causante no pueden aprovecharse de dicha reducción si el heredero aceptó a beneficio de inventario (art. 557, ap. final).

El efecto resolutorio tiene en Italia parecidos límites que en Francia, no alcanzando a los frutos percibidos antes de la interposición de la demanda. Pero alcanza a los terceros adquirentes de los bienes inmuebles, aunque se hubiera inscrito en el registro su adquisición, y a los terceros adquirentes de los muebles cuando no actúe el principio *possesso vale titolo* (art. 563). No obstante, como en Francia, la acción sólo puede dirigirse contra tercero después de hacer excusión de los bienes del donatario y aquél podrá enervada satisfaciendo en dinero el valor equivalente al exceso donado (art. 563, ap. final).

(700) Ver POLACCO, op. cit. vol. I, págs. 409 y ss.; CORIELLO, op. cit. cap. XXIV, págs. 373 y ss.; CICU, *La secessione legitima...*, P. II, cap. VIII, págs. 278 y ss.; BARASSI, op. cit., núm. 97 ter. y ss., págs. 276 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 137 y ss., págs. 221 y ss.

En Portugal (701), se nota la influencia del Código de Napoleón, pero con mayores limitaciones. La acción de reducción se calificaba de rescisoria del derecho del donatario y no alcanza a las hipotecas constituidas por el donatario, aunque sí a las servidumbres y usufructos que éste mismo hubiera constituido (arts. 1.501, en rel. art. 1.484). Los terceros adquirentes no pueden sufrir la reivindicación del donatario, pero, en cambio, pesa sobre ellos el *onus* de responder subsidiariamente al donatario de la restitución del exceso de valor donado. Los frutos percibidos sólo deben restituirse a contar del momento de la interposición de la demanda.

Frente a los regímenes expuestos, el principio del enriquecimiento torticero preside en Alemania (§ 2.329) (702) y en Suiza (artículo 528) (703) la regulación de la acción de reducción por inoficiosidad de las donaciones. La acción tiene, por tanto, carácter personal. En el Código suizo se distingue expresamente según sea de buena o mala fe el donatario que deba sufrir la reducción. En el primer caso, sólo debe restituir el valor de su enriquecimiento el día de abrirse la sucesión; en el segundo, debe restituir el valor íntegro de lo donado según el estado de las cosas el día de la donación y su precio el día de su fallecimiento. La buena fe del beneficiario se presume siempre, y a él le corresponde la prueba de que su enriquecimiento es menor que el de la liberalidad recibida. Se considera de mala fe a quien el día de la donación sabía o debió saber que la liberalidad que recibía lesionaba alguna legítima.

β) El tema de la naturaleza jurídica de la colación ha apasionado a la doctrina italiana, especialmente a partir de la monografía de Andreoli «Contributo alla teoria delle collazione delle donazione» (704).

La colación ¿se concreta a una obligación del heredero donatario o supone una reversión a la masa partible? En este caso, ¿revierte a la masa hereditaria o forma una masa adicional incluida en la masa partible? ¿Se incluye entre lo que se distribuye a título de herencia o se percibe como legado *ex lege*? ¿Es o no es retroactiva dicha resolución de la donación?

La colación por imputación o toma de menos ¿es de naturaleza igual o distinta de la colación material o *in natura*? De ser distinta ¿cuál será su naturaleza?

En Francia, el viejo *Droit coutumier* partía de considerar las donaciones como un anticipo de herencia y las sujetaba con vínculo de indisponibilidad. De ello restó en el Código de Napoleón la resolución retroactiva de la donación colacionada respecto de las cargas y gravámenes impuestos por el donatario. Pero esta retroactividad en dicho Código ya no alcanzó a la enajenación

(701) Ver CUNHA, op. cit., vol. VIII, núm. 1.143, págs. 228 y ss.

(702) Ver ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cit., núm. 1.008, págs. 113 y ss.

(703) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 136. VI. 4 y 5, pág. 342; BINDER, op. cit., § 33, II, pág. 305 y nota 5.

(704) Milano, 1043.

total. En este caso entraba en juego la colación *en moins prenant*, sin responsabilidad alguna para el adquirente en caso de insolvencia del donatario, al contrario de lo dispuesto por el ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad (705).

Hoy, la reforma de la ley de 17 de junio de 1938 ha establecido como regla general la colación en *moins prenant*, exceptuándola únicamente cuando el causante ordene la colación *in natura*. De ello deduce Savatier (706) que cuando efectivamente el causante ordena en cláusula expresa la colación material, el inmueble debe ser reintegrado a la masa partible, resolviéndose las enajenaciones y gravámenes impuestos por el donatario, y no queda a los adquirentes otro recurso que el de intervenir en la partición, para reclamar que el inmueble en cuestión se asigne a la cuota del donatario enajenante.

En Italia pueden distinguirse las siguientes posiciones con respecto a la naturaleza de la colación material:

1.ª Según Barassi (707), la colación no supone el desplazamiento automático de la propiedad del bien donado, sino que únicamente origina la obligación de colacionar por parte del donatario.

2.ª Andreoli (708) adopta la posición opuesta. A su juicio, la colación produce automáticamente, *ope legis*, el desplazamiento patrimonial del bien donado, que pasa a ser común de los coherederos. Se produce la resolución de la donación con efecto retroactivo al día de la donación. Retroactividad absoluta desde el día de la colación al de la partición; relativa desde el día de la donación al de la colación, en cuanto no alcanza a la devolución de los frutos producidos en este período. La norma del artículo 746, § 2—según la cual la enajenación o gravamen del bien donado extingue la facultad de elección del donatario, que necesariamente deberá colacionar por imputación—no significa, según este autor, que la ley haya negado la eficacia contra tercero a la colación, sino simplemente que se impone la imputación al donatario. De lo cual deduce que en el caso de constitución de otros derechos reales diferentes a la hipoteca no se excluye la colación material, con la consiguiente resolución de tales derechos, y que cuando la donación imputada exceda de la cuota del donatario, la colación del exceso debe verificarse *in natura*, con lo cual en cuando a dicho exceso el bien inmueble enajenado ingresa

(705) Ver PLANIOL (op. cit., vol. IV, núm. 618, pág. 717). COLIN y CAPITANT (op. y vol. cit., pág. 293) opinan que en el período comprendido entre la apertura de la sucesión y la partición, la colación afectará con eficacia respecto terceros adquirentes a las enajenaciones hechas en dicho período que provisionalmente quedarán en suspenso y sujetas a los resultados de la partición, es decir, con su validez pendiente de que la cosa enajenada se adjudique al donatario transmitente.

(706) Op. y vol. cit., núms. 559 y ss., págs. 285 y ss.

(707) Op. cit., núm. 71, págs. 191 y s.

(708) Op. cit., Cap. I, núms. 4 y ss., págs. 6 y ss.

en la masa común, resolviéndose en cuanto al mismo derecho del adquirente o del titular de la hipoteca.

En cambio, el mismo* Andreoli (709), cree que el bien colacionado no ingresa en la masa hereditaria, porque de ser así la colación aprovecharía también a los herederos extraños y a los acreedores de la herencia, incluso en los casos de aceptación a beneficio de inventario y de ejercicio del derecho de separación, porque los descendientes donatarios no podrían retener la donación y repudiar la herencia, pues ello equivaldría a una repudiación parcial de herencia, cosa legalmente imposible. Forman los bienes colacionados, a su juicio, una masa común a los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, pero distinta a la comunidad hereditaria con la que coexiste. La juzga como un legado *ex lege* que a favor de sus coherederos legales grava al heredero donatario: un legado de cosa ajena al testador y propia de un coheredero, dispuesta por la ley a favor de los demás.

3.ª Cicu (710) acepta que la colación material no tiene carácter meramente obligatorio, sino real. Acepta, pues, el carácter resolutorio de la donación automáticamente producido por la colación en virtud del imperativo legal. Pero, a diferencia de Andreoli, opina que dicha resolución no produce efectos retroactivos, absolutos ni relativos, con respecto al día de la donación, sino que opera en el momento de la apertura de la donación, *ex nunc*, no *ex tunc*.

También difiere de la de Andreoli la tesis de Cicu en cuanto opina que los bienes colacionados engrosan la masa hereditaria propiamente dicha. Pero también estima que dicho ingreso, sea porque se opera en un momento inmediato siguiente al fallecimiento del causante o bien porque sólo se entiende verificado con respecto a los coherederos legitimarios, no implica que los acreedores ni los herederos voluntarios puedan beneficiarse con la colación. Por eso, entiende que en caso de enajenación por un heredero forzoso de su cuota hereditaria se incluye en la transmisión el plus que le corresponda por la colación de los demás coherederos.

La colación por imputación también ha sido diversamente explicada por la doctrina. He aquí las tesis más importantes (711):

1.ª Tesis de la *realización de crédito por toma de menos*. Entiende que en la colación por imputación, los herederos legitimarios no colacionantes son titulares de un crédito al equivalente en valor de lo que adquirirían con la colación material. La imputación o toma de menos no es sino el modo de realizar ese crédito.

(709) Op. cit., Cap. I, núms. 41 y ss., págs. 69 y ss.

(710) *La divisione...*, págs. 128 y ss.

(711) Tomamos como base de la clasificación, que exponemos, la establecida por ANDREOLI (op. cit., cap. II, núm. 2, pág. 86), que detenidamente estudia y hace la crítica de las cinco que primeramente referimos y construye la sexta, que es la suya. Añadimos como séptima posición la sostenida por Cicu.

to (Mo'ucci, Piola, Coviello, Ricci) (712). Fuera de Italia, Binde (713) aclara que se trata de una obligación activa y pasiva vinculada a la legitimación en las cuotas partes de la herencia, como se demuestra por el hecho de que la colación sólo se puede hacer valer en la división y sólo puede ser cumplida y satisfecha en la división: es un derecho accesorio e inseparable del derecho hereditario *pro parte*.

2.^a Tesis de la *asignación a la cuota hereditaria del donatario*. Según ella, la colación por imputación es la consecuencia de que el bien donado se considera atribuido a título hereditario y asignado en la cuota del donatario (Deschamps, Polacco, Ranellotti).

3.^a Tesis de la *reducción de la cuota hereditaria del donatario*. Conforme esa tesis, en la colación por imputación el bien donado sólo es tomado en consideración con el fin de determinar la cuota hereditaria del descendiente donatario y de los descendientes no donatarios, en el sentido de que la de aquél debe ser tanto menor que los de éstos cuanto valga el bien donado. De este modo, dicho bien sólo sería tenido en cuenta para disminuir la cuota hereditaria del descendiente donatario respecto a una hipotética cuota-base computada con relación a la suma del haber hereditario y los bienes a colacionar (es la tesis alemana de Kho'er, Eblecke).

4.^a Tesis de la *previa detracción del equivalente por los herederos forzosos no donatarios*. Así, la colación por imputación se convierte en el derecho concedido a los herederos que sean sujetos activos de la colación de retirar previamente (*prelevare*) de la masa partible bienes de un valor equivalente y, en lo posible, de igual especie y calidad que los donados (Paciffici-Manzoni, De Filippis, Vitali, Barassi) (714).

5.^a Tesis de la *invariabilidad de las cuotas hereditarias con modificación de las participaciones concretas en la masa partible*. Entiende que la colación por imputación no supone modificación de las cuotas hereditarias, pero sí de las participaciones concretas

(712) También parecen ser de esa opinión ROSSEL y MENTHA (op. y vol. cit., núm. 1.138, pág. 258), que hablan de que existe *una obligación legal* y rechazan la tesis del *legado legal*.

(713) Op. cit., § 29, III, págs. 257 y ss. Lo mismo rechaza BINDER que se trate de una simple y pura obligación entre los coherederos, como que suponga un desplazamiento cuantitativo del contenido del derecho de los herederos legales en forma de crecimiento y decrecimiento sincrónico de las respectivas cuotas de la herencia. El absurdo de esta última tesis, en su opinión, se patentiza en sus consecuencias. Verbigracia, en el caso de que uno de los herederos colacionantes no reciba porción hereditaria alguna: no habría entre ellos comunidad hereditaria ni valdrían los actos de administración por él verificados.

(714) BARASSI (op. cit., núm. 71, págs. 190 y ss.) opone el sistema francés de «toma de menos» (*en moins prenant*) del colacionante y el de «toma previa» (*prelevamento*) de los demás coherederos, frente a la colación *in natura*. Señala que con aquellos puede llegarse al resultado de no ser reducidas las donaciones que sin lesionar ninguna legítima excedan de la cuota del donatario

que en la partición deben recibir los herederos legitimarios, que debe ser tanto mayor para los no donatarios cuanto monte la donación colacionable (Siesse).

6.ª Tesis de la *equivalencia a la colación material con imputación de lo donado a la cuota particional del colacionante*. Ha sido ésta brillantemente defendida por Andreoli (715), para quien la colación por imputación no es sino una variante de la colación material o *in natura*, consistente en el derecho concedido al heredero colacionante de quedarse con la donación hasta el montante de su cuota particional, imputándola a la misma. Es decir, como en la colación material, lo donado se hace automáticamente común al deferirse la herencia, aunque no forme parte de la masa hereditaria, sino de una masa diferente, pero adyacente, que se divide conjuntamente con aquélla. Al donante le corresponde la facultad de imputar el bien donado en cuanto alcance su cuota particional.

7.ª Tesis de la *equivalencia a la colación material con imputación de lo donado a la cuota hereditaria—aunque sea con efectos limitados—del colacionante*. Es la teoría de Cicu (716), que distingue la colación como efecto operado *ex lege* en el momento de la delación y la colación como operación divisoria. En el instante de la delación, en virtud de la colación, ingresa en la masa hereditaria (aunque sea con efectos limitados, como antes referimos al exponer la tesis del propio Cicu respecto a la colación material), sea íntegramente el bien donado, o bien su equivalente en valor (si la ley dispone la colación por imputación o el donatario opta por ella) hasta el montante de la cuota del colacionante y en lo que exceda de ella la parte del bien donado necesaria para completar la colación. En la división, el donatario debe o puede imputar el bien donado a su cuota. Eso faculta a sus coherederos a detraer de la masa bienes equivalentes en valor y, a ser posible, de la misma especie y calidad, lo que implica la inclusión del bien colacionado en la cuota del propio donatario. Si lo que se hizo común en el instante de la delación fué el equivalente en valor del bien donado, al practicarse la división se imputa este valor en la cuota del mismo donatario, y los demás coherederos detraen en igual medida bienes hereditarios. Pero, en uno y otro caso, si la donación imputada excediera del valor de la cuota hereditaria del donatario, calculada con inclusión de las donaciones colacionadas, el exceso deberá ser colacionado *in natura*, o bien el colacionante resultará deudor de esa diferencia de valor, según los casos.

Como puede observarse, esa última tesis es parecida en su resultado a la de Siesse, pero más precisa llega al mismo por inverso camino. De la de Andreoli difiere especialmente por la con-

(715) Op. cit., cap. II, núms. 13 y ss., págs. 107 y ss.

(716) *La divisione...* págs. 146 y ss.

sideración unitaria de la masa, que acepta Cicu como masa hereditaria, aunque con efectos limitados.

No se crea que esas distintas formulaciones sólo tengan valor teórico. Muy al contrario, unas y otras llegan a resultados prácticos muy diversos. V. gr.: Que la imputación tenga efectos reales o meramente obligatorios, en especial en cuanto al exceso de lo donado respecto de la cuota del donatario. También respecto al hecho de agotarse la colación en la imputación, aunque la donación exceda de la cuota del donatario (como sucede en el B. G. B., § 2.056), o bien, en dar lugar a la devolución obligatoria o real del exceso a la masa (Francia, Suiza, Portugal). Las tesis expuestas en tercero y cuarto lugar llevan a la primera solución; las referidas en sexto y séptimo, a la segunda.

§ 11. La computación para cálculo de las legítimas y tercios de mejora y libre disposición en el Código civil.

La perspectiva histórica de que disponemos debe sernos de gran utilidad para el estudio de la computación de la legítima y de las partes respectivamente disponibles como mejora y libremente en el Código civil.

Por una parte, gracias a ella, tenemos una visión panorámica más extensa y, sobre todo, más profunda que los primeros polemistas posteriores al Código civil, que exclusivamente se aferraban a determinadas interpretaciones del Derecho anterior e ignoraban o pretendían olvidar otras posiciones, tal vez más sólidas.

De otra, debemos tener presente que el Código civil, en lo que no representa una evidente innovación, recogió orgánica y articuladamente el Derecho que regía antes de su promulgación, conforme fué ordenado en la Ley de Bases de 11 de mayo del año 1888 (717).

(717) Dispuso así la Base 1.ª: «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros juriconsultos o que resulten bastante justificadas en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos legislativos.»

Las Bases 15 a 18 se ocuparon concretamente del Derecho sucesorio. Las 16, 17 y 18 señalaron las innovaciones a establecer: límite a los llamamientos deicomisarios, determinación cuantitativa de las cuotas legitimarias—que se refirieron al *haber hereditario*, sin determinar la amplitud conceptual de dicho haber—, la creación de la legítima viudal y la determinación de un nuevo orden sucesorio abintestato. De otras materias, como de la colación y la partición, se insistió en que «se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, aplicadas y complementadas por la jurisprudencia».

En materia de computación, el artículo 818 es el eje de toda la interpretación de la doctrina del Código civil. Pero su examen, que no puede separarse del de otros preceptos igualmente fundamentales, puede hacerse aplicando casuísticamente unos y otros, con valoración esencialmente literal, o bien dando a todos una estructuración orgánica, sistemática. Desde luego no pueden olvidarse los principios fundamentales del Derecho anterior, que el Código debió articular.

Vamos a ocuparnos de esta cuestión fundamental, comenzando por escudriñar las posiciones sostenidas por los autores, para terminar con el examen de qué donaciones son computables y cuáles son las normas para su valoración.

A) *Computación de la legítima y de las porciones disponibles como mejora y libremente.*

Varias cuestiones, que luego se reagrupan en un solo tema, plantea este enunciado:

¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la legítima estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de libre disposición? Es decir: ¿son tres partes alícuotas de un mismo todo?; o bien: ¿la acumulación de lo *donado* al líquido relicto puede desequilibrar esa proporcionalidad?

Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente todas sin excepción o sólo determinadas donaciones? ¿Repercute esa reunión ficticia en el cálculo de las porciones disponibles?

Recordemos que estas cuestiones hubieran quedado totalmente aclaradas si hubiese entrado en vigor el Proyecto de 1851. El § 2.º de su artículo 648 declaraba que «al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador». El artículo 652 estimó disponible como mejora o libremente todo cuanto no fuera legítima rigurosa. García Goyena (718) explicaba que debía hacerse «una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir y de los que donó en vida», y que el resultado de esta agregación decidiría la legítima y las porciones disponibles como mejora o libremente». (De ese modo habrían quedado disipadas, respecto al cálculo de las mejoras, todas las dudas suscitadas por la ley 25 de Toro.)

Pero el artículo 818, § 2.º, del Código civil ha recogido con modificaciones el texto literal del § 2.º del artículo 648 del Proyecto de 1851. En lugar de decir: «se agregará el valor que tenían *todas las donaciones* del mismo testador», dice que «se agregará el que tenían todas las *donaciones colacionables* del mismo testador». En esta palabra *colacionables* está la clave de todas las cuestiones enunciadas.

Como hemos visto anteriormente, los términos «*collatio*», «*conferre*», «*colación*», «*rapport*» tienen un doble significado. Uno

(718) «Concordancias...», vol. cit., ap. núm. 8, págs. 341 y ss.

gramatical, vulgar, lato, y otro rigurosamente técnico, jurídicamente estricto. ¿En qué sentido es empleado «colacionables» en el artículo 818 del Código civil?

a) Han abundado los tratadistas que no han penetrado en esa cuestión. Repiten más o menos literalmente las palabras del artículo 818, sin explicar qué sentido tiene en el mismo la palabra *colacionables*: BONEL (719), LÓPEZ R. GÓMEZ (720), CAMINERO (721), VALVERDE (722). Sin embargo, la opinión de los tres primeros puede traslucirse, en parte, por la consideración que tienen de la finalidad de la colación, refiriéndola a la defensa de las legítimas (723). Por el contrario, VALVERDE (724) señala que «incurren en error aquellos autores que afirman que la colación está unida a la institución de las legítimas».

b) Otros han referido concretamente las donaciones colacionables de que habla el artículo 818 a las reguladas en los artículos 1.035 y siguientes.

De éstos, BOFARULL (725) y BURÓN (726) han limitado la referencia a una simple cita en nota de estos artículos. CASTÁN (727) y CASSO (727 bis) se remiten a lo que dice el artículo 1.035, y

(719) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español comentado y concordado con el Derecho foral vigente*, t. III, l. III (Barcelona, 1890), art. 818, pág. 432.

(720) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión*, t. I (Valladolid, 1891), cap. XV, art. 3.º, núm. 11, pág. 520.

(721) EDUARDO G. CAMINERO, *Tratado teórico-práctico sobre partición de herencia* (3.ª ed., Madrid, 1927), tit. I, cap. II, Sec. 7.ª, núm. 8, pág. 144.

(722) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, cap. XI, § III, pág. 270.

(723) BONEL (op. y vol. cit., cap. VI, art. 135) señala la finalidad de «la más equitativa y justa computación de las legítimas». LÓPEZ R. GÓMEZ (op. cit., t. II, cap. IX, art. 4.º, pág. 280) dice que la colación «es una consecuencia lógica y necesaria del sistema de restricción en la facultad de disponer los bienes cuyo sistema se funda en la teoría científica y legal de las legítimas». CAMINERO (ob. cit., tit. II, cap. IV, Sec. 6.ª, pág. 207) afirma que «como remedio legal para evitar que el afecto desmedido o la antipatía infundada hacia un ascendiente o descendiente disminuya el valor de la legítima en perjuicio de otros que también a ella tengan derecho, ha establecido la ley el recurso de la colación de bienes».

(724) Op. y vol. cit., cap. XXIV, § I, pág. 543.

(725) MANUEL DE BOFARULL, *Código civil español, según la novísima edición oficial, anotado y concordado* (3.ª ed., Madrid, 1889), art. 818, pág. 260 nota 3.

(726) GREGORIO BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español según los principios, los códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código civil*, t. II (Valladolid, 1898), núm. 973, pág. 812, nota 2.

(727) JOSÉ CASTÁN COBEÑAS, *Derecho civil español común y foral* (Madrid, 1939), t. I, LXIII, pág. 295. No obstante, más adelante, al ocuparse de la colación, este autor se refiere a la opinión de DE BUEN y entiende que el fin de la colación no es la protección de las legítimas, porque «este criterio está desvirtuado por el 1.036».

(727 bis) CASSO ROMERO Y VIÑAS MEY, *Derecho civil español* (Madrid, 1926), t. I (debido a CASSO), tema LXIII, pág. 506.

Mucius Scaevola (728), a lo regulado en la sección que el Código dedica a la colación. Alcubilla (729) dice que la agregación del valor «que tenían las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiere hecho» se verificará «del modo que señala el artículo 1.045 en concordancia con el segundo párrafo del 818».

En cambio, Sánchez Román (730) y Manresa (731) tratan extensamente este tema. Sus doctrinas tienen interesantes precedentes históricos por ellos apenas insinuados. La de Manresa, en las opiniones de Cifuentes, Palacios Ruvios, Diego Castillo, Juan Castillo de Sotomayor, Alvarez Posadilla y Sala. La tesis de Sánchez Román recuerda las posiciones de Antonio Gómez y del jesuita Luis de Molina, y en parte a las que mantuvieron, a nuestro entender, en el siglo pasado Martí de Eixala, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán y González Serrano.

α) Sánchez Román independiza el cálculo de la legítima y el de la porción disponible, y entiende que los herederos forzosos están protegidos contra las liberalidades *inter vivos* del causante con dos instituciones que se complementan: la colación y la reducción. Según su tesis, la colación tiene un doble significado: uno estricto al que se refieren tanto el artículo 1.035 como el 818 del Código civil (732), y otro menos propio, aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables en sentido estricto (733).

Considera que la colación en sentido estricto—es decir, la del artículo 1.035, que es también, a su juicio, la que refiere el artícu-

(728) *Código civil concordado y comentado extensivamente*, t. XIV (4.ª edición, Madrid, 1944, pág. 457).

(729) MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, t. VII (5.ª ed., Madrid, 1894), voz «Legítima», pág. 838. Por nota relacionada con el artículo 818, los 817, 819, 820, 1.035, 1.036, 1.039, 1.040 y 1.044).

(730) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV (2.ª ed., Madrid, 1899), cap. XXII, núm. 55, pág. 708; t. VI-II (2.ª ed., Madrid, 1910), cap. XV, núms. 113 y 115, págs. 947 y ss., y t. VI-III (Madrid, 1910), cap. XXVIII, núm. 57, págs. 2025 y ss.

(731) JOSÉ MARÍA MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VI (6.ª ed., Madrid, 1952), art. 818, págs. 372 y ss.; t. VII (6.ª ed., Madrid, 1943), art. 1.035, págs. 549 y ss., y «Más sobre donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima», en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, vol. 99 (2.º semestre 1901), págs. 331 a 352.

(732) Vol. VI-II, pág. 953, donde deduce «la necesidad de subordinar la aplicación a determinar el sentido, y efectos del mencionado párrafo segundo del artículo 818 a lo que entiende y define como donaciones colacionables el artículo 1.035, apareciendo aquél condicionado y completado por éste».

(733) Vol. VI-II, pág. 961: «Las donaciones hechas a extraños tienen también el carácter de colacionables para igual fin de defensa de la integridad de las legítimas de los herederos forzosos, si bien en sentido opuesto, o sea que las otorgadas a éstos se colacionan y, en su caso, se reducen para que no lleve de más de su legítima el donatario y de menos los otros legitimarios, y las hechas a extraños se colacionan para que no traspasen el importe de la parte de libre disposición en perjuicio de todos los herederos forzosos.»

lo 818—se verifica únicamente para fijar la legítima en provecho exclusivo de los herederos forzosos, no para ampliar el caudal líquido hereditario en provecho de herederos voluntarios y de legatarios (734). Con lo que, sin duda, significa que la parte libre del caudal relicto sólo se calcula con relación al activo líquido sin agregar, ni aun contablemente, el valor de donación alguna, y que, por tanto, no se aumenta su valor, cualquiera que sea el importe de lo colacionado por los herederos forzosos.

La colación propiamente dicha, según Sánchez Román (735), «en el concepto legal que el Código atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *imputación* a los herederos forzosos en parte de pago de su legítima corta y también de la larga o mejora, ..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquéllos, y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndose en el activo de la herencia, se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste».

Pero aunque, a su juicio, el artículo 818 sólo se refiere a la colación propiamente dicha, verificada por los herederos forzosos que concurren a la sucesión del causante, entiende que otra institución, la reducción (736), exige, para que no se mermen por

(734) Vol. VI-II, págs. 952 y 953. Dice así: «A pesar de la poca feliz redacción de los términos en que se ha formulado el artículo 818 que a primera vista parecen indicar la regla *común* que ha de practicarse en *toda* operación testamentaria, cualquiera que sea la cualidad y condición jurídica de los partícipes, *integrando* el caudal líquido hereditario no sólo con el resultado que arroje el valor de los bienes que quedaran a la muerte del testador, sino adicionando o agregando el importe de lo *colacionable*, es lo cierto que esa apariencia de *generalidad* del precepto no puede entenderse así por diferentes y algunas decisivas razones...» «Así claramente lo expresa el propio texto del artículo 818 cuando comienza determinando el fin *especial* con que se ha de hacer la agregación, que resulta de la operación de *colacionar*, al valor líquido de los bienes, como reve'an sus primeras palabras al decir <para *fijar la legítima*>, es decir, para *esto* y no para otra cosa, y en provecho y aplicación exclusivas de herederos que acrediten derecho a la misma, esto es, de herederos *forzosos* y no de *voluntarios* y *legatarios*.»

(735) Vol. VI-III, pág. 2026.

(736) Vol. VI-III, pág. 2025 y ss. Comentando su tesis de que la colación propiamente dicha sólo se impone a los herederos forzosos entre sí, observa: «No quiere decir esto que los herederos voluntarios, parientes o extraños del testador, lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, o los legatarios o donatarios sean de mejor condición que los forzosos, en cuanto que a estos se imponga la obligación de colacionar lo recibido en vida de aquél a título gratuito y a aquéllos no; en el primer caso quede a salvo la integridad de la legítima de los demás herederos forzosos que concurren a la sucesión del causante común y en el segundo no suceda lo mismo con la correspondiente a los que pudieran existir de esta clase enfrente de los legatarios o donata-

actos intervivos los derechos de los legitimarios, que hayan «de incorporarse o sumarse nominal o realmente en el exceso que cause ya perjuicio en las legítimas todas las cantidades o valor de los bienes que representen, lo primero para girar la cuenta de la partición como si dichas sumas figuraran en el cuerpo general de bienes existentes a la muerte del testador, a fin de que de la totalidad que aquéllos constituyan, sumados los que éste dejó y agregados numéricamente los que a la herencia se incorporan por aquel concepto, o sea del importe que todos arrojen, se deduzca en el tipo de proporción que la ley señala, la legítima correspondiente a los herederos forzosos, consiguiendo así el fin expresado de dejar a salvo su integridad, y si realmente no hubiera bienes bastantes para ello en los existentes en la herencia, entonces es cuando, revocándose los actos y disposiciones a título lucrativo, hechas en favor de otros herederos forzosos, voluntarios, legatarios o donatarios, en la parte precisa para completar dicha legítima, que sin ello se perjudicaría o no sería satisfecha íntegramente, habrá de traerse materialmente a *partición*» (737).

En resumen, creemos que la tesis de Sánchez Román puede concretarse determinando que existen tres cómputos legitimarios: 1), el que resulta del artículo 808, en relación con el § 1.º del artículo 818, que determina la legítima relicta frente a los herederos voluntarios y legatarios; 2), el resultante del § 2.º del artículo 818, que calcula la legítima respectiva de cada uno de los herederos forzosos entre sí, mediante la que dicho autor considera colación a la legítima estricta o a la mejora, y 3), el que dimana de los artículos 654, 656 y 819 y siguientes, que determinan la legítima a los solos efectos del ejercicio de la acción de reducción. Hay, pues, según esta tesis, una legítima relicta, que actúa como tope de la parte libremente disponible *mortis causa*; otra legítima, calculada sobre la suma del líquido relicto y las donaciones colacionables, que sólo regula la oficiosidad o la inoficiosidad de las donaciones hechas a los herederos forzosos a cuenta de la legítima o de la mejora, y otra legítima, que se calcula de la suma

rios por actos *inter vivos* o *mortis causa* y aun los que hubieran sido instituidos herederos con el carácter de voluntarios en la parte de libre disposición y se hallaran también en el caso de haber recibido en vida del testador donaciones de éste u ordenarse además legados en su favor por testamento.»

(737) «La diferencia entre uno y otro supuesto—prosigue SÁNCHEZ ROMÁN, loc. ult. cit., pág. 2026—, según que se realice sólo entre herederos forzosos, unos que hicieron en vida adquisiciones de bienes del causante a título lucrativo, mientras otros, no, o entre herederos forzosos y los que no lo sean, legatarios o donatarios, no está en el fin, que, según queda dicho, es dejar a salvo la integridad de la legítima de todo heredero forzoso, sino en los medios o instituciones jurídicas de diferente nomenclatura y regías de aplicación más que distintos de esencia y fines, pues para los primeros se aplica el modo de Derecho que se llama *colación*, de que ahora se trata, y para los segundos el que se denomina *reducción*.»

del líquido relicto y del total de lo donado, aplicable únicamente para el ejercicio de la acción de reducción por los herederos forzosos (738).

La crítica fundamental a esta tesis estriba en su desarmonía con las normas de la imputación de las donaciones específicamente otorgadas como anticipo de legítima. ¿Es que estas donaciones sólo se imputan para el cómputo de la legítima complementada que deba cubrirse por la acción de reducción? No creemos que sea así. Lo donado precisamente como anticipo de legítima deba limitar la porción relicta correspondiente al legitimario a quien fué otorgada y no sólo en el derecho a su complemento. Puede, por tanto, ampliar la porción relicta de libre disposición. Recordemos la vieja argumentación de Ayerve de Ayora: Si el padre pudiese en vida satisfacer íntegramente la legítima a sus hijos mediante donaciones—sin perjuicio de la irrenunciabilidad del derecho al posible suplemento—, resultaría anómalo que estos mismos hijos tuvieran derecho a una segunda legítima respecto los bienes que restaran al causante a su fallecimiento, y, además, sería de peor condición el padre que anticipó en vida la legítima a sus hijos, que el que nada les dió hasta la muerte.

Supongamos un padre que haya constituido dote obligatoria a todas sus hijas, con la posibilidad, a mayor abundamiento, de que posteriormente su fortuna haya disminuido (739), ¿deberá deducirse, pese a esto, al fallecer el dotante, el importe de los dos tercios íntegros de su haber relicto, como legítima de sus hijas, sin computar en ese haber ni imputar a la legítima de cada una de ellas, la dote que obligatoriamente le fué constituida a cuenta de su legítima pregunta? De ese modo, el legado de la parte de libre disposición hecho a la viuda no podría computarse integrando al líquido relicto el valor de aquellas dotes. Creemos que huelga responder cuán absurda resultaría esa solución, y ello constituye la réplica más rotunda a la opinión de Sánchez Román.

Por otra parte, el Código no ofrece ningún apoyo serio a la tesis de la triple computación de la legítima. Especialmente el examen conjunto de los artículos 818, 819 y 820, demuestra hasta la evidencia que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El artículo 820 comienza diciendo que:

(738) Notemos la analogía de esa tesis de SÁNCHEZ ROMÁN, no sólo con la de los clásicos GÓMEZ y MOLINA y con la de BENITO GUTIÉRREZ, LA SERNA y MONTALBÁN, sino con la modernamente defendida por CICU en Derecho italiano, antes expuesta. La diferencia básica estriba en la distinta concepción de la legítima relicta, romanista en nuestros autores y como reserva germánica por CICU.

(739) Medítese la pregunta formulada en el Senado por BOSCH y FUSTEGUERAS en su voto en contra del Código civil: «... ¿Qué resultará si la legítima presunta excede a la legítima efectiva?...» (Ver «Discusión parlamentaria del Código civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888 a 1889». Madrid, 1891, pág. 33.)

«Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores», con lo cual determina que el artículo 819, con el 818, es norma reguladora de dicha fijación. Ambos artículos deben, por lo tanto, interpretarse correlativamente. Y el artículo 819, precisamente, hace jugar lo donado a extraños imputándolo a la parte libre. Nada argüye en contra el artículo 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia a «las dos terceras partes del *haber hereditario*», debe entenderse latamente —sin olvidar la falta de precisión en la terminología técnica del Código civil— y en relación con los artículos 818, 819 y 820, que detallan el cómputo de la legítima.

β) Manresa, por su parte, es rotundo al interpretar el artículo 818 C. c.: «No están comprendidas—dice—en dicha disposición las donaciones hechas a extraños o las no colacionables, aunque sean inoficiosas; éstas se rigen por otras reglas. El valor total de las mismas, no pertenece a la herencia, ni puede distribuirse entre los herederos forzosos, como el de las colacionables, y, por consiguiente, no debe agregarse al de los bienes hereditarios (740).

«Si hay mandas o legados o donaciones a extraños —explica—, se liquidará en la forma ordinaria el caudal hereditario, comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de su muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones de ese caudal. *Del líquido que resulte se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones a extraños, y a los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables* por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte, sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador» (741).

¿Cómo se aprecia si son o no inoficiosas las donaciones a extraños? Manresa las mide con la parte de libre disposición, calculada exclusivamente del líquido relicto. «Resulta, pues —a su juicio—, que cuando la sucesión corresponda a la línea recta descendiente, ..., las donaciones entre vivos hechas por éste a personas extrañas, *no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma, a la masa hereditaria para liquidar la herencia.* Si las donaciones exceden de dicho tercio serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiem-

(740) Vol. VI, art. 818, pag. 373.

(741) Vol. III, art. 1.035, pag. 553.

po de hacerlas, y deban reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el artículo 654» (742).

Las principales razones que esgrime Manresa a favor de su tesis pueden sintetizarse de la forma siguiente:

1.º Que «no hay disposición legal donde dar significado diferente a la palabra colacionable en el artículo 818 y en el 1.035». «Ni existe ni directamente se establece tal distinción en ningún artículo del Código» (743).

Claro que al argumentar así, olvida Manresa que el valor terminológico de las palabras no lo dan las leyes, sino la gramática o la doctrina jurídica, según se trate de una significación puramente gramatical o rigurosamente técnica, y que la palabra colación no tiene precisamente una significación unívoca. Anteriormente hemos comprobado repetidamente eso mismo. Por otra parte, el Código no es rigurosamente técnico en el uso de la terminología jurídica (744) y frecuentemente usa una misma palabra a veces con significado vulgar y otras en sentido jurídico estricto.

2.º Que, según el artículo 659, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte», y, conforme al 623, la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario y se consume con la entrega de la cosa donada cuyo dominio pasa desde aquel momento al donatario: «Luego los bienes de las donaciones entre vivos, sean o no colacionables, no están comprendidas en la herencia del donante» (745). «Los bienes de toda donación —ratifica, en su réplica a Morell (746)— pasan al dominio del donatario desde el momento en que éste la acepta, y el legislador, que así lo ha ordenado, no podrá incurrir en la irregularidad e inconsecuencia de considerarlos como propios del donante para incluirlos en su haber hereditario: por esto, dice que se agregarán al valor líquido de dicho haber, después de practicada dicha liquidación para fijar la legítima, ordenada anteriormente en el mismo artículo 818, y para cuyo fin, según él, ha de atenderse so-

(742) Vol. VII, art. 1.035, pág. 550. Con este mismo criterio, agrega en otro lugar (*Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, vol. XCIX, pág. 349), que las donaciones a extraños «no manda la ley que agreguen a la masa hereditaria ni que se tomen en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre... sólo se ordena que se imputen a la parte libre. ¿Para qué? Para pagarlas hasta donde alcance esta parte, sino estuvieren satisfechas, o para compensarlas con ellas si las pagó en vida el donante. En el primer caso, si las donaciones exceden de la parte libre se reducen con sujeción a las reglas que establece el artículo 820, y en el segundo conforme a lo que ordena el artículo 656, sin que deba hacerse ni sea necesaria la agregación en ninguno de los dos casos.»

(743) R. G. L. J., vol. XCIX, págs. 343 a 345.

(744) Véase, por ejemplo, en estos Apuntes I, § 3 (An. Dr. Civ., IV-II, págs. 441 y sgts.), el uso que hace el Código civil de la expresión herederos forzosos.

(745) Vol. VII, art. 1.035, pág. 548.

(746) R. G. L. J., vol. XCIX, pág. 348.

lamente al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador. Es, pues, evidente que dicha agregación no ha de tomarse en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre». Cosa que sigue juzgando evidente al relacionar el artículo 818 con el 808, ya que éste refiere la legítima y la parte disponible a cuotas «del haber hereditario» (747).

Pero, para valorar ese argumento de Manresa, debe preguntarse si el artículo 808 emplea realmente la expresión *haber hereditario* como equivalente riguroso de *herencia*. ¿No resulta de los artículos 818 á 820, que para el cómputo de las legítimas deben agregarse contablemente al líquido relicto el valor de las donaciones colacionables y que lo donado a extraños se imputa al tercio libre? Como dijo Morell (748), «conforme en que las donaciones, colacionables o no, no son la masa de bienes que existe en poder de ese causante a su fallecimiento ni son bienes ni son derechos que estén en esa masa. Pero prueba eso algo ¿... «Si las hechas en favor de herederos forzosos son agregables ficticiamente a la masa, las hechas a favor de extraños deben serlo también? ¿Lo son legalmente? Esta es la clave de la cuestión: volvemos al punto de partida. Las donaciones no están en la masa, pero las donaciones colacionables se agregan a la masa ¿cuáles son? Si ha de haber igualdad deben ser todas».

3.º Que, conforme al artículo 636, nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento: «Luego el padre que deje descendientes, sólo puede dar por testamento a otras personas, el tercio líquido de los bienes que tenga al tiempo de su muerte, y, por consiguiente, serán inoficiosas las donaciones hechas a extraños en cuanto excedan de esa medida.» Y que, así «lo confirma el artículo 654 al ordenar que para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones, se atenderá al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, debiendo ser reducidas en cuanto al exceso, que en el caso antedicho será en cuanto excedan del tercio de dichos bienes, que es lo que puede dar por testamento el padre que tiene hijos legítimos» (749).

Pero es fácil replicar a este argumento. El artículo 819 ordena la imputación a la parte de libre disposición de lo donado a extraños;

(747) R. G. L. J., vol. cit., pag. 347. Dice así: «es evidente porque así lo ordena la ley, que para fijar la legítima de los herederos forzosos, y por consiguiente la parte de libre disposición, ha de atenderse solamente al valor líquido de los bienes que quedaren a la muerte del testador como de su propiedad, declarando así que estos bienes son los únicos que constituyen el haber hereditario, sin agregaciones de ninguna clase, y la cantidad que corresponda a cada parte servirá de tipo y medida para todos los efectos legales».

(748) JOSÉ MORELL Y TERRY, *Donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. XCVIII (primer semestre 1901), pág. 300.

(749) Vol. VII, art. 1.035, pág. 549.

y como dice Serrano Bernard (750), «si el Código emplea la misma palabra imputar al referirse a las donaciones a herederos que a las hechas a extraños, y todos los supuestos del artículo 819 son consecuencia práctica de lo dispuesto en el 818, ¿por qué las primeras se suman y las últimas no? El tecnicismo es el mismo, y como el precepto legal no distingue, no es posible aplicar criterios distintos». Además, reflexiona el propio autor, «como imputar es atribuir, y para hacerlo es menester suponerlas incluídas en dicho tercio, sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida, se llega al absurdo de declarar, sin querer, que están comprendidas en el tercio sin estarlo en el total. ¡Como si en la parte pudiera estar comprendido algo que no esté en el todo!» (751).

(750) F. SERRANO BERNARD, *Las donaciones a extraños son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 132 (primer semestre 1918), pág. 386.

(751) A esta observación conviene anotar que, como explica Roguín (op. citado), vol. IV, núms. 1.391 a 1.393, págs. 605 y sig.), las relaciones posibles entre la computación y la imputación de una misma donación, pueden presentar teóricamente las siguientes modalidades:

- 1.ª No computación ni imputación de lo donado.
- 2.ª Computación e imputación.
- 3.ª Computación sin imputación.
- 4.ª Imputación sin computación.

Según el propio Roguín, es fácilmente aceptable que haya computación sin imputación. Nada impide consagrar un sistema en el que las donaciones sean tomadas en cuenta para calcular las legítimas, sin obligar al legitimario a imputar a ellas la donación con que le favoreció el causante. Así ocurre, si no en general, por lo menos con respecto a ciertas donaciones, en varios sistemas legislativos.

En cambio, le parece anormal imputar a la legítima una liberalidad que no haya sido computada para determinar su montante. No obstante, observa que se trata de dos operaciones distintas y que, aun cuando este supuesto no se dé en ningún ordenamiento de la familia latina, excepcionalmente alguna legislación ha admitido ciertos supuestos de imputación a la legítima sin previa computación de la donación imputada.

Eso es lo que, sin duda, entiende MANRESA cuando dice (R. G. L. J., vol. XCIX, página 350): «Imputar no es lo mismo que agregar; se agregan al caudal de la legítima, como ordena la ley, sólo las donaciones *colacionables*, y por esa llevan y han llevado siempre este nombre...; y se imputan en la legítima del donatario, adjudicándosele en pago lo que recibió anticipadamente a cuenta de la legítima. Y respecto a las donaciones a extraños no manda la ley que se agreguen a la masa hereditaria, ni que se tomen en cuenta para fijar la legítima y la parte libre...; sólo ordena que se imputen a la parte libre.»

Notemos nosotros, que la imputación (sea a la legítima o a la parte libre) de una donación que no se ha computado, supone un absurdo contable y lógico. En realidad no puede hablarse en esos casos de imputación, sino acaso de *comparación* (como en el supuesto de que se permita a un extraño conservar, sin sufrir reducción, los bienes donados hasta un valor igual a la parte de libre disposición relicta, y sin que ésta pierda su carácter disponible—posición que PALACIOS RUVIÓS atribuyó, contra la comun opinión a la ley 28 de Toro, admitiendo que pudiera disponerse de un quinto por donación y otro por testamento—o de *desplazamiento* (en el caso de que lo donado, a un legitimario o a un extraño, hasta el montante respectivamente de la legítima o de la parte libre, calculadas con relación al caudal relicto, desplace de aquellas porciones la sustancia

Maura ha observado certeramente que el concepto de imputación que Manresa ofrece, cuando lo refiere a las donaciones a favor de extraños, plantea un dilema inevitable: lleva a una duplicidad de porción disponible, una inter vivos y otra mortis causa (*error en el cual, respecto al quinto* —podemos añadir nosotros—, *vimos caer a Palacios Ruvios*), si imputar significa medir por equivalencia, comparar para igualar; o bien, provoca una inexplicable indeterminación del destino de la parte relicta que hubiera sido de libre disposición sin la imputación a ella de lo donado, que la desplaza y despoja de su carácter disponible (*posición que sostiene Manresa*). He ahí las palabras del ilustre político y jurista (752): «Si no son traídos a la masa hereditaria y sumados con el valor de los bienes relictos al morir el causante, los valores que hubiere donado a extraños, de modo que la legítima se cuenta sobre la exclusiva adición del dicho caudal relicto más las donaciones hechas a los herederos forzosos, necesariamente un tercio de tal suma quedará en predicamento y calidad de libre disposición; lo cual conduce a la inoficiosidad de cumplir con este tercio las disposiciones mortis causa sin detraer el valor de lo donado en vida a extraños (753). Así dispondría el padre de este tercio más otro tanto por vía de donación, infringiendo categóricos y esenciales preceptos del Código (754). Y si para evitarlo, después de fijar por el dicho método la entidad de cada tercio, se imputaran al de libre disposición el valor de estas donaciones, de modo que sobre el remanente tan

relicta de modo que, en sus respectivos casos, deje de ser legítima o porción libre). Ese desplazamiento resultará, por esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupe contablemente el lugar de un valor relicto equivalente, derramándolo fuera de su correspondiente cuota; es decir, dejándolo extra parte, al pasar a ser considerado parte libre o legítima, inversamente a lo que sería sin el desplazamiento.

Ese desplazamiento, de la parte de libre disposición a la legítima, es lo que MANRESA ha sostenido que tiene lugar. De este modo, siempre que lo donado a un extraño equivaliera a la parte de libre disposición del caudal relicto, el importe de esta porción del haber relicto pasaría a ser legítima, con lo cual, evidentemente, una y otra parte, ya no guardarían la proporción legalmente fijada, ni con relación al caudal relicto ni con respecto al total contable formado con la suma de éste y las donaciones imputadas.

(752) ANTONIO MAURA, *Dictámenes*, t. IV (Madrid, 1930), Dict. núm. 4 de (13-11-1913), págs. 41 y ss.

(753) En ese error incurrió—como hemos visto anteriormente—ALVAREZ POSADILLA, que creyó justificar esa posición diciendo que a los extraños «ya se vió todos con cuidado en dar, y más en vida; y así no hay necesidad de ley que contenga abusos que no se advierten». (Op. cit., ley XXVII, pág. 162).

(754) Como dice MORELL (R. G. L. J. y vol. XCIX, pág. 323): «La suma de ambos legados y donaciones a extraños ha de caber en la única parte que puede existir de libre disposición y si todo no cabe a las donaciones no se les toca hasta que todos los legados desaparezcan por perjudicar a la legítima (art. 820, número 1). Lo contrario sería admitir dos partes libres, una en la masa aplicable a los legados nada más y otra de igual importe fuera de la masa, en la donación. Y parte libre sólo hay una.»

sólo tengan eficacia las mandas, resultará vacante la equivalencia de las donaciones mismas, fragmento del tercio libre (755).

Como dice Morell (756), el artículo 636 de probar algo probaría demasiado, «si el tercio no puede sufrir aumento, los otros dos tercios, parte del mismo todo, no pueden sufrirlo tampoco; si a estos se aumentasen algunas donaciones, ya no serían las dos terceras partes de los bienes existentes al fallecimiento del testador, sino más». «El artículo 636 lo que afirma con respecto al padre, es que, así como no puede dejar a extraños en testamento más que el tercio de sus bienes, tampoco puede donarles más que un tercio». Y «el artículo 654, ni trata de determinar cómo se fija la legítima y la parte libre, ni trata de mandar que no se tenga nunca en cuenta el importe de las donaciones... El objeto del artículo 654 es muy diferente. Hasta la muerte del causante no puede saberse si existen o no herederos forzosos; hasta la muerte del causante no se adquiere el derecho a la legítima; luego racionalmente es el momento a que hay que atender para saber si las donaciones hechas en vida fueron, o no inoficiosas... Esto es lo que afirma el artículo 654... Pero para ese cálculo no dice el artículo que se atienda solamente al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de la muerte, sino que se *compute* o se tenga en cuenta ese valor y no el del total de los bienes del causante en la época de la donación».

c) La doctrina que predomina netamente considera que el con-

(755) El Notario Antonio Arenas (*La Colación en el Código Civil*, en «*Revista Dr. Priv.*», t. II—marzo 1915—, pág. 75), ofrece el siguiente ejemplo: «Un padre, al que sobreviven sus hijos, dona en vida a un extraño nueve; a su fallecimiento quedan en su poder bienes que valen tres, sin deudas ni cargas; con forme al criterio que parece desprenderse de la letra de los artículos 1.035 y 818 y que defienden los citados comentaristas, resultará que, como el donatario no es heredero forzoso, no tendrá obligación de colacionar, y, por ende, que como la donación no es colacionable, no hay que agregar los nueve a los tres para fijar la legítima; pero como quiera que la donación es a todas luces inoficiosa, ¿cómo y en cuánto la hemos de reducir? Confesamos que nosotros no sabemos pasar de aquí, y que no se nos ocurre qué habría de hacerse, porque si el caudal hereditario es tres, uno será la cantidad de libre disposición, y entonces, ¿al donatario sobran ocho? No, porque quedaría uno libre de disposición en su poder y uno de libre disposición en la herencia, que ya son dos, y aunque así no fuera, tampoco sabemos lo que habría de hacerse con esos ocho que devolviera el donatario, porque si se suman a los dos que tenemos de legítima y mejora, hacemos subir estos dos tercios a 10 y sería un verdadero absurdo; lo mismo resulta cuando la donación no es inoficiosa: cantidad donada a extraño, uno; caudal relicto, nueve; tercio de libre disposición, tres; hay que respetar la donación íntegramente, y entonces los tres de libre disposición, ¿pueden invertirse, por ejemplo, en legados? Resultará que entre ellos y la donación suman cuatro, y los dos tercios de legítima y mejora sólo seis; se ve que resulta en uno y otro caso la imposibilidad de encontrar una regla que dentro del cumplimiento del precepto fundamental del artículo 636 sirva para reducir ni respetar las donaciones; los comentarios citados del señor MANRESA sosteniendo la doctrina opuesta, ponen también un ejemplo parecido a los nuestros; pero con todo el respeto debido a su autoridad indiscutible, nos hemos de permitir observar que no lo desarrollan hasta deducir todas las consecuencias.»

(756) *I. oc. cit.*, págs. 301, 303 y ss.

cepto de la colación es distinto y más amplio en el artículo 818 que en el 1.035, como han sostenido Navarro Amandi (757), Morell y Terry (758), Serrano Bernard (759), Oyuelos (760), De Buen (761), Clemente de Diego (762), Bonet (763), Fuenmayor (764), Royo Martínez (765), Abelaira (765 bis), Roca Sastre (766) y Lacruz Berdejo (767); o bien, por lo menos, que el artículo 1.035 es una aplicación singular del concepto más amplio de colación, que han identificado con la síntesis de los de computación, imputación y reducción, como han opinado Falcón (768), Pérez Arda (769), Maura (770), Otero Valentín (771), Arenas (772) y Felicísimo de Castro (773).

Pocos meses después de la promulgación del Código civil, ya Navarro Amandi (774) observó: «Reacionando el artículo 1.036 con el 818, resultará una dificultad práctica de importancia. En efecto, si para fijar la legítima, se tienen en cuenta todas las donaciones, incluso aquellas que el donante hubiese prohibido cola-

(757) RAFAEL NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil Reformado*. t. III, Madrid, 1890, art. 1.037, págs. 459 y ss.

(758) JOSÉ MORELL Y TERRY, *Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*, en *Rev. Gral de Leg y Jur.*, vol. 98, primer semestre 1901, págs. 288 a 307, y vol. 99 (segundo semestre 1901), págs. 320 a 330; y *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código civil*, en «*Rev. Gral. de Leg. y Jur.*», volumen 108 (primer semestre 1906), págs. 27 a 45 y 113 a 132.

(759) *Op. y loc. cit.*, págs. 385 a 390.

(760) RICARDO OYUELOS, *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, t. IV, Madrid, 1921, libro III, tit. III, cap. II, sec. V, núm. 17, pág. 42 y ss. y cap. VI, sec. I, núm. 2, pág. 335.

(761) DEMÓFILO DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil de Común y Capítan*, t. VIII, Madrid, 1928, págs. 340 y 423 y ss.

(762) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, t. III, Madrid, 1932, págs. 393 y ss.

(763) FRANCISCO BONET RAMÓN, t. II del *Derecho Civil Común y Foral, de DE BUEN y BONET*, Madrid, 1940, pág. 608.

(764) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, *Estirpe única y representación hereditaria* en «*Estudios jurídicos*», año II, octubre 1942, núm. IV, fasc. 2 de *Derecho Privado*, págs. 55 a 63.

(765) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio, mortis causa*. Sevilla, 1951, págs. 239 *in fine* y ss. y 355 y ss.

(765 bis) A. ABELAJRA LÓPEZ, *La fijación de la legítima en el Derecho español*, en «*Foro gallego*», núm. 57-58 (marzo-abril 1949), págs. 83 y ss., especialmente págs. 100 y 101.

(766) RAMÓN MARIA ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones*, de Theodor Kipp, vol. II, Barcelona, 1951, § 131, I, págs. 295 y ss.

(767) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones de Julius Binder*. Barcelona, 1953, § 33, pág. 306.

(768) MODESTO FALCÓN, *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral*, 5.ª ed., Barcelona, 1953, t. III, pág. 239.

(769) ENRIQUE PÉREZ ARDA, *El problema de la colación*. «*Rev. Gral. de Leg. y Jur.*», tomo 109, 2.º semestre 1966, págs. 217 a 226.

(770) *Op. vol. y dict. cit.*, págs. 33 a 45.

(771) JULIO OTERO Y VALENTÍN, *Anticipos de legítima*. Valladolid, 1914, páginas 113 y ss.

(772) *Loc. cit.*, págs. 75 a 77.

(773) *Derecho civil*. Madrid, 1928, t. II, págs. 361 y ss.

(774) *Loc. ult. cit.*

cionar y las hechas en favor del que renunció a la herencia, como unas y otras no son colacionables, conforme al artículo 1.036, se infringe el 818, según el cual para fijar la legítima no se toman en cuenta más que las donaciones colacionables, si, por el contrario, se prescinde de las donaciones no colacionables, se cumple rigurosamente el artículo 818, pero se infringe la regla de que nadie puede disponer en perjuicio de sus herederos forzosos en vida o en muerte, más que de la parte de libre disposición, ni en calidad de mejora, sino del tercio de todos sus bienes».

Su solución fué ésta: «Para que la legítima salga ileśa de la liquidación de la herencia, es preciso, no sólo tener en cuenta el valor de los bienes hereditarios, sino también todas las donaciones hechas a los herederos forzosos, háyanlas o no de colacionar, y además, las otras donaciones hechas a extraños, sean o no inoficiosas. Y esto creemos que habrá de practicarse, a pesar del texto del artículo 818, si no se quiere dejar abierta la puerta para la más categórica infracción de la ley y de los principios en que se inspira».

Esa incoherencia en el uso de la palabra *colación* fué explicada por Morell, en razón de que el Código civil aplica esta palabra en un doble sentido: «Los artículos 818 y 1.035 tratan de cosas distintas, por lo que no es raro que la palabra colacionar tenga diferente alcance en el uno que en el otro, sin que deje de emplearse en ambos con propiedad» (775). Hay un concepto de colación que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre, que recoge el artículo 818, y otro concepto especialísimo y estricto de colación, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente en las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículos 1.035 y sigs. (776).

No se alegue —previene Morell (777)— «que si todas las donaciones se han de agregar, sobra la palabra *colacionables* (del artículo 818), y aún sin ella se entendería mejor el precepto. No sobra porque deban agregarse lo mismo las donaciones a herederos forzosos que las donaciones a extraños, no se deduce que todas las donaciones, cualquiera que sea su naturaleza, objeto y fin, son agregables». Y, en prueba de ello, cita Morell varias donaciones que conceptúa no computables, de las que nos ocuparemos luego. Eso puede explicar perfectamente porque el § 2.º del artículo 818 dice «todas las donaciones colacionables» y no simplemente «todas las donaciones», como rezaba el § 2.º del artículo 648 del Proyecto de 1851.

Esta opinión de Morell ha sido aceptada por De Buen (778).

(775) R. G. L. J., vol. XCVIII, pág. 300.

(776) R. G. L. J., vol. CVIII, págs. 27 y ss.

(777) R. G. L. J., vol. XCIX, pág. 326 y págs. 423 in fine y ss.

(778) Op. y vol. cit., pág. 340.

De Diego (779), Fuenmayor (780), Royo (781), Roca Sastre (782) y Lacruz Berdejo (783).

Falcón, en cambio, partió de la unidad del concepto de colación, que estimaba equivalente al de computación o reunión ficticia para fijar la legítima y la parte libre, y del cual consideró que la regulación de los artículos 1.035 y sigs. es una aplicación concreta para la liquidación de legítimas y mejoras. Por eso, a su juicio, hay una «importantísima novedad que introduce el Código sobre este extremo. Hasta ahora la obligación de colacionar pesaba exclusivamente sobre los herederos legítimos. El Código hace ahora extensiva esa obligación a los extraños, mandándoles que se imputen en la parte de libre disposición las donaciones, y que se reduzcan en lo que fueren inoficiosas y excedan de esa parte» (784). Maura (785), Otero Valentín (786) y Felicísimo de Castro (787) parece que fueron en lo substancial de esa segunda opinión.

La argumentación básica para defender la computación unitaria, con el líquido relicto, tanto de lo donado a legitimarios, con o sin carácter colacionable, como de lo donado a extraños, así para calcular el tercio de legítima, como el de mejora y el de libre disposición, pueden centrarse en los dos siguientes:

1.º Los artículos 808 y 818 del Código civil deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la disponible como mejora y la de libre disposición, el segundo explica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas. Aquél señala una proporción, ésta el modo de calcular la base a la que hay que aplicar tal proporción. Por eso Morell (788), fijándose en que el artículo 808 dice que constituyen la legítima «*las dos terceras partes del haber hereditario*» y que «*la tercera parte restante será de libre disposición*», comenta: «Se ve también que entre una y otra porción integran el haber hereditario, sin que fuera de él haya otra legítima ni otra parte libre. ¿Cuál es el haber hereditario de los padres o de los hijos? ¿Es solamente el importe de los

(779) Op. y vol. cit., pág. 393.

(780) Loc. cit., págs. 60 y ss.

(781) Op. cit., pág. 355.

(782) Op. y vol. cit., pág. 296.

(783) Op. cit., pág. 306.

(784) Op. y vol. cit., pág. 239.

(785) Loc. y dict. cit., pág. 818, donde habla de los dos distintos oficios de la colación (es decir, no de dos especies de colación, sino de dos funciones de la colación), a saber: «medio de evitar que sean traspasados los límites legales del reparto entre herederos forzosos en la porción legítima de la herencia», y medio de preservar «el límite entre esta porción y la libre».

(786) Op. cit., pág. 113 in fine y ss., dice: «Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas en su caso, en el tercio libre o en el de mejora.»

(787) Op. y vol. cit., págs. 361 y ss.

(788) R. G. L. J., vol. XCIX, págs. 230 y ss.

bienes que conservan en su poder a su fallecimiento? Si lo fuera, ya lo he dicho antes, las donaciones nunca serán inoficiosas; pero los artículos 808 y 809 no declaran tal cosa: hablan en términos generales. Para ellos la herencia es la suma del activo del caudal, deducido del pasivo, y agregadas después las donaciones, porque hay un artículo en el Código, el artículo 818, que es el que establece la manera de formar esa masa o haber hereditario de los hijos o de los padres para fijar lo que es la legítima y lo que es la parte libre».

De esa proporcionalidad de cuotas en que se descompone la totalidad que juntas integran, deduce Maura (789) «la natural imposibilidad de separar y someter a diverso régimen la fijación o liquidación de la herencia forzosa y del tercio libre, consistiendo la legítima y también esa parte libre en partes *alícuotas* del haber hereditario, según el artículo 808, recíprocamente se definen en conexión insoluble: tanto monta fijar el tercio libre, como el de mejora o el de legítima rigurosa; no serían tales tercios en quebrantándose su igualdad. Esta se rompe contra los fundamentales preceptos, con el sistema de liquidar las legítimas sin haber tenido en cuenta las donaciones hechas a extraños y repartir por añadidura la inoficiosa demasía».

Por eso, como concluye De Buen (790): «las operaciones de valoración y aritméticas que en la citada disposición (*es decir, en el artículo 818*) se ordenan <para fijar la legítima>, sirven también para determinar la parte de libre disposición. Entre la parte de libre disposición y la legítima existe siempre una correlación (como revelan también los artículos 808 y 809 antes citados) que no se daría si se calculasen sobre una base distinta» (791).

2.º El artículo 818, § 2.º, debe interpretarse en relación con los siguientes artículos 819, 820 y 825, porque según expresó certeramente Serrano Bernard (792), «como imputar es atribuir, para hacerlo es menester suponerlas incluídas (*las donaciones a extraños*) en dicho tercio (*el de libre disposición*), sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida», y sería absurdo declarar que «están comprendidas en el tercio sin estarlo en el todo».

Siendo así, es lógico concluir con Royo Martínez (793), que: «A consecuencia de las referidas imputaciones resultará incrementada la cifra expresiva del valor de uno o varios de los apartados correspondientes: tercios de legítima estricta, de mejora y de libre disposición, si se trata de herencia con legitimarios descendien-

(789) Op. vol. y dict. cit., pág. 35.

(790) Op. y vol. cit., pág. 340.

(791) ARENAS, loc. cit., pág. 77—con la imprecisión de denominar colación a la computación—se inclina por entender que el extraño a quien el testador deje el tercio libre tiene derecho a que para su cálculo se agregue lo donado al hijo, aunque sea único.

(792) Op. cit., R. G. L. J., vol. CXXXII, pág. 386.

(793) Loc. cit., págs. 239 y ss.

tes legítimos...»). «Alteraciones que pueden dar lugar al correspondiente reajuste» (794).

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 1899, basándose precisamente en el artículo 819, entendió el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños también se colaciona para cálculo y salvaguardia de la legítima, cargándose a la cuota hereditaria de libre disposición (795). En la de 16 de ju-

(794) Observemos que ROYO MARTÍNEZ, pág. 240, divide simétricamente el haber relicto líquido en tres partes iguales (como SÁNCHEZ ROMÁN y como MANRESA) y que va agregando las donaciones a cada uno de esos tercios según corresponda a su destino. Ello puede dar lugar a un nuevo reajuste, hecha la agregación; si no se mantiene la proporción entre los valores de las respectivas cuotas. Esa forma de computación supone un cálculo de las cuotas relictas, una agregación posterior de lo donado a sus respectivas cuentas, y una nueva comparación y reajuste en su caso de los resultados de esas agregaciones. Ahora bien, ese reajuste, ¿se limita al caso de que las porciones destinadas a mejora o de libre disposición sean las que arrojen exceso de valor con respecto a la de legítima?, o bien, ¿debe tener lugar incluso cuando la desproporción inclina su exceso a favor de la legítima? Royo no habla de esa última posibilidad.

Lo cierto es que si sólo acepta el primer reajuste el resultado obtenido computado con su sistema, diferirá de la computación que se realice formando una masa única con lo relicto y lo donado. Un ejemplo aclarará lo que decimos:

El caudal relicto suma 300 y lo donado otros 300; de esas donaciones, un valor de 150 se ha otorgado con carácter imputable a la legítima, no como mejora, y 50 a una entidad benéfica, con cargo a la parte libre. El testador legó la porción disponible de su haber a su esposa y designó herederos a sus hijos por partes iguales.

Formando una sola masa de *relictum* y *donatum* obtendremos este resultado: masa de cálculo = 600; tercio de legítima estricta, 200, a cuya cuenta se imputarán los 150 donados; tercio de mejora, 200, al que se imputarán la mejora efectiva de 100, y quedarán otros 100 que se acumularán a la legítima; tercio libre 200, de los que, deducido lo donado a la entidad benéfica, el resto, o sea 150, corresponderán a la viuda del causante.

Contabilizadas las cuotas únicamente con relación a lo relicto y agregando a cada una de ellas las donaciones que respectivamente deben imputárseles (de acuerdo con el gráfico que publica de Royo), resultará: Porción de legítima estricta: $100 + 150 = 250$; porción de mejora $100 + 100 = 200$, de las que sólo 100 serán mejora efectiva y las otras 100 engrosarán la legítima; porción libre $100 + 50 = 150$, de las que, deducido lo donado al ente benéfico, quedarán 100 para la viuda. Si se estima que mientras no haya lesión de ninguna legítima no es necesario equilibrar las tres porciones, se mantendrá ese mismo resultado que no difiere del que se lograría con la tesis de SÁNCHEZ ROMÁN.

Claro que esta segunda solución pugna con el primer argumento esgrimido en el texto a favor de la tesis de cuya defensa fué adalid MORELL. Es decir, choca contra la igualdad de las tres porciones: legítima estricta, destinada a mejora y de libre disposición. Por ello, creemos que si no resulta que fué otra la voluntad del causante (debidamente interpretada), debe verificarse la computación unitaria sobre la suma del líquido relicto y de lo donado, idealmente acumulado.

(795) Dice así uno de los Considerandos de esta sentencia de 4 de mayo de 1889: «El derecho de los herederos forzosos a que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable a la cuota hereditaria de libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo a personas extrañas, expresamente declarado en los artículos 818 y 819, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior, puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, o sea las hechas con perjuicio de la legítima debida a los herederos forzosos, que había de quedar a salvo aún para después de la muerte de la donante, preciso era computar

nio de 1902, apoyándose en el artículo 1.036, distingue la colación a que se refiere el artículo 1.035 y la colación de las demás donaciones, que también deben incluirse en el inventario o cuerpo general de bienes, para imputarlas donde corresponda (796). Pero esta segunda Sentencia, a la que corresponden en la Doctrina las opiniones de Falcón, Pérez Arda, Maura y Otero Valentín, involucra en sus considerandos —aunque sin repercusión directa en el fallo— la colación propiamente dicha con la imputación a las legítimas y asigna el sentido lato de la palabra colación a la imputación verificada a las cuotas disponibles.

En cambio, no puede oponerse objeción alguna a los párrafos de la Memoria Anual del Tribunal Supremo de 1902, en los que certeramente se determina la distinta esfera de acción de los artículos 818 y 1.035, en los términos que a continuación transcribimos:

«Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos: y por esto es por lo que, sin determinarlos bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno el de aportación a la masa hereditaria de lo que el here-

el importe de lo donado, cargándole a la cuota hereditaria de libre disposición, para que a su vez quedara a salvo la cuota destinada a legítima; siguiéndose de ello que la circunstancia de haberse fundado y dotado por la causante el Asilo de la Santa Espina, bajo el imperio de la antigua legislación, no se opone a que el valor de esa liberalidad se colacione a su herencia, y que al estimar lo contrario se infringe el nominado artículo 819, cuya disposición es aplicable al caso presente, conforme a lo dispuesto en la duodécima de las disposiciones transitorias del Código civil.»

(796) He ahí de la doctrina de la Sentencia de 16 de junio de 1902 que ahora nos interesa examinar:

«Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa, para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas, en su caso, en el tercio libre o en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de la libertad de testar condicionado por las legítimas.»

«Empleada la palabra colación por el artículo 1.035 del Código civil en el primer sentido, según su texto mismo lo revela, de acuerdo con el origen histórico y fundamento filosófico de esta institución, que consiste en mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos, es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiere, salvo el caso de inoficiosidad; lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima; pero no que se prescindiera de ellas en el Inventario o Cuerpo General de Hacienda para imputarlas donde corresponda, no sólo por la consideración expuesta, sino también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades; a la manera que no se omiten, sin duda alguna, cuando al hacerlas el causante por contrato o por acto de última voluntad indica expresamente su propósito de mejorar, a tenor de los artículos 825 y 828, no obstante determinarse en el 1.037, que no se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, siempre bajo la reserva del respeto debido a la legítima.»

dero forzoso haya recibido en vida del testador o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de la integridad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1.035 y 1.037? ¿Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?» «No; no es posible salvar el mencionado principio sin traer á la cuenta de las particiones todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición».

Con lo expuesto, sobran elementos de juicio para opinar y razones para apoyar la tesis de Morell, De Buen, Clemente de Diego, Roca Sastre, Lacruz Berdejo, etc., que recogen el criterio que García Goyena hizo triunfar en el artículo 648, § 2.º del Proyecto del Código civil de 1851, y, en sus resultados, siguen las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerve de Ayora y Llamas y Molina. Ahora bien, el estudio que anteriormente hemos realizado para captar la interpretación de la ley 25 de Toro, según los autores clásicos castellanos, puede ofrecernos más amplios horizontes y una más elevada visión del tema que ahora se discute.

El criterio interpretativo de la ley de Toro, que hemos juzgado más racional y que seguramente reunió el mayor número de opiniones favorables entre los autores de los siglos XVI y XVII —Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, Valázquez de Avendaño— y que todavía late en la obra de Febrero, hasta sus últimas ediciones revisadas en el siglo pasado, fué aquél según el cual se estimó que la ley 25 de Toro no se hallaba en el ámbito de la potestad del causante —como limitación suya—, sino en el de su presunta voluntad. De ese modo, vimos que podían coexistir dos masas de cálculo tanto del tercio y como del quinto. La masa *de cálculo posible* y la *del cálculo que, por presunción legal, se entendió que correspondía a la voluntad concreta del causante, si éste no expresó otra cosa*. La masa de cálculo posible se determinaba computando junto al líquido relicto la totalidad de lo donado (exceptuadas las liberalidades objetivamente no computables). La masa de cálculo a la que se presumía que el causante se refería al disponer cuotativamente del tercio o del quinto, si el propio causante no desmentía dicha presunción no comprendía las dotes y donaciones que hubieran salido de su patrimonio antes de ser efectiva la atribución del tercio o del quinto.

Con la promulgación del Código civil quedó derogada formal y sustantivamente la ley 25 de Toro, tanto en cuanto a su texto como a su contenido. Ha desaparecido, por tanto, la presunción establecida en ella para la determinación de la masa de cálculo de las atribuciones de cuota hechas por el testador como mejora o a

favor de extraños. Pero el problema de la interpretación de su voluntad real queda en pie, en su exacto medio, sin el influjo de presunción *iuris tantum* alguna (797).

Por lo tanto, el *tercio de mejora* y el *tercio de libre disposición*, lo mismo que el de legítima estricta, abarcan la tercera parte de la suma del líquido y lo donado por el causante, *pero la mejora de un tercio o el legado del de libre disposición* pueden ser referidos por el causante exclusivamente al líquido relicto (798).

La interpretación no siempre será fácil, y creemos que en caso de duda, no habiéndose recogido en el Código la doctrina de la ley 25 de Toro, deberá tomarse como masa de cálculo la total suma de lo relicto y lo donado. La principal dificultad interpretativa depende, sin duda, de la imprecisión terminológica con que se usan ciertas expresiones, como «el tercio de mis bienes», «la tercera parte de mi herencia», etc. No obstante, hay casos que, a nuestro juicio, son claros; v. gr.: cuando el testador dispone «*que deja la tercera (o la enésima) parte de los bienes que tenga a su fallecimiento*» es evidente que sólo se refiere al tercio de su caudal relicto líquido; mientras que si dispone de «*toda la parte de libre disposición*» (y casi siempre cuando alude genéricamente al tercio de libre disposición) se refiere a la totalidad de su cómputo posible, es decir, a la masa base formada con la suma del líquido relicto y de todas las donaciones realizadas por el causante.

B) *Liberalidades no computables.*

Hemos visto que por razón del sujeto beneficiario de la donación —es decir, del donatario— todas las donaciones son computables para calcular cualesquiera de las cuotas del haber partible. Ahora se trata de ver si por razón de su objeto o su fin también son computables todas las donaciones. El Derecho histórico, en este terreno, nos ha relatado las interesantes polémicas de los autores respecto la computación o no de lo donado *minutatim* y de

(797) NAVARRO AMANDA, op. y vol. cit., art. 825, pág. 323, al año siguiente de la promulgación del Código civil, planteó esta cuestión: «Podrá pretenderse que pues el testador le mejoró en el tercio de sus bienes, aludió a los que él tenía y poseía en la época de su fallecimiento, es decir, no a los noventa que formaba el caudal hereditario con la colación, sino a los setenta únicos que poseía el testador, pues los veinte salieron de su propiedad en virtud de la donación.»

(798) En estos supuestos la computación presentará dos facetas: la primera tendrá por fin fijar, en principio, el importe del legado de cuota hecho con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición, con referencia exclusivamente al caudal relicto líquido. La segunda, que presentará un carácter corrector o rectificador, supondrá la agregación a cada tercio del haber relicto de las donaciones que a su correspondiente porción deban imputarse (conforme la explicación gráficamente expuesta por ROYO, anteriormente comentada), y si lo dispuesto a favor a extraños, por donación o por legado, excede de un tercio del total, o lo dispuesto en igual forma a favor de alguno o algunos de los hijos excede del tercio de mejora, de la parte no dispuesta del de libre disposición y de la legítima individual del beneficiado, deberá procederse a la reducción, primero de las disposiciones *mortis causa*, y después de las donaciones *inter vivos*, en la forma determinada por el artículo 820 C. c.

las donaciones remuneratorias, así como la determinación del carácter no computable de lo gastado por el padre en concepto de alimentos de sus hijos y por gastos de educación y carrera de éstos si hubiese sido proporcionado a la posición de la familia.

Después del Código civil, y dada la confusión con que el Código civil entrecruza la computación, o reunión ficticia, y la colación, no aparece clara la determinación de las donaciones no computables.

Según Morell (799), no lo son las donaciones *mortis causa*, las con causa onerosa ni las remuneratorias en lo que compensen el gravamen o servicio, las donaciones de frutos, rentas o intereses, ni lo dado en alimentos a los herederos forzosos, aprendizaje, curación de enfermedades, etc.

Fuenmayor (800) ha discrepado ligerísimamente de la anterior opinión, en cuanto cree que «el Código para nada distingue entre bienes y frutos, intereses y rentas y sería absurdo que debiera contarse en la masa hereditaria la donación que comprendiese una pequeña parte del patrimonio y se dispensara de la reunión ficticia a la donación cuantiosa realizada con intereses o rentas». Y, además, entiende que los gastos que el padre hubiese hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística, «no se agregarán a la masa si el padre nada dispuso, pero que deberán tomarse en cuenta si así fuera su voluntad».

Para Roca Sastre (801) «una interpretación adecuada del artículo 818, apartado 2, permite excluir (del cómputo de las legítimas) el importe de los gastos a que se refiere el artículo 1.041».

Y, en opinión de Lacruz Berdejo (802), no serán objeto de reunión «los regalos de uso, los gastos señalados en los artículos 1.041 y —pese a la doctrina dominante— 1.042, lo pagado para cumplir un deber moral o social (art. 1.091 C. c.), etc.», y «son parcialmente reunibles—en igual cuantía que son colacionables— las donaciones remuneratorias y *sub modo*».

Creemos que la cuestión merece ser estudiada más detenidamente, discriminando las distintas liberalidades que respecto su computación suscitan dudas.

a) *Donaciones remuneratorias*.—La naturaleza atribuida a esas donaciones dogmáticamente es decisiva para los autores a efectos de determinar la cuestión que tratamos (803). Hemos visto

(799) R. G. L. J., vol. XCIX, pág. 326.

(800) Loc. últ. cit., págs. LXII y ss., notas 112 y 106

(801) Op. y vol. cit., § 136, 1.º, pág. 346.

(802) Op. cit., § 33, pág. 306.

(803) Sobre la naturaleza de la donación remuneratoria, son especialmente interesantes en la doctrina española los siguientes trabajos: EDUARDO LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. III, págs. 9 y ss.; RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *Pago de lo indebido sin error*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 179, primer semestre 1936, pág. 151 y ss.; y RAMÓN ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, «Rev. Dr. Priv.», vol. XXXI, noviembre 1947, páginas 823 y ss.

que entre los clásicos castellanos Palacios Ruvios, Segura, Diego Castillo y el jesuíta Luis de Molina, las excluyen de computación; Covarrubias las computaba para imputarlas a quinto y tercio; mientras que García Saavedra, por considerarlas entre las *ob causam*, las juzgó incluidas en la ley 29 de Toro, es decir, colacionables, por lo que de no haber lugar a la colación puede colegirse que las estimaría computables, e imputables sucesivamente a la legítima quinto y tercio, de haberse hecho a favor de descendientes, o sólo al quinto, si se otorgaron a extraños. También se ha visto que Morató, ya en el siglo pasado, señaló que no eran computables en la cuantía del servicio remunerado.

El Código civil, en su artículo 622 —siguiendo al parecer esta última opinión—, determina que se regirán «las (*donaciones*) remuneratorias por las disposiciones del presente título («*De la donación*») en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». La poco feliz expresión del precepto —ya que no puede hablarse de *gravamen impuesto* en la donación remuneratoria ha dado lugar a las más diversas interpretaciones (804).

Manresa (805) y López Palop (806) han sido de los pocos autores que han defendido la posición del legislador. Roca Sastre (807) aun criticándola, la reconoce de ineludible vigencia. Aplicándola la donación remuneratoria será computable en cuanto exceda del valor del servicio remunerado. Otros autores, en cambio, creen unitariamente aplicables las normas de los contratos (808) o de las donaciones (809).

(804) Incluso algunos autores han estimado que el artículo 822 contiene un error material. Así ISÁBAL, *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, t. XII, Barcelona, 1910, págs. 638; JOSÉ ALGUER y BLAS PÉREZ, notas al *Derecho de Obligaciones*, de «Enneccerus», vol. II, Barcelona, 1944, § 124, pág. 129, creen que sobran las palabras *las remuneratorias*, de modo que el artículo 622 se referiría exclusivamente a las donaciones onerosas. MANUEL AMORÓS GOZÁLBEZ, *La donación remuneratoria y las con carga en el Código civil*, en «Curso de Conferencias 1945», en el Colegio Notarial de Valencia, págs. 200 y ss., opina que en dicho precepto se han invertido equivocadamente los términos correspondiendo a la donación onerosa, lo que se dice para las remuneratorias y viceversa.

(805) Op. cit. vol. V, 6.ª ed., Madrid, 1932, págs. 88 y ss.

(806) Loc. cit. pág. 57 in fine y ss., especialmente.

(807) Cree, loc. ult. cit., pág. 841, que la disección de una parte onerosa y otra liberal es inaceptable en la donación remuneratoria cuando los servicios prestados reúnan la doble condición de ser inestimables y exentos de toda idea de profesionalidad. No obstante, pág. 842, reconoce que el artículo 622 es totalmente explícito.

Por lo que se refiere a las legislaciones forales estima ROCA que la remuneratoria «es donación y que se rige por las reglas de la donación ordinaria, salvo en los casos específicos en que la condición de remuneratoria imprima una norma especial», y entre esas normas especiales sitúa las de la reducción que no cree aplicables a esa donación (págs. 843 y ss.). Pero, ¿quiere decir con esto solamente que no son reducibles? ¿Presupone también su no computación?

(808) Ver AMORÓS, loc. cit., págs. 223 y ss., que afirma, algo confusamente, «porque el acto es regulable para el donante por las normas de lo oneroso, y porque la acción procede contra el donatario, y para éste el acto es lucrativo, no debe ser aplicable dicha limitación (la prohibición del art. 636), sino sólo las

Puede plantearse separadamente si la donación remuneratoria es computable total o parcialmente o no lo es en absoluto, si es imputable, reducible y colacionable. Si no se la considera computable tampoco será imputable ni reducible. Pero puede estimarse computable y no reducible, de modo que sirva contablemente para calcular el montante de las legítimas, pero sin sufrir reducción en caso alguno.

A juicio nuestro, con el artículo 622 en la mano, a pesar de su defectuosa redacción y de sus deficiencias técnicas, la tesis de Manresa y López Palop es la más ajustada al texto legal. Como han dicho Morell, Fuenmayor y Lacruz, el plus valor donado debe ser computado. Claro que, tratándose de servicios no profesionales ni valorables, la aplicación práctica de esa solución será casi imposible. En todo caso, corresponderá al legitimario reclamante probar el plus valor que la donación tuvo con respecto al servicio remunerado, ya que sólo en cuanto a ese exceso se las somete a las normas del Título de las donaciones.

b) *Donaciones onerosas y modales*.—El artículo 622 del Código civil comienza afirmando que: «Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos.» Esta regla fué aceptada sin distingos ni salvedades por Manresa (810). Pero la mayor parte de la doctrina —Scaevola (811), Isábal (812), Blas Pérez y José Alguer (813), López Palop (814), Amorós (815)— cree que sólo es aplicable a las donaciones impropias que impongan un gravamen equivalente al valor donado, pero que en los casos en que el valor de lo donado exceda del que tenga la carga o el modo impuesto, deben aplicarse a dicho exceso las reglas de las donaciones. Castán (816), sigue este último criterio, pero limitándolo a las aplicaciones que permitan el indicado desdoblamiento de la parte lucrativa y la parte onerosa del acto.

Aceptando esa común interpretación de la doctrina no cabe duda de que las donaciones onerosas y las *sub modo* únicamente son computables en lo que exceda su valor del gravamen o *modus* impuesto.

aplicables a las donaciones onerosas: las derivadas del régimen de legítimas..., las que puedan afectar a los acreedores por fraude...»

(809) ISÁBAL, loc. cit., págs. 646 y ss.; CASTÁN, op. cit., t. II, pág. 26 y PÉREZ y ALGUER, op. vol., y § últ. cit., pág. 129; MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., volumen XI, II, 5.ª ed. revisada por Ortega Lorca. Madrid, 1943 págs. 595 y ss.

En la última edición de su obra, 7.ª ed., t. IV, Madrid, 1952, pág. 209, se inclina CASTÁN por aceptar la diferenciación, cuando sea posible el desdoblamiento de la parte gratuita y la onerosa, y por aplicar en lo demás las reglas de las donaciones puras.

(810) Op. y vol. últ. cits., pág. 88.

(811) Op. y vol. últ. cits., págs. 592 y ss.

(812) Loc. cit., págs. 638 y ss.

(813) Op. vol. y § cits., pág. 129.

(814) Loc. cit., pág. 57.

(815) Loc. cit., pág. 231.

(816) Op. cit., 7.ª ed., vol. cit., págs. 212 y ss.

c) *Donaciones usuales*.—Al estudiar la doctrina de los clásicos castellanos nos referimos a la discusión sostenida acerca de la computación con imputación al quinto o de la absoluta no computación de las donaciones módicas. Hoy la cuestión parece centrada en si es posible que la donación de que se trate pueda catalogarse entre «los regalos de costumbre», a que se refiere el artículo 1.041 *in fine*. La determinación de ese carácter es indudablemente una cuestión de hecho, a resolver en cada caso por los Tribunales de Justicia en atención a diversas circunstancias, como son la posición económica y social del donante, la ocasión del regalo, los vínculos personales con el donatario, el valor de lo donado, etc. (817). Entre los regalos usuales, además de los de santo, aniversario, etc., pueden comprenderse las limosnas, donativos y propinas, que por su cuantía y ocasión puedan reputarse como usuales.

d) *Donaciones de frutos, rentas o intereses*.—Acabamos de ver cómo, en este punto, son discrepantes las opiniones de Morell y de Fuenmayor. En realidad, el Código sólo ofrece base para que no se computen las donaciones hechas o no con frutos, rentas o intereses cuando, además, reúnan el carácter de donación usual.

e) *Gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario*.—Están comprendidas en el artículo 1.041 del C. c., juntamente con los regalos usuales. Tradicionalmente han sido considerados siempre como no computables, pero el Código civil alude únicamente a su condición de no colacionables. Ahora bien, la confusión reinante en el Código, dadas las dos acepciones de la palabra colación que el artículo 1.035 refleja, y la mezcolanza en el capítulo VI del título III, libro III de preceptos aplicables a una y otra institución (v. gr., el art. 1.044 se refiere especialmente a la reducción por inoficiosidad), pueden justificar que los gastos y regalos a que se refiere el artículo 1.041, no sólo se entiendan exentos de colación, propiamente dicha, sino que, además, no se estimen computables para el cálculo de la legítima. Confirma indudablemente esta tesis la interpretación histórica del precepto, a través de la doctrina que antes quedó expuesta.

f) *Gastos que el padre hubiera hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística rebajando lo que éstos habrían gastado viviendo en caso y compañía de sus padres*.—Entienden De Buen (818), Fuenmayor (819) y Lacruz (820) que no deben compu-

(817) Recordemos la juiciosa acotación de AYERVE DE AYORA (ver supra nota 241): «Si las dichas donaciones no fueran muy menudas ni muy necesarias, sino que honestamente pudiera pasar el padre y madre sin darlas, porque su hacienda ni qualidad le obligaban a ellas: en tal caso... se le descuenta al padre del quinto, y saquen del.»

Igualmente podrá exigirse la computación de esas donaciones cuando el padre las hubiera verificado con intención fraudulenta. Como dijo ANGULO (ver supra nota 243), *ita, ut nec donatio inmodica sit, vel ad finem defraudandi fiat.*

(818) Notas citadas a la obra de COLÍN y CAPITANT, vol. cit., pág. 426, don-

tarse, por aplicación del artículo 1.042 C. c., a no ser que el padre no haya ordenado su computación o su colación. Tesis que coincide con la que fué opinión de Febrero, Morató, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán.

Sin embargo, la letra del artículo 1.042 no favorece esa interpretación, ya que dispone que se lleven a la masa *cuando perjudiquen a la legítima*. Si pueden perjudicar a la legítima es que deben computarse idealmente para calcularla. Y para saber si la perjudican, sin duda, han de contabilizarse para su cálculo. La palabra colación parece, pues, tener, para ese supuesto, en el artículo 1.042, la significación de llevar a partición o sufrir reducción en el exceso inoficioso, lo cual, como hemos dicho, presupone su total cómputo a efectos contables.

Según dijo Calderón Neira (821), la regla del artículo 1.042 se descompone en otras tres: una que dispone su computación y otras dos de imputación: fuera de la vocación hereditaria del hijo, como regla general, y a su legítima, si el padre lo ordenara o si su computación fuera de la vocación hereditaria perjudicara la legítima de las demás (claro que, en este caso, si aún imputando el exceso a la legítima del beneficiario hubiera perjuicio para los otros legitimarios, la regla no será sólo de mera imputación, sino de devolución material o reducción).

A juicio nuestro, los gastos hechos para dar carrera a los hijos, si el padre nada hubiere dispuesto al respecto, sólo pueden entenderse excusados de computación cuando, atendiendo al nivel económico y social de la familia en cuestión, quepa incluirlos entre los gastos normales de educación de los hijos y, por lo tanto, comprendidos en el artículo 1.041.

g) *Capital y primas de los seguros a favor de tercero concertado por el causante sobre su propia vida*.—El artículo 428 del Código de comercio dispone: «Las cantidades que el asegurado deba entregar a la persona asegurada en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquiera clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla.»

de declara: «También nos parece aplicable ese artículo (el 1.042) a las dos clases de colación.»

(819) Loc. últ. cit., pág. 62, nota 106.

(820) Op. cit., § 33, pág. 306.

(821) MANUEL CALDERÓN NEIRA, *La colación en el Código civil*, en R. G. J., CXI, 2.º semestre 1907, pág. 134, descompone así «la regla tan mal formulada»—según dice—del art. 1.042: «Los gastos hechos para dar a los hijos una carrera profesional o artística, descontando lo que el hijo hubiere gastado en casa de sus padres, se considera como una donación al efecto de agregarlos a la masa y regular las legítimas. Esta es una regla sobre formación de la masa. Esos gastos se imputan al tercio de libre disposición y fuera de la vocación hereditaria del hijo. Esa es una regla más sobre imputación. No obstante, si el padre lo dispusiera o perjudicaren a la legítima, se imputarán en la vocación hereditaria del hijo. Otra regla de imputación.»

Esta norma presupone claramente la no computación del capital percibido por el beneficiario, a pesar de los esfuerzos que para probar lo contrario han realizado Martínez de la Puente (822) y Calvo Soriano (823), en su intento de demostrar que el artículo 428 del C. c. tiene la finalidad exclusiva de liberar de toda responsabilidad a la compañía aseguradora frente a los legitimarios y a los acreedores del asegurado por la entrega del capital al beneficiario de la póliza.

En cambio, puede perfectamente defenderse la computación de las primas pagadas hasta el límite máximo del importe del capital (824). Esta tesis, que es la más armónica con relación al Derecho comparado (825), la defendimos en otra ocasión (826) e igual opinión ha sido sostenida por Nart (827) y Roca Sastre (828). El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1944, ha aplicado ese mismo criterio de computar las primas pagadas para calcular el haber de la sociedad conyugal y, por lo tanto, para

(822) JULIO MARTÍNEZ DE LA PUENTE. *La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. VIII, págs. 272 y ss.

(823) ALVARO CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia. F) Algo a propósito de la estipulación a favor de tercero y del seguro de vida para caso de muerte*, en «Rev. Dr. Priv.», t. XXXV, mayo, 1952, págs. 377 y ss.

(824) Este límite máximo de la computación de las primas—especialmente reconocido en Derecho francés—se apoya en la idea del correlativo empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario, que presupone toda donación, por lo menos a efectos de la aplicación a las mismas de las limitaciones legales. Pueden prestar apoyo a esa interpretación, como argumento interpretativo histórico, las leyes 5 y 6, especialmente, del tit. XI de la Cuarta Partida.

(825) He ahí las soluciones más importantes que ofrece el Derecho comparado:

En Francia, conforme la ley de 13 de julio de 1930, no se computa el capital ni las primas, a no ser que éstas fuesen manifiestamente exageradas en relación a las posibilidades del causante, pero aún en este caso, la computación de las primas tiene como límite máximo el importe del capital percibido por el beneficiario.

En Italia, conforme al artículo 1.923 del nuevo Código, tampoco se computa el capital percibido por el beneficiario, pero sí las primas pagadas por el causante.

En Alemania, según explica KIPP, op. y vol. cit., § 136. II, pág. 339, nota 4, en relación a la pretensión de complemento de legítima sólo debe computarse el importe de las primas pagadas.

Y el artículo 476 del Código suizo solamente considera computable el valor de rescate que tenía el seguro en la fecha de la defunción del asegurado. Es decir, el valor correspondiente a las reservas (formadas con parte del importe de cada prima, de la que es deducida la cantidad correspondiente al riesgo superado) acumuladas, menos un tanto por ciento de deducción variable, según las circunstancias.

(826) *La donación «mortis causa» en el Código civil. Las donaciones «mortis causa» indirectas en el Derecho civil y en el mercantil*, núm. 5, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. V, págs. 811 y ss.

(827) IGNACIO NART FERNÁNDEZ, *Notas sobre los contratos a favor de tercero*, 6), *Del seguro de vida con tercero beneficiario*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. V, págs. 460 y ss.

(828) *Notas a KIPP*, vol. cit., § 136. II, pág. 346.

graduar los derechos de los legitimarios del cónyuge premuerto (829).

Como habíamos comentado (830) «hay una *imputación* a los efectos del cálculo del haber ganancial. Hecha esta operación de pura contabilidad debe hacerse otra de igual naturaleza: la de imputar, conforme al artículo 819, la mitad de primas pagadas en el tercio de libre disposición del cónyuge premuerto (del estipulante en general) y sólo, en cuanto sobrepase el valor de dicho tercio, el cónyuge que sobreviva (el beneficiario en términos generales) deberá satisfacer a los legitimarios del premuerto» (es decir, del estipulante).

No obstante, creemos que ni siquiera deberán computarse las primas satisfechas cuando se pueda considerarlas comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión, jurídicos o meramente morales, debido a su modicidad o por razón de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante.

Con criterio aun más restrictivo, Riera Aisa (831) había estimado computables las primas «únicamente cuando éstas representen una vulneración de los derechos que merezcan ser reconocidos, no como regla general».

Roca Sastre (832) estima aceptable el criterio francés de distinguir si es o no excesivo el importe de las primas pagadas, atendida la potencialidad económica del estipulante, y a su procedencia de las rentas o del capital de éste, que cree adaptable al significado en que el artículo 818 emplea al concepto *colacionable* y añade que, por supuesto, el «derecho de los legitimarios cede ante un seguro de vida respecto de cuyo beneficiario cubre o desempeña una función de garantía de un crédito propio de éste» (esos evidente, pues, en este caso, el seguro de vida con tercero beneficiario no supone una donación indirecta a favor de éste, sino una forma de pago de una deuda).

(829) Dice así uno de los considerandos de esta sentencia: «Que las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación para que el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto que estén legitimados para la impugnación tomen la parte que en Derecho les corresponda evitando así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que, en definitiva, por medios indirectos, como el del seguro de vida o el de renta vitalicia, se tradujera en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la Ley y lesionando el derecho de legitimarios y acreedores.»

(830) *Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia*, en «La Notaría» (cuarto trimestre 1946), pág. 391.

(831) LUIS RIERA AISA, *El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares sucesorias y obligaciones del que lo contrató*, en «Anales de la Ac. Mat. del Not.», t. VII, pág. 314.

(832) Loc. ult. cit.

C) *Momento en que debe realizarse la computación y al que debe referirse la valoración del caudal relicto y de lo donado.*

De los artículos 654 y 818 del Código civil resulta claramente:

1.º Que la oficiosidad de lo donado se juzga con referencia a la fecha del fallecimiento del causante.

2.º Que, igualmente, la valoración del haber relicto se refiere a esa fecha.

3.º Y que lo donado se computa con arreglo a su valor en el día de otorgarse la donación.

El Código civil ha modificado y simplificado, por tanto, el régimen anterior y aceptado la regla general establecida en los artículos 648 y 954 del Proyecto de 1851, pero sin las excepciones que en el mismo eran admitidas.

Queda fuera de duda que para juzgar la oficiosidad o la inoficiosidad de las donaciones se atiende siempre al montante del haber relicto y no al del activo que tenía el donante al otorgar la donación, y que al valor del haber relicto, a dicho fin, se agrega contablemente el importe de lo donado. En cambio, en relación a la valoración de lo donado a efectos de su computación, resulta dudoso si la valoración referida a la fecha de la donación se concreta en una cifra pecuniaria, fijada en su valor nominal, o bien en una cifra de valor efectivo, traducible el día de la computación a la cantidad de dinero que en la fecha del fallecimiento del causante corresponda al valor efectivo determinado con referencia a la fecha de la donación.

Para mejor comprender la cuestión enunciada, debemos distinguir las tres posibles causas determinantes de la diferencia del valor, nominalmente fijada en papel moneda, que puede mediar entre el día de la donación y la fecha de causarse la sucesión. Son estas:

1.ª Aumentos de valor debidos a industria o capital del donatario y disminuciones imputables al mismo por dolo o culpa.

2.ª Aumentos o disminuciones ajenas a la conducta del donatario, debidas a la revalorización o desvalorización efectiva de la cosa por causas exteriores (v. gr.: crecimiento o decadencia de una ciudad, nuevo trazado de una vía de comunicación, etc.), o al caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero (v. gr.: mutación de cauce, accesión verificada por tercera persona).

3.ª Aumentos o disminuciones ficticias de valor, debidas exclusivamente a la oscilación del valor de la moneda oficial. Supuesto en el cual no cambia el valor efectivo de la cosa, pero varía su determinación pecuniaria, es decir, su valor nominal.

Los sistemas que respectivamente determinan el valor de lo donado en la fecha de la donación o en la del fallecimiento del causante, coinciden en el mismo resultado práctico, es decir, en su valoración, gracias a las correcciones aplicadas al segundo pro-

cedimiento en el caso de haber habido mejoras, deterioros o pérdida debidos o imputables al donatario. En efecto: en el sistema romano, o de valoración al día del fallecimiento del donante, debían abonarse a la cuenta del donatario el valor de las mejoras que éste hubiera realizado en la cosa donada y cargársele en contra el importe de los deterioros o pérdida culpable.

En cambio, la disparidad entre ambos criterios resulta evidente tratándose de aumentos, deterioros o pérdida no debidos ni imputables al donatario y efectivamente producidos en la cosa donada en el período comprendido entre las fechas de la donación y de la sucesión. En el sistema romano los riesgos favorables o adversos repercuten en la masa partible. En la reglamentación del Código civil es únicamente el donatario quien se beneficia o perjudica con dichos aumentos o disminuciones.

¿Sucederá lo mismo con respecto al falso *plus valor* o al *minus valor* debidos a alteraciones del valor de la moneda en curso? He ahí una cuestión que no puede asegurarse que se halle resuelta en el Código civil.

El mismo problema—como veremos—se plantea en materia de colación propiamente dicha. Con la diferencia—también observada—de que en la colación el donante, que puede dispensarla (artículo 1.036), también ha de poder predeterminedar el valor por el cual debe ser colacionado lo donado. Predeterminación que no cabe en la computación para calcular las legítimas (833), ya que el importe de éstas no depende de la voluntad del causante, puesto que la ley lo impone imperativamente (834).

(833) La sentencia de 4 de julio de 1908 emplea la palabra colación impropia-mente, aplicándola a la computación e imputación. Es decir, que su llamada a los arts. 1.035 y 1.045 del C. c. sólo puede referirse a lo que el primero llama impropia-mente colación para cálculo de legítimas, esto es a la computación, a la que el segundo artículo también es aplicable, pero no a la colación propiamente dicha ni a su realización por toma de menos. En el pleito que dió lugar a dicho fallo se discutía si la imputación debía hacerse al tercio de mejora o al de legítima (amén de su revocabilidad como mejora) en una constitución de dote en la que se valoraron por ambas partes las fincas entregadas en tal concepto. En cambio, no se planteó cuestión alguna relativa a la colación propiamente dicha. Por ello es evidente que debe entenderse referida a la computación la declaración de uno de los considerando de esta sentencia al expresar que «la valoración que de común acuerdo hicieron los donantes de las fincas adjudicadas en dote no tiene eficacia alguna en perjuicio de los demás herederos, dado el sentido y finalidad de los artículos 1.035 y 1.045 del Código».

(834) Creemos inexacta la afirmación de FUENMAYOR (op. y loc. últ. cit., nota 106, pág. LXII) de que en los supuestos del artículo 1.042 del C. c. el padre, puede dispensar la computación. Se debe esa afirmación a que FUENMAYOR cree que el artículo 1.042 refiere las expresiones *traer a colación y colacionarlos*, a *computar* y *computarlos*. Cuando es lo cierto que se refiere a la colación propiamente dicha y a la restitución de lo inoficioso. Ya que, según hemos dicho antes, la posibilidad que contempla este artículo, de que perjudiquen a la legítima las liberalidades a las que se refiere, presupone su previa computación en la masa ideal de cálculo.

Marín Monroy (835)—aunque criticando ese criterio, que cree ordenado por el Código civil—y Roca Sastre (836) entienden que, conforme la letra de nuestro Código, el cambio de valor de la moneda no se tiene en cuenta en la computación. Es decir, que el valor en la fecha de la donación, a que se refiere el artículo 818, es precisamente el valor nominal que entonces tuviera la cosa.

Por el contrario, Núñez Lagos (837), con referencia a la colación, pero con doctrina aplicable tanto o más a la computación, entiende como *suma de valor* y no como *suma de dinero* el objeto de tal operación (838).

Es cierto, sin duda, que el principio nominalista se apoya en el carácter de orden público que se le atribuye en materia contractual. El Estado impone al acreedor las consecuencias de la inflación y se considera ilícito que quienes tengan mayor poderío económico puedan descargar en los más débiles esas desfavorables consecuencias (839). En las relaciones sucesorias, en cambio, desaparece esa razón. Además, parece contrario a la equidad aplicar medidas distintas para estimar lo que reciben y lo que han recibido los diferentes interesados en la herencia. E injusto sería que la unidad de valor no fuera la misma para valorar los distintos elementos que componen la masa de cálculo de las legítimas, que han de ser objeto de imputación y, tal vez, de reducción.

No obstante, la aplicación de la moneda actual para medir—efectiva y no nominalmente—el valor que tenía lo donado en el día de la donación, no siempre resultará justa: V. gr.: parece que será justa si lo donado es un inmueble que el donatario conserva, pero, en cambio, resulta injusta si el donatario enajenó la finca antes de desvalorizarse la moneda para cubrir con su importe sus necesidades, o cuando la finca donada haya sido también desvalorizada por la ley (v. gr.: como desde la vigente ley de arrendamientos urbanos, nuestra propiedad urbana arrendada), o si lo donado fueron títulos de la Deuda Pública que también conserva el donatario (¿sería aceptable en este caso que se computara su valor por el equivalente en moneda actual efectiva del valor de cotización que tenía cuando fueron donados?: francamente, creemos que no). Por ello—de conformidad a lo que opina

(835) *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. IV, págs. 252 y ss.

(836) Notas a KIPP, vol. cit., § 131, I, pág. 304: «En la complementación legitimaria por reducción de donaciones inoficiosas puede influir la depreciación monetaria desde el momento en que ella debe privar el valor de dichas donaciones en el tiempo en que fueron otorgadas.»

(837) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración* (una conferencia de Marín Monroy), en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 180 (segundo semestre 1946), págs. 721 y ss.

(838) Se apoya NÚÑEZ LAGOS en la opinión de NUSSBAUN (*Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929, § 16, pág. 238) que parece seguir LUIS SANCHO SERAL al anotar dicha versión castellana.

(839) Ver SANTIAGO Pelayo HORE, *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. II, pág. 60.

Kipp (840), con referencia al Derecho alemán—estimamos que no debe ser íntegramente aceptado para todos los casos ni uno ni otro de estos criterios. Debe atenderse a las circunstancias individuales de cada caso, aplicando el sistema que, según éstas, resulte más razonable.

§ 12 Imputación de donaciones en el Código civil.

Debemos, ante todo, precisar cuál es el concepto de *imputación* que el Código civil aplica en sus normas.

La historia del Derecho y el Derecho comparado nos han ofrecido tres significaciones en la terminología jurídica del verbo *imputar*. De ellas separaremos previamente la que se aplica a uno de los modos de colacionar, la colación por toma de menos o por imputación, referida a las cuotas hereditarias de los herederos forzosos y no a las cuotas ideales en que se divide la masa de cálculo de la legítima (841). Su estudio lo intentaremos más adelante.

Aquí nos interesa determinar el concepto positivo de la imputación propiamente dicha, denominada imputación en sentido técnico por Clemente de Diego (842) e imputación «*ex se*» por Fuenmayor (843). Se trata de examinar si nuestro Código civil la recoge en su sentido más restringido o en su significación amplia. Es decir, en el primer significado, aplicable sólo a la imputación a la legítima, verificada con carácter ortopédico en el caso de ejercicio por algún legitimario de la acción de reducción y como limitación de ésta. O bien, en su significado amplio, comprensivo de la imputación a la legítima estricta, a la mejora y a la parte libre, aplicable para juzgar la oficiosidad o inoficiosidad de las disposiciones del causante con independencia de que se ejercite o no la acción de reducción por los legitimarios.

Vimos que los clásicos castellanos exponían teóricamente el concepto estricto de imputación, recogiéndolo del Derecho romano, de conformidad con los autores de Derecho común, pero que prácticamente aplicaban su acepción amplia ocupándose de la imputación a la legítima, al tercio y al quinto, conforme resultaba de las leyes 26 y 29 de Toro. Este mismo concepto amplio es recogido en el Código civil, como resulta especialmente de su artículo 819, completado por el artículo 825, que disponen de modo general la imputación a la legítima, a la parte libre o a la me-

(840) Op. y vol. cit., § 88. VII, 1, pág. 55, en relación con § 131, I, 4, a), página 202.

(841) Ver CLEMENTE DE DIEGO, op. y vol. cit., Lec. 98, pág. 398; FUENMAYOR, loc. ult. cit., núm. 15, pág. LXIV.

(842) Loc. y pág. ult. cit.

(843) Loc. y pág. ult. cit.

jora, según los casos, sin limitar la efectividad de la imputación a la legítima al supuesto de ejercicio de la acción de reducción, sino, por el contrario, dándole carácter general.

Este mismo concepto es recogido por la doctrina, v. gr.: Morell (844), De Buen (845), Clemente de Diego (846), Fuenmayor (847), Royo Martínez (848), Roca Sastre (849).

Determinado el concepto de imputación propiamente dicha en el Código civil, vamos a examinar las reglas que presiden la imputación de lo donado. A este efecto, es necesario distinguir:

A) *Donaciones a extraños.*

La imputación más sencilla es la de las donaciones a extraños. Por extraños, a estos efectos, debe entenderse por exclusión quienes no sean legitimarios ni descendientes del causante. Como legitimarios hay que considerar a quienes lo sean *in concreto*, es decir, en la sucesión de que se trate (v. gr.: los ascendientes sólo serán herederos forzosos si en la sucesión en cuestión no concurren descendientes legítimos del causante). Y entre los descendientes se incluyen también los de ulterior grado, aunque, por vivir el descendiente intermedio, no sean herederos forzosos.

El artículo 819, § 2.º, resuelve que: «Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.»

B) *Donaciones al cónyuge.*

Los autores no se han ocupado de esa cuestión, por considerar imposibles las donaciones entre cónyuges, en virtud del artículo 1.334 del Código civil, y porque los regalos módicos, a que alude el § 2.º de dicho artículo, se hallan excusados de computación por estar comprendidos entre los «regalos de costumbre» del artículo 1.041 del Código civil.

Nosotros hemos sostenido reiteradamente la eficacia de lo donado *mortis causa* entre marido y mujer y la convalidación *mortis*

(844) *Colación especial...*, «R. G. L. J.», CVIII, pág. 27: «Imputar es aplicar esos bienes de que el causante se desprendió durante su vida a la porción forzosa o a la porción libre de su herencia.»

(845) *Notas cits.*, vol. cits., págs. 342 y ss.

(846) *Op. y vol. cits.*, págs. 397 *in fine* y 398.

(847) *Loc. y pág. últ. cits.*: «Mediante la imputación *ex se* se aplican los bienes de que el causante se desprendió gratuitamente durante su vida a la porción forzosa o a la porción libre de su herencia. Con ello se persigue mantener salvas y válidas, sin reducción, las liberalidades a extraños mientras pueda integrarse lo debido por legítima con esta imputación de donaciones y legados hechos al legitimario.»

(848) *Op. cit.*, XXI, § 2, págs. 238 y ss.

(849) *Op. y vol. últ. cits.*, § 131, pág. 298, y § 133, págs. 324 y s.

causa de las donaciones entre cónyuges—directas o indirectas—que no hayan sido revocadas por el donatario premoriente (850).

Pues bien, con referencia a la imputación de estas donaciones, ¿se considerará al cónyuge viudo como extraño, en cuyo caso lo donado se imputará al tercio libre?, o bien, considerado como legitimario, que es, ¿sufrirá la imputación de lo donado preferentemente en su cuota legal usufructuaria?

El § 1.º del artículo 819 no alude al cónyuge viudo, y el artículo 1.035 no se refiere a la imputación sino a la colación, en la cual, a mayor abundamiento—como luego veremos—no está incluido el cónyuge viudo. Ante este vacío legislativo, después de agotar en cada caso la interpretación de la voluntad del causante, si ésta no resulta de la donación ni del testamento, deberá imputarse lo donado a la parte disponible. Así lo estimamos, partiendo de la especial naturaleza de la legítima viudal. Esta es atribuida directamente por la ley, y tiene un sentido positivo, a diferencia de las demás legítimas, que sólo se traducen en una serie de limitaciones legales a la disposición del causante, que se imponen mientras no quede cubierta a favor del legitimario o una cifra contable legalmente dada. Por ello creemos que no es análogicamente aplicable la doctrina del § 1.º del artículo 819, y, por el contrario, estimamos presumible que el causante que donó a su cónyuge quiso otorgarle una liberalidad independiente de su cuota legal, a no ser que al hacerlo hubiera expresado lo contrario, o que así pudiere lícitamente desprenderse de una ponderada interpretación de su voluntad.

C) *Donaciones a los hijos naturales.*

Los hijos naturales, si no concurren con descendientes ni ascendientes legítimos del causante, tienen una posición idéntica a la que tendrían los hijos legítimos, con la única diferencia de que su legítima (art. 842) es sólo de un tercio (el segundo tercio es, en este caso, parte libre y no cuota sólo disponible como legítima o como mejora). Con esa salvedad debe aplicarse en este caso el § 1.º del artículo 819.

Si concurren con descendientes o ascendientes legítimos, resulta de los artículos 840 y 841 que la legítima de los hijos naturales se debe sacar de la parte de libre disposición, es decir, de un tercio o de la mitad, respectivamente. Por tanto, en estos

(850) Ver *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, X, 7, y XIV, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. V, págs. 732 y ss. y 794 y ss.; *Dictamen acerca de los requisitos para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que se confiesa ser parafernial*, en «An. Dr. Civ.», I-II, págs. 654 y ss., y *Donación, condición y conversión jurídico material*, IV, *La conversión jurídica aplicada a las donaciones entre esposos*, en «An. Dr. Civ.», V-III, págs. 1286 y ss.

casos tenemos dos legítimas, de las cuales la de los hijos naturales comprime y reduce la parte que sería íntegramente de libre disposición si ellos no existieran. De este modo, al reducirse la cuota de libre disposición, disminuye el montante de la cuota a la cual puede ser imputado lo donado a extraños.

Conforme al artículo 847, lo donado a los hijos naturales se imputa preferentemente a su legítima individual respectiva y, en su exceso, a la porción disponible si cupiera en el remanente del tercio libre. Pero si el causante dispuso su preferente imputación a la parte disponible, en ese caso el exceso sobre ésta, si lo hubiera, se imputará a la legítima individual del hijo natural imputante.

D) *Donaciones a descendientes que no son herederos forzosos.*

Cuestión a examinar previamente es la determinación del momento al cual debe atenderse para considerar al donatario como heredero forzoso a efectos de la imputación de lo que donó el causante. El problema se concreta prácticamente en el supuesto de que, viviendo su padre, el nieto hubiere recibido una donación de su abuelo, padre de aquél, sobreviviendo el abuelo al padre y a los dos, el nieto. ¿Se considerará a éste como heredero forzoso a efectos de la imputación de aquella donación? Al fallecer el causante, el nieto era heredero forzoso; al recibir la donación no lo hubiera sido. ¿A qué momento debe atenderse?

Anteriormente vimos que, desde los clásicos castellanos del siglo XVI a los autores inmediatamente anteriores al Código civil, la doctrina distinguió, respecto a la colación de lo donado por el abuelo a los nietos—con criterio paralelamente aplicable a su imputación—, según que la donación hubiese sido otorgada viviendo el padre o después de fallecer éste, y en el primer caso atendían a si el abuelo ordenó la colación o hizo la donación al nieto en consideración al hijo, o bien, si no se daba ninguna de estas circunstancias, supuesto en el que se juzgaba que la colación no debía tener lugar.

Hoy, el § 2.º del artículo 1.038 dice que: «También colacionarán (los nietos) lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste; a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos».

¿Supone esta disposición modificación de la regla admitida antes del Código? ¿Significa que la ley presupone que el abuelo dona siempre al nieto en contemplación del hijo, si al hacerlo no declara otra cosa? Eso último no es aceptable, pues en tal caso el Código debiera haber ordenado al hijo la colación de lo donado a los suyos por el abuelo, a no ser que este hubiera dispuesto otra cosa. Por ello, quedaría fuera de lógica el precepto que comentamos si realmente fuera aplicable al caso que estudiamos. Nos hallamos ante una do-

nación que el donante al otorgarla, por hacerla a un descendiente que no cree presunto heredero forzoso, debió considerarla como no colacionable y como mejora *lato sensu*. ¿Cómo es posible que pierda ese carácter precisamente por una desgracia familiar del donatario, como es la muerte de su padre, hijo del donante?

Por eso, rectificando nuestra anterior opinión —que habíamos aceptado a regañadientes (851)—, hoy creemos que el artículo 1.038, § 2.º, debe entenderse aplicable únicamente con referencia a lo que el abuelo donó al nieto después de muerto el padre. En ese supuesto es presumible que quiso otorgar carácter colacionable lo donado, «a menos que el testador hubiere dispuesto lo contrario». Pero no lo es en la hipótesis que contemplamos, en la cual no puede presuponerse que el donante hubiera pretendido que lo donado se colacionara, o se imputase a la legítima, salvo que previendo la premoriencia del hijo lo hubiera ordenado así al nieto para este caso.

Por la misma razón, creemos que se halla fuera de la órbita del artículo 825 C. c. la imputación de las donaciones hechas a los nietos por el abuelo en vida del padre aunque éste premuera.

Esto resuelto, debemos examinar a qué cuota o cuotas hereditarias, y por qué orden de preferencia debe imputarse la donación a descendientes que no sean herederos forzosos (852).

Manresa (853), Scaevola (854), Romero Vieitez (855), Royo Martínez (856) y vacilando Morell (857), creen que sólo al tercio de libre disposición puede imputarse lo donado a los nietos si no se le dió carácter expreso de mejora.

Sánchez Román (858) duda entre su imputación al segundo tercio como mejora o al tercio de libre disposición.

Otero Valentín (859) lo conceptúa como mejora imputable al segundo tercio y reducible si excedé de dicho tercio, «sin perjuicio de respetar la voluntad del donante si no perjudicara a la legítima de los coherederos».

Burón (860) y Lacoste (861) aceptan la posibilidad de mejoras tácitas a título de donación a favor de descendientes que no sean

(851) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, conferencia que pronunciamos en la Ac. Matr. del Not. el 24 enero 1954, publicada en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. II, ver nota 257, págs. 94 y ss.

(852) De esta materia nos ocupamos extensamente en la conferencia citada en la nota anterior, VII, 4, *Anales* y vol. cits., págs. 94 y ss.

(853) *Op. cit.*, vol. VI, págs. 403 y ss.

(854) *Op. cit.*, vol. XIV, pág. 460.

(855) *La mejora* (Madrid, 1936), págs. 112 y ss.

(856) *Op. cit.*, pág. 239.

(857) *Mejoras*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol LXXXIII, pág. 282.

(858) *Op. cit.*, vol. VI, 2.º, pág. 1191.

(859) *Op. cit.*, págs. 45, 52 y 63 especialmente.

(860) *Op. y vol. cits.*, núm. 1.050, págs. 89 y ss.

(861) *La mejora* (Madrid, 1913), págs. 265 y ss.

herederos forzosos. Pues, en este caso, estima que la voluntad de mejorar es definitiva y evidente, por que al no ser herederos forzosos los donatarios, desaparece la duda, que resolvieron los artículos 657 del Proyecto de 1851 y 825 (C. c., acerca de la imputación a la legítima o de la concepción como mejora de lo donado por el causante a sus herederos forzosos).

Nosotros en anterior ocasión (862) y poco después Roca Sastre (863), hemos defendido que dichas donaciones deben imputarse al tercio libre y en lo que en él no cupiere al tercio de mejora. Añadiremos que si el descendiente donatario, que no habría sido heredero forzoso en la fecha de donación, lo fuera al fallecer el donante, podrá, además, imputar lo donado a su legítima individual en cuanto no cupiera en los tercios de libre disposición y de mejora.

Los principales argumentos a favor de la tesis contraria, es decir, de la que pretende la exclusiva imputación al tercio de libre disposición de lo donado a descendientes que no sean herederos forzosos, son en síntesis los siguientes:

1.º Que los descendientes que no sean herederos forzosos no deben ser más privilegiados que los que tienen derecho a la legítima (*sofisma que olvida que la ratio del § 1.º del artículo 819 y del artículo 825 es la presunción de que lo donado a los hijos les ha sido dado a cuenta de sus legítimas, presunción que no cabe si los descendientes no son herederos forzosos y, por tanto, no tienen derecho a la legítima*).

2.º Que el artículo 825 debe interpretarse en relación con el 819, que distingue entre donaciones hechas a herederos forzosos y donaciones hechas a quienes no lo son, ordenando la imputación de aquéllas a la legítima, cuando no sean mejoras expresas, y al tercio las dispuestas en favor de extraños, aunque recaigan en descendientes si, en ese caso, no tienen el carácter expreso de mejoras (*Argumento también sofisticado: el artículo 819 no distingue entre donaciones hechas a herederos forzosos y las hechas a los que no son herederos forzosos. Habla de donaciones hechas a los hijos —§ 1.º— y de donaciones hechas a extraños —§ 2.º—. Se refiere, en párrafos opuestos, a unas y otras sin excluir la posibilidad de otro supuesto no comprendido en ninguno de los dos párrafos. Fuera de su supuesto quedan las donaciones hechas a descendientes que no sean herederos forzosos*).

3.º Que al comprenderse en el artículo 819, § 2.º, a donatarios parientes, que no son en realidad extraños, bien puede suponerse que se refiere a todos los no legitimarios (*lo que consideramos como otra hipótesis sin demostrar*).

4.º Que de otro modo los herederos forzosos sufrirían perjui-

(862) *La mejora tácita...*, loc. ult. cit., especialmente págs. 90 a 101.

(863) Notas a Krrp, vol. cit., Apéndice *La mejora*, pág. 360.

cio en sus legítimas sin una manifestación clara y explícita de que tal fuese la voluntad del causante, en contra de la prohibición de las mejoras tácitas (*petición de principio y olvido de que siendo varios los descendientes, ninguno de ellos tiene individualmente derecho alguno al segundo tercio*).

Nuestros argumentos en pro de la tesis de la imputación sucesiva al tercio libre y al de mejora, fueron en esencia estos:

a) Si los descendientes que no son herederos forzosos pueden recibir de sus ascendientes por testamento, conforme al artículo 823, dos tercios del haber, correlativamente, podrán recibir igual porción a título de donación. Por lo tanto, no existe obstáculo para que tales liberalidades se imputen a ambos tercios.

b) La imputación al tercio libre con preferencia al de mejora, se deduce, (por analogía, de lo dispuesto para los legados en el artículo 828. Aplicación analógica en la que volveremos a insistir.

E) *Donaciones a herederos forzosos que sean desheredados o repudian la herencia.*

El Derecho comparado nos ha mostrado cómo en los países en que la legítima se considera como herencia directamente atribuida por la ley, la desheredación o la repudiación de la herencia suponen la pérdida de la legítima. La dogmática imponiendo sus razones sobre las teleológicas y sobre la equidad, tras un largo vaiven de la jurisprudencia, ha decidido en Francia la imputación a la cuota disponible de lo donado por el causante al hijo que repudie la herencia. Italia también ha aceptado esa solución dogmática, pero para limar sus posibles consecuencias injustas ha alterado el orden cronológico, normal en la imputación, al posponer al donatario que repudió anteponiéndole los donatarios extraños de fecha ulterior y los legatarios.

En nuestro Derecho, la distinta naturaleza de la legítima no nos impone la misma solución dogmática, sino que hace perfectamente compatibles la repudiación de la herencia y la conservación de la legítima, así como también la desheredación y la conservación de las donaciones imputables a la legítima si no son susceptibles de revocación por ingratitud. La cosa es así porque, como hemos visto, la legítima no es atribuida directamente por la ley, no hay delación legitimaria, sino que se trata normalmente de una *pars bonorum* que el legitimario debe recibir del causante y cuya percepción, por cualquier título, garantiza y defiende la ley.

Sentados estos principios conviene examinar separadamente los supuestos de imputación de lo donado al desheredado y al heredero forzoso repudiante.

a) *Imputación de lo donado al desheredado.*

Conforme al artículo 857 C. c., los hijos del desheredado «ocu-

parán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Más o menos lo mismo dispone el artículo 761 respecto a los hijos o descendientes del excluido por indignidad.

Consecuente con esto, el artículo 929, como excepción, admite la representación de una persona viva en los casos de desheredación o incapacidad.

¿Qué ocurre, por tanto, respecto a la imputación de las donaciones recibidas por el desheredado o el excluido por indigno, que no sean revocadas por ingratitud, y que inicialmente no fueron exceptuadas de ser imputables a la legítima? ¿Deben imputarse a la parte de libre disposición? ¿Siguen siendo imputables a la cuenta de la legítima de que el donatario ha sido privado *mortis causa* y, por lo tanto, merman la legítima de los descendientes suyos que le representan?

El artículo 1.038, § 1.º, por analogía, ofrece sólida base para esta última opinión: «Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no le hayan heredado.» Esta doctrina debe entenderse aplicable a todos los casos de representación previstos en el artículo 929 del Código civil, aunque la representación no sea causada por premoriencia. También la estimamos extensiva a la imputación en la legítima, si la colación no tiene lugar por no concurrir en la herencia los representantes del desheredado con tíos o primos. La razón de su aplicación es la misma en uno y otro caso. Deducidas las mejoras, los demás legados y las donaciones no colacionables, si la cuota hereditaria que por representación reciben los descendientes del hijo desheredado puede ser igual a su legítima estricta y a ella debe agregarse lo que a ésta le fué donado sin dispensa de colación no hay razón alguna que justifique la aplicación de otro criterio distinto en supuesto de imputación.

Pero, ¿*quid* cuando, por no tener descendientes el desheredado, su porción acrezca a los demás herederos forzosos? (864). Los artículos antes enunciados no resuelven la cuestión aunque determinan un criterio que puede servir de pauta para deducir un principio general (865).

(864) En el Código civil la cuota legitimaria del desheredado que carezca de descendientes acrecienta la de los demás, según resulta de la determinación global de la cuota destinada a las legítimas, que debe distribuirse por partes iguales entre los que efectivamente deban y quieran percibirla. En cambio, en Derecho romano rigió el principio *exheredatus numerarum faci ad minuendam legitiman*, deducido del fragmento de ULPIANO, 8, § 8.º (Dig. V-II).

(865) Contrariamente, ROCA SASTRE (Notas a KIPP, vol. cit., § 132, I, a), página 324) parece considerarlos como excepción y no como trasunto de la regla general. Así opina que «hay que dejar de imputar en la legítima aquellas

A mayor abundamiento, creemos que existe una razón teleológica aún más decisiva. La desheredación no se dispone en beneficio de los demás herederos forzosos, sino como sanción al desheredado. De ella, por lo tanto, no puede deducirse perjuicio para quienes hayan sido instituidos en el tercio de libre disposición, a los que se podría ocasionar una posible reducción de sus asignaciones por desbordamiento del tercio libre en virtud de la imputación al mismo de lo donado al desheredado.

La desheredación supone la privación de la legítima mortis causa, pero no significa la revocación de lo recibido anteriormente por donación a cuenta de la legítima, a no ser que el donatario haya incurrido en alguna de las causas de ingratitud, prefijadas en el artículo 648. Es decir, que, en este sentido, puede afirmarse que la exclusión de la legítima no es total si el desheredado había recibido alguna donación imputable a ella y que no se haya revocado por ingratitud. A esa parte de la legítima se computa lo donado al desheredado y sólo el resto acrece a sus coherederos forzosos. Lo que no es aceptable, es que estos se beneficien, en más de lo que pierda aquél, y mucho menos que esto redunde en perjuicio de los destinatarios del tercio libre, completamente ajenos a la desheredación.

Sólo el exceso respecto a la legítima será imputado en la porción disponible.

b) *Imputación de lo donado al legitimario que repudie la herencia.*

Bajo el régimen de la ley 29 de Toro, las donaciones *ob causam* recibidas de su causante por el heredero forzoso que repudia-

donaciones hechas a los hijos cuando éstos no lleguen a ser realmente legitimarios, sea por premoriencia del donante, sea por desheredación, sea por renuncia. Esto sin perjuicio que en los casos de premoriencia o desheredación la imputación opere respecto los descendientes del premuerto o desheredado».

Creemos que no existe ese paralelismo entre los supuestos de desheredación y premoriencia. Lo donado al hijo que premuera sin dejar descendientes debe volver al ascendiente donatario en virtud de la reversión legal prevista en el artículo 812 del C. c. Tratándose de su desheredación, la solución correcta nos parece que, por las razones que en el texto apuntamos, es la contraria a la que apunta ROCA. Los diferentes efectos son explicable más que por el carácter fortuito de la premoriencia y por la dependencia de la desheredación de la voluntad del causante, por la circunstancia de que el premoriente no llega a consolidar su derecho a la legítima e incluso los bienes que le fueron donados por un ascendiente deben revertir a éste. En cambio, el legitimario que había aceptado donaciones imputables a la legítima, si luego es desheredado sólo es privado de la parte de su legítima que debía serle completada con la adquisición de la herencia, a no ser que por haber incurrido en causa de ingratitud le sea rescindida la donación recibida.

ba la herencia, se imputaban sucesivamente a la legítima, al tercio y al quinto. Criterio opuesto al de los Derechos francés e italiano que prescriben su imputación a la porción disponible. Esa diferencia de sistemas puede ser explicada por la distinta concepción dogmática de las legítimas, como hemos indicado anteriormente, y que, hace bastantes años, había expuesto Calderón Neira (866).

Sin duda, el antecedente de la ley 29 de Toro tiene inapreciable interés para resolver esta cuestión en el Derecho vigente. Conforme resulta de la ley de Bases, en caso de duda, el Derecho anterior no puede entenderse modificado por el Código civil, por lo menos en las materias en que expresamente se ordenó el mantenimiento del Derecho histórico.

Por ello, el artículo 1.036 C. c. debe interpretarse e integrarse por el texto de la ley 29 de Toro, en la parte en que ésta determina la imputación de las donaciones que, por haber repudiado la herencia el donatario, no se colacionan. El 1.036 C. c. dice que la colación «no tendrá lugar entre los herederos forzosos...», o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa». Cuando «deba reducirse por inoficiosa» no nos lo explica el artículo 1.036. Pero resulta de los artículos 634 y 654, con la misma amplitud que en la ley 29 de Toro, que el causante puede disponer a favor de los legitimarios de su legítima rigurosa y de los tercios de libre disposición y de mejora en cuanto no hubiere anteriormente dispuesto (867).

Legítima y herencia, a mayor abundamiento, hoy no son entidades necesariamente interdependientes. Se puede repudiar la herencia y aceptar un legado (art. 890, § 2.º) y por medio de un legado se puede percibir la legítima (art. 815). No vemos tampoco inconveniente en recibir donaciones a cuenta de la legítima y repudiar la herencia sin que varíe la imputación de aquélla (868).

(866) Loc. cit., pág. 128. A su juicio «se comprende perfectamente que la legislación que una con lazo indisoluble la legítima y la herencia, imponga al legitimario la obligación de devolver el exceso entre el valor recibido en una donación y el valor representado por la vocación hereditaria, porque el legitimario no tiene medio de eludir esa devolución, por lo menos normalmente. Si el legitimario intentara eludir la colación renunciando la herencia, perdería la legítima...» «Pero es muy diferente el caso del hijo en una legislación que separa la legítima de la herencia. En tal supuesto, el hijo elude perfectamente la devolución por que para ser legitimario no es preciso ser heredero; renunciada la herencia, la donación se imputa en la legítima y en lo que de ella exceda en la parte libre, y resulta que el legitimario se burla del precepto legal.»

(867) Así opinó también CALDERÓN NEIRA (loc. cit., pág. 124), aunque limitando la inoficiosidad a la imputación, a la legítima del donatario y a la parte libre.

(868) En el recurso de casación que motivó la sentencia de 26 de junio de 1946, uno de los recurrentes sostuvo que la legítima, por ser herencia, «no puede admitirse renunciando a ésta» y que, en consecuencia, los renunciantes a la herencia perderán todo derecho a lo que se les dejó como anticipo de legítima por donación. El error de esta tesis, que no fué aceptada por el Tribunal Supremo, radica básicamente en involucrar la legítima y la herencia. En el mismo error había incurrido OTERO VALENTÍN (op. cit., pág. 86), al opinar:

Así lo entendió Calderón Neira (869), explicándolo en estos términos: «Ciertamente que entre nosotros el hijo instituido heredero no podría renunciar la herencia y luego etablar una acción pidiendo la legítima» ... «Pero el caso es diferente en el supuesto que tratamos. Se trata del caso, no en que el hijo acciona pidiendo su legítima, sino de aquél en que el hijo viene ya gozando de la legítima antes del fallecimiento del testador, como donatario. En esas condiciones el legitimario alegraría que ya venía poseyendo la legítima por un justo título, y como ni antes ni después de la muerte del padre, es necesario el título de heredero para adquirir la legítima, tenía a bien seguir siendo legitimario como lo había sido hasta entonces por título de donación y nada podría replicarse».

En cambio, Manresa (870), De Buen (871) y Roca Sastre (872) han entendido que lo donado al legitimario repudiante debe imputarse a la parte de libre disposición. El primero afirma: «El heredero renunciante no llegó a ser legitimario, luego debe estimarse como un extraño e imputarse la donación a la parte libre» (873).

El error de esa argumentación estriba en no valorar exactamente la repudiación de la herencia con relación a los derechos legitimarios. La repudiación de la herencia significa la renuncia de aquella parte de la legítima que debe recibirse embebida en la propia herencia, pero no de lo que a su cuenta se hubiera recibido por donación o se debía recibir como legado.

Por la diferente configuración dogmática de nuestra legítima con respecto a la francesa, se superan los escollos teleológicos que hicieron vacilar a la jurisprudencia del vecino país.

Es justo y lógico, si el legitimario repudia la herencia, que

«Esa aceptación del anticipo de legítima presupone la consideración de tener aceptada la herencia, y para eximirse de tal representación deberá colacionar el legitimario lo que recibiera.»

(869) Loc. cit., págs. 125 y ss.

(870) Op. cit., vol. VII, pág. 564.

(871) Op. y vol. cit., pág. 343, donde dice: «c) Que en virtud de lo dicho en el repetido artículo, toda donación hecha a un heredero forzoso ha de considerarse, en principio, como un anticipo de su legítima; pero esta donación está condicionada por la circunstancia de que al morir el donante siga siendo heredero forzoso el donatario. Si por cualquier razón legal ha dejado de serlo, la donación deberá imputarse a la parte de libre disposición.»

(872) Loc. ú.t. cit.

(873) Posición radicalmente opuesta es la de GONZÁLEZ PALOMINO (*Estudios de arte menor en Derecho sucesorio. El acrecimiento de la mejora*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. II, págs. 540 *in fine* y 541, nota). Es su opinión que la aceptación y la repudiación de la herencia juegan separadamente de la aceptación y la repudiación de la legítima. A juicio nuestro, el fallo de esta tesis radica en considerar la legítima como una cuota de la herencia directamente atribuida por la ley e independiente de la herencia voluntaria. Aceptado que la legítima no es un título de atribución si no una protección legal que garantiza la percepción de un *quantum*, que puede recibirse a título de herencia, de legado o por donación, no se puede deducir ninguna conclusión general, sino que debe distinguirse según sea satisfecha con la herencia, por donación o por legado.

cuanto de su legítima deje de percibir, por tal motivo, acreciente la parte de los demás, es decir, que éstos se beneficien con lo que aquél no quiera. Pero, sería injusto e ilógico que en el importe que el repudiante no ha perdido, por haberlo recibido como donación, se lucren los colegitimarios, no en perjuicio del repudiante, que conserva la donación, sino en detrimento de los destinatarios del tercio libre, completamente ajenos a la repudiación.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 1946 ha admitido paladinamente la compatibilidad de la repudiación de la herencia y la conservación de una donación otorgada como anticipo de legítima, aun cuando no penetra en el tema de su imputación no planteado en el recurso.

E) *Imputación de la dote obligatoria y de los anticipos de legítima que no supongan donación inter vivos o estén expresamente condicionados a su computación a la cuota del donatario.*

Otero Valentín (874) se preocupó de precisar el concepto, fin y naturaleza de los anticipos de legítima y de señalar sus diferencias y contactos con las donaciones. En este sentido, afirmó que: «dos anticipos son a cuenta de porciones legitimarias y las donaciones se realizan sin débito de ningún género; por esto, las donaciones siempre comprenden una liberalidad; y de los anticipos de legítima no puede decirse lo mismo, solamente hay liberalidad con relación al tiempo en que se verifican; y aún de estos los hay forzosos, como veremos, como la dote, que ni aun tal consideración merece», y «lo que hay de común, es que toda la donación, hecha entre herederos forzosos lleva implícita la presunción de ser un anticipo y a cuenta de la porción legitimaria; de manera, que la donación sirve de género, pero no puede confundirse con el tipo específico que comprende el anticipo».

Nosotros quisiéramos profundizar más esa dirección y señalar el dato que determina y hace patente la separación entre las donaciones inter vivos, aunque éstas sean de las imputables a la legítima, y los anticipos de legítima que no constituyan una donación, actual y absoluta, sino únicamente un adelanto de lo que al fallecer el causante deba corresponder a quien lo percibe.

El dato fundamental parece expresado en la siguiente antétesis: Las donaciones puras, aunque conforme al artículo 819 Código civil deben imputarse a la legítima del donatario, no se reducirán sino en cuanto resulten inoficiosas, conforme los artículos 636 y 654 C. c., y, por lo tanto, podrán imputarse —como luego veremos— en cuanto excedan de la legítima del donatario al tercio de libre disposición o al de mejora, como mejoras efectivas. Los anticipos de legítima, propiamente dichos, no suponen una donación pura y absoluta, sino, como su nombre indica, un anticipo de algo, que puede llegar o no llegar —y, en este caso, exceder, alcanzar,

(874) Op. cit., especialmente en las págs. 45 y 46

o no alcanzar—; de momento conferirán un goce y un disfrute temporal o un dominio resoluble, mientras su definitiva consolidación dominical dependerá de que a su hora se confirme el derecho legítimo y de que su importe no exceda del límite correspondiente a su carácter de anticipo con que fué otorgado.

Conviene señalar los principales supuestos de anticipos de legítima, propiamente dichos, entendidos en el sentido expresado.

a) *La dote obligatoria*.—Sin duda constituye uno de los supuestos más evidentes de anticipo de legítima y ciertamente no es una donación (875). Ello justifica la intencionada pregunta de Bosch y Fustagueras en el Senado (876): «Qué resultará si la legítima presunta excede de la legítima efectiva».

Sánchez Román (877) y Pérez González y Castán (878) entienden que el artículo 341 C. c. fija únicamente un límite mínimo y obligatorio a la dote —al contrario que el anterior Derecho castellano, que señalaba su límite máximo permitido— y que la dote forzosa, como la voluntaria, no tiene otro límite máximo que el de no exceder de lo que los dotantes puedan dar por testamento a la dotada (cfr. art. 636, en relación con el 1.339 y el 1.328). Lacruz Berdejo (879) precisa que el exceso de la dote constituida por los

(875) La dote obligatoria no es donación. Ese hecho evidente es olvidado por JAIME SÁNCHEZ BLANCO (*Sobre la naturaleza y la forma de la donación*, en «Información Jurídica», núm. 112, septiembre 1952, pág. 808) cuando, en los artículos 1.340 y ss. del C. c. pretende encontrar una prueba de la posibilidad de una obligación de donar, sin darse cuenta de que no es lo mismo una obligación de dar gratuitamente, que las leyes imponen en diversos casos, y la obligación de donar, que supondría una *contradictio in terminis*, porque la donación es un acto no sólo gratuito, sino también liberal. La liberalidad puede obedecer a *necessitatem impulsivam, decentem et convenientem*—supuesto de la antigua categoría de las *donationes ob causam*, según el criterio de GARCÍA SAAVEDRA—, pero no a necesidad jurídica—como erróneamente estimaron RODRIGO SUÁREZ y TELLO FERNÁNDEZ—, pues ésta afectaría al consentimiento y no sólo a la causa.

Para centrar la cuestión hay que distinguir dos facetas de la dote: a), como aportación al matrimonio, que el marido administra y usufructua—en la dote mestimada—o adquiere con obligación de devolver su valor—en la dote estimada—y que puede ser hecha por la mujer o bien por otra persona, en atención a ella, que incluso puede imponer su reversión una vez disuelto el matrimonio, y b), como donación que el marido u otra persona hace a la mujer por razón del matrimonio y que durante éste se ha de someter al régimen patrimonial antes referido. Ese segundo aspecto no es esencial a la dote. Hay dote sin donación cuando es la propia mujer la que aporta con carácter de dote bienes que ya la pertenecían anteriormente. También es dote sin donación la dote obligatoria en la que falta el «acto de liberalidad». Hay en ella un anticipo de legítima obligatorio, una atribución sucesoria anticipada y forzosa para el dotante.

(876) Discusión parlamentaria del Código civil. (Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888 a 1889.) Madrid, 1891, pág. 33.

(877) Op. cit., vol. V, 1.º (2.ª ed., Madrid, 1912), págs. 719 y s.

(878) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Notas al Derecho de familia de Kipp y Wolff*, vol. I (Barcelona, 1941), § 44, Apéndice, III, 2, página 312.

(879) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *La constitución del dote*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», vol. LXXI (septiembre-octubre 1954), pág. 425.

padres sobre el mínimo obligatorio tiene la consideración de dote voluntaria.

Manresa (880) y Scaevola (881) y Otero Valentín (882), en cambio, opinaron que, en su día, «se determinará con exactitud la legítima y se procederá a completarla o a reducirla si fuese necesario», y que el artículo 1.341 sólo aspira «a un cómputo aproximado de aquello a que tendrá derecho indiscutible, por regla general, en el día de mañana la hija, para, en su vista, deducir una mitad que habrá de adjudicarse como anticipación de lo debido y a reserva y con la contingencia de ser devuelto, en parte, si no alcanza a tanto la participación legitimaria que se calculó, o todo, si esa herencia comprende más bien un pasivo que un activo, o teniendo como recibido y a cuenta de lo que aún reste por entregar del caudal hereditario que salió de la dote, aun cuando no se tome como punto de partida más que la legítima estricta, la que en el artículo 1.341 se llama *legítima rigurosa*».

Su razonamiento lo apoya Sánchez Román en el hecho cierto de que el artículo 1.341 señala un límite mínimo a la dote mientras el Derecho castellano fijaba su tope máximo permitido, pero se desvía al deducir una conclusión que excede del lógico resultado que puede desprenderse de la distinta posición del artículo 1.341 con respecto al Derecho anterior (883). La diferencia entre ambos regímenes no estriba en que determinen el máximo, uno, y el mínimo, el otro, de la dote voluntaria, sino: 1.º, en la concreción de la cuantía de la dote obligatoria, en el Código civil, frente a su indeterminación, en el antiguo Derecho, y 2.º, en la desaparición, en el Código, del tope máximo de la dote, menor que para las demás donaciones en el antiguo Derecho de Castilla. Son, pues, dos las antítesis y no se puede lícitamente confundirlas en una sola.

La cuestión a resolver no es la del tope máximo de la dote voluntaria, sino la determinación del carácter y naturaleza de la dote obligatoria, de la cual como corolarios debe deducirse: el destino de esta dote en caso de premoriencia de la dotada; su reducción, o no, en cuanto a su exceso sobre la legítima rigurosa de la dotada, si el causante no asignó a ésta mayor porción en su herencia, o con respecto a esa mayor porción, si se la otorgó.

No fueron resueltos estos problemas en la Sentencia de 4 de

(880) Op. cit., vol. IX (4.ª ed., Madrid, 1930), pág. 272.

(881) Op. cit., vol. XXI (Madrid, 1904), págs. 417 y s.

(882) Op. cit., pág. 89.

(883) Más inexacto es lo afirmado en la sentencia de 18 de diciembre de 1951 cuando dice que el artículo 1.341 pone un tope a la dote obligatoria «en términos similares a los establecidos anteriormente en el Derecho patrio, singularmente en las leyes 6.ª y 7.ª, título tercero, libro X de la Novísima Recopilación, como medio de evitar los daños y desórdenes a que puedan conducir las dotes excesivas». El evidente error de esta afirmación resulta de que el artículo 1.341 fija la cuantía de la dote obligatoria, pero no señala el límite máximo de la dote voluntaria como estaba fijado en la antigua legislación castellana.

julio de 1908 ni en la de 18 de diciembre de 1951. En la primera —de la que deberemos ocuparnos después al tratar de revocabilidad de las mejoras— porque, en el supuesto en ella contemplado, el donante había atribuido expresamente al exceso carácter de mejora consciente de que la dote pudiera exceder de la legítima. Ni en la segunda, por que se trataba de un caso en el cual el propio dotante expresó al otorgarla que la dote que constituía excedía de la cuantía obligatoria correspondiente según su fortuna. El Tribunal Supremo en esta Sentencia distinguió certeramente la cuantía obligatoria y el exceso voluntario de la dote constituida y les aplicó normas distintas, pues, declaró que el padre sólo estaba obligado a afianzar la primera. Distinción que nos confirma que la dote obligatoria no es una donación y que jurídicamente no cabe una obligación de donar. Lo que no resulta de uno ni de otro fallo es el destino que hubiere de corresponder al exceso de la dote obligatoria sobre la legítima rigurosa si el padre no le hubiera otorgado carácter de mejora, ni de dote voluntaria.

Su naturaleza de anticipo obligatorio de legítima, indudable a juicio nuestro, debería determinar en caso de premorir la dotada —al margen del artículo 812 C. c.— la reversión a los dotantes de los bienes objeto de la dote obligatoria, aunque la dotada dejase descendencia. Ahora bien, debido al carácter que imprime a la dote su causa matrimonial, entendemos que debe distinguirse según la dotada deje hijos del matrimonio en cuestión —en cuyo caso no debe haber restitución— o bien no deje ninguno o los deje de otro matrimonio, supuestos en los que estimamos procedente la reversión de la dote sin perjuicio de la legítima que, en su día pueda, corresponder en la herencia del propio abuelo dotante a los hijos que la dotada hubiese tenido de otro matrimonio.

También por el hecho de que no puede ser conceptuada como donación, sino como anticipo, la dote obligatoria deberá ser restituida a la herencia del dotante si la dotada hubiera sido justamente desheredada aunque no hubiese incurrido en causa suficiente para dar lugar a la revocación de donaciones por ingratitud.

Este mismo carácter de anticipo forzoso de legítima, debe dar lugar a la restitución del exceso de la dote obligatoria sobre la legítima rigurosa efectiva de la dotada, llegado el día de su determinación definitiva al fallecer el dotante, si aquella no tuviese que recibir otra cuota mayor en la herencia de éste, o a la devolución de su exceso con respecto a esa mayor cuota que le haya sido atribuida. La tesis defendida por Manresa, Scaevola y Otero nos parece exacta aplicada a este caso.

b) *La mera entrega material de bienes como anticipo de legítima*, si el causante la confirma en su testamento como tal anticipo, autorizará al que lo recibió a conservar los bienes recibidos en tal concepto imputándolas a su legítima, o a la mayor cuota que

el causante le hubiera señalado (884). El exceso evidentemente deberá ser restituído como cosa hereditaria ajena al legitimario tenedor.

c) *La donación «mortis causa», verificada con el carácter expreso de anticipo de legítima*, supone a nuestro parecer una nueva condición añadida a las que constituyen el presupuesto de la efectividad de estas donaciones (885).

Además de estar pendiente de que el donante no la haya revocado y de que el donatario no haya prenuerto, está condicionada en su eficacia y en su cuantía por la consolidación y extensión de los derechos legitimarios del donatario. Si éste es justamente privado de la legítima, por haber incurrido en causa probada de desheredación, la donación no se consuma, aunque el donatario no haya incidido en causa de revocación por ingratitud. Y, si la donación mortis causa excede de la legítima estricta del donatario, o, en su caso, de la mayor porción que le corresponda en la herencia del donante, la donación no se consuma en cuanto a dicho exceso.

Hay que distinguir, no obstante con todo cuidado, la preferente imputabilidad a la legítima y la condicionalidad que el carácter de anticipo atribuya a la donación mortis causa. La expresa asignación a una donación mortis causa del carácter de anticipo de legítima supone, a nuestro parecer, que el donante la condiciona, en su existencia, al derecho a la legítima del donatario y la limita al importe de ésta en su cuantía. La ausencia de tal asignación, si bien no empece la preferente imputación a la legítima de lo donado mortis causa (886), no la condiciona ni la constriñe en su existencia ni en su cuantía a la efectividad e importe de los derechos legitimarios del donatario. Se trata de un problema de interpretación de la voluntad del donante. Por lo tanto, en cada caso, las circunstancias concretas y los términos con que sea expresada la donación deberán determinar el carácter de mero anticipo o sólo la imputación preferente a la legítima de la donación mortis causa a la que no se otorgue carácter de mejora.

d) *En las donaciones inter vivos, por su carácter naturalmente irrevocables, no estimamos suficiente la expresión de su carácter de anticipo de legítima para que se produzcan los efectos de quedar condicionadas en su existencia y en su cuantía a los derechos legitimarios del donatario respecto al donante* (887). Creemos, por

(884) Debe exigirse la confirmación testamentaria a la asignación de los bienes entregados como anticipo, ya que si no puede darse carácter de donación *inter vivos* ni *mortis causa* a la asignación de los bienes anticipados; dicho anticipo sólo puede sostenerse como acto particional del testador al amparo del artículo 1.056 del C. c., que debe apoyarse en una disposición testamentaria conforme reiteradamente ha declarado la jurisprudencia. (Sentencias de 13 de junio 1903, 9 de julio de 1940 y 6 de marzo de 1945.)

(885) Ver nuestro citado trabajo *La donación mortis causa...*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», V. págs. 637, 721 y ss.

(886) Ver *La donación «mortis causa»...*, loc. cit., pág. 744.

(887) El Tribunal Supremo en S de 26 de junio de 1946 ha rechazado que

dicha razón, necesario que la condicionalidad de la donación resulte explícitamente y aparezca indudable que éste se supedita en su efectividad y cuantía a la legítima del donatario para que tales efectos se produzcan.

Esta misma solución fué aceptada por Calderón Neira (888). A su juicio no se trata de una cuestión de imputación sino de interpretación: «Todo se reduce a saber cuál fué la voluntad de los contratantes, y claro es que en la interpretación de una cláusula de esa naturaleza entra por mucho el objeto y el conjunto de lo estipulado en todo el contrato. Pero, por regla general, y aun en la duda de cuál fué la intención de los contratantes, no puede suponerse que esa cláusula contenga una limitación a la donación dentro de la legítima misma. Las palabras subrayadas («*que la donación se hace a cuenta de la legítima o con cargo a la legítima o como anticipo de legítima*») pueden muy bien entenderse, y ese será su sentido habitual, que se refieren a especificar que la donación no se realiza por vía de mejora, o aún pueden significar que la donación se hace a *cuenta de la vocación hereditaria*. Pero si, en efecto, apareciere que el propósito de los contratantes había sido limitar la donación a la legítima, no hay duda que la estipulación debe cumplirse y el donatario se verá obligado a devolver el exceso, en debido respeto a lo pactado».

En otro caso, la donación intervivos que no se otorgue con carácter de mejora será imputable a la legítima del donatario, pero no se revocará aunque éste sea desheredado si no ha incurrido en causa de revocación por ingratitud. Ni se invalidará en cuanto a su exceso sobre la legítima o cuota hereditaria del donatario, aunque a ella deba imputarse preferentemente, mientras no resulte inoficiosa, y sin perjuicio de que deba colacionarse, si por el donatario no hubiera sido dispensada su colación.

En síntesis, de lo expuesto podemos deducir la siguiente doctrina: Debe distinguirse entre las donaciones y los meros anticipos de legítima. Estos pueden no extrañar donación (como en la dote obligatoria o en los anticipos materiales), o bien, cabe que consistan en donaciones *inter vivos* o *mortis causa* condicionadas con dicho carácter de anticipo. Condicionalidad que en las intervivos debe ser expresada y en las *mortis causa* basta que se deduzca de la determinación de su carácter de anticipo (889). Tales anticipos

puede entenderse condicionada la donación otorgada como anticipo de legítima, a la que no atribuye otros efectos que los que resulten del art. 819 del Código civil, y cree «más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató de que quedara fuera de duda que con la donación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudiera corresponder a sus hijos como herederos legítimos, advertencia que realmente, dado lo dispuesto en el Código civil, era innecesaria».

(888) Loc. cit., págs. 132 y ss.

(889) La razón de esta diferencia, a juicio nuestro, deriva: 1.º De que la donación *inter vivos* repele toda condicionalidad no expresamente impuesta, mientras la condicionalidad insita en toda donación *mortis causa* puede per-

tienen condicionada su consolidación a la efectividad de los derechos legitimarios del que los recibió y se hallan pendientes de reducción en su exceso con respecto a la legítima o a la mayor participación que al receptor corresponda en la herencia del causante. Las donaciones no condicionadas como anticipos, son independientes de la efectividad de la legítima del donatario en la herencia del donante, sin perjuicio de la reversión prevista en el artículo 812 y de la revocabilidad por ingratitud que regula el artículo 648 C. c., y no pueden ser objeto de reducción mientras no sean inoficiosas conforme los artículos 636 y 654 C. c., sin perjuicio de su colación, en su caso. De las reglas de su imputación vamos a ocuparnos a continuación.

G) *Imputación de las donaciones otorgadas a favor de herederos forzosos.*

Penetramos en la cuestión medular que suscita la imputación en el Código civil. Por eso, para su resolución es esencial la determinación previa de varias cuestiones que frecuentemente han sido mal interpretadas por los autores posteriores al Código civil. De ellas nos hemos ocupado intensamente en otro trabajo (890) y, por eso, ahora nos vamos a limitar a enunciar nuestras conclusiones previas:

1.º La palabra mejora no tiene carácter sacramental. Debe distinguirse la mejora tácita de la mejora presunta. Sólo ésta ha sido suprimida por el artículo 625 del Código civil (891).

2.º No hay duda que algunos artículos del Código civil (verbigracia, los 823, 824, 828 y 829) emplean la palabra mejora en su acepción más restringida, es decir, limitándola a la otorgada con cargo al segundo tercio de la masa computada. Pero, contrariamente, en otros artículos (819, 825, 826, 827 y 830 a 833) hay que reconocer que dicho término es empleado latamente, en su sentido

lectamente entenderse agravada por las determinaciones expresadas por el donante. 2.º De la causa, que en las donaciones puras e *inter vivos* es la mera liberalidad mientras en las *mortis causa* se centra en la contemplación, por el donante, de su propia muerte. Esto hace que en éstas la asignación del carácter de anticipo de legítima deba entenderse injertado en la propia causa (es disposición *mortis causa* con asignación de cuota de imputación) mientras que en las *inter vivos* (liberalidades dispositivas irrevocables) no pasa de la zona jurídicamente inocua de los motivos si no se le asignó claramente eficacia de condición.

(890) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. IX, págs. 10 y ss.

(891) *Op. cit.* (ver en las págs. 139 y ss. nuestras conclusiones). Al año siguiente de pronunciada nuestra conferencia (24 enero 1950) una figura de relevante prestigio, ROCA SASTRE en sus *Notas a KIPP* (op. y vol. cit., págs. 358 y ss.) se sumó a nuestra tesis, diferenciando las mejoras tácitas y las mejoras presuntas. El auténtico sentido del adverbio *expresamente* o del participio pasivo *expresa* confirman esta tesis. En efecto: en latín, *expressim* y *expressus* se refieren a una manifestación clara y cierta, pero sin requerir que ésta sea formalmente expresada, y en castellano suponen manifestaciones o palabras claras, pero no palabras ni frases sacramentales. Requieren claridad y certeza, mas no formulismo.

jurídicamente clásico, a la vez que meramente gramatical. Es decir, abarcando tanto la mejora hecha con cargo a la porción especialmente destinada a dicho fin o como las imputables a la parte de libre disposición o a ambas cuotas (892).

3.º Las partes en que contablemente se divide la herencia a efectos legitimarios no son cuotas incommixtibles, sino que sólo son realidades en el aspecto contable. No significan compartimientos estancos, sino únicamente límites a la libre disponibilidad del causante. Un tercio sólo es disponible por igual entre los hijos; de los otros dos tercios puede disponerse libremente entre los descendientes, y de estos dos tan sólo de uno se puede disponer a favor de cualquier persona. Los tercios de mejora y libre disposición, por lo tanto, sólo están separados irreductiblemente con respecto a donatarios o legatarios extraños. Tratándose de descendientes del causante desaparece toda barrera entre estos tercios y forman una masa unitaria disponible a no ser que el propio causante, al donar o al testar disponga su separación (893).

4.º El tercio de mejora es legítima colectiva de los descendientes frente a los extraños, pero no es legítima con respecto los descendientes entre sí (894). Ni siquiera es exacto decir que el se-

(892) *Loc. cit.*, págs. 77 y ss. En la página 85 decíamos: «El artículo 819, párrafo 1.º, opone las donaciones en concepto de mejora a las imputables a la legítima. Para este precepto, tratándose de donaciones hechas a los hijos, no cabe otra alternativa. Y, por lo tanto, o se emplea en él la palabra mejora—aplicada a las donaciones—en un sentido amplio, abarcando toda donación no imputable a la legítima—y no en su acepción restringida de donación con cargo al segundo tercio—o bien su mismo tenor literal excluye la posibilidad de imputación al tercio libre de las donaciones otorgadas a favor de los hijos. Este segundo término de la alternativa es absurdo, por eso debemos rechazarlo. No nos queda, por tanto, más que aceptar el primero.» Y en la página 87 añadíamos: «Sobre esta base debe interpretarse el artículo 825 del Código civil. El artículo 819 se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan concepto de mejora; el artículo 825 determina cuáles tienen ese último carácter. Para el 819, *sensu contrario*, tienen carácter de mejora aquellas donaciones que no se imputan a la legítima del donatario; el artículo 825 dice que este carácter no puede presumirse. El término mejora es, pues, usado en igual sentido e idéntica extensión por ambos artículos.» Bastantes años antes, BONEL (*op. y vol. cit.*, art. 823, pág. 438) ya lo había observado: «Como no es de presumir que no estando vedado, como no está, puedan disponer los padres como mejoras no sólo de la tercera parte destinada a ellas por la ley, sino de la otra tercera parte de libre disposición. De aquí el que sustentamos que realmente las mejoras pueden consistir en algo más de una tercera parte de la herencia si así plugiera a los padres.»

(893) *Loc. cit.*, págs. 65 y ss., donde detenidamente lo hemos estudiado y creemos haberlo demostrado. Esta misma tesis la habíamos apuntado anteriormente en nuestro trabajo *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*. («*Rev. Der. Priv.*», vol. XXXII, pág. 241.)

(894) Los clásicos castellanos aceptaron unánimemente esta opinión. Véase, verbigracia, GREGORIO LÓPEZ (glosa a las palabras «*la manda*» de la ley 2.ª, tit. IX, Sexta Partida): «Et ideo ne fiat praejudicium filiis in legitima, legatarius vel donatarius tertia partis, vel quintae bonorum in effectu tenetur ad debita...» (obsérvese que opone la legítima al quinto y al tercio); DIEGO CASTILLO (*op. cit.*, lex XXI, núm. 5, fol. 105 vto.): «et sic legitima et melioratio in tertio et quinto ponuntur ut diversa, ergo non sunt idem, et diversitas nominum,

gundo tercio, es legítima cuando no es mejora (895). Lo es siempre frente a extraños. No lo es nunca entre descendientes. Una cosa es que el segundo tercio se reparta por partes iguales, como el primero, cuando el testador no haya dispuesto mejoras a su cuenta, y otro cuento es afirmar que por eso sea legítima, como el primero, incluso entre los descendientes. En realidad, no deja por eso de ser una parte disponible a favor de los descendientes de la que no ha dispuesto el causante.

La tesis de la separación de tercios y de la incommixtibilidad de su respectivo contenido, ha dado especialmente lugar a inter-

arguit diversitatem effectus»; PALACIOS RUBIOS (*Repetitio...*, tercera núm., § 22, núm. II, folio 153, col. 3): «Hodie omnia bona patris sunt legitima filiorum excepta quinta parte quam poterit cui voluerit donare... excepta etiam tertia parte residui quam unum ex filiis potuit praelegare»; RODRIGO SUÁREZ (op. cit., *Declaratio legis regni*, § 6 queritur, núm. 1, pág. 549): «tertia, quae respectu filiorum non est legitima, cum poterat pater unum meliorare, et alios excludere»; COVARRUBIAS (*Variarum...*, lib. I, cap. XIX, núm. 4, pág. 89, vol. II); *Opera omnia*: «Sic etiam respectu descendentium non est nec censetur legitima nec quinta, nec tertia bonorum pars, in quia melioratio fit»; TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex XIII, núm. 2, fol. 192); JUAN GUTIÉRREZ (op. cit., Lib. II, Quaest. LXII, núm. 1, pág. 139): «Attento iure nostro regio omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto tertio, de quo inter eosdem liberos possunt disponere, et quinto de quo etiam inter extraneos»; MATENZO (op. cit., lib. 5, tit. 5, lex II—Tauri 18—, glos. III, núm. 2, fol. 146): «Tertium sit legitima filiorum... est tamen legitima voluntaria, respectio patris, potest siquidem eam uni, vel alteri filiis, vel nepotibus assignare, eos meliorando»; ACEVEDO (op. y vol. cit., Lib. V, tit. VI, ley 3—19 de Toro—, núm. 8, pág. 160): «Nam tertiam bonorum... inter filios et descendentes nec dicitur, nec reputatur legitima... esse tertium legitimam... respectu extraneorum non vero descendentium».

PEDRO NOLASCO DE LLANO (*Compendio a los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez—3.ª ed.*, Madrid, 1795—, pág. 78) sintetiza la opinión de Gómez (*Ad leges Tauri...*, lex XVIII, núm. 1, pág. 123), diciendo que «esta tercera parte es legítima electiva entre ellos» (los descendientes). SANCHO LLAMAS Y MOLINA (op. cit., ley XVIII, núm. 39, págs. 341 y sigs.) resume que «aunque el tercio de mejora sea legítima de los hijos respecto de los extraños... el tercio no es legítima de los hijos respecto los nietos y descendientes». Y BENTO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. III, pág. 527), hablando respectivamente de la legítima lata y de la diminuta o reducida, dice que «los hijos pueden recibir la primera, pero sólo tienen derecho a la segunda».

La tesis de que el segundo tercio no es legítima respecto los descendientes entre si ha sido sostenida brillantemente por JUAN GARCÍA GRANERO (*Estudio dogmático de la mejora*, en Rev. Dr. Priv., XXXIII, págs. 808 y ss.), y a ella nos hemos adherido decididamente (*La mejora tácita...*, loc. cit. pág. 24 y siguiente).

(895) En este sentido inexacto, JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (*El acrecimiento en la mejora*, en «Estudios de arte menor de Derecho sucesorio», en Anales de la Ac. Matr. del Not., vol. II, pág. 542), ha dicho con ingenioso juego de palabras: «La mejora sólo es legítima cuando el testador no ha dispuesto de ella; cuando no es mejora.» Y, más condensadamente, LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (*La cuota viudal y su regla fija—Madrid, 1947—*, pág. 97): «El segundo tercio sólo es legítima cuando no es mejora.»

La verdad es que el segundo tercio siempre es legítima *erga extraneis* y nunca lo es *intra liberis*, hayanse o no dispuesto mejoras a su cuenta, ya se atribuya desigualmente o bien se reparta con la legítima estricta por partes viriles. Del mismo modo que no se convierte en legítima el tercio libre por el hecho de atribuirse a los legitimarios o por no haberse dispuesto del mismo.

pretaciones erróneas, tanto más grande cuanto más rígidamente y de modo más tajante se ha querido mantener esa separación.

Repasaremos y criticaremos brevemente las más importantes:

a) Navarro Amandi (896) y Pérez Ardá (897) llegaron a afirmar que las donaciones otorgadas a los hijos se imputan a la legítima o en la mejora y nunca en el tercio libre, reservado a extraños. Opinión que se apoya literalmente en los dos primeros párrafos del artículo 819 y en el artículo 825, dando a la palabra mejora su sentido más restringido.

Esa interpretación no puede resistir un examen sistemático de la cuestión, ni logra sostenerse después de leído el párrafo 3.º del propio artículo 819, que sólo ordena la reducción de las donaciones en cuanto «fueren inoficiosas o excedieren de la porción disponible». Y, conforme al artículo 636, en relación con el 808 del Código civil, puede disponerse a favor de los hijos y descendientes legítimos de todo el haber excepto de las participaciones correspondientes a los demás legitimarios.

b) Manresa (898), Sánchez Román (899), Morell (900), Cal-

(896) Op. y vol. últ. cit., art. 819, págs. 311 y sig. Dice así: «1.º donado al hijo, ¿podría nunca incluirse en el tercio de que el padre puede disponer en favor de extraño? Sería absurdo. Las donaciones hechas a los hijos y descendientes, o se hicieron en concepto de mejora (véase el art. 825) o no tienen semejante carácter; en el primer caso, serán reducibles si exceden del tercio de mejora; en el segundo, lo serán si exceden de su porción legítima, estricta o diminuta.»

(897) Loc. cit., pág. 222. «Y opino de este modo—afirma—basado en que las donaciones hechas a los hijos se imputan en la legítima (819) o en la mejora (825) y nunca en el tercio libre reservado a extraños (819), a cuyo tercio vendrían a imputarse indebidamente, siguiendo el criterio contrario; en que vendría a privarse ilegalmente al testador de la facultad de legar a extraños con cargo a esa parte libre, sin otro motivo que el haber alargado la mano al donar a sus descendientes y contradiciendo su voluntad, elocuentemente manifiesta al legar a un extraño y no dispensar de colación al donatario.»

(898) Op. cit., vol. VI, pág. 414.

(899) Op. cit., vol. VI, 2.º, pág. 960. Acepta que pueda subsistir la diferencia de más o exceso del importe de la donación comparada con el de la legítima sólo en dos casos: «cuando le haya dado el concepto expreso de mejora y no exceda del segundo tercio destinado a ella y de lo que le corresponda en el primero por legítima, o sin dárselo, quede del caudal hereditario cantidad suficiente para cubrir el exceso de la donación respecto a la legítima y el testador lo haya previsto disponiendo de aquella parte en que la donación exceda de la legítima del donatario a título de legado, ya no haciéndolo así, aunque hubiera dispuesto de la parte libre a favor de otros.»

(900) Mejoras, loc. cit., págs. 285 y sigs. Afirma que las donaciones a favor de los hijos se imputan primero a su legítima, después al tercio libre, y en lo que exceda no hay más remedio que considerarlas inoficiosas con arreglo a los arts. 636 y 1.036: «Lo que exceda de la legítima se imputa a ese tercio libre, porque puede darse a un extraño y con más razón a un hijo.» Y en otro de sus artículos (*Donaciones a favor de herederos forzosos*, loc. cit., pág. 260) añade: «La ley sólo desea que el donatario que resulte heredero forzoso deba imputar su donación a la legítima, pero no que el exceso, si lo hubiere, no pueda imputarse en el tercio libre.»

derón Neira (901) y Romero Vieitez (902) admiten que el exceso sobre la legítima del donatario que arrojen las donaciones hechas sin carácter expreso de mejora a favor de algún hijo, deberá imputarse al tercio libre (sin perjuicio en su caso del deber de colacionar), pero nunca, como mejora al segundo tercio.

Tampoco estos autores valoran suficientemente la expresión de «*en cuanto fueren inoficiosas o excedieren la porción disponible*», empleada en el § 3.º del artículo 819, en relación con los artículos 636 y 808 C. c. Ateniéndonos a su exacto sentido, el exceso de lo donado sin carácter expreso de mejora debe imputarse sucesivamente a la legítima del donatario, tercio libre y de mejora, salvando así su eficacia en cuanto no resulte inoficioso. Solución a la que han llegado Jaén (903), deduciéndola del artículo 636 C. c., y Roca Sastre (904), aplicando análogicamente a las donaciones lo que el artículo 828 dispone para los legados.

c) Navarro Amandi (905), Mucius Scaevola (906), Sánchez Román (907), Lacoste (908), Pérez Ardá (909), Clemente de Die-

(901) Loc. cit., pág. 124.

(902) Op. cit., pág. 113. Considera imputable al tercio libre, pero no al de mejora, el exceso de las donaciones otorgadas como anticipo de legítima, o sin expresar que tengan el carácter de mejora o estén excusadas de colación.

(903) VICENTE JAÉN (*Derecho Civil*—Madrid, 1928—, pág. 791) planteó en estos términos la cuestión: «Puede darse el caso que la dote o donación, por su cuantía, absorba la totalidad de lo que por legítima correspondía a la dotada o al donatario y además la totalidad del tercio de libre disposición, y en este caso hay que resolver la cuestión propuesta en uno de estos sentidos: computar el exceso en el tercio de mejora, lo que parece opuesto a lo establecido en el repetido art. 825, o considerar, por respecto a ésta, la dote o donación *propter nuptias* inoficiosa, a pesar de lo dispuesto en el art. 636, en donde se autoriza a dar por donación lo que se puede dar por testamento. Ante este dilema creemos que, en el caso que nos ocupa, la dote o donación *propter nuptias* se debe traer en la parte necesaria para computarla en el tercio de mejora, pues otra cosa sería prescindir de un modo absoluto y violento de la facultad que expresamente corresponde a todo donante, limitándola de un modo contrario al espíritu de la ley por un exagerado respeto al art. 825, el cual, indudablemente, fué redactado sin pensar en este serio problema que la práctica puede suscitar.»

(904) Notas al Kipp (vol. cit., Apéndice: *La Mejora*, I, pág. 300, en relación pág. 359 in fine) afirma: «Cuando sea imputable a la legítima el legado o donación otorgada por los padres a alguno de sus hijos o descendientes, si el legado o donación excediere del valor de la cuota legitimaria del legatario o donatario, tal exceso del legado o donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, entendido también esto último del mismo modo antes indicado.» Es decir: que las palabras <no quepa> hay que entenderlas no en el sentido de que el importe del legado (o de la donación) exceda del valor del tercio libre, «sino en el de que no quede en este tercio libre lugar alguno o suficiente para poder situar el legado, por haberlo agotado en todo o parte el causante.»

(905) Op. y vol. cit., art. 819, pág. 311, in fine.

(906) Op. cit., vol. XIV, págs. 582 y sigs.

(907) Op. cit., vol. VI-2, págs. 060 y 1205.

(908) Op. cit., pág. 282.

(909) Loc. cit., pág. 222.

go (910), Castán (911), Romero Vieitez (912), Ferrara (913), Fuenmayor (914) y, muy a regañadientes, Uriarte Berasátegui (915), creen que las donaciones o legados en concepto de mejora sólo pueden imputarse al segundo tercio y en cuanto no cupiera en éste a la legítima del mejorado, y que en el exceso deben ser reducidas. Esta opinión se apoya principalmente en el artículo 829 del Código civil, que dispone que si el valor de la mejora de cosa cierta excediere del tercio destinado a mejora y de la parte legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

En cambio, Bonel (916), Manresa (917), Morell (918), Valverde (919) y Roca Sastre (920), opinan que dicho exceso sobre el segun-

(910) Op. y vol. cit., pág. 241.

(911) Op. y vol. cit. (ed. 1939), pág. 323.

(912) Op. cit., pág. 113.

(913) *El sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español*. VI Conferencia, la que puede hallarse una rescensión debida a JERÓNIMO GONZÁLEZ en la Rev. Crít. de Dr. Imob., vol. V, pág. 65.

(914) *La mejora en el sistema sucesorio español* (Coimbra, 1946), pág. 34. La base de esa opinión, en FERRARA y en FUENMAYOR, se halla en su consideración del acto de mejorar como una simple *asignación*, que no alcanza la categoría de *disposición*. FUENMAYOR llega a encuadrar el art. 829 dentro de la órbita del 1.056, del mismo modo que ORTEGA PARDO hace con el art. 815.

(915) URIARTE BERASÁTEGUI, *El art. 827 del Código civil*, en Rev. Crít. de Dr. Imob., vol. V, pág. 333. Tan a regañadientes acepta esa tesis, que califica al art. 829—base de la misma—de <monstruoso>.

(916) Op. vol. cit., art. 829, pág. 445, donde explica: «El Proyecto de Código de 1851 proponía que el que hace la mejora pueda señalarla en cosa cierta, con tal que su valor no exceda de la medida legal de dicha mejora, y el Proyecto de 1882, en su art. 814, proponía lo mismo que propone hoy nuestro Código, si bien añadía al valor del tercio de mejora, y al de la legítima el de otro tercio disponible; mas esto debe entenderse ya aún cuando nada se dijese sobre el particular..., porque si de este tercio puede disponer libremente entre extraños, mejor podrá disponer entre sus herederos legítimos».

(917) Op. cit., vol. VI, págs. 414 y sig. y 439 y sigs. En la pág. 415 explica que: «como dicho exceso viene a constituir una donación, desde luego imputable ya al tercio libre, habrá de tenerse presente lo dispuesto en los artículos 820 y 656, y si por su fecha fuese preferente la donación, perjudicando a los partícipes extraños del tercio libre, dicho exceso se colacionará a los efectos del art. 1.035, siempre, es claro, que concurren a la herencia otros hijos o descendientes, pues si el mejorado fuese heredero único, a él solamente correspondería en el caso expuesto el exceso de la donación». Y, en la pág. 440, concede que: «en el caso de tratarse de cosa determinada, es, sin embargo, imprescindible la aplicación del art. 829».

(918) *Mejoras*, loc. cit., págs. 578 y sig.

(919) Op. y vol. cit., págs. 290 y sigs. Apoya su opinión en el Derecho anterior al Código civil, aunque aplicando el art. 829 solamente a la mejora de cuota con asignación de cosa cierta o determinada, por lo cual deduce «sensu contrario» que dicho mejorado de cuota con asignación de cosa cierta, en caso de que el valor de ésta no alcance el de la cuota, tendrá derecho a que la diferencia se le satisfaga en otros bienes de la herencia.

(920) Notas al Kipp., op. y vol. cit., Apéndice. *La Mejora*, IV, pág. 362. Concretando el ámbito de aplicación del art. 829 C. c., distingue: «Este artículo 829 tendrá exacta aplicación cuando el valor del tercio libre haya sido dispuesto totalmente mediante donaciones o disposiciones testamentarias, o

do tercio y la legítima del mejorado puede imputarse al tercio libre, en cuanto quepa en éste. Excepto, según Manresa, si se trata de una mejora de cosa cierta, o bien, según Valverde, tratándose de mejora de cuota con asignación de cosa cierta o determinada, o según Roca Sastre, si el tercio libre ha sido totalmente dispuesto mediante legados o disposiciones testamentarias, o si la mejora es de cuota con asignación de cosa determinada o de cosa cierta con determinación de cuota.

Como luego veremos, al poner en relación los artículos 819 y 825, si no se quiere caer en la absurda interpretación del 825 que sostuvieron Navarro Amandi y Pérez Ardá, hay que aceptar que en ambos la palabra mejora se usa latamente. Aquel absurdo solo se salva, como notó Bonel (921) y nosotros en anterior ocasión (922), si entendemos que la palabra mejora es usada latamente en el artículo 825 abarcando tanto la hecha con cargo al segundo tercio como la verificada a los descendientes para imputarla en el tercer tercio. Cuando se dispone a favor de cualquiera de los hijos coinciden totalmente la porción disponible a que alude el artículo 819 y la susceptible de ser distribuido entre ellos como mejora a que alude el artículo 825, porque para ellos una y otra abarcan igualmente dos tercios.

En nuestra repetida conferencia del 24 de enero de 1951 en la Academia Matritense del Notariado, nos ocupamos ampliamente de la interpretación del artículo 829, partiendo de su raíz histórica (923). Allí afirmamos que este precepto se refiere tanto a la mejora de cuota con asignación de cosa determinada, como a la mejora de cosa cierta con determinación de cuota (924), pero no a la mejora de cosa cierta sin determinación de cuota. El problema fundamental radica en resolver si en el régimen del Código civil,

cuando el causante ha hecho una mejora de cuota con asignación de cosa determinada o una mejora de cosa determinada con señalamiento de cuota; en el primer caso, el abono de dinero por exceso de atribución deberá efectuarlo el mejorado a los destinatarios del tercio libre; en el segundo caso, habrá de abonarlo a la herencia, o sea a todos los interesados en la herencia.»

(921) Op. y vol. cit., art. 825, págs. 440 y sig. «Explica que en el Proyecto de 1851, «en su art. 657 se contenía un segundo apartado proponiendo que para ser válida la declaración había de expresarse si la mejora se hacía en la parte disponible a favor de extraños, o en la parte de la legítima disponible entre hijos, o en ambas, lo cual no dejaba de ser muy atinado, por cuanto si, según hemos insistido en sostener, no es sólo la mitad de la porción correspondiente a la legítima, o sea una tercera parte de la herencia, la que puede disponer el testador para mejorar a alguno o algunos de sus hijos, sino que también de la otra tercera parte de libre disposición, bueno sería que se le hubiese obligado al testador a expresar cuanto aquél proyecto proponía.»

(922) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 85 y ss.

(923) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 75 y ss.

(924) Así lo habían entendido también NAVARRO AMANDI, op. y vol. cit., artículo 829, pág. 330; BURÓN, op. y vol. cit., núm. 1.051, págs. 91 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. últ. cit., pág. 1205, y CASTÁN, op. y vol. cit., pág. 223, aunque al parecer, aplican este artículo 829 igualmente a la mejora en cosa determinada sin determinación de cuota.

la sola expresión de mejorar, aun sin señalar la cuota concreta, presupone la designación del segundo tercio como cuota máxima, si no resulta otra cosa de la disposición del mejorante. Nos inclinamos a creer lo mismo que entonces, que como quiera que el Código civil no usa siempre la palabra mejora en su nueva y más limitada acepción, resultaría excesivamente riguroso entender, apoyándose en el artículo 829, que el mero empleo por el testador o por el donante de la palabra mejora, presuponga la determinación del tercio como cuota máxima. Se trata de un problema de interpretación de la voluntad del mejorante, en el cual la determinación de la cuota creemos que no puede presumirse por el simple uso del sustantivo *mejora* ni del verbo *mejorar* (925).

d) Manresa (926), Morell (927), Ferrara (928) Romero Vieitez (929), Fuenmayor (930), así como Uriarte Berasátegui (931) —éste contrariando su personal criterio, pero inclinándose ante el que creía criterio legal—, han entendido que la dispensa de colación no puede franquear los límites entre el tercio de libre disposición, al que deben imputarse, y el de mejora, al cual no pueden invadir si no se les otorgó formalmente carácter de mejora.

(925) No obstante, para evitar toda duda, conviene precisar, en toda mejora de cosa cierta, si ésta se hace con cargo al tercio de mejora exclusivamente, a cuenta de los dos tercios de mejora y libre disposición, o limitada a otra cuota determinada especialmente.

(926) Op. cit., vol. VI, pag. 562, donde expresa que la dispensa de imputación puede hacerse con orden de imputación al tercio libre o al tercio de mejora; pero que si no se dice que se dispensa su colación la imputación de la donación se verificara al tercio libre, por no ser presumible el carácter de mejora.

(927) *Donaciones a favor de herederos forzosos*, loc. cit., págs. 270 y ss.

(928) Conf. y loc. cit., pag. 65, dice: «Mientras el donante con dispensa de colación alcanza a la parte disponible y hace una verdadera liberalidad, el ascendiente mejorante no hace una liberalidad sino un ordenamiento de favor entre sus herederos legitimarios, en virtud del poder autónomo que para esto le corresponde por su autoridad de padre, y para la satisfacción de finalidades ideales y familiares que trascienden del fuero de los intereses económicos.»

(929) Op. cit., pag. 113. Dice que la donación no colacionable «se computa a en el tercio libre, no se traerá a partición entre los herederos forzosos y en lo que excediere se podrá reducir» (arts. 1.036 y 819).

(930) *La mejora en el sistema...* cit., págs. 34 y ss.

(931) Loc. cit., págs. 34 y ss. Descorazonado se pregunta: «¿Es que los mandatos de mejora y no colación, cuyo espíritu común en la intención del ascendiente es que al donatario no se le descuente el importe de la donación en la herencia, aunque por ello sea mayor o mejor heredero, se han convertido por imperio de la ley en *ordenes de imputación a tercios*?» Reconoce que, de ser así, las palabras <mejora> y <no colación> habrán de emplearse con sumo cuidado, pues no responde aquella a su significado gramatical, y ésta a su concepto jurídico, sino a un contenido matemático legal contrario en algún caso a los principios informantes del espíritu de las instituciones, para cuyo desarrollo se establecieron los tercios de la herencia. Y acaba confesando—con el dolor de quien siente su propia impotencia ante la que estima injusticia y antijuridicidad de la ley— que solo ha hallado una contestación: «La ley, con fines especiales, ha impuesto un artificio de tercios de herencia, y los ha desenvuelto con tan escasa sutileza jurídica..., que hace incompatibles los tercios de mejora y libre». Con lo que al testador «le doblará y partirá en dos su voluntad anulándola como ha dividido y separado ambos tercios de la herencia».

Esta opinión se alimenta y tiene sus raíces en varios erróneos principios —discutidos por nosotros, como antes hemos recordado—, tales son: los de la separación de tercios como cuotas incommixtibles; la traducción de *expresamente* por *formalmente* cuando se trata de mejorar, y el concepto restringido al que se quiere reducir el significado de esta palabra.

Afortunadamente muy prestigiosos autores han rechazado las pretendidas fronteras entre el tercero y el segundo tercio cuando se trata de imputar las donaciones dispensadas de colación. Así, Mucius Scaevola (932), De Buen (933) y Roca Sastre (934) aceptan la posibilidad de imputar al segundo tercio las donaciones dispensadas de colación en cuanto no quepan en el tercio de libre disposición.

Como ha sostenido Uriarte Berasátegui (935): «La dispensa de colación es sustancialmente una mejora; la colación es una operación mediante la cual el heredero donatario toma en la herencia de su ascendiente menos bienes que los demás descendientes —los equivalentes a la donación—; por su dispensa toma iguales bienes y automáticamente es mejor heredero que ellos, pues resulta mejorado con los bienes de la donación que no ha colacionado». Por lo cual pregunta: «¿qué razón jurídica fundamental existe para que habiendo el ascendiente ordenado clara y sencillamente sin referencia alguna a los tercios de la herencia, que no se le descuente al donatario descendiente el importe de la donación en su herencia —dispensa de colación— la ley rechace y deje incumplida esta orden porque la donación exceda del tercio libre? Podría responderse: la intangibilidad para el ascendiente de los tercios de legítima y mejora. Mas no, eso será respecto de extraños, pero, con relación a sus descendientes, no es intangible el ter-

(932) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.036, ed. 1901, pág. 143. Reconoce que «el fundamento de la dispensa de colación es el mismo que el de la mejora, cuando el donante sea un padre y los donatarios hijos. Todo acto de dispensa de colación es una verdadera mejora disfrazada, y tan sostenible en principios y en las leyes como lo es la facultad que al padre se le concede de premiar méritos, atenuar desigualdades y recompensas, servicios en favor de uno o varios de sus hijos, que es lo que toda mejora supone».

(933) Op. y vol. cit., pág. 426, dice que: «Cuando el donatario esté expresamente liberado por el causante de la obligación de colacionar, tal liberación equivaldrá a la voluntad expresa de que la donación hecha no se considere como anticipo de legítima, sino como mejora.»

(934) Notas al Kipp, vol. cit., ap. *La Mejora*, I, pág. 359. «Cuando los padres—dice—han otorgado una donación a alguno de los hijos o descendientes legítimos, excluyéndola de la imputación a la legítima—o lo que es lo mismo, disponiendo que la misma no se colacione cuando el donatario resulte coheredero—, entonces dicha donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, entendiendo esto último de igual manera que en el supuesto anterior» (es decir que *no quepa* en la parte del tercio libre, que el causante no haya aplicado «con donaciones o legados o con instituciones de heredero»). Y concluye: «Evidentemente, al disponerse la no imputación o la no colación hay que pensar que la voluntad de los padres fue que el donatario recibiera la donación además o aparte de su legítima».

(935) Loc. cit., págs. 334 y ss.

cio de mejora, ya que del mismo puede disponer el ascendiente a favor del descendiente que desee. Tampoco podrá razonarlo la presunción de voluntad, pues la orden terminante de no colacionar excluye toda presunción contraria».

Sintetizadas las distintas posiciones de la doctrina en torno a las principales cuestiones que plantea la imputación de las donaciones otorgadas por el causante a sus herederos forzosos, vamos a plantear el tema conforme al plan que, histórica y dogmáticamente, aconseja la diversidad jurídica de la imputación *ex se* y la colación. Por ello, trataremos sucesivamente, primero de la imputación de las donaciones otorgadas como anticipo de legítima y como mejora, y, después, de las que tengan carácter colacionable y de las dispensadas de colación (936). La diferencia existente entre las antítesis *donaciones imputables a la legítima—donaciones con carácter de mejora* y la otra antítesis *donaciones colacionables—donaciones dispensadas de colación*, estriba en la diversidad de los linderos existentes en cada una de las respectivas masas en que se acotan y encasillan las donaciones que determinan una y otra antítesis.

La masa a la que se aplica la antítesis: *donaciones imputables a la legítima—donaciones en concepto de mejora*, que es la total masa idealmente formada con la computación de lo relicto líquido y de todo lo donado, está deslindada legalmente con límites mínimos y máximos por el artículo 808 C. c. En cambio, la masa a que se refiere a *la colación o la no colación*, carece de una genérica fijación de linderos previos. Separa como antagónicos la masa partible por los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias y los demás bienes, es decir, los especialmente legados o donados y los correspondientes a herederos extraños, que quedan fuera de aquélla. Para constatar la diferencia de criterio en uno y otro caso debemos fijarnos en estos datos: La legítima tiene como límite mínimo individual entre los hijos la parte viril de un tercio y como límite global frente a extraños dos tercios del haber computado; y la parte disponible a favor de los hijos y descendientes tiene como límite máximo el de dos tercios, además del límite mínimo representado por su respectiva legítima estricta. En cambio, la masa a la que se imputan las donaciones colacionables puede exceder de los dos tercios, así como inversamente la suma de donaciones y legados no colacionables puede también exceder de dichos dos tercios, con tal de que no se lesione ninguna legítima (937).

(936) La misma doctrina que exponremos para las donaciones entre vivos la creemos de aplicación a las *mortis causa*, como defendimos en nuestra conferencia *La donación mortis causa...*, loc. cit., X, II, págs. 742 y ss.

(937) Para comprender esa última afirmación vamos a explicarla con un ejemplo: El causante dejó cuatro hijos y una fortuna líquida de 350, a la que a efectos de la computación para cálculo de las legítimas debe agregarse contablemente el importe de dos donaciones: una de 50 hecha con dispensa de colación a su

Lo opuesto a la legítima es la parte disponible (variable según ésta se refiera a descendientes o a extraños); y lo contrario a la masa partible en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias entre los herederos forzosos que efectivamente lo sean, es el cúmulo de legados y donaciones que no se colacionan. Se trata claramente de dos antítesis distintas, y por eso mismo debemos examinarlas separadamente.

a) *Donaciones imputables a la legítima y donaciones en concepto de mejora.*

Esta antítesis aparece planteada en sus verdaderos términos en el artículo 819, § 1.º, que opone las donaciones en *concepto de mejora* a las *imputables a la legítima*. Para este precepto, tratándose de donaciones hechas a los hijos, no cabe otra alternativa. En él, por lo tanto —como ya hemos expresado en otra ocasión (938)—, o bien la palabra mejora es empleada en sentido amplio, abarcando toda donación no imputable a la legítima y no en su sentido restringido de donación con cargo al segundo tercio; o de lo contrario, su mismo tenor literal, excluiría la posibilidad de imputar al tercio libre las donaciones otorgadas a favor de los hijos. Este segundo término de la alternativa es absurdo, y por eso debemos rechazarlo. No nos queda, por tanto, más que aceptar el primero, es decir, que el artículo 819 habla de las mejoras en el mismo sentido amplio que las leyes de Toro y el Proyecto de 1851. Cosa que nada sorprende, aunque otros artículos la empleen en

hijo A y otra de 200 sin tal dispensa a otro hijo B. En total 600. Su testamento dispuso un legado de 200, en pleno dominio a favor de su viuda, otro de 50 a su hijo C en pago de su legítima e instituyó herederos por terceras partes iguales a sus otros tres hijos A, B y D. El segundo repudió la herencia y así quedó exento de colacionar los 200 de su donación. De este modo la masa partible, conforme a sus cuotas hereditarias, entre los dos herederos forzosos restantes que han llegado a serlo, es sólo de 100 y, por tanto, inferior a los 200, que constituyen los dos tercios de los 600 computados. Y, sin embargo, no hay lesión de ninguna legítima. En efecto: A recibe 100, esto es, 50 por su donación no colacionable y otros 50 por su cuota hereditaria, aplicada a la masa partible; B conserva los 200 de su donación, puesto que no resulta inoficiosa y no se lesionan las legítimas de los demás herederos forzosos, ya que C y D, éste por su cuota hereditaria y aquél por su legado, reciben 50 cada uno; esto es, el importe de sus respectivas legítimas estrictas.

Vemos en este ejemplo que, con respecto a 600, la legítima estricta es de 200, la cuota disponible libremente 200 y la disponible entre los hijos 200. La primera cuota queda cubierta, pues ninguno de los cuatro hijos recibe menos de 50. Quedan 400 que se reparten así: A, por donación, 50; B, por el exceso de su donación respecto su legítima estricta, 150, y la viuda los restantes 200, que no rebasan la cuota de libre disposición.

En cambio, también vemos cómo la masa partible (en proporción a sus respectivas cuotas) entre los dos herederos forzosos instituidos y aceptantes, sólo asciende a 100, mientras los bienes legados y donados que no colacionan (unos imputables a las legítimas y otros no), suman 500. Y pese a esto no ha habido lesión alguna en las legítimas individuales ni en la colectiva de los hijos.

(938) *La mejora tácita*.... loc. cit., pág. 85.

sentido restringido, sabida la habitual imprecisión terminológica de nuestro Código civil.

Sobre esta base debe interpretarse el artículo 825 del Código civil. El artículo 819 se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan carácter de mejora; el artículo 825 determina cuáles lo tienen. Para el 819, *sensu contrario*, tienen carácter de mejora aquellas donaciones que no se imputan a la legítima del donatario; el 825 dice que este carácter no puede presumirse. El término mejora es usado en igual sentido e idéntica extensión en uno y otro artículo.

En cambio, toda donación a la que no se le asigne expresamente carácter mejora, deberá imputarse a la legítima del donatario. Tanto si se le asignó el carácter expreso de anticipo de legítima, como si nada se dijo al respecto.

La atribución de carácter de mejora a una donación requiere una voluntad expresa clara y cierta, pero no una expresión formularia y formal. Como hemos repetido, el Código ha proscrito las mejoras presuntas, pero no las mejoras tácitas. Por la primera razón, ha borrado a este efecto la distinción recogida en las leyes 26 y 29 de Toro entre donaciones simples y donaciones causales, rechazando en todo caso la presunción de que lo donado tenga carácter de mejora. El artículo 825 sigue en esto la pauta del artículo 657 del Proyecto de 1851.

Expuesta la antítesis, vamos a precisar el alcance de sus dos términos:

a) Donaciones *imputables a la legítima*.

En las donaciones no atribuidas expresamente en concepto de mejora, queda clara su imputación a la legítima por aplicación de los artículos 819, § 1.º y 825 C. c. Las mejoras no se presumen.

Las dudas se plantean en cuanto la imputación del exceso de lo donado con respecto a la legítima del donatario.

Partimos aquí de que en este problema de imputación no haya interferencia alguna de la colación. Sea por haber un heredero forzoso único, por ser simple legatario el legitimario imputante o por haber repudiado la herencia, puede jugar la imputación aislada totalmente de la colación. Bajo ese presupuesto, vamos a examinar la imputación de dichos excedentes que lo donado suponga con respecto a la legítima del donatario.

En primer lugar, debemos determinar cuándo existirá ese excedente. Para ello, basta tener presente, en todo caso, que en sentido lato se considera como legítima efectiva de cada uno de los hijos una parte viril de la resta o diferencia resultante entre los dos tercios de la masa computada (*minuendo*) y las mejoras efectivas que se imputen al segundo tercio (*sustraendo*). El límite mínimo de imputación es, por lo tanto, una parte viril de un tercio, su límite máximo una parte viril de dos tercios.

En segundo término, debe examinarse si ese exceso de la do

nación, con respecto la legítima efectiva del donatario, cabe o no en la cuota de institución del propio imputante, a la que deberá imputarse aunque sea mayor que su legítima y aunque incluso invada la parte de libre disposición. La imputación de lo donado puede, en este caso, rebasar de la legítima del donatario aunque no sobrepase la cuota de su institución. Ese supuesto no significará que haya mejora para el donatario si no la hay en la propia institución (es decir, mientras su cuota no exceda de la asignada a cada uno de sus hermanos no desheredados legalmente) (939), ya que no hay jurídicamente mejora mientras no haya desigualdad a favor de alguno de los hijos, o se favorezca a algún nieto, esto es, mientras no haya mejora en el sentido puramente gramatical de la palabra.

Finalmente, si lo donado excede no sólo de la legítima lata, sino también de la cuota de institución del donatario, dicho exceso no puede ser reducido mientras no suponga inoficiosidad (artículo 654, en relación con el art. 636 C. c.) Por eso, lo conservará el donatario como mejora, *lato sensu*, imputable a los tercios tercero y segundo.

Seguramente que contra esta afirmación se alegará la letra del artículo 825 —que declara que ninguna donación se reputará mejora si el donante no ha declarado expresamente su voluntad de mejorar— y su diferencia con el texto del artículo 828, que con respecto a los legados, admite alternativamente la imputación al segundo tercio por declaración expresa del causante «o cuando no quepa en la parte libre».

Y esta argumentación puede incluso reforzarse con el siguiente razonamiento. La legítima de cada hijo puede consistir en una parte viril de dos tercios del haber si no hay mejoras, de un solo tercio si el segundo es invertido totalmente en mejoras, o de la parte viril deducida de la suma del primer tercio y de la parte del segundo no dispuesta para mejorar. Es así, que inoficiosa es toda donación que perjudique la legítima (arts. 656 y 654 C. c) y que la mejora no puede presumirse (art. 825 C. c.), luego la donación, a la que no se dió carácter de mejora, no puede imputarse como mejora al segundo tercio ni aun cuando exceda de la legítima del donatario y de la parte disponible del tercer tercio si el donante no hace expresa declaración de su voluntad de mejorar en dicho exceso.

Pero, contra estos argumentos puede contestarse:

1.º Que el artículo 825 solamente tuvo por fin eliminar aquellas mejoras presuntas que la ley 26 de Toro estimaba ínsitas en toda donación simple. Dicha ley 26, ordenaba que las donaciones simples se imputaran, por este orden, a la mejora de tercio, quinto y a la legítima del donatario; mientras la ley 29, para las donaciones *ob causam*—que no se presumían mejoras si el donante no

(939) En este supuesto la mejora no estará en la donación, sino en la institución, aunque ésta se cubra con la imputación de aquella.

lo hubiera declarado expresamente—, ordenaba su imputación sucesiva (cuanto no debieran colacionarse) a la legítima quinto y tercio. Es decir, que la *ratio* del artículo 825 debe referirse a unificar la presunción —tanto para las donaciones simples como para las causales— de que lo donado debe imputarse en principio a la legítima del donatario y, por lo tanto, a la exclusión de que lo donado se estime *prima facies* como mejora. Pero no cabe ampliarla hasta estimar que en su exceso sobre la legítima del donatario, ni siquiera su plus sobre su parte viril en la herencia, deba reducirse —lo que contradecería lo dispuesto sobre reducción en los artículos 636 y 654 C. c.—. Ni basta para negar que quepa imputar dicho exceso sucesivamente al tercio disponible y al de mejora, como aceptaba la ley 29 de Toro, con inverso orden, para las donaciones que la ley no consideraba como mejora.

El tercio de mejora —como hemos visto— es legítima respecto a los extraños, pero no respecto de los descendientes entre sí. La disposición del 825 sólo puede entenderse en el sentido de invertir el orden de imputación señalado por la ley 26 de Toro —eludiendo así las mejoras presuntas—, pero no puede dar pie para reducir la parte disponible por donación a favor de los hijos, que es la misma porción disponible en testamento—conforme al art. 636—, es decir, que comprende los tercios segundo y tercero, además de la legítima estricta del donatario. No caben mejoras presuntas, pero tampoco son admisibles las reducciones presuntas. Se infringirían los artículos 636 y 654 —además de extender el 825 más lejos de su *ratio*— si se pretendiera reducir una donación sin agotar la parte disponible a favor del donatario. No hay aquí mejora presunta, sino mejora tácita, necesaria para evitar una reducción presunta.

2.º Que el artículo 828 tampoco es obstáculo a ésta interpretación, ya que no puede ser aplicado *sensu contrario* al tema que discutimos porque plantea otra cuestión. Se trata de la vieja duda sobre la preferente imputación al quinto o al tercio. Para resolverla, entre el segundo y tercer tercios, dispone la preferente imputación al tercio libre, que el Código plantea singularmente con respecto de lo legado. Claro está que en el artículo 828 la palabra mejora se emplea en sentido restringido, limitada a la verificada con cargo al segundo tercio. Pero, ¿prejuzga esta significación que igual sentido tiene esa palabra en el artículo 825? Como ya hemos visto, en el artículo 819 la palabra mejora se usa en su sentido amplio y el mismo sentido debe atribuirsele en el artículo 825 ya que es su complemento. Por eso pierde toda fuerza decisiva la objeción.

Como seguidamente veremos, las dos cuestiones a que se refieren los artículos 825 y 828, ya fueron tratadas en dos diferentes artículos del Proyecto de 1851, que respectivamente son sus ascendientes inmediatos, el 657 y el 660.

Y aquí llegamos a un segundo problema, esa mejora en senti-

do amplio que significa tal excedente, ¿deberá imputarse preferentemente al tercio de mejora o al de libre disposición?

La respuesta, tratándose de estas mejoras por exceso de imputación, ha de ser la misma que para las mejoras dispuestas expresamente. Como de éstas vamos a ocuparnos ahora, al dar su solución resolveremos ambos casos.

β) *Donaciones en concepto de mejora.*

Al interpretar conjuntamente los artículos 819 y 825 C. c., hemos comprobado que las mejoras pueden imputarse tanto al segundo como al tercer tercio de la herencia. Pero ¿a cuenta de cuál de ellos deben cargarse preferentemente?

El examen histórico nos ha mostrado que la doctrina anterior al Código civil, apoyándose en varias razones y, además, en el orden en que se enumeraban quinto y tercio en las leyes 26 y 29 de Toro, había entendido que lo donado debía imputarse al tercio antes que al quinto. En cambio, el artículo 660 del Proyecto de 1851, adoptaba la posición contraria—<cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y en lo que no alcanzare de la parte disponible entre herederos forzosos>—, aparte de que el § 2.º del artículo 657 ordenaba que el donante determinara si la donación en concepto de mejora debía imputarse a la parte libre o a la legítima disponible entre los descendientes.

El artículo 825 del Código civil, que, con ligeras variaciones (940) es transcripción del § 1.º del artículo 657 del proyecto de 1851, en cambio, no ha recogido el párrafo 2.º de aquél. Y el artículo 828 del Código, en el cual se ha trasvasado el artículo 660 del Proyecto, ha sustituido los términos de esta <toda mejora> por los más concretos <manda o legado hecho por el testador>.

No obstante esa última modificación, hemos defendido en otra ocasión (941) que, aun cuando el artículo 828 se refiere expresamente a mandas y legados, su doctrina puede y debe aplicarse a todos los demás supuestos de mejora *lato sensu*. Así también lo ha sostenido con su indudable autoridad Roca Sastre (942). «Aunque el artículo 825 no contenga las palabras del artículo 828 <o cuando no quepa en la parte libre>, creemos que, por analogía, ha de entenderse como si dicho artículo 825 las contuviere, a pesar de que, sobre todo a los efectos de la reducción por inoficiosidad, sea cosa distinta la donación y el legado».

(940) Las únicas variaciones consisten en la adición detrás de la palabra <donación> de la determinación <por contrato entre vivos>, y el cambio de las siguientes palabras: <reputa> por <reputará>, <donador> por <donante>, <formalmente> por <expresamente>, (cambio este último que no carece de valor, pues como hemos dicho no es lo mismo manifestar algo *expresamente*—para lo que sólo se requiere una voluntad clara y cierta—y *manifestarlo formalmente*).

(941) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 116 y ss. y 127 y ss. Ver especialmente en la pág. 118 la nota 300.

(942) Notas al Kipp, vol. cit., Ap. *La mejora*, I, pág. 359.

Claro que esa regla sólo será de aplicación cuando de la voluntad del testador no resulte otra cosa (v. gr., si se ordenase la imputación limitada al tercio de mejora, o si del examen del testamento resulta que el testador usó la palabra mejora en sentido restringido).

Decidida la aplicación supletoria del artículo 828 C. c., nos queda por precisar el significado de las palabras <no quepa> empleadas en el mismo. Roca Sastre (943) lo explica en el sentido de que no quede en el tercio libre lugar alguno para poder imputar la liberalidad, «por haberlo agotado en todo o en parte el causante con donaciones o legados o con instituciones de heredero, pues esto revela que el causante tuvo la voluntad de mejorar». Esa afirmación requiere ser aclarada: legados e instituciones de heredero no pueden dar lugar a la reducción de lo donado por el causante; pero sí pueden aclarar la voluntad del causante de que lo donado en concepto de mejora sea imputado al segundo tercio con preferencia a la parte del tercero de la que el testador dispone expresamente en su testamento. Por lo tanto, los legados y donaciones posteriores imputables al tercio de libre disposición —e incluso la institución en esta cuota si así resulta de la voluntad del causante— sólo deberán reducirse, cuando las anteriores donaciones en concepto de mejora *lato sensu*, no quepan en el segundo tercio, ni en la parte no dispuesta del tercero. Aquéllas pueden provocar un desplazamiento del tercero al segundo en la imputación de las donaciones, pero sin poder inducir a su reducción; ya que —conforme al art. 820— deben respetarse las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando las disposiciones testamentarias, o —según el art. 656— las donaciones anteriores.

b) *Donaciones colacionables y dispensadas de colación.*

Hemos concretado que la antítesis *colacionable-no colacionable* separa dos masas que pueden no coincidir con los tercios de la herencia: la masa partible entre los herederos forzosos, en proporción a sus cuotas hereditarias, y el conjunto de las donaciones y los legados atribuidos con independencia de toda cuota hereditaria.

Con ello queda resuelto el problema planteado. Las donaciones colacionables se agregan idealmente o físicamente a la masa partible entre los herederos y las no colacionables quedan fuera de dicha masa. Pero como quiera que bastantes autores han sostenido — como hemos visto — que las donaciones no colacionables sólo pueden imputarse al tercio de libre disposición, es conveniente insistir en el tema de su imputación.

La imputación de las colacionables se verifica mediante la toma de menos en la colación, de que después nos ocuparemos. El pro-

(943) Loc. y pág. últ. cit. Aunque en esta página refiere ROCA SASTRE esa doctrina a los legados, en la siguiente la aplica también a las donaciones, entendiéndole el «no quepa» del art. 828 «en la forma antes explicada».

blema del destino del posible exceso colacionable respecto la cuota hereditaria del donatario, tendrá que ser especialmente estudiado al desentrañar el artículo 1.047 C. c.

Entre las donaciones no colacionables, debemos separar aquellas que no lo son, sea porque el donatario no es legitimario o no sucede a título de heredero, sea por habersele atribuido la legítima a título singular o por haber repudiado la herencia. De todos estos supuestos nos hemos ocupado, aisladamente del tema de la colación, al estudiar la imputación de lo donado a extraños, a descendientes no legitimarios, a legitimarios desheredados o repudiantes de la herencia, o al heredero legitimario único, y al tratar de la imputación de lo donado como anticipo de legítima o como mejora. Ahora, nos interesa la imputación de las donaciones no colacionables percibidas por herederos forzosos que efectivamente lo sean en una sucesión en la que juegue la colación. Es decir, lo que vamos a tratar es la imputación de lo donado con dispensa de colación a un heredero forzoso que suceda como tal y que de no gozar de dicha dispensa debería colacionarlo como, quizá en la misma partición, colacione otras donaciones.

Centrado nuestro objetivo, debemos resolver dos cuestiones: la del ámbito de su computación, y dentro del mismo la determinación de su preferente y gradual imputación.

La primera cuestión la hemos resuelto antes con un elemental raciocinio. Si las donaciones colacionables forman parte —material o idealmente— de la masa que en proporción a sus cuotas deben repartirse entre sí los herederos forzosos, las donaciones no colacionables deberán imputarse fuera de esa masa. Por lo tanto, las donaciones colacionables podrán imputarse en una zona tanto más amplia cuanto más reducida sea la masa formada con la colación. Su ámbito de imputación, por lo tanto, podrá ser inferior, igual o mayor al tercio de libre disposición e incluso rebasar el segundo tercio e invadir la legítima individual de los propios imputantes, con el solo límite de no lesionar los derechos de los demás legitimarios, en cuyo caso dicho montante lesivo resultaría inoficioso y como tal debería reducirse la donación en dicho importe.

En el trabajo al que repetidamente venimos refiriéndonos (944), después de esgrimir otros argumentos a favor de esa opinión, concluíamos así: «En fin, para nosotros, el argumento de más peso en pro de nuestra tesis tiene como apoyo el libre juego de la voluntad del donante, fuera de los límites legales expresamente impuesto. Si un padre dona a su hijo una finca y no quiere que sea colacionada, es que pretende favorecer con ella al hijo donatario. ¿Por qué imputarla solamente al tercio libre y reducir la donación en el exceso? Siendo posible a todo padre disponer del tercio de mejora íntegramente —salvada la legítima viudal— a favor de cualquiera de sus descendientes, ¿por qué entender una limitación que no ex-

(944) *La mejora tacita...*, loc. cit., págs. 118 y ss.

presó el disponente? Si expresar la voluntad de excluir de colación una donación, dispuesta a favor de un heredero, es una forma expresa de manifestar la voluntad de beneficiar íntegramente con ella al donatario, reducirla sería, sin duda, contrariar aquella voluntad del donante. Voluntad que debe respetarse mientras la donación no rebase el límite legal impuesto por los artículos 636, 656, 806 y 808 del Código civil, que sólo excluyen la legítima estricta de la libre disponibilidad que el testador tiene a favor de cualquiera de sus descendientes».

La segunda cuestión, es decir, la de determinar la preferente imputación de las donaciones no colacionables fuera de la masa formada por la colación, debe resolverse dando prioridad a la imputación al tercio de libre disposición con respecto al de mejora, por aplicación analógica del artículo 828. Las razones de solución son las mismas antes aludidas al tratar de la imputación de las mejoras *lato sensu* y que ya defendimos en nuestra conferencia sobre las mejoras tácitas (945). El significado que debe darse a la expresión del artículo 828, de que «no quepa en la porción libre», también lo hemos precisado líneas atrás por lo que se refiere a la imputación de las donaciones (946).

H) *Revocabilidad e irrevocabilidad del carácter de mejora atribuido a las donaciones.*

El problema enunciado ha sido juzgado por la doctrina a través de la letra del artículo 827 del Código civil, a pesar de que no alude a las «donaciones en concepto de mejora» sino a la «mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes».

Dice así el artículo 827: «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero».

Para su interpretación es imprescindible arrancar de su precedente, la ley 17 de Toro.

En su apartado primero dispuso esta ley como regla general, la revocabilidad de las mejoras: «Como el padre o la madre mejorar a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por algún otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría, o no, fasta la hora de su muerte, la pueda revocar cuando quisiere».

Los apartados siguientes señalaron las excepciones a esa regla general: «Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos oviere entregado la posesión de la cosa o cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien lo ficiere o quien su poder oviere. O lo oviere entregando ante escribano la escritura de ello. O el

(945) Loc. cit., págs. 114 y ss.

(946) Su aplicación a la imputación de los legados la tratamos en *La mejora tácita*, loc. cit., págs. 128 y ss.

dicho contrato se ovriere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento o por otra cosa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar si no reservase el que lo fizo en el mismo contrato el poder para revocar o por alguna causa que según leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas o con derecho fechas, se pueden revocar».

Esta ley 17 de Toro introdujo indirectamente la trascendental innovación respecto al Derecho romano de que las donaciones que el padre hiciera a sus hijos en potestad pudieran ser inmediatamente válidas e irrevocables. Pero aquí, más que esa innovación, nos interesa precisar el porqué de esa irrevocabilidad de las mejoras verificadas con entrega de bienes. Tal vez donde mejor pueda percibirse el *quid* de esa cuestión, es planteando la cuestión de la revocabilidad o irrevocabilidad de las mejoras en la zona fronteriza entre los actos inter vivos y mortis causa. Es decir, en las dispuestas por testamento o por donación *mortis causa*, pero verificadas con entrega de bienes.

Un importante grupo de autores, apoyaron su opinión en la naturaleza ambulatoria de las últimas voluntades y en las palabras <por contrato entre vivos>, adicionadas a la mejora que —según la ley 17— por la tradición se hacía irrevocable. Por ello, entendieron que la irrevocabilidad de las mejoras verificadas con entrega de bienes se refería a las otorgadas mediante donación perfecta. De esta opinión fueron Gregorio López (947), Antonio Gómez (948), Tello Fernández (949), Matienzo (950), el Doctor Molina (951), Acevedo (952), Pichardo (953) y otros. La expresión de mejorar —según ellos— acompañada de la entrega de bienes equivalía a donar, y como donación irrevocable debía entenderse toda mejora por contrato entre vivos con entrega de bienes. Incluso se entendía así, por algunos autores, cuando el objeto de la mejora hubiera sido legado o donado *mortis causa* con anterioridad, con tal de que en la posterior tradición no se hubiera expresado que se entre-

(947) Glosa la palabra «mayoría», de la ley 2, tit. XV, part. 2.ª: «Y adviértase que, si alguien funda un mayorazgo de los revocables, según las leyes de Toro, mediando entrega, se convierte en irrevocable si se hace por medio de un acto entre vivos cual allí se expresa; empero si se hiciera por medio de última voluntad o de donación por causa de muerte, entonces, aun a pesar de la entrega, será revocable al mayorazgo.»

(948) *Ad leges Tauri...*, lex XVII, núm. 24, vers. *Sed his non obstantibus*, (pág. 132): «quia mostra lex et eius dispositio quae habet, quod melioratio non possit revocari secuta traditione, debet intelligi quando fit per viam contractus: secus si viam ultimae voluntatis, quod probat ibi dum dicit: *salvo si hec la dicha meioria por contrato entre vivos.*»

(949) Op. cit., lex XVII, núms. 83 a 87, fol. 145 vto. y ss.

(950) Op. cit., lib. 5, tit. 6, lex I, gls. IV, núms. 24 a 27, fols. 140 vuelt. y 141.

(951) Op. cit., lib. IV, cap. II, núm. 20, pág. 580.

(952) Op. cit., l. V, tit. IV, ley I (Tauri 17), núm. 28, vol. III, pág. 155.

(953) Op. cit., lib. II, tit. XX, § 1.º, núm. 21, vol. I, pág. 298.

gaba la cosa por razón del legado o donación mortis causa (954).

Frente a ellos, otros autores, como Pedro de Peralta (955), Peláez de Mieres (956) y Angulo (957), entendieron que en todo caso la mejora con entrega de bienes transfería irrevocablemente el dominio al mejorado. Apoyáronse: en la ley 44 de Toro; en considerar que las palabras *por contracto entre vivos* fueron *scripta gratia frequentioris usus* y que *non mutant iuris dispositionem, nec excludunt alios casus*; así como en el criterio de equiparar las mejoras hechas en contrato y en últimas voluntades que resplandece en las leyes 23, 26 y 27 de Toro. Pero, de mayor interés que esos argumentos de Derecho positivo es otra razón, expuesta por Peláez de Mieres, apoyada en la doctrina de Baldo, según la cual la disposición testamentaria que como tal no fuera válida, podría ser eficaz como donación, si se hubiera añadido al disponerla la cautela de que pudiera valer como donación y si la posesión del objeto dispuesto se hubiera transferido al designado.

En el período precursor del Código civil, se había impuesto la primera de estas dos opiniones. Así lo confirman Alvarez Posadilla (958), Febrero (959), Sala (960), Llamas y Molina (961), Escriche (962), Gutiérrez (963), Pacheco (964), La Serna y Montal-

(954) Esta opinión la vemos en los textos citados de GÓMEZ, TELLO, MATEIENZO, MOLINA y ACEVEDO. Expresa MOLINA que: «in quo casu non potest dici, traditionem ex testamento factam fuisse, sed ex noua donatione inter vivos, quae ex traditione resultat, quae operatur donationem, et etiam donationis irrevocabilitatem, quae ad ipsam donationem consecutiva est.»

La doctrina de la eficacia inter vivos de la entrega del objeto legado hecha por el testador al legatario, ya había sido largamente discutida por los autores de Derecho común. Con todo detalle nos lo explica TELLO FERNÁNDEZ, op. y lex últ. cit., núms. 85 y 86, fol. 146, y repite MATEIENZO, op. y gloss. últ. citados, número 25 y fol. 140 vto. Según ellos, CINO, BARTOLO, BALDO y el común de los autores juzgaron que la entrega hecha por el testador transformaba el legado en donación *inter vivos*, siempre y cuando al hacer la tradición no se hubiese invocado el legado como causa de la misma; en cambio RIPA y SOCINO estimaban que con su entrega el legado sólo se convertía en donación *mortis causa*.

El propio GÓMEZ (*Variae Resol...*, l. I, cap. XII, núm. 4, pág. 158) y COVARRUBIAS («In. tit. de Testamentis, secunda Rubricae Pars», núm. 21, in fine, *Opera...*, vol. II, pág. 15), en este terreno del Derecho común, opinaron igualmente que la entrega pura y simple del bien legado, hecha sin referencia a su previa disposición a título de legado, equivalía a la donación *inter vivos* e irrevocable del bien entregado. Según expresó GÓMEZ, «si testator simpliciter tradit non dicendo, nec exprimendo, se tradere ex causa praecedente legat. transit in donationem puram et perfectam inter vivos et non poterit amplius revocari».

(955) *In Lex Lucius Titius*, l. núm. 22, pág. 245 (cita de Peláez de Mieres).

(956) Op. cit., *Prima Pars. Quaest. XXX*, núms. 1 y ss., fol. 137 y ss.

(957) Op. cit., *Lex Prima, Gloss. Quinta*, núms. 51 y 52, págs. 154 y ss.

(958) Op. cit., ley XVII, pág. 132.

(959) Version de GARCÍA GOYENA, vol. cit., núm. 1.224, pág. 290.

(960) Op. y vol. cit., lib. II, tit. VI, núm. 3, pág. 177 in fine y ss.

(961) Op. y vol. cit., ley XVII, núm. 24, pág. 323.

(962) Op. cit., vol. II, voz *Mejora*, núm. 25 y ss., pág. 573.

(963) Op. y vol. cit., pág. 493.

(964) Op. cit., vol. I, ley XVII, núm. 23, pág. 254.

bán (965). El más expresivo de estos autores es Pacheco, que llega a esta conclusión: «Cuando el padre, por un acto entre vivos, se compromete, mejorando a un hijo suyo en tal cosa o en tal cantidad, y de hecho en aquel momento se la entrega, por más que la ley no le llame sino mejora, porque el mismo padre no le haya dado sino este propio nombre, la verdad es que unida con ella, con la idea fundamental de ella, existe una donación y es preciso reconocer una donación. La mejora exclusiva y pura—el buen sentido lo dice—sería un mero acto de futuro; y aquí tenemos un acto de presente, para lo presente. El padre que tal cosa hace, no sólo *mejora*, sino que desde luego da a su hijo. Con la esencia de lo uno tiene que combinarse la esencia de lo otro. Por eso las consecuencias, los necesarios resultados, tienen que participar de las condiciones de las dos.»

En resumen, son dos las consecuencias principales que podemos deducir de nuestro repaso del Derecho histórico. Primera, que la revocabilidad o irrevocabilidad de las mejoras va referida tanto al carácter preventivo o bien definitivo de su imputación favorable a quinto y tercio, como de igual modo a la efectividad definitiva de su disposición. Es decir, que o bien hay atribución irrevocable con imputación definitiva a quinto y tercio, o, de lo contrario, no son efectivas ni la imputación ni siquiera la disposición si siendo revocable la mejora es revocada. Segunda, que la disposición de la ley 27 de Toro va referida a aquellas atribuciones entre vivos o mortis causa que fueron otorgadas con el nombre de *mejora*, y que, según la opinión preponderante, su irrevocabilidad va unida al carácter de donación perfecta, consumada con la tradición, atribuido a las mejoras verificadas por acto inter vivos, y, también, según la minoría discrepante, a las mejoras mortis causa si fueron consumadas por el mejorante con la entrega de los bienes objeto de la misma.

Si la ley 17 de Toro consideró como donaciones irrevocables a las mejoras con entrega de bienes, la ley 26 estimó en términos generales como mejoras tácitas a las donaciones dispuestas a favor de los hijos y descendientes. Por ello, la común doctrina estimó que la donación consumada por la tradición era mejora e irrevocable como donación y como mejora (966), lo mismo que la mejora con entrega de bienes era irrevocable como mejora y como donación.

Esa afirmación aparece confirmada por el criterio con que se

(965) Op. y vol. cit., núm. 125, pág. 85.

(966) Ver ANTONIO CÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex XXIX, núm. 30, vers. *Item etiam ex praedicta l. 26*, pág. 189, quien discrepa excepcionalmente con respecto a la donación simple hecha al hijo en potestad, afirmando: «Sed teneo contrarium, imo quod debet intelligi et regulari, secundum dispositionem iuris communis. Nec obstat praedicta lex 26 Tauri, quia debet intelligi, quod post mortem patris, et sic postquam iam donatio simplex et perfecta habeat vim meliorationis.»

resuelven varias cuestiones, como las que seguidamente vemos a sintetizar.

a) Solo era posible limitar con gravámenes o condiciones la mejora irrevocable imponiéndolos en el mismo acto del otorgamiento de aquélla. Nunca después de perfeccionada (967).

b) El padre que hubiera verificado una mejora irrevocable o consumado una donación con carácter de mejora no podría posteriormente ordenar su colación (968).

Como conclusión, puede ofrecerse, por tanto, ésta de Benito Gutiérrez (969): «Por un testamento no puede revocarse una mejora consignada en escritura (no olvidemos su valor instrumental de tradición), porque el testamento es un acto unilateral, y éste no es bastante eficaz para destruir la fuerza de un contrato bilateral, pues que entonces estaría en arbitrio de uno de los contrayentes separarse y prescindir de las obligaciones constituídas por su parte.»

Lo expuesto puede servir de base para la exacta interpretación del artículo 827 del Código civil.

¿Qué sentido debe darse a la revocabilidad de la mejora con entrega de bienes que este artículo determina?

Hipotéticamente se pueden señalar estas posiciones:

1.ª El artículo 827 acepta la revocación de las donaciones siempre que se las otorgue con carácter de mejora.

2.ª El citado artículo distingue la donación y la asignación del carácter de mejora: la revocabilidad sólo se refiere a ésta asignación.

3.ª Ese precepto se ocupa exclusivamente de aquellas atribuciones verificadas con la denominación de mejora y sin darles el nombre de donación ni utilizar el verbo donar.

4.ª El artículo 827 afecta de revocabilidad a la propia atribución patrimonial cuando ésta no tuvo carácter de donación irrevocable, pero tan sólo se aplica a la imputación cuando la mejora con entrega de bienes fuera verificada mediante una donación perfecta y consumada.

La doctrina ha fluctuado entre estos criterios. En efecto:

(967) Ver GÓMEZ, op. últ. cit., lex XVII, núm. 22, pág. 132: «Si vero melioratio erat irrevocabilis, quia fuit secuta traditio, vel facta ex causa onerosa, tunc postea ex intervallo, non poterit pater vel mater aliquod pactum, vinculum vel gravamen oponere.»

(968) Ver GÓMEZ, loc. últ. cit.: «ubi si pater vel mater, semel fecit filio vel filiae donationem perfectam, regulariter illa non debet conferri nisi contrarium dicat tempore donationis, non autem sufficit postea dicere ex intervallo»; y lex XXIX, núm. 27, pág. 187: «requiritur quod dicat et protestetur tempore ipso donationis factae: non vero postea ex intervallo: quia iam esset quesitum ius patri, et non posset ab eo auferri.»

También ALVAREZ POSADILLA, op. cit., ley XXIX, pág. 171, dice que: «Si la donación hecha mejora es de las irrevocables, aunque el padre diga después que se traiga a colación no se traerá y se computará en el quinto y tercio, como si entregó la posesión de ella, etc.»

(969) Op. y vol. cit., lib. II, cap. V, sec. II, § I, pág. 500.

a) Entre los primeros comentaristas del Código civil, Falcón (970), López R. Gómez (971) y Burón (972) afirmaron que la innovación del artículo 827 del Código civil, con respecto a la ley 17 de Toro, consistió en suprimir la primera excepción—la de la mejora con entrega de bienes—de las tres que la ley de Toro señalaba a la revocabilidad de la mejora. Lo mismo se limitan a indicar Lacoste (973) y Valverde (974). Estos dos autores refirieron concretamente su comentario a la disposición verificada con el nombre de mejora y sin asignarle la denominación expresa de donación inter vivos.

La misma interpretación es aplicable a la exposición hecha por Mucius Scaevola (975). «Aunque un ascendiente—dictamina—haya mejorado a su descendiente por contrato y llevado su deseo a la efectividad de la mejora hasta la entrega de bienes, aún le es lícito al primero revocarla, bien expresa, bien tácita o indirectamente»... «Si por contrato (que no sea de los que producen la irrevocabilidad de la mejora), o por testamento un padre mejora a un hijo en una finca y con posterioridad a la fecha del contrato o del testamento enajena, dona o lega, según el caso de que se trate, la finca designada para la mejora, es evidente que ésta ha quedado revocada por el acto ulterior del dueño de la cosa. Este, en virtud de su calidad, puede disponer libremente de aquélla hasta el momento de su muerte, puesto que el mejorado no tiene derecho alguno adquirido; sólo hay a su favor una esperanza de derecho, cuya efectividad queda a la merced y al arbitrio del donante »

También flota idéntica interpretación en la doctrina de la Sentencia de 4 de junio de 1908, que declaró revocable, por no estar comprendida en ninguna de las excepciones del artículo 827, la mejora hecha como dote, por un padre a favor de una hija casada, y, por tanto, eficaz la revocación tácita que hizo el padre al disponer del tercio de mejora en su testamento a favor de otros descendientes. Es de notar que no se denominó donación, sino únicamente mejora a la atribución de dicha dote, y que el concepto de dote no presupone necesariamente donación inter vivos, como antes hemos visto.

El sentido expresado, aplicable a la disposición como mejora, sin darle la denominación expresa de donación, también parece reconocido en el comentario que Manresa dedica a la variación de criterio que el artículo 827 significa con respecto a la ley 17 de Toro (976): «El legislador ha observado que la naturaleza de la mejora, como parte de la herencia en general, no debe confundir-

(970) Op. y vol. cit., pág. 261

(971) Op. cit., vol. I, cap. XIX, núm. 14, pág. 662.

(972) Op. y vol. cit., núm. 1.050, pág. 87.

(973) Op. cit., pág. 278.

(974) Op. y vol. cit., pág. 284.

(975) Op. cit., vol. XIV, art. 827, págs. 563 y ss.

(976) Op. cit., vol. VI, art. 827, págs. 424.

se con la de las donaciones; ni con la de las llamadas *mortis causa*, porque éstas sólo producen sus efectos por muerte del donante, y nada impide al mejorante entregar en vida los bienes anticipando la mejora; ni con la de las llamadas *entre vivos*, porque la mejora hecha en vida es siempre colacionable y siempre reducible; y, como parte de la herencia, debe ser, por regla general, revocable por la sola voluntad del mejorante, cualquiera que sea la forma de su constitución, y lo será siempre, a no hallarse ligados con ella los derechos de un tercero.» Ciertamente, como luego veremos, que en otro fragmento posterior parece diferente la interpretación de Manresa.

b) Otros autores entienden que la asignación del carácter de mejora atribuido a una donación la desnaturaliza como donación *inter vivos*, según unos, o la hace revocable como mejora y como donación, según otros.

α) De la primera opinión fueron Galindo y Escosura (977) y Lezón (978).

La mejora por contrato *inter vivos*, según aquéllos, «no traslada el dominio ni la posesión, y, por tanto, nada hay que inscribir, como no se inscriben tampoco los legados ni las donaciones *mortis causa*».

Lezón afirmó que se trata, «en el fondo, de una donación *mortis causa*, subordinada, como tal, a la muerte del donante, en consideración a la cual se otorga y hasta cuyo momento no alcanza efectividad, al participar como participa de las disposiciones de última voluntad, según el artículo 620 del Código civil; siendo irreductiblemente antitético e inconciliables los conceptos de donación <inter vivos>, y de mejora esencialmente revocable, salvo los dos casos de excepción taxativamente establecidos en el artículo 827 del propio Cuerpo legal, que es de interpretación restrictiva, en consonancia con la regla hermenéutica legal <inclusio unius exclusio alterius>. A su juicio, lo que la califica de donación *mortis causa* no es la circunstancia de que se subordine al término de la muerte del donante, «sino la causa impulsiva, la circunstancia de que se otorgue en concepto de mejora». De ello llega a deducir: que para su validez requieren *ad solennitatem* la forma de los actos de última voluntad y que no son inscribibles en vida del mejorante.

β) La segunda opinión, con algunas variantes entre sí, ha sido sostenida por Navarro Amandi (979), Morell (980), Sánchez Re-

(977) LEON GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, 4.ª ed. Madrid, 1903. vol. I, § 53, página 410.

(978) MANUEL LEZÓN, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil. Mejora por vía de donación <inter vivos>, con o sin entrega de bienes hasta la muerte del donante», en «Rev. Crit. de Dr. Inmob.», V, febrero 1929, páginas 102 y 56.

(979) *Cuestionario...* vol. cit., art. 827. pág. 328. Afirma que «el artículo pre-

mán (981), De Buen (982), Clemente de Diego (983) y Castán (984).

Morell, después de afirmar que la mejora revocable consiste en una verdadera donación *mortis causa*, más adelante subdistingue: «hay tantas donaciones revocables cuyos efectos son los de las donaciones para después de la muerte, y otras (*las verificadas con entrega de bienes*) que constituyen verdaderas donaciones entre vivos, pero que siempre tienen una naturaleza especial y propia, porque siempre son revocables por la sola voluntad del mejorante».

Sánchez Román, De Buen, De Diego y Castán entienden que en la donación inter vivos a la que se asigna carácter de mejora y se verifica con todos los requisitos necesarios para transmitir la propiedad de la cosa donada, el donatario la adquiere bajo condición resolutoria. Es decir, obtiene un dominio revocable.

A juicio de Sánchez Román, también resultará revocada la donación si el mejorado premuere al mejorante. Opinión de la que discrepa De Buen.

c) Una posición de gran interés es la que, en las donaciones en concepto de mejora, distingue el aspecto donación entre vivos y el aspecto mejora.

Manresa (985) atisbó esa distinción al examinar el supuesto de premorir el mejorado. «En el contrato en que se constituyó la mejora—escribió—había, desde luego, una donación: se le dió el carácter de mejora, pero bajo la base de proceder, en su día, esa mejora, de tener el donatario derecho a la mejora al tiempo de morir el testador y caber en el tercio. Muere ese donatario antes y ya no puede ser mejorado; pero queda la donación hecha a persona que no llegó a ser heredero forzoso ni tener derecho a la mejora, y esa donación puede sostenerse e imputarse al tercio libre.»

Pero fué Uriarte Berasátegui (986) quien planteó, analizó y formuló—con gran finura jurídica—la distinción del aspecto donación y el aspecto mejora a efectos de la revocación de las mejoras verificadas en donación inter vivos, afirmando que no era revocable la donación, sino únicamente su atribución como mejora.

Esa misma opinión fué aceptada por Felicísimo de Castro (987), al afirmar que «la revocación que haga el donante producirá su efecto en el día de la herencia del mismo, para considerar la do-

cente no hace revocables todas las donaciones, sino únicamente las que se constituyen expresando la voluntad de mejorar.»

(980) *Mejoras* en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. LXXXII (segundo semestre 1893), págs. 277 y ss. y 566 y ss. y en *Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1894, pág. 23 y ss. y 44 y ss.

(981) *Op. cit.*, VI-II, págs. 1198 y ss.

(982) *Notas cit.*, vol. VIII, págs. 326.

(983) *Instituciones...*, vol. cit., págs. 238 y ss.

(984) *Op. y vol. cit.*, págs. 326 y ss.

(985) *Op. y vol. ult. cit.*, pág. 432.

(986) JOSÉ URIARTE, *Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil*, en «Rev. Crit. de Der. Inmob.», V, mayo 1920, págs. 321 y ss.

(987) *Op. y vol. cit.*, tema CXXVIII, pág. 302.

nación como anticipo de legítima e imputarla en la herencia y colacionarla como tal a los efectos que procedan».

Amadeo de Fuenmayor (988) insiste en esa tesis con nuevos argumentos históricos y dogmáticos. A su juicio *no distinguir* la donación y la mejora que con ella se quiere, es conrundir la mejora y el negocio que la contiene, error semejante al que se cometería identificando un pasajero con el vehículo que lo conduce. De no distinguirlos enérgicamente, "tendríamos un negocio híbrido de naturaleza estrafalaria, en el que lucharían las normas aplicables a la donación, negocio de carácter *inter vivos*, y las normas aplicables a la mejora, negocio exclusivamente *mortis causa*". «El ascendiente—por virtud del artículo 827—tiene soberanía absoluta sobre la mejora, pero no sobre la donación.»

d) Frente a las soluciones unitarias, cabe aceptar que en unos casos la revocación de la mejora no lleva consigo la revocación de la donación, pero que en otros se deben entender revocadas ambas a la par.

Así lo entendió Uriarte (989), quien, pese a su criterio general, admitió excepcionalmente la revocabilidad de la transmisión si «el propósito de transmitir los bienes existe por ser el donatario heredero del ascendiente y querer mejorarle éste con la donación».

En cambio, Fuenmayor (990) ha estimado que «en todo caso hay que decidirse por una interpretación única, objetiva, impuesta por la naturaleza jurídica del negocio y de acuerdo con la justicia»; y que el ascendiente sólo puede ejercitar la facultad de mejorar: «mediante disposición testamentaria o mediante contrato: capitulaciones matrimoniales, contrato oneroso con un tercero y donación *inter vivos*».

Esta última afirmación la hemos discutido nosotros (991). «A nuestro juicio—escribimos entonces—, la mejora con entrega de bienes puede verificarse: en capitulaciones matrimoniales, por contrato oneroso con un tercero, por donación *inter vivos* y por donación *mortis causa*, sea ésta de tipo suspensivo, con o sin entrega de posesión, o bien de tipo resolutorio, es decir, con transmisión del dominio bajo condición resolutoria.»

«En principio—opinábamos—hay que entender que toda mejora hecha en negocio *inter vivos* implica una donación *mortis causa*, si no se le otorga otro carácter, pues en definitiva no es sino un legado o manda hecha en contrato *lato sensu*.» Discutiendo de los argumentos de Fuenmayor, añadimos que «será cierto, como dice, que la ley 17 de Toro—¿ sus intérpretes, por lo menos (992)—

(988) *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1942, cap. IV: *Revocación de la mejora con entrega de bienes*, núm. 63, pág. 130 y ss. y *La mejora en el sistema sucesorio español*, Coimbra, 1946, págs. 24 y ss.

(989) *Loc. ult. cit.*, pág. 329.

(990) *La revocación...* cap. cit., pág. 139.

(991) *La donación mortis causa...* § XII, 2, en «Anales...», vol. cit., páginas 267 y ss.

(992) Ver los autores que hemos citado antes, GREGORIO LÓPEZ, ANTONIO

consideraron la mejora con entrega de bienes como donación ordinaria o *inter vivos*. Pero ello, probablemente, derivaba de que toda donación *prima facies* se presumía *inter vivos* y no *mortis causa*. Mientras hoy, en el caso específico de la mejora con entrega de bienes, si el donante no califica esta entrega de donación pura o entre vivos o irrevocable, debe presumirse hecha por causa de muerte, como *<per se>* lo es la mejora. Como ha dicho Mucius Scaevola (993): *<El precepto antiguo (ley 17 de Toro) descansaba en los principios generales del contrato; el precepto moderno (artículo 827) se basa en la naturaleza especial de la mejora>*.

Por ello, concluimos: 1.º Que en principio toda mejora otorgada en acto *inter vivos*, aunque sea hecha con entrega de bienes, presupone una donación *mortis causa*, puesto que supone una manda o legado hecho en negocio *inter vivos*. 2.º La revocación de la mejora presupone, a su vez, la revocación de la donación *mortis causa* que implica, salvo si explícita o implícitamente resulta que la intención del mejorante fué otra. 3.º Ahora bien, si el acto entre vivos, al que se le da carácter de mejora, se le califica de donación *inter vivos* pura o irrevocable, etc., no hay duda de que ni la revocación de la mejora alcanza a la donación—conforme Felicísimo Castro, Uriarte y Fuenmayor—, ni de que la premoriencia del donatario no afectará a la eficacia de la misma donación—como ya sostuvo Manresa—, aunque ambos hechos destruyan el carácter de mejora que en principio se le concedió a aquélla.»

Ahora, para acabar de reconstruir la posición del Código civil, procuremos establecer un doble paralelismo entre las leyes 17 y 26 de Toro y los artículos 827 y 825 del Código civil. Los dos primeros consideraron, respectivamente, toda mejora con entrega de bienes como donación irrevocable y toda donación como mejora presunta. Los preceptos del Código civil, contrariamente, entienden que la mejora, aunque sea con entrega de bienes, no es una donación irrevocable (art. 827), y que ninguna donación es mejora si expresamente no lo dispone el donante (art. 825). Para apreciar en todo su valor estas diferencias que median entre la legislación antigua y la actual, debemos destacar que la ley 17 de Toro se refería a las disposiciones hechas con carácter expreso de mejora, y no designadas con la palabra donación y la ley 26 a las donaciones otorgadas sin expresar si se les asignaba o no carácter de mejora. Los artículos 827 y 825, que han implantado precisamente la doctrina contraria, deben entenderse referidos a los mismos presupuestos. Es decir: el artículo 827, a las disposiciones tituladas mejoras sin denominarlas donaciones, y el artículo 825, a las donaciones no atribuidas con carácter expreso de mejora.

Como consecuencia, debemos deducir:

GÓMEZ, TELLO FERNÁNDEZ, MATTIENZO, MOLINA, ACEVEDO, PICHARDO, etc., locución cits., en las notas 945 a 951.

(993) Op. y vol. últ. cits., pág. 569.

1.º Que la expresión de mejorar unida a la entrega de bienes, que en las leyes de Toro equivalía a donar irrevocablemente, hoy en el Código civil, aunque vaya acompañada de la transmisión posesoria del objeto de la mejora, no equivale en su eficacia sino a las donaciones *mortis causa*.

2.º Que la donación inter vivos no presupone mejora, si expresamente no se determina. Pero de otorgarse con ese carácter, que eleva a mayor grado la liberalidad, no debe ni puede lógicamente entenderse que con ello se degrade una donación de suyo irrevocable a una categoría inferior, que la haría revocable *al libitum* por el donante. Otra cosa sería contrariar el principio de la irrevocabilidad de las donaciones inter vivos, fuera de los casos previstos por la ley. Principio que resulta claramente en el Código civil del examen sistemático del título de las donaciones y en especial *sensu contrario* de los artículos 639, 641, 644 a 656. Todo lo más, puede aceptarse que solamente la atribución del carácter de mejora es revocable, pero sin afectar a la permanencia de la donación de suyo irrevocable. Y, aún, esa distinción sólo puede sostenerse como secuela de la innovación de los artículos 827 y 825, partiendo de que, en su virtud, la orden de imputación tiene hoy carácter relicto y es separable de la atribución patrimonial a la que va referida. Los antecedentes históricos no favorecen esta interpretación, ya que de ellos resulta que la asignación como mejora suponía en el Derecho de Castilla, como para el derecho italiano vigente, afirman Azzariti y Martínez—según hemos visto—, una más amplia liberalidad irrevocable cuando iba unida en su otorgamiento a una donación entre vivos, con lo cual era aceptada por el donatario.

Como corolario y límite de esta segunda conclusión, resulta con evidencia que ese cambio de imputación no puede afectar en modo alguno al íntegro mantenimiento de la donación. Por tanto, la revocación del carácter de mejora sólo será efectiva cuando la donación pueda ser imputada a otra cuota hereditaria (994).

Conforme resulta del artículo 656, el orden de prelación de las donaciones se determina por la antigüedad de las fechas de su respectivo otorgamiento; y, según el artículo 820, no deben re-

(994) Un ejemplo aclarará nuestra afirmación: El causante había donado a un extraño 100, y posteriormente otros 120 en concepto de mejora a un hijo suyo A. En testamento posterior legó el tercio íntegro de mejora a otro hijo B. Su caudal, acumulado el líquido relicto y lo donado, sumaba a su muerte 300. Dejó tres hijos. El hijo A no acepta la herencia de su padre y, por eso, no debe colacionar. En este caso, con el criterio que hemos aceptado, los 120 donados a A deben ser preferentemente imputados a su legítima individual hasta su valor de $33 \frac{1}{3}$, pero los restantes 86 y $\frac{2}{3}$, por haberse agotado el tercer tercio con lo donado al extraño, deben imputarse al tercio de mejora, que es porción disponible entre los hijos. Así lo exige la irrevocabilidad de las donaciones que tampoco deben ser reducidas en cuanto no sean inoficiosas. El mejorado en testamento, por tanto, solo recogerá como mejora los 13 y $\frac{1}{3}$ restantes del tercio de mejora.

ducirse las donaciones sino cuando resulten inoficiosas después de reducidas las disposiciones testamentarias. Un mero cambio de imputación no debe poder derogar esas reglas. Por eso la revocación de la mejora tiene que detenerse ante la irrevocabilidad de la donación.

La revocación de la mejora, por tanto, tiene como límite la irrevocabilidad de la donación (fuera de los supuestos previstos por la ley).

Antes hemos dicho que la donación simple, en cuanto exceda de la legítima, debe imputarse al tercio libre y al de mejora, sucesivamente, porque su oficiosidad no tiene otros límites que los que derivan de los artículos 636, 654 y 656. El artículo 825 sólo significa la regla contraria que la ley 26 de Toro. Es decir, que no se presume preferente la imputación a la mejora sino la imputación a la legítima, si el donante no lo dispuso contrario; pero no que el exceso de lo donado sobre la legítima deba reducirse y no pueda valer como mejora *lato sensu*. En este sentido —y del mismo modo que la pugna entre los artículos 655, 656 con el 825— debe resolverse la aparente contradicción entre aquellos dos preceptos y el 827. La revocación del carácter de mejora de una donación sólo supone la revocación de su preferente imputación fuera y además de la legítima, pero no afecta a la imputación del exceso que con respecto a ésta suponga lo donado.

§ 13.—Reducción de donaciones inoficiosas en el Código civil.

A) Sujetos de la acción de reducción por inoficiosidad.

Hasta aquí hemos estudiado la formación de la *masa puramente contable* que sirve de base para calcular la legítima y las cuotas respectivamente disponibles como mejora y libremente. Ahora nos corresponde examinar la *masa de extracción* objeto de la reducción, si fuere necesaria, para que las legítimas sean íntegramente cubiertas.

Las donaciones deben ser contabilizadas siempre en la *masa de cálculo* de las legítimas o de las cuotas disponibles como mejora y libremente. De ese modo, su cómputo puede suponer el aumento de la participación hereditaria no sólo de los legitimarios sino también de los mejorados en una cuota o de los legatarios de parte alícuota.

En cambio, las donaciones sólo forman parte de la *masa de extracción* a efectos y consecuencias del ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad.

Sin embargo, esta afirmación, que sostenemos, no ha sido admitida siempre unánimemente. Al tratar de la imputación de las donaciones hemos visto cómo diversos autores han afirmado: que lo donado en concepto de mejora debía reducirse en cuanto no cupiera en el segundo tercio y en la legítima del donatario; que lo donado simplemente a un legitimario debía reducirse en cuanto

no pudiera cubrirse con su legítima y con la parte de libre disposición; e incluso, por Navarro Amandi y Pérez Ardá, que si lo donado a los legitimarios excedía de su legítima los destinatarios del tercio disponible podían pedir su reducción.

El error de esas afirmaciones aparece más patente al encararlas con los artículos que hablan de la reducción de las donaciones:

Artículo 636: <No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida.>

Artículo 654: <Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas, computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del Código civil.>

Artículo 819, § 3.º: <En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.>

Artículo 820: <Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.>

El causante sólo puede disponer de un tercio a favor de extraños. Pero, a sus descendientes por vía de testamento y por ende de donación, puede darles hasta dos tercios del haber, además de su legítima estricta correspondiente. *Parte disponible a favor de los descendientes* es tanto el tercio de mejora como el de libre disposición.

La singular opinión que Pérez Ardá (995) deduce de los artículos 819, 825 y 829 C. c. —según la cual, cuando exceda de su legítima y en su caso de su mejora imputable al segundo tercio, «el donatario heredero forzoso ha de restituir el exceso de su donación en beneficio de los legatarios», porque «el tercio libre está destinado a los extraños»— no es sostenible (996) ni siquiera con el apoyo del artículo 655 C. c.

Dice así este discutido precepto: <Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derechos a legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes. Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su

(995) Loc. cit., pág. 222. El mismo PÉREZ ARDÁ insiste en su tesis en otro trabajo. *Donaciones en favor de herederos forzosos*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. CXI, segundo semestre 1907, págs. 229 y ss.

(996) Ver la crítica de la tesis de PÉREZ ARDÁ que hace MORILLAS. *Donaciones a favor de herederos forzosos*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. CX, primer semestre 1907, págs. 257 a 263.

derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa ni prestando su consentimiento a la donación. Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.>

Pocos meses después de promulgado el Código civil, Navarro Amandi (997), observaba: «El legatario de parte alícuota, ¿puede pedir la reducción de las donaciones y aprovecharse de ella? La redacción dada al último párrafo de este artículo, parece resolver la cuestión afirmativamente... Esta solución, sin embargo, no se compadece ni con la idea inicial de la reducción, ni con el precepto contenido en el primer párrafo de este artículo, y en los 636 y 818 (998)... Pero, ¿qué razón o qué propósito ha habido para que se añadan en nuestro artículo las palabras <que no lo sean de parte alícuota>? Confesamos serenamente que no se nos alcanza. Si pudiera extenderse la facultad de pedir la reducción de las donaciones a otras personas cuyo derecho a suceder emana de disposición de la ley, sería preciso concederla, no sólo a los legatarios de parte alícuota, sino a todo heredero puramente testamentario, lo cual no hace el Código... Lo que nos parece de todo punto evidente, es que el artículo ha sido redactado con poca fortuna, y aún nos atreveríamos a decir que con poca meditación... Sentada la base de que la redacción es defectuosa, ¿quién sabe hasta dónde alcanzará el defecto?, ¿quién sabe, por tanto, cuál ha sido el propósito del legislador? Acaso no ha querido decir lo que parece dicho en el párrafo en cuestión. Acaso no se ha propuesto conceder al legatario de parte alícuota facultad de pedir la reducción, sino sólo la de aprovecharse de ella.»

Otros de los primeros comentaristas del Código civil, Bonel (999) y Falcón (1.000), a pesar de la letra del artículo 655 afirman, respectivamente, que si «el donante no tuviera herederos forzosos, no habría motivo para declarar inoficiosa la donación, porque a nadie que legalmente tuviera algún derecho a sucederle se le perjudica» y que «su causa (*la de la reducción*) es el derecho a la legítima».

También Morell (1.001), indirectamente, al criticar la tesis de Pérez Ardá, dice de ella, que «sobre hallarse destituida de todo fundamento serio, legal, significa la concesión a los extraños de un

(997) *Cuestionario...*, vol. cit., art. 655, págs. 77 y ss.

(998) Esta aseveración negativa parece contradecirse con la opinión antes aludida del mismo NAVARRO AMANDI, al comentar el art. 825 (págs. 311 y ss.) donde afirma que las donaciones hechas a los hijos o descendientes, si se hicieron en concepto de mejora «serán reducibles si exceden del tercio de mejora», y las que no tengan ese carácter «lo serán si exceden de su porción de legítima, estricta o diminuta.» De acuerdo con esta tesis el artículo 656 resultaría lógico y es notable que no se lo parezca a NAVARRO AMANDI.

(999) *Op. y vol. cit.*, art. 654, pág. 197.

(1.000) *Op. y vol. cit.*, pag. 41.

(1.001) *Donaciones a favor de herederos forzosos*, en R. G. I. J., vol. CX., primer semestre 1907, pág. 273

privilegio sobre la porción libre, la derogación en su exclusivo interés de los preceptos de los artículos 656 y 825, y la facultad de esas personas de hacer reducir y aun anular las donaciones hechas a los herederos forzosos en cuanto ofendan su participación en dicha porción, aprovechándose así de la coacción de dichas donaciones, privilegio, derogación, reducción o anulación y aprovechamiento que, no sólo no se establece en ningún artículo del Código ni debe establecerse, sino que se hallan contradichos por los que han servido de base a nuestra opinión..., y por el precepto del 655 que, en general, no quiere que en caso alguno puedan exigir a los legatarios, acreedores ni donatarios extraños la reducción de las donaciones, ni aprovecharse de ella».

En cambio, Sánchez Román (1.002) y Mucius Scaevola (1.003), acataron la letra del artículo 655 y admiten el derecho de los legatarios que sean *de parte alicuota* a pedir y aprovecharse de la reducción de las donaciones. También Puig Peña (1.004), a pesar de afirmar que se trata de *un grave error*.

No así Manresa (1.005), a juicio de quien resulta —de los artículos 636 y 818 y siguientes del Código— «que existe en el 655 un error que, sin duda, ha pasado inadvertido. Pueden donarse en vida todos los bienes que pueden dejarse en testamento. Luego si no existe persona alguna con derecho a legítima, salvo la limitación de los artículos 634 y 635, es válida la donación en todos los bienes; el heredero voluntario, el legatario de parte alicuota recibirán lo que quede, si queda algo. ¿En qué podrían fundar su preferencia sobre los donatarios para pedir la reducción? Esa preferencia no existe: el testador no pudo disponer de toda aquella porción de sus bienes que la ley reserva, aun contra su voluntad para los herederos forzosos; esa porción no es suya, es de los legitimarios, y ésta es la razón de que los legitimarios puedan pedirla, esté donde esté. Mas la porción libre es del donante, y si éste dispuso de ella en vida, no puede volver a disponer para después de la muerte, porque esto equivaldría a poder revocar a su arbitrio un acto que es por su naturaleza irrevocable, o a enajenar dos veces una misma cosa. Luego los herederos voluntarios, y los legatarios de parte alicuota no pueden pedir la reducción».

Clemente de Diego (1.006) ha explicado que: «El origen del

(1.002) Op. cit., vol. IV, cap. XXII, núm. 56, pág. 708.

(1.003) Op. cit., XI-II, 5.ª ed. Madrid, 1943, art. 655, págs. 910 y ss.: «Los (legatarios) de parte alicuota tienen perfecto derecho a reclamar la reducción, tanto porque el párrafo primero del artículo 655 habla ampliamente <los que tengan derecho a una parte alicuota de la herencia>, sin distinguir entre herederos y legatarios, como porque el párrafo último del mismo artículo excluye de manera franca a los legatarios que no sean de parte alicuota, de donde es preciso inferir a *contrario sensu* que no rechaza a los legatarios de parte alicuota, puesto que calla tocante a ellos».

(1.004) *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. IV-II, Madrid, 1946, páginas 172 y ss.

(1.005) Op. cit., vol. V, art. 655, págs. 181 y ss.

(1.006) *Instituciones...*, vol. II, pág. 209, nota 1.

dislate está en que, reconociéndose en el Código italiano una cuota en usufructo al cónyuge, decía: los legitimarios y los que tienen derecho a una parte alícuota de la herencia, etc., y esto el legislador español lo refirió a los legatarios de parte alícuota».

De Buen (1.007), Casso (1.008), Castán (1.009), Royo Martínez (1.010), Roca Sastre (1.011) son de esta opinión. Según el último «la concesión que de dicha acción hace el artículo 655, apartados 1.º y 3.º a los <que tengan derecho... a una parte alícuota de la herencia> (herederos y legatorios parciarios), ha de estimarse errónea y como tal por escrita».

Sin lugar a dudas creemos que debe ser así. Las únicas donaciones sujetas a reducción son aquellas que resultan inoficiosas (artículos 654 y 820). Inoficiosas son aquellas donaciones que exceden de la porción disponible (arts. 636 y 819, § 3.º). Y deben respetarse las donaciones «mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento» (art. 820, núm. 1).

Queda aclarado de este modo que sólo los legitimarios pueden pedir la reducción de las donaciones y que únicamente son reducibles las que resulten inoficiosas. Ahora bien, debe subrayarse que el cónyuge viudo se halla entre los que pueden pedirla. Así lo declara la Sentencia de 3 de abril de 1936: «aun cuando el vínculo matrimonial se hubiera contraído con posterioridad a la fecha de esas donaciones, ya que los artículos 636, 654 y 655 se refieren al momento de la muerte del donante, para declaración de la inoficiosidad de las donaciones, para la computación de su valor con el valor líquido de los bienes del donante y para determinar las personas que pueden pedir la reducción».

Con ello, el Tribunal Supremo ha resuelto afirmativamente una pregunta formulada por Manresa (1.012) acerca de si los hijos nacidos después de la donación o el cónyuge casado con posterioridad a la misma, pueden pedir la reducción. La respuesta del comentarista fué también afirmativa, ya que en la ortodoxia legal vigente para juzgar la oficiosidad de las donaciones «no hay que volver la vista para nada al tiempo de la donación», puesto que debe determinarse con relación al caudal del causante a su fallecimiento, incrementando contablemente con el valor de las donaciones que el mismo hubiera otorgado.

Conforme al artículo 655, § 3.º, los acreedores del difunto no pueden aprovecharse de la reducción. El Código civil, a diferencia de otras legislaciones, no requiere para ello que el legitimario que obtuvo la reducción haya aceptado a beneficio de inventario.

(1.007) Notas cits., vol. cit., § 7, pag. 465.

(1.008) Op y vol. cits., tema XLV, pag. 380, nota 1.

(1.009) Op. vol. cits., pag. 40 y a la 7.ª ed., vol. IV, págs. 199 y ss.

(1.010) Op. cit., pag. 242.

(1.011) Notas al Kipp, vol. cit., § 136, VI, b, pag. 350.

(1.012) Op. y vol. ult. cit., pag. 182.

Roca Sastre (1.013) y Lacruz Berdejo (1.014) creen que si el legitimario aceptó la herencia sin beneficio de inventario, cabe sostener que los acreedores del causante pueden ejercer por vía de *subrogación* (arts. 1.111 y 1.001 C. c.) la acción de reducción por inoficiosidad. Royo Martínez (1.015) opina, por el contrario, que los acreedores carecen de otra acción que no sea la paulina (artículos 643 y 1.297 C. c.) si la donación fué hecha en fraude de acreedores. Manresa (1.016) observó que «el precepto del artículo 655 ha de respetarse siempre, por que la ley no quiere que en caso alguno el donatario pueda ser despojado de algo en beneficio de los acreedores cuyos créditos sean posteriores a la donación. Luego si el legitimario no tuviese más bienes que los que obtuvo por la reducción, el acreedor no podrá cobrarse con ella».

En realidad, para plantear en sus exactos términos esa cuestión es necesario reconsiderar ciertos datos. La legítima representa un activo líquido; si no lo hay, no será efectiva la legítima ni habrá lugar a reducción de donaciones. La acción subrogatoria, como subsidiaria que es (art. 1.111) no pueden ejercitarla los acreedores del causante sin agotar los bienes del deudor, es decir, de la herencia y de los herederos que no hayan aceptado a beneficio de inventario. Pero, además, en nuestro caso, aunque el activo de las legítimas se halle representado exclusivamente por las donaciones inoficiosas, parece desprenderse del artículo 655 que en el ejercicio de la acción de reducción no cabe subrogación de los acreedores del difunto. Una vez confundidos los bienes de la herencia, los del heredero y los que éste haya obtenido con el ejercicio de la acción de reducción, parece que únicamente entonces, si el heredero no aceptó a beneficio de inventario, los acreedores de la herencia podrán dirigirse indistintamente contra cualquiera de dichos bienes, aunque sean los obtenidos por el heredero con la reducción de la donación inoficiosa.

B) *Donaciones a reducir y orden de la reducción.*

a) Conforme al número 1.º del artículo 820 C. c.: <Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.> Y según el artículo 656: <Si siendo dos o más las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente>. Siendo de igual fecha, como dice Clemente de Diego (1.017), deberán reducirse a prorrata por aplicación analógica del número 2.º del artículo 820, a menos que el donante al otorgarlas hubiese determinado otra cosa.

(1.013) Loc. ult. cit., págs. 350 in fine y 351.

(1.014) Notas al Binder cits., § 33, II, pág. 307.

(1.015) Loc. ult. cit.

(1.016) Op. y vol. ult. cits., art. 655, pág. 187.

(1.017) Op. cit., vol. II, pág. 212, nota 2.

Las donaciones *mortis causa*, según Scaevola (1.018) y Valverde (1.019) deben entenderse comprendidas entre los legados. Pero, a juicio nuestro, que ya expresamos anteriormente (1.020), las donaciones *mortis causa* a los efectos del artículo 820, número 1.º, han de ser catalogadas entre las donaciones y no entre los legados. Razones: la independencia de las donaciones *mortis causa* con respecto al testamento del donante, y el tenor del artículo 820 que separa *donaciones y mandas hechas en testamento* (1.021). Las *mortis causa* no dejan de ser donaciones ni se otorgan en testamento, donde ciertamente perderían su identidad confundiéndose con los legados. Por tanto, las donaciones *mortis causa* deberán respetarse si puede cubrirse la legítima reduciendo o anulando las mandas hechas en testamento.

El problema que plantean las donaciones *mortis causa* en materia de reducción radica a este efecto en la determinación de su fecha. Creemos que debe distinguirse: *a)* En las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio, es decir, aquellas en que la propiedad fué transmitida al donatario en el acto de su otorgamiento, se atenderá a la fecha de su otorgamiento. *b)* Igual criterio cabe aplicar a las de tipo suspensivo en las cuales la posesión hubiese sido transmitida al donatario en el acto de su otorgamiento, pues esa transmisión posesoria puede considerarse como una tradición condicional que se perfecciona retroactivamente al premorir el donante sin haber revocado la donación. *c)* En cambio, en las demás donaciones *mortis causa* del tipo suspensivo, atendiendo a que se disponen para cuando muera el donante, es esta última fecha y no la de su otorgamiento la que debe considerarse como la verdadera fecha de la donación; por eso se reducirán después de las disposiciones testamentarias, pero antes que las donaciones *inter vivos*.

Otra interesante cuestión plantea la reducción de las primas de seguros de vida a favor de tercero, en el caso de que deban ser computadas como donación y puedan resultar inoficiosas. ¿A qué fecha se atenderá para juzgar si deben reducirse con prelación a otras donaciones? ¿La fecha en que se contrató el seguro, la del pago de cada prima separadamente, o la del fallecimiento del causante, por entender que la atribución del capital al beneficiario significa una donación *mortis causa* indirecta a favor de éste?

(1.018) Op. cit., vol. XI-I, 5.ª ed., Madrid, 1943, art. 820, pág. 588.

(1.019) Op. cit., vol. V, cap. XI, pág. 273.

(1.020) *La donación mortis causa...*, X-II, «Anales de la Ac. Matr. del Notariado», vol. V, págs. 743 y ss.

(1.021) Aparte de las indicadas en el texto, también podrían esgrimirse otras razones. Una de ellas es la relativa al momento de la perfección de la donación «*mortis causa*», que dogmáticamente corresponde al último instante de la vida del donante; esto es, un instante antes de estar muerto. Es decir, la misma razón que explicaba, porque en caso de conmorancia no tenía lugar la sucesión y, en cambio, se perfeccionaba la donación *mortis causa*. (Ver nuestros trabajos *La donación mortis causa...*, loc. cit., pág. 726, y *Donación, condición y conversión jurídica material*, en «An. Dr. Civ.», V-IV, págs. 1250 y ss.).

Atendiendo a que corresponde a las fechas de empobrecimiento del causante, nos inclinamos por aceptar la segunda solución, es decir, a referir como fecha distinta para cada prima la de su respectivo pago. Criterio que está de acuerdo con la consideración de que sólo las primas pagadas y no el capital pueden ser computables, en su caso, como antes hemos estudiado.

b) La reducción de las donaciones puede afectar a todas las que sean computables en la masa del cálculo de las legítimas, una a una, por el orden antes expuesto. Pero con esa regla que asemeja casi un axioma, parece que choca, como una excepción, lo dispuesto en el artículo 1.044 del Código civil: «Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos, sino en la parte que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.»

Pero, esa norma del artículo 1.044, ¿qué quiere realmente decir? ¿Establece una regla de colación o de reducción?, ¿señala un límite máximo no colacionable o un mínimo irreductible?

Los comentaristas del Código civil no están de acuerdo al contestar estas interrogaciones (1.022). En efecto:

2) Bonel (1.023), opina que este artículo ha seguido el criterio de las anteriores leyes que trataron de oponer un coto a los regalos de boda hechos entre los contrayentes y sus padres, y que al efecto ha establecido como tasa un décimo de la cantidad disponible por testamento. De esta opinión parece que también fue López R. Gómez (1.024), que entendió la tasa refiriéndola al décimo del tercio de libre disposición. Pero quien especialmente la ha sostenido ha sido Oyuelos (1.025), que, tras señalar el paralelismo de este artículo con el 1.331 C. c., afirma: «Ni los desposados podrán darse en capitulaciones matrimoniales más de la décima parte de sus bienes presentes, ni exceder en regalos de boda de esa misma cuantía; sobreentendido esto en lo que afecta al derecho de los herederos forzosos concurrentes.»

(1.022) La opinión de los autores es tanto más difícil de concordar cuanto que emplean en distinto sentido la palabra colación. Algunos la refieren en este caso a la imputación a la legítima. Otros, como veremos, hablan de colacionar el exceso inoficioso.

(1.023) Op. cit., vol. III, art. 1.044, pág. 700.

(1.024) Op. cit., vol. II, págs. 291 y ss.

(1.025) Op. y vol. cit., lib. III, tit. III, cap. IV, sec. I, núm. 13, página 350 y ss.

Razona así su opinión: «Se está, en efecto, dentro de la sección especial de la colación, pero el artículo 1.044 habla de reducción y de inoficiosidad. Opino, pues, en este último sentido: 1.º Por el lenguaje del Código, cuyo tenor literal es claro, sin ambigüedad alguna; 2.º Por el destino especial de las cantidades a un objeto concreto, cual es la boda, distinto del de una donación en bienes para gozarla el donatario; 3.º Por el engranaje del presente artículo con el 1.331, y 4.º Porque el mismo artículo 1.036 de la materia de colación, ve ya un caso de reducción por inoficiosidad.»

β) Sánchez Román (1.026), Manresa (1.027), Scaevola (1.028), Jaén (1.029), De Diego (1.030), Valverde (1.031) y Castán (1.032) consideran que estos regalos no son colacionables si no exceden de dicha décima parte de la porción disponible y que sólo en el exceso deben ser colacionados.

γ) De Buen (1.033) y Lacruz Berdejo (1.034) creen que este precepto no contiene norma alguna de colación, sino de reducción por inoficiosidad.

δ) Y Roca Sastre lo refiere tanto a la reducción por inoficiosidad como a la colación. En el primer aspecto entiende que declara en todo caso exentos de reducción los regalos de boda enumerados en el mismo en cuanto no excedan de un décimo de la porción disponible (1.035). Y con respecto a la colación, entiende que dichos regalos están sujetos a la regla general de la colacionabilidad en

(1.026) Op. cit., vol. VI-III, pág. 2.036, donde habla de que este artículo establece una *colación parcial*, «cuyo tipo de cuantía se ha fijado en armonía con el que establece el art. 1.331».

(1.027) Op. cit., vol. VII, art. 1.044, págs. 585 y ss. Con grave imprecisión terminológica dice: «En lo que excedan de esta medida serán inoficiosos y el donatario habrá de colacionar el importe del exceso si es heredero forzoso del donante y concurre a su sucesión con otros que también lo sean.»

(1.028) Op. cit. vol. XVIII, art. 1.044, pág. 191. Su conclusión es esta: «Tal exceso..., en vez de ser declarado ineficaz legalmente procede estimarlo como un anticipo de esa misma legítima o. lo que es lo mismo, tiene la consideración jurídica de colacionable, que es lo que declaraba el artículo 1.060 del Proyecto de 1882.» Porque, a su juicio (pág. 190), «bajo el supuesto establecido vale tanto decir *reducción* de regalos de boda, en ciertos casos, como *colación del exceso* del valor que aquéllos supongan sobre la décima parte de lo que puede disponer por razón de muerte el donante en favor de las personas favorecidas con esos regalos.»

(1.029) Op. cit., pág. 842: «El no emplearse en el artículo la palabra *colación*, aunque el mismo esté comprendido en el capítulo y sección destinados a la misma, ha podido originar algunas dudas; sin embargo, forzosamente hay que entender que los regalos comprendidos en dicho artículo deberán *colacionarse*, en cuanto excedan del décimo de la cantidad disponible por testamento, siendo éste el sentido en que se emplea el verbo *reducir*.»

(1.030) Op. cit., vol. III, pág. 402: «Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos en la parte que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible por testamento *son también colacionables*, se entiende en el exceso (1.044).»

(1.031) Op. cit., vol. V, pag. 550. Dice con imprecisión terminológica, que no se colacionarán dichos regalos «a no ser que haya que reducirlos por inoficiosos y cuanto esto suceda sólo serán colacionados en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.»

(1.032) Op. cit. (ed. 1939), I-II, pág. 506. Estima colacionables: «3.º Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos en la parte que excedan de un décimo o más de la parte de libre disposición (art. 1.044).» Y añade sin usar con rigor técnico la terminología: «Procede en este caso la colación por ser inoficiosa la donación que excede de la cuota indicada.»

(1.033) Notas cits., vol. cit., pág. 427.

(1.034) Notas a BENDER, § 29, pág. 258.

(1.035) Notas a KRPP, vol. cit., § 136, II, págs. 345 y ss. A su juicio, el Código exceptúa de reducción por inoficiosidad «la parte de los regalos de boda (consistentes en joyas, vestidos y equipos) que no excedan del décimo del valor de la porción libre».

cuanto excedan de la décima o más de la parte de libre disposición testamentaria (1.036).

Hay que confesar que la letra de este precepto sólo determina una exención de inoficiosidad en la medida que fija.

No obstante, en este artículo hay algo que puede suscitar ciertas dudas. En efecto: ¿qué sentido tiene la expresión <o más> agregada a <en un décimo>? Realmente pueden inducir a la duda de si el artículo 1.044 quiso ordenar la reducción de dichos regalos en los dos mismos supuestos que en el artículo 1.331: *cuando excedieran en un décimo de los bienes presentes del donante o de más de la porción disponible por testamento*. En esta hipótesis se habrían omitido por error algunas palabras en el artículo 1.044 («de los bienes presentes del donante» entre <donante> y <o>, y «de» entre <o> y <más>).

El precedente más próximo del artículo 1.044 C. c., que es el artículo 1.060 del Proyecto de 1.882, en lugar de decir «*no se reducirán por inoficiosos*», decía «*serán colacionables*». Pero el Código rectificó esa redacción volviendo a la del artículo 880 del Proyecto de 1851. Claro que García Goyena (1.037), al glosar éste, señaló que en él se tomaba el término medio entre el régimen castellano —que sometía a colación los regalos de boda— y el criterio de los Códigos francés, sardo, napolitano, holandés, de Luisiana y de Vaud —que los eximieron de colación—, «sujetando (el artículo 980), únicamente a colación y declaración de inoficiosidad el exceso en un décimo o más de la cantidad disponible». Sin duda, García Goyena confundió en su glosa dos cuestiones distintas, pero su comentario puede servir de explicación al cambio de redacción observado en el artículo 1.060 del Proyecto de 1880, que expresó correctamente lo que García Goyena opinaba. Por eso mismo resulta más significativo el nuevo cambio de expresión, que terminológicamente regresa de la colación o la reducción por inoficiosidad.

Buscando precedentes históricos más remotos al artículo 1.044, podría alegarse la famosa Pragmática de Madrid de 1534, de la que ya nos hemos ocupado —que señaló a la dote el límite de no poderse mejorar con ella— y las Pragmáticas de 1623 y 1723. Estos precedentes serían, sin duda, favorables a la interpretación de Bonel y Oyuelos. Pero, por otra parte, la tasa del décimo de donde la recoge el artículo 1.331 —refiriéndola a los bienes del esposo donante— es del Fuero Real, libro III, título II, leyes 1 y 2, a través de la Pragmática de don Fernando y doña Juana, dada en Toro en 1505, que la impuso a las arras, limitándolas a la décima parte de los bienes del marido. ¿Por qué los redactores del Proyecto de 1851, aplicaron la medida del décimo a los regalos de boda de los padres a los hijos? ¿Fue por aplicarles el mismo límite que la citada Pragmática de Toro ponía a las arras, pero

(1.036) Notas y vol. cit., § 88. III, 2, pág. 58.

(1.037) *Concordancias...*, vol. cit., art. 880, pág. 251.

reduciéndolo al décimo de la porción disponible?, o bien, esa medida ¿no fué señalada como limitación para estos regalos, sino sólo como un módulo exento de colación, o como una medida exenta de reducción?

Como puede juzgarse por lo expuesto, estos precedentes no aclaran demasiado la cuestión. Por ello, como la letra nos parece algo más clara—a pesar de la incomprensible expresión <o más>—nos inclinamos por la interpretación de Roca Sastre refiriéndola tanto a la inoficiosidad, por su tenor literal, como a la colación, por su colocación sistemática y por la correlación que parece natural entre la irreductibilidad y la exención de colación.

Aquí nos interesa sólo el primer aspecto. En ése resulta evidente que el artículo 1.044 habla paladinamente de reducción por inoficiosidad. No dice que «se reducirán por inoficiosos en lo que excedan de la décima o más de la cantidad disponible en testamento» (expresión que sería la precisa para formular una excepción a la regla general, del artículo 636, de que puede donarse cuanto pueda disponerse por testamento), sino que «no se reducirán por inoficiosas sino en lo que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible en testamento» (excepción sólo aplicable a la regla —del art. 656— de que se reducirán en cuanto fuera necesario por orden inverso a sus fechas las donaciones que no qupan en la porción disponible). No se expresa con ambas redacciones una misma cosa, por activa en una y por pasiva en la otra, sino que se sientan dos afirmaciones distintas, como son la de fijar un límite máximo que no pueda rebasarse y la de señalar un mínimo exento de reducción.

A la coincidencia de los artículos 1.044 y 1.331 en la referencia a un décimo no puede, pues, dársele trascendencia. Tanto más cuanto que ni siquiera se refieren los dos a cuotas iguales: La del 1.331 es un décimo de los bienes presentes; la del 1.044 (prescindiendo de la posibilidad de que falten en el mismo algunas palabras) es un décimo de la cantidad disponible en testamento.

Orientada en este sentido la norma del artículo 1.044, debemos acabar de explicar su referencia a la inoficiosidad:

Nunca puede ser individualmente considerada inoficiosa una donación que no exceda de un décimo de los bienes disponibles, pues siendo menor que la parte disponible evidentemente es oficiosa. Pero esa misma donación puede resultar inoficiosa, considerada conjuntamente con otras donaciones, conforme al artículo 656 (1.038). Pues bien, aun en este caso, la donación que estudiamos no se deberá reducirse en cuanto no exceda del décimo de la porción disponible (que tratándose de disposiciones a favor de hijos comprende dos tercios del haber y no sólo uno como con respecto

(1.038) Verbigracia, pensemos en el supuesto de que un padre que dejó 30, hubiese donado 10 a extraños, otros 10 como mejora a uno de sus diez hijos y que posteriormente a otro hijo le hizo regalos de boda por valor de 2.

a extraños), y, por lo tanto, exceptuándose el orden de reducción señalado en el artículo 656, deberán reducirse las otras donaciones aun siendo de fecha anterior. El artículo 1.044 —según esa interpretación— no supone sino una excepción a la regla general del artículo 656 C. c.

Indudablemente, el artículo 1.044 es de los que necesitan un retoque en su redacción y seguramente también en su colocación, aunque quizá sería preferible su total desaparición del Código.

c) La insolvencia del donatario sujeto a reducción, si ha enajenado el bien donado o lo ha perdido, plantea la cuestión de quién deberá soportar esa insolvencia. Anteriormente vimos que se ha discutido por la doctrina extranjera si son los legitimarios quienes deben soportarla; si, por el contrario, estos pueden pedir la reducción de las donaciones anteriores por orden inverso de fechas, repercutiendo así en estos donatarios la inoficiosidad de lo donado al insolvente; o bien, si la donación no reducible por insolvencia del donatario no debe ser computada en la masa de cálculo, de modo que tanto la legítima como las porciones disponibles quedan proporcionalmente disminuidas.

De esta última opinión ha sido Manresa (1.039), para quien «la equidad, en ese caso, aconseja que se prescinda del importe de aquella donación para el cómputo de la legítima, considerando los bienes en que consistía como no existentes en el patrimonio del difunto».

También Roca Sastre (1.040) estima «que es de equidad prescindir de momento de dicho valor al calcular la legítima, reputando como no hecha tal donación, por bien que dejando viva la acción de abono del referido valor contra el donatario, por si pasare a mejor fortuna, atribuyendo tal acción a los legitimarios o al donatario anterior que pueda entonces resultar alcanzado de inoficiosidad».

Nosotros, por el contrario, nos inclinamos a estimar que el riesgo de la insolvencia del donatario sólo corresponde a los legitimarios. No olvidemos que la acción de reducción es una acción rescisoria de la que es titular el legitimario, dirigida a reclamar lo donado en exceso, o subsidiariamente su importe. Como acreedor —de cosa o de valor, según los casos— debe corresponderle al legitimario el riesgo de la insolvencia del donatario (1.041). El artículo 636 ni el 654 dan base para repercutir, directa ni indirectamente, en todo ni en parte, a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de otro donatario posterior, tanto más cuanto que sigue viva la acción del legitimario contra el donatario anterior, que podría llegar a poder hacerse efectiva si éste mejorase de fortuna.

(1.039) Op. cit., vol. V, cit. 656, págs. 185 y ss.

(1.040) Notas cit., vol. cit., § 136, VI, c), pág. 352.

(1.041) Así lo entienden MANRESA (op. cit., V, pág. 185), CLEMENTE DE DIEGO (op. cit., vol. II, pág. 210), ROCA SASTRE (Notas a KIPP, vol. cit., 136, VI, c), pág. 351) y LACRUZ BERDEJO (Notas a BINDER, 33, II, pág. 307).

C) *Naturaleza, modo de realizarse y efectos de la acción de reducción.*

Navarro Amandi (1.042), influido por la opinión de García Goyena referida al Proyecto de 1851, recoge las palabras de éste autor, más propias para aplicarlas al sistema francés de reservas y de reducción, y estima que en el mismo instante de fallecer el causante todos sus bienes, e incluso el exceso inoficioso de los donados, pasan al dominio y posesión de sus herederos forzosos. Pero esta solución no encaja con la configuración de las legítimas en el Código civil español, ni con sus preceptos aplicables a la reducción por inoficiosidad, como vamos a ver. Tampoco hay base para aceptar la afirmación de Scaevola (1.043), según el cual la de reducción es una acción de nulidad total o parcial.

La mayor parte de la doctrina estima que se trata de una acción rescisoria. Así Falcón (1.044), Manresa (1.045), Roca Sastre (1.046), Porpeta (1.047), Lacruz Berdejo (1.048), opinan que la revocación no alcanzará a los bienes enajenados, sin perjuicio de que el donatario deba abonar en metálico el importe a reducir.

Efectivamente, el artículo 654, se remite a las disposiciones de su propio capítulo. Y en éste, el § 1.º del artículo 651, en cuanto a la no devolución de los frutos percibidos por el donatario, asimila la reducción por inoficiosidad con la revocación por ingratitud y por sobreveniencia de hijos, de efectos *ex nunc* conforme a los artículos 645, 649 y 650. Además, como dice Manresa (1.049), se trata «de la rescisión de un acto válidamente celebrado, y con arreglo al artículo 621 deben estimarse aplicables los artículos 1.294 y 1.295 y aún el 1.299».

Explica Roca Sastre (1.050) que la interferencia de la Ley Hipotecaria en protección de terceros no altera ese tratamiento jurídico. La acción de reducción sólo alcanza al tercer adquirente si no lo es a título oneroso y de buena fe. Siéndolo no le puede alcanzar aunque no haya inscrito su adquisición.

Hay que aclarar que en este caso la buena fe —por referirse a un derecho personal, como es el derivado de una acción de rescisión— no falta por el hecho de conocer el adquirente la posible existencia de ese derecho o esa acción. Ya que su adquisición, por lo menos en vida del donatario, no significa lesión para un derecho que sólo

(1.042) *Cuestionario...*, vol. cit., art. 654, pág. 76.

(1.043) *Op. cit.*, XI-II, art. 654, pág. 914.

(1.044) *Op. cit.*, vol. III, pág. 42.

(1.045) *Op. cit.*, V, pág. 184.

(1.046) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 207 y nota 73, y Notas a KIPP, vol. cit., § 136, pág. 351.

(1.047) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «Estudios de Derecho Sucesorio». Conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona, año 1945 (Barcelona, 1946), págs. 187 y ss.

(1.048) *Loc. últ. cit.*, pág. 306.

(1.049) *Loc. últ. cit.*

(1.050) Notas a KIPP, loc. y pág. últ. cit.

nace al fallecer aquél. La mala fe, como con referencia a la acción Pauliana o a la deriva del artículo 1.124, requiere aquí conocimiento del fraude. Es decir, que el adquirente sepa que la enajenación se hace para defraudar a los legitimarios, burlando su posible acción de reducción.

Ahora bien, esa acción, aunque personal, se dirige, en principios, a la restitución material, *in natura* o en cuerpos, salvo en los supuestos que excepcionan los artículos 820 y 821 C. c., como resulta *sensu contrario* de estos artículos.

El § 2.º del artículo 654, además que a las reglas del propio capítulo de los efectos y limitación de las donaciones, se remite a lo dispuesto en los artículos 820 y 821 C. c. La remisión a este segundo precepto, significa que la reducción y consiguiente restitución cuando el bien donado consista en una finca que no admita cómoda división, deberá verificarse materialmente o bien en valor, según que el montante a reducir absorba o no la mitad del valor de la cosa donada. Aunque el artículo 654 no lo diga, parece evidente que también el artículo 822, por ser complemento del artículo 821, debe ser de aplicación a la reducción de las donaciones (1.051).

Finalmente, aunque los bienes o valores restituidos por reducción de donaciones, entren en la masa partible, no puede decirse que formen parte, por lo menos a todos sus efectos, de los bienes hereditarios o propiamente relictos, pues, como anteriormente vimos, los acreedores del causante no tienen derecho a dirigirse contra ellos, ni su devolución amplía la masa de extracción para los herederos voluntarios, ni para los legatarios, sean o no de parte alícuota.

§ 14.—La colación propiamente dicha en el Código civil.

Al ocuparnos de estudiar la colación, según la regula el Código civil, nos será más necesario que nunca tener presente los antecedentes históricos que hemos estudiado y la posición de las legislaciones extranjeras, que en gran parte a través del Proyecto de 1851, no sólo influyeron en la sistemática del Código civil, sino también en las innovaciones que éste introdujo en la materia de la colación.

Sólo así será posible acometer una interpretación seria de lo que nuestro primer cuerpo legal quiere ordenar en la sección 1.ª del capítulo IV, título III del libro III. Porque en ella, como en todos los Códigos influidos por el napoleónico, se entremezclan cuestiones diferentes (computación, reducción y verdadera colación) y se utiliza indistintamente la palabra colación aplicándola en su múltiple significado con diverso sentido en unos y otros preceptos. Hará falta, por lo tanto, analizar cuidadosamente el contenido de esa sección, para aislar lo que se refiere a la colación pro-

(1.051) Así lo ha entendido, v. gr., CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, vol. II, pág. 210, nota 1.

piamente dicha, lo que es tema de computación, de imputación o de la reducción y cuanto sea materia común a varias de estas operaciones.

Al estudiar esta materia en el Derecho histórico de Castilla, vimos cuál era el concepto ortodoxo de la colación, como correspondía al del Derecho romano justiniano y las desviaciones del mismo que se insinuaron, con Héctor Rodríguez, de una parte, y con Parladorio, de otra. Tal vez convenga recordar las razones que pudieron influir en estas desviaciones. En síntesis, estas dos:

1) La legítima castellana resultaba por sustracción de la parte realmente dispuesta de quinto y tercio, y como de estas cuotas se disponía normalmente a título singular, resultaba que la legítima efectiva y la masa divisible entre los herederos a título de herencia, después de deducidas mandas y mejoras, coincidían casi siempre. Por lo tanto, en la práctica normalmente coincidían en su resultado la imputación a la legítima y la colación por toma de menos a la cuota hereditaria del donatario colacionante.

Cuando la donación a colacionar excedía de la cuota hereditaria del obligado, sería lo normal que éste repudiara la herencia para poder imputar el exceso que no fuera inoficioso al quinto y al tercio como mejora, saltándose así de uno de los supuestos de la ley 29 de Toro —colación de la totalidad— al otro supuesto —imputación sucesiva a la legítima, quinto y tercio y reducción únicamente en el exceso—. Por lo tanto, tampoco es de extrañar que, en una síntesis inexacta, llegaran alguna vez a confundirse ambos supuestos en el segundo, pero con la denominación del primero.

De ambas confusiones surgió el error de Parladorio, en el que incurrieron Llamas y Molina, Escriche y Las Casas en el siglo pasado.

De la segunda nació el error de Héctor Rodríguez. De él, en el Siglo de Oro, se burlaron los auditores de la Real Chancillería de Valladolid, pero en el siglo XIX le siguieron en su error nada menos que Morató, Llamas y Molina —en cuanto la que llama colación numeral— Martí de Eixalá, La Serna y Montalbán, Benito Gutiérrez y González Serrano.

Además, hemos notado que el uso de la palabra colación no sólo se ha utilizado en el doble significado de computar y de colacionar propiamente, sino también refiriéndola a la restitución a la masa del exceso inoficioso (Salas, Llamas y Molina, Morató, Las Casas, Navarro Amandi). Triplicidad que explica, de una parte, el doble concepto de la colación que expone el artículo 1.035 y, de otra, la salvedad señalada para los supuestos en que no se deba colacionar a los que se señala la salvedad de que la donación deba reducirse por inoficiosa (artículo 1.036) o de que haya perjuicio para las legítimas (arts. 1.037, 1.042). Confusión de dos conceptos distintos, reducción y colación, conservada a pesar de que Retes distinguiera perfectamente, varios siglos antes, que la

devolución a la masa se verificaba: en un supuesto, *propter jure collationis*, y, en el otro, *propter inofficiositas*.

Lo cierto es que hoy ha cesado la primera de las razones de confusión enunciadas. Como escribimos hace unos años (1.052), en el Código civil ha desaparecido la base de ese normal paralelismo existente en el Derecho de Castilla entre la imputación a la legítima y reducción de las donaciones inoficiosas, por un lado, y colación propiamente dicha, por otro. La legítima de los descendientes ya no es toda la herencia, deducidas quinto y tercio en caso de haber dispuesto el causante de ambos. Es sólo un tercio del haber, entre descendientes, o dos tercios, respecto a los extraños. Además de que puede disponerse de la legítima a título singular. Por lo tanto, el haber partible entre los herederos y las legítimas, como masas, han acentuado su separación dogmática y práctica, cualitativa y cuantitativa.

No hay que olvidar tampoco que el Código de Napoleón, al tratar de la colación, mezcló en su articulado cuestiones de que en rigor correspondían a la computación. Ni que también en alguno de sus preceptos se usa el término *rapporl* en sentido vulgar de llevar a la masa, aplicándolo a la restitución del exceso inoficioso de lo donado. Ni que esa confusión se mantuvo en el Código italiano de 1865 y especialmente en el de Portugal. Sin perjuicio —y ahí está la moraleja— de que las doctrinas francesas, italiana y portuguesa hayan superado esas deficiencias, distinguiendo con toda precisión —como hemos visto— la colación de la computación, la imputación y la reducción.

A) *Concepto y fundamento de la colación <estricto sensu>*.

Según el artículo 1.035 C. c.: «El heredero forzoso, que concurra con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo a la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición».

No dejó de chocar a Mucius Scaevola (1.053) la contraposición entre los fines que, en este artículo, son asignados a la colación: «la regulación de las legítimas» y «la cuenta de la partición». Pero termina por aceptar que son dos finalidades o conceptos «perfectamente explicables y compatibles dentro de los fines de la colación. Esta primeramente afecta a la cuantía legitimaria, porque la disminuye o la da ya en parte por entregada; e influye, por consiguiente, de manera considerable en la cuenta final de la partición, porque sería muy otra si no mediaran las deducciones que lleva consigo la obligación de colacionar».

Pero esa duplicidad, enunciada en el artículo 1.035, debe analizarse con visión más amplia. Oteando totalmente el panorama de

(1.052) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 109 y ss.

(1.053) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.035, págs. 121 y 140 y ss.

la sección dedicada a la colación y de los artículos 818 y concordantes, no sólo en su aspecto actual, sino también en su dimensión histórica y en su cristalización a través de la labor codificadora.

La doctrina posterior al Código civil ha entendido de diversas maneras la colación:

a) Para Burón (1.054), Manresa (1.055), Sánchez Román (1.056) y Mucius Scaevola (1.057) la colación viene a ser la computación y la consiguiente imputación a legítima o como mejora de lo donado, verificadas exclusivamente entre los herederos forzosos con el objeto de regular las legítimas y las mejoras. Por eso el primero de los citados autores expresa que la finalidad que la colación persigue es la igualdad entre los hijos, con la «única diferencia de las mejoras», y que son objeto de colación y no de partición las mejoras y los regalos de boda que no excedan de un décimo de la porción disponible (1.058).

Manresa (1.059) explica así la colación: «Del líquido que resulte (comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de su muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones de ese caudal) se deducirá el tercio,

(1.054) Op. y vol. cit., núm. 1.122, pág. 201 y núm. 1.124, pág. 204.

(1.055) Ver locs. cit. anteriormente en las notas 741 y 742.

(1.056) Ver locs. cit. anteriormente en las notas 733, 734 y 735.

(1.057) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.036, págs. 141 y ss. Explica así la colación: «Aquella (la disposición del art. 1.035) habla de las legítimas sin aclarar cuál haya de ser, en la sucesión testamentaria, la que deba tenerse presente a los efectos de la colación. Si un hijo, en vida del padre, por ejemplo, recibe de él 3.000 pesetas, correspondiéndole en el reparto del tercio de la legítima estricta o en los dos tercios, si no hay mejora, 3.500, claro es que queda satisfecho con que se le entreguen sólo 500 pesetas. Pero si al mismo hijo se le dieron por título gratuito 3.000 pesetas y por vía de mejora se le conceden 500, habiendo ya en vida del padre recibido ambas cantidades, ¿se considerará pagado por entero al concurrir con otros legitimarios o habrá de recibir ade más 500 pesetas al abrirse la sucesión en que figura como heredero forzoso? Es debida la mejora de las 500 pesetas si figura dejada en testamento por ser entonces de forzosa aplicación el artículo 1.037, según el que no se entiende sujeta a colación lo dejado en el testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas; mas como las 500 pesetas entregadas en vida, que exceden de lo debido por legítima, ha de restituir las ese heredero forzoso a la herencia, hay ahí una verdadera compensación de deudas y, por tanto, dicho interesado nada ha de percibir ni pagar. Habiendo se hecho la mejora en vida, la colación procederá entonces hacerla efectiva dentro del tercio de mejora de que el padre está facultado para disponer en favor de cualquiera de sus hijos. La legítima, dentro de la sucesión abintestato, será la porción que en el reparto de la herencia corresponda legítimamente a cada heredero, siendo más de uno.»

(1.058) En el núm. 1.124, págs. 202 y ss., BURÓN clasifica: 1.º Los bienes que no son objeto de colación ni de partición. 2.º Los que son de colación, pero no de partición; y 3.º Los que son objeto de colación y de partición. Entre los primeros coloca aquellos que no son computables o, por lo menos, no son imputables a la legítima ni a la mejora. En el segundo grupo clasifica los que considera imputables como mejora. En el tercero los que deban formar parte de la masa común constituyente de la legítima e imputase a la correspondiente al colacionante.

(1.059) Código civil..., vol. VII, art. 1.035, pág. 553.

de que el padre puede disponer libremente en todo caso...; y a los dos tercios restantes que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte, sumando los dos tercios de legítima y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador».

Para Sánchez Román, la defensa de las legítimas se verifica a través de dos instituciones: *la reducción* (que requiere un cálculo previo, que con significado menos propio también se denomina colación), y *la colación propiamente dicha*. A su juicio (1.060), «en el concepto legal que el Código atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *imputación* a los herederos forzosos en parte de pago de su legítima corta y también de la larga o mejora..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquellos y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultara de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndolas en el activo de la herencia se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste».

Para este grupo de autores la colación no se confunde con la computación general del haber, ni con la imputación de todas las donaciones a su correspondiente tercio, ni siquiera con la mera imputación a la legítima estricta del donatario. La consideran como una computación parcial, con sus consiguientes imputaciones, verificada exclusivamente por los herederos forzosos entre sí.

Una operación complementaria del cálculo de las legítimas. Un reajuste particular que verifican entre sí los herederos forzosos.

Ciertamente que ninguno de estos autores incurre en confusión de la colación con la computación o de aquella con la imputación a la legítima tan frecuente en el siglo pasado y a las que antes nos hemos referido. Pero, en cambio, inciden en otros errores.

Uno de ellos tiene hondas raíces en el Derecho castellano. Antes lo hemos revisado. Es el de considerar que existen dos distintas computaciones del caudal: una respecto a extraños y otra entre los hijos (1.061). Parte de libre disposición, tercio de mejora

(1.060) Op. cit., vol. VI-III, pág. 2.026.

(1.061) MANRESA, como vimos antes, calcula el tercio de libre disposición exclusivamente del caudal relicto líquido; imputa en él las donaciones no colacionables y los legados no dispuestos con carácter colacionable; en su exceso los reduce y sobre el resto verifica la colación como un complemento del cálculo de las legítimas.

SÁNCHEZ ROMÁN también calcula inicialmente la legítima y la parte disponible con referencia limitada al caudal relicto. Pero completa su cálculo con otras dos operaciones: la colación, por la que agrega a las legítimas todas las

y tercio de legítima estricta no serían de ese modo partes alícuotas del mismo todo. El error arranca de involucrar la colación en el cálculo de las legítimas.

Valverde (1.062) se confunde de modo semejante, por cuanto, siguiendo a Sánchez Román, dice: «Responden los efectos de esta institución al fin principal de la misma, que no es otro que el de producir la igualdad entre los herederos forzosos, llevando los bienes y valores que se recibieron por estos a título lucrativo del causante a la masa hereditaria para tomarlas en cuanto en la partición. Supone, pues, la colación, una serie de operaciones complejas que son las siguientes: 1.ª Colacionar, que es agregar o incorporar a la masa hereditaria el valor de los bienes colacionables. 2.ª Imputar o aplicar la cifra colacionada a las legítimas, corta o larga, según que haya o no mejora, y lo que reste a la parte de libre disposición. 3.ª Reducir el exceso, si lo hubiere, después de estas imputaciones y aplicaciones legales, de modo que no se menoscabe o perjudique la legítima de los demás herederos forzosos. 4.ª Traer a partición materialmente y restituir al cuerpo general de bienes dicho exceso, o sea, lo que supere al resultado de aquella reducción, para que con ese reintegro a la herencia, se restablezca el principio de igualdad entre los herederos por razón de la legítima».

La doctrina de estos autores, que involucran la colación con la distribución de las legítimas entre los legitimarios, no puede salvar un dilema insoluble con respecto a la que llaman colación de las mejoras en los supuestos en que la legítima sea atribuida a título singular. Si la colación supone la distribución *pro portionis hereditariis*, los legados a cuenta de la legítima y de la mejora no deben entrar en la colación. Si es así, es decir, si no son colacionados, la colación no puede por sí sola resolver totalmente la cuenta de las legítimas entre los legitimarios, puesto que no abarcará la totalidad de sus partidas.

donaciones colacionables entre las que incluye las otorgadas como mejora, y la reducción por inoficiosidad de las disposiciones *mortis causa* o *inter vivos* que excedan de una tercera parte de la suma del líquido relicto y de todo lo donado.

La diferencia entre la posición de MANRESA y la de SÁNCHEZ ROMÁN no se halla en la colación, sino en la reducción. Aquél la calcula midiendo las disposiciones no colacionables con el módulo de un tercio del haber relicto líquido. Este la determina examinando si las donaciones no colacionables caben en el tercio de la suma de lo relicto líquido y lo donado.

(1.062) Op. y vol. cit., cap. XXIV, págs. 550 y ss. No obstante, afirma (página 543) «que incurren en error aquellos autores que afirman que la colación está unida a la institución de las legítimas de tal modo que, según ellos, si existiera la libertad de disposición la colación sería innecesaria, pues ovidan que su fundamento es que haya igualdad entre los herederos forzosos y que los anticipos que hizo el causante en vida no sean definidos mientras no se agreguen a la masa hereditaria, y buena prueba de ello es que la colación cabe lo mismo en la sucesión testamentaria que en la intestada».

b) López R. Gómez (1.063), Navarro Amandi (1.064), Bonel (1.065), Oyuelos (1.066), De Buen (1.067) y Alguer (1.068), parece que reducen el contenido de la colación en sentido estricto a la imputación a la legítima, excluida la mejora, de lo que sin dispensa de colación fué donado a los herederos forzosos que concurran a la sucesión del donatario.

Dice el primero, que no puede tener lugar sino en el caso de que la herencia haya de pasar a herederos forzosos para que entre ellos exista perfecta igualdad en la extensión y alcance de sus respectivos derechos, percibiendo todos y cada uno de ellos la misma porción hereditaria, con el concepto de legítima. «Cuando el testador disponga —dice el segundo— que este heredero no colacione, lo que quiere decirse no es que deje de tomarse en cuenta lo donado para reducir la donación si fuere excesiva; lo que quiere decirse es que no se impute a la legítima, sino a la mejora o a la parte de libre disposición». Su finalidad, según el tercero, se halla en la igualdad entre los hijos; en la compensación entre lo percibido y lo que debe recibirse de una herencia por los herederos forzosos en el sistema de las legítimas. De Buen concreta que «la colación aquí estudiada (la que llama *colación en sentido especial*) no tiene objeto, aunque otra cosa pueda deducirse del Código, al fijar la legítima ni mucho menos *servir de base a la partición general*, pues su objeto es únicamente que todos los herederos forzosos tengan una parte igual en lo que constituye en sentido propio la legítima, dentro de la cual está comprendida la parte destinada a mejora cuando no se ha dispuesto de ella».

Con esa concepción, la colación se reduciría a ser uno de los varios supuestos de imputación a la legítima, impuesta en este caso especial al concurrir a la sucesión varios herederos forzosos.

c) Falcón (1.069), Pérez Ardá (1.070), Maura (1.071), Otero

(1.063) Op. cit., vol. II, cap. X, art. 4.º, núm. 8, pág. 280 y núm. II, páginas 286 y ss.

(1.064) *Cuestionario...*, vol. cit., art. 1.035, págs. 457 y ss.

(1.065) Op. y vol. cit., art. 1.035, pág. 692.

(1.066) Op. cit., vol. IV, art. 1.035, 1.º § 1.º, pág. 335, y 4.º pág. 337. Este autor, no obstante, distingue según la colación se opera en la sucesión testada o en la intestada. «En una y otra clase de sucesión el hijo deberá traer a la masa hereditaria el valor de lo donado, radicando la diferencia en que en la testada se le imputará en su porción legitimaria conforme al artículo 808, y en la intestada, en la totalidad de lo adjudicable que no es ni más ni menos que la porción en que, a falta de voluntad expresa del causante, recibe por ministerio de la ley.»

(1.067) *Notas y vol. cit.*, pág. 423 y s.

(1.068) *Ensayos sobre temas fundamentales del Derecho civil*, en «Rev. Jur. de Cataluña», XXXVII, 1931, VII, 6, pág. 151. Parece que fué esta su opinión, pues, de pasada, afirmó que el fundamento de la colación es «la voluntad presunta del causante o, mejor dicho, en la presunción legal *iuris tantum* de que las donaciones constituyen un anticipo de legítima».

(1.069) Op. cit., vol. III, pág. 239.

(1.070) *Loc. cit.*, págs. 217 a 226.

(1.071) *Op. cit.*, vol. y dict. cit., pág. 818, donde señala dos oficios a la colación.

Valentín (1.072), Arenas (1.073) y Felicísimo de Castro (1.074) han seguido la vieja desviación de Héctor Rodríguez, que tan ilustres seguidores tuvo en el siglo pasado. Este criterio identifica el concepto de colación con la computación, o reunión, ficticia para fijar la legítima y la parte libre, y con sus consiguientes imputaciones y reducciones. Sin perjuicio de considerar que los artículos 1.035 y siguientes contienen una aplicación concreta para la liquidación de las legítimas, e incluso, según algunos de ellos, de las de legítimas y las mejoras. El primero de los citados autores afirma que el Código ha introducido una importantísima novedad: «Hasta ahora la obligación de colacionar pesaba exclusivamente sobre los herederos legítimos. El Código hace ahora extensiva esa obligación a los extraños, mandándoles que se imputen en la parte de libre disposición las donaciones y que se reduzcan en lo que fueren inoficiosas y excedan de esa parte».

Pérez Ardá (1.075) califica la colación como una institución adjetiva dirigida a dar aplicación a lo dispuesto por el Código sobre legítimas y mejoras.

Pero este autor, en sus conclusiones, llega mucho más lejos que los demás defensores de la integración en la colación de la computación, la imputación y la reducción. A su juicio, así como los extraños colacionan en la parte libre y sufren reducción en cuanto al exceso que no les quepa en ella, los legitimarios deben imputar a su legítima o a la mejora y restituir el exceso en beneficio del heredero o legatarios extraños a los que corresponda el tercio libre (1.076).

No es posible sostener el concepto amplio de la colación frente

ción: «medio de evitar que sean traspasados los límites legales del reparto entre herederos forzosos en la porción legítima de la herencia» y «medio de preservar el límite entre esta porción y la libre».

(1.072) Op. cit., págs. 113 y ss. Distingue entre las donaciones colacionables aquellas que se traen a partición para computarlas a la legítima y aquellas que se colacionan para juzgar su oficiosidad y, en su caso, computarlas al tercio libre o el de mejora.

(1.073) Loc. cit., págs. 75 a 77.

(1.074) Op. y vol. cit., págs. 361 y s.

(1.075) Pág. 219: «No puede haber en ella—dice—nada de sustantivo y diferente de lo establecido acerca de las legítimas y mejoras, claro que se trata de una cuestión de carácter eminentemente procesal y adjetiva en cierto modo... que viene a ser un complemento formal de las disposiciones anteriores sobre materia sucesoria y muy especialmente de los artículos 819 y 825... quien dice colación dice una regla práctica para llevar a cabo la partición entre herederos forzosos cuando entre ellos hay donatarios lo mismo que en el artículo 818 hay otra regla práctica para determinar la legítima y evitar desheredamientos.»

(1.076) Págs. 225 *in fine* y ss.: «Toda diferencia entre que haya inoficiosidad o exista además de aquella colación, se reduce a lo siguiente: No habiéndola, el heredero forzoso y donatario hará suyo cuanto no perjudique a la legítima de sus coherederos, adquiriendo, además de su porción legitimaria, la donación que no sea inoficiosa, y habiendo colación, el heredero forzoso y donatario tiene que contentarse con su porción legitimaria, restituyendo cuanto exceda de ella a la masa hereditaria para darle el destino correspondiente.»

determinados preceptos del Código civil. Especialmente los artículos 1.036 y 1.037 admiten que se excluyan de la colación donaciones y legados evidentemente computables para calcular la legítima e imputables en una u en otra cuota hereditaria. Por eso, algunos de los defensores de esa tesis admiten una aplicación más restringida de este concepto general de la colación, referida por unos (v. gr., Falcón) a la imputación a la legítima y a la mejora, y por otros (v. gr., Otero y Valentín) solamente a la imputación a la legítima.

d) Morell y Terry (1.077), Calderón Neira (1.078), Serrano Bernard (1.079), Clemente de Diego y Navarro de Palencia (1.080), Casso (1.081), Castán (1.082), Bonet (1.083), Fuenmayor (1.084),

(1.077) *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol CVIII (primer semestre 1906), págs. 27 a 45 y 113 a 132.

(1.078) Loc. cit., pág. 136. Limitando la colación en el montante en que lo donado no exceda de la cuota hereditaria del donatario, opina que «la colación no es más que una imputación en que se adjudica a los coherederos legitimarios el valor de las mismas cosas donadas a título de herederos en cuanto el valor de esas cosas donadas no excede de la vocación hereditaria».

(1.079) Loc. cit., pág. 389.

(1.080) *Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común*, en «Rev. Der. Priv.», vol I (junio 1914), pág. 289 y ss. Hablando en términos generales expone: «Salta a la vista que aquella aportación en que consiste la colación puede ser tanto para ser tomada en cuenta de la legítima que cada uno ha de recibir, descontándole lo recibido de lo que hubiese de percibir y percibiendo de hecho otro tanto menos, o para llevarlo a partición real con los herederos restantes y que ninguno sufra agravio o lesión ni en la *pars legítima* ni en la simple *spes succedendi* que todo descendiente tiene en la sucesión del ascendiente. Ahí toma su base histórica y racional la distinción entre imputación y colación propiamente tal, bien que en las antiguas y modernas legislaciones anden confundidas y comprendidas bajo el nombre genérico de colación; empero conviene tener siempre presente esta distinción por el régimen distinto a que predominantemente obedecen, ya que la imputación es de Derecho público en cuanto que responde al principio de integridad e inviolabilidad de la legítima, mientras que la colación es, en buena parte del Derecho privado, como respondiendo al principio de voluntad presunta del causante de la herencia.»

CLEMENTE DE DIEGO en sus *Instituciones* (vol. III, Lec. 97, págs. 395 y ss.) insiste en esta idea, como resulta del párrafo que transcribimos de su página 396: «No es extraña la colación a esta idea (la de evitar los perjuicios que pudieran inferirse en las legítimas de unos por donaciones o liberalidades otorgadas a los otros); en efecto, el perjuicio o lesión de los legitimarios es el límite máximo de la disponibilidad del testador, que puede mantenerse mientras subsista íntegra la legítima, empero respetada esta integridad aún tiene lugar la colación y, de otro lado, ésta no tendrá lugar aun entre herederos forzoso, cuando el donante así lo hubiese dispuesto expresamente (1.036), por donde se saca la consecuencia de que otra idea es la que mantiene en pie la estructura de la colación.»

(1.081) Op. y vol. cit., tomo I, XXVIII, págs. 628 y ss.

(1.082) Op. cit., I-II (ed. 1939), págs. 500 y 502. Define la colación, en su acepción propia, «como agregación que deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante por dote, donación u otro título lucrativo para computarlo a la cuenta de la partición». Su fundamento lo reduce a

Marín Monroy (1.085), Royo Martínez (1.086), Roca Sastre (1.087) y Lacruz Berdejo (1.088) independizan totalmente el concepto riguroso de la colación —referido a la cuenta de la partición por los artículos 1.035 y siguientes del Código civil— y su sentido lato, que se emplea en el artículo 818 e incluso en el 1.035, cuando habla de colacionar para computar lo colacionado en la regulación de las legítimas.

El concepto estricto de colación, lo fundamentan, estos autores, en la presunta voluntad del causante, referida a las relaciones de los herederos forzosos entre sí, de que lo donado por él a alguno de éstos se entienda como anticipo de su respectiva cuota hereditaria. Con ello, vienen a reconocer que el Código civil conserva el concepto de colación establecido por Justiniano en su reforma, conservado por el Derecho, común y aplicado al Derecho real por la inmensa mayoría de los clásicos españoles.

Morell y Terry ha sido el defensor más vehemente de esta interpretación, que enlaza con la concepción clásica de la colación. Sus argumentos, en síntesis, son los siguientes (1.089):

1.º El artículo 1.047 C. c. refiere a la masa hereditaria, la toma de menos de lo donado sin preocuparse de la regulación de la legítima. De ésta ya se ocupan los artículos 818 y siguientes y a este fin el 1.035 es completamente inútil.

2.º El artículo 879 del Proyecto de 1851, antecedente del artículo 1.035 C. c., hablaba con mayor precisión que éste, de «traer entre sí a colación y partición de herencia».

3.º Los antecedentes históricos de la institución: ley 14, tí-

ula presunción de que las donaciones hechas en vida a los herederos forzosos se hacen con el carácter de anticipos de su cuota hereditaria».

(1.083) Op. y vol. cit., pág. 608.

(1.084) *Estirpe única...*, loc. cit., pág. 14, LX.

(1.085) Op. y loc. cit., págs. 187 y ss. Si bien este autor acentúa extraordinariamente el fin de igualar y deja en segundo plano, con carácter de excepción, la voluntad del causante de desigualar por legados, mejoras y dispensas expresas sin aludir a la institución de heredero en cuotas desiguales.

(1.086) Op. cit., págs. 355 y ss.

(1.087) Notas a KIPP, vol. cit., § 88, I y VII, págs. 57 y ss.

(1.088) Notas a BINDER, § 29, III, pág. 258: «El C. c. define la colación en el art. 1.035, acaso equivoco. La agregación a la masa hereditaria de que habla este precepto es propiamente colación cuando tiene por objeto el cómputo de los bienes en la cuenta de partición (pero no en la regulación de las legítimas) entre los coherederos legitimarios. Tiene entonces como fundamento la presunción *uris tantum* (arg., art. 1.036 C. c.) de que el causante, al efectuar en vida donaciones a los herederos forzosos, ha querido que sean consideradas como anticipo de su cuota hereditaria. Pero el C. c. confunde frecuentemente esta colación de valores, basada en la presumible voluntad del causante de igualar o desigualar a los legitimarios, con la formación ficticia de una masa a efectos del cómputo de las legítimas y para comprobar si las liberalidades son inoficiosas (véase S. 16 junio 1902). De ahí el uso promiscuo del término colación para designar ambos conceptos (cfr. arts. 816 y ss., 1.035 y ss., 1.419, etc.) y el erróneo emplazamiento de algún artículo (por ejemplo el 1.044) entre los de la colación propiamente dicha.»

(1.089) Loc. últ. cit., págs. 42 a 45.

tulo 6, libro 3, del Fuero Real; ley 14, título 15, partida 6.^a y ley de 9 de Toro, que habla de «traer a partición», «e partirlas», de que «se deve contar en la parte», «traer a collación e partición», «no se refieren a la porción forzosa, cuestión independiente de su objeto, sino a la herencia toda».

4.º «En que, desde luego, se trata de establecer algo nuevo y especial con relación solamente a los coherederos forzosos y nada nuevo ni especial se establecería aplicando simplemente los artículos 818 y 819 sólo respecto a los legitimarios, o sea de un modo anormal e incompleto».

5.º Por que «palpita en el artículo 1.035 una idea que hay que buscarla de escalón o de un concepto a otro distinto para relacionarlo con él. Las donaciones se agregan a la masa hereditaria, luego forman con éstas un solo cuerpo; se computan o tiene en cuenta para las legítimas y para la partición, luego no deben aprovechar exclusivamente a los donatarios, luego ha de fingirse que en la realidad no salieron del caudal, sino que siguen en él, y siguiendo en él, que mezcladas las donaciones y la masa y entrando en partición todo, ni aquéllas ni éstas son parte legítima ni parte libre, sino fondo común partible entre todos los hijos (o todos los herederos forzosos), con igualdad o en la proporcionalidad marcada por el testador»... «Hecha la agregación, los herederos forzosos han de percibir siempre íntegra su legítima; pero además ha de repartirse con igualdad, o en su caso proporcionalmente el importe de las donaciones, aunque la parte correspondiente a cada uno sea superior a su cuota forzosa»... «así se explica que el artículo 1.035 no hable de las donaciones hechas a personas que no sean herederos forzosos. Esas donaciones, como los legados, quedan fuera del fondo partible...» «La ley quiere, que toda la herencia, formada por la masa de bienes colacionables, con arreglo al artículo 1.035, se lleve a la partición o se reparta entre los herederos forzosos, con absoluta igualdad en la sucesión intestada o cuando el testador instituya herederos por igual, y en la proporción que el causante establezca en otro caso. Así ha de entenderse la frase <computar las donaciones en la cuenta de la partición>».

Como ha observado Royo Martínez (1.090), hay que reconocer que el Código civil no separa ni distingue con la nitidez y precisión que fuera de desear la colación en sentido estricto y la computación de las donaciones, «precisa, según el artículo 818, para fijar las legítimas y la cuota de libre disposición y para reducir los legados y tras ellos, las donaciones inoficiosas». «En la colación a que se refiere la sección 1.^a, capítulo VI, título III, libro III del Código (arts. 1.035-1.050) no late la idea, ni aun la sospecha, de inoficiosidad o extralimitación del *de cuius* en sus facultades dispositivas a título lucrativo, sino un criterio interpretativo de la voluntad del causante, cuando ayuda u obsequia con donaciones

(1.090) Loc. y pag. cit. citis

en vida a uno de sus herederos forzosos, no se propone hacerle de mejor condición que a los restantes, de una manera definitiva, sino anticiparle algo de lo que un día le ha de corresponder, y por ello, salvo que el causante destruya o excluya tal presunción a través de una manifestación expresa, la ley ordena la nivelación al tiempo de partir».

Nosotros hemos defendido reiteradamente (1.091) esta misma tesis, tratando de explicar la razón de las confusiones observadas por comentaristas muy prestigiosos de nuestro Código civil.

El concepto jurídico de colación en sentido estricto, tal como lo dejó configurado Justiniano, después de una laboriosa gestación en el Derecho romano, llegó a través del Derecho común a la doctrina y a las leyes de Castilla. Se trata de una figura jurídica perfectamente cristalizada siglos antes de la promulgación del Código civil, que sus redactores debieron recoger, desarrollando —según palabras de la Base 18— «con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas, por la jurisprudencia».

Cierto que abundaron las confusiones en la doctrina del siglo pasado, por imprecisiones terminológicas y por coincidencias prácticas, en la generalidad de los casos, e incluso, tal vez, por la permanencia en las costumbres de la concepción germánica de la colación. Todo ello a pesar de la claridad de los clásicos castellanos. Pero la ineludible alternativa entre «traher a collación e partición» o bien imputar a legítima, quinto y tercio y devolver el exceso, que la ley 29 de Toro planteaba al donatario, según aceptara o se apartara de la herencia, seguía evidentemente en pie como Derecho vigente que los redactores del Código debían recoger.

Aquellas confusiones, así como las que ofrecen los Códigos francés e italiano, sólo pueden servir como excusa, en cierto modo, a la poca precisión del Código civil, en alguno de sus preceptos, como el 1.035, pero nunca se podrán utilizar como demostración de una reforma que no debió hacerse ni tampoco se patentiza el articulado del Código. Del mismo modo que la doctrina francesa, italiana y portuguesa ha superado las confusiones terminológicas y sistemáticas de sus respectivos códigos, según hemos visto, debe la doctrina española superar las que existen en el Código civil y precisar el exacto concepto de la colación, propiamente dicha, recibida de Justiniano por todos los ordenamientos de raíz romanista.

Como resumimos hace unos años (1.092): computación, imputación y reducción, de una parte, y la colación, de otra, son operaciones independientes y sucesivas, aunque la última si su resultado acusara inoficiosidad, compulsado con los módulos señalados por la primera, puede y debe sufrir la correspondiente corrección.

(1.091) *Imputación de legados...*, en «Rev. Der. Priv.», vol. cit., pág. 333, y *La mejora tácita...*, VIII, 5, en «Anales de A. M. N.», vol. cit., págs. 101 y ss.

(1.092) *La mejora tácita...*, págs. 111 a 113.

La computación y la imputación tiene por fin ir encasillando donaciones y legados en su correspondiente cuota ideal del haber, para velar para que no exista inoficiosidad. La colación, en cambio, se dirige a formar otra masa diferente que constituirá el caudal partible. Al efecto, del caudal relicto líquido se restan las mejoras y los legados no colacionables, así como las cuotas hereditarias de los herederos que no sean forzosos, en cuanto tales disposiciones no sean inoficiosas, y se suman las donaciones colacionables y el exceso inoficioso de las demás. Esta masa, contabilizada de ese modo, debe ser distribuida entre los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias.

De lo dicho se infiere cuál es la finalidad y el fundamento de la colación.

Evidentemente no lo constituye la defensa de las legítimas. Por haberlo entendido erróneamente de ese modo, algún autor —como Jacobo Gil (1.093)— había asegurado «que la colación es inútil, que basta con la inoficiosidad y los artículos referentes a donaciones, legítimas y mejoras».

Tampoco su fin es la consecución de la igualdad entre los herederos forzosos, ni siquiera en cuanto el causante no les hubiera desigualado expresamente con legados, mejoras o dispensas, como han sostenido varios autores, por ejemplo, Burón (1.094), Las Casas (1.095), Bonel (1.096), Oyuelos (1.097), Valverde (1.098), De Buen (1.099), y especialmente Marin Manroy (1.100). Como ha dicho Pérez Ardá (1.101), «la palabra igualados empleada dos veces en el artículo 1.048 no significa igualdad absoluta y cuantitativa o aritmética, sino igualdad relativa, proporcional, cualitativa; se usa la frase en la misma acepción, que se usara antes en el artículo 832, al decir <para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes>, y que después se volvió a usar en el 1.061, al exponer que <en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad>».

La finalidad y el fundamento de la colación se hallan en la presunta voluntad del causante. Es una presunción legal *iuris tantum* respecto de la misma. Según Alguer (1.102) esa presunción se refiere a la intención de que lo donado se impute a la legítima del donatario, salvo declaración en contrario del donante. En cambio, la mayor parte de la doctrina, como Morell (1.103), De Diego

(1.093) Citado por PÉREZ ARDÁ en «R. G. L. y J.» CIN. pág. 225.

(1.094) Op. y vol. últ. cits., núm. 1.122. pág. 98.

(1.095) Op. últ. cit., pág. 452.

(1.096) Op. y vol. cits., pág. 692.

(1.097) Op. y vol. cits., art. 1.035, núm. 4, pág. 337.

(1.098) Op. y vol. cits., cap. XXIV. pág. 543.

(1.099) Notas y vol. cits., págs. 423 y ss.

(1.100) Op. cit., pág. 188.

(1.101) *El problema de la colación*, loc. cit., pág. 224.

(1.102) Loc. últ. cit.

(1.103) *Colación especial...* loc. cit., pág. 118.

(1.104), Casso (1.105), Castán (1.106), Royo Martínez (1.107) y Lacruz Berdejo (1.108), estiman referida esa presunción a que es la voluntad del causante que lo donado se entienda dado a cuenta de la cuota hereditaria del donatario. El artículo 1.036 demuestra que ciertamente el Código civil ha conservado ese fundamento y esa finalidad subjetiva, presuntiva, que tiene la colación desde la reforma justinianea y que recogieron Las Partidas y las leyes de Toro en Castilla.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 16 de junio de 1902, a pesar de haber establecido la correcta distinción de la colación *lato sensu*, de que habla el artículo 818, y la colación *estricto sensu*, a la que se refiere especialmente el artículo 1.035, resulta, por el contrario, impreciso e inexacto al decir que ésta tiene por objeto traer a partición las donaciones colacionables para computarlas a la legítima, y que el fundamento filosófico de la institución «consiste en mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos». En cambio, la Memoria anual del propio Tribunal Supremo del mismo año 1902 señala a la palabra colación el significado «de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero haya recibido en vida del testador o tenga que recibir por testamento».

En el tercer motivo del recurso que dió lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1949, se señaló infringido el artículo 1.035 C. c. por la Sala de la Audiencia al negar el segundo que los fines asignados por aquel precepto a la colación, es decir, el traer a la masa el valor de los bienes donados para su cómputo en la cuenta de la partición.

Pero el Tribunal Supremo no entró en esta cuestión, por apreciar defectos en el cuaderno particional, señalados en el fallo recurrido, cuya apreciación no fué impugnada en el recurso, y que según el Tribunal Supremo, «condujeron a la Sala, entre otros fundamentos, a las declaraciones contenidas en su fallo, el cual no quedaría desprovisto de base aunque se entendiera que adolecía de error la interpretación del artículo sustantivo citado».

(1.104) *Instituciones...*, vol. III, pag. 397: «Como los partidarios del fundamento legal, familiar, de la colación, reconocen que la colación no es institución de orden público y por eso puede dispensar de ella el testador, en esto vienen a punto de coincidencia con estos últimos los partidarios del fundamento subjetivo de la voluntad del causante, y es que ambas ideas flotan por la reglamentación de esta materia. Bien claro lo muestran, por ejemplo, el artículo 1.036, el 1.037... al respetar la voluntad del causante o del heredero (cuando renuncia la herencia) mientras no haya lesión de legítima.»

(1.105) Op. y vol. cit., tema LXXVIII, pág. 629.

(1.106) Op. y vol. últ. cit., pág. 608.

(1.107) Op. cit., pág. 355.

(1.108) Notas cit., § 29, III, pág. 258.

b) *Sujetos de la colación.*

El Código civil introdujo en esta materia una notable ampliación del ámbito personal de la colación. Como dice Morell (1.109), tal reforma no se hallaba autorizada por la Base 18, «y puede considerarse como una extralimitación cometida por los redactores del Código, pero no es menos cierto que la ley no son las bases, sino el articulado y que hay que respetar el precepto, proceda o no de una extralimitación».

Veamos, por tanto, cuales son los requisitos personales exigidos a los sujetos de la colación en el Derecho vigente:

1.º *Estar comprendido entre las personas que el Código civil denomina herederos forzosos.*—El artículo 1.035 sigue en este punto la pauta del artículo 879 del Proyecto de 1851 (1.110). Pero es de notar que el artículo 807 tiene un criterio más amplio en la determinación de quienes son herederos forzosos que el 641 del Proyecto de 1851. Para el 641 del Proyecto sólo eran herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos y faltando éstos, los padres y ascendientes legítimos. En cambio, el artículo 807 C. c. denomina herederos forzosos también al viudo o viuda, a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos, en cierta forma y medida.

a) No obstante, respecto al cónyuge viudo la doctrina ha rechazado la posibilidad de que sea sujeto activo y pasivo de la colación. Por entender que no son posibles las donaciones entre cónyuges, en virtud de la norma del artículo 1.334 (1.111); por que los regalos usuales están excusados de colación por el artículo 1.042 C. c., y por que las donaciones anteriores al matrimonio son recibidas en un tiempo en que el donatario no es aún heredero forzoso del donante (1.112). Como quiera que hemos defendido reiteradamente (1.113) que las donaciones entre cónyuges sólo son ineficaces durante el matrimonio y se convalidan *mortis causa*, si el donante fallece sin haberlas revocado, no nos sirve a nosotros este argumento. En cambio, recogemos y hacemos decididamente

(1.109) *Colación especial...*, loc. cit., pág. 36.

(1.110) GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. II, pág. 250) explicó que la comisión redactora adoptó una posición intermedia entre la posición del Derecho romano y patrio y la del Código de Napoleón que en su art. 843 impuso la colación a todos los coherederos. Pero GARCÍA GOYENA, al hacer este comentario, no precisa que en Francia no hay más herederos que los designados por la ley. No caben herederos voluntarios en el régimen francés.

(1.111) Ver MANRESA (op. cit., vol. VII, art. 1.035, págs. 554 y ss.), BURÓN (op. vol. cit., núm. 1.123, pág. 201), SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI-III, págs. 2.028 y ss.), SCAEVOLA (op. cit., vol. XVIII, art. 1.036, págs. 123 y ss.) DE DIEGO (op. y vol. últ. cit., pág. 398), VALVERDE (op. y vol. últ. cit., pág. 545), CASTÁN (op. y vol. últ. cit., pág. 503), BONET RAMÓN (op. y vol. cit., págs. 610 y ss.), LACRUZ BERDEJO (notas cit., § 29, III, pág. 259).

(1.112) CALDERÓN NEIRA (op. cit., pág. 125), en cambio, da por supuesto que el viudo ha de colacionar lo que se le dona por contrato de matrimonio.

(1.113) Ver locs. cit. en la nota 850.

nuestra otra razón insinuada tímidamente por Fuenmayor (1.114): el cónyuge como legitimario no es heredero sino legatario, como comprobamos en la primera parte de este trabajo (1.115).

b) Por esta misma razón, apoyados en el § 2.º del artículo 840, creemos que los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos del causante no son herederos forzosos, sino únicamente legitimarios legatarios de *pars valoris*, por lo menos atendiendo a sus relaciones con aquellos (1.116).

c) Los hijos adoptivos no pueden considerarse como herederos forzosos. No sólo por no estar incluidos en el artículo 807, sino además por lo expresado en el artículo 177. En este precepto no se concede derecho hereditario legal al hijo adoptivo y únicamente se otorga fuerza vinculante, como disposición sucesoria contractual, a la obligación de instituir al adoptado contraída por el adoptante en la escritura de adopción (1.117).

d) Los problemas más interesantes suscitados en torno a la determinación de quienes son sujetos de la colación se refiere a los descendientes de ulterior grado del causante de la herencia.

z) Conforme el artículo 1.039: «Los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos» (1.118). Es decir, el padre en la herencia del abuelo no es sujeto pasivo con respecto a la colación de lo que éste hubiera donado al nieto, hijo suyo. El artículo 1.039 no señala salvedad alguna a esta regla. No obstante, creemos que deben mantenerse las indicadas por la doctrina anterior, en el supuesto de haber hecho el abuelo la donación al nieto en consideración al hijo y con el consentimiento de éste. Verbigracia, supongamos que con aquiescencia del hijo, el abuelo constituya a favor de la nieta la dote obligatoria debida por aquél. En estos supuestos, hace la donación el padre por cuenta del hijo, aunque la reciba directamente el nieto. Puede decirse, por tanto, que hay una doble liberalidad del abuelo al padre y de éste al nieto, respectiva-

(1.114) *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado de su cuota legitimaria*, en «R. G. L. J.», CLXXIX (primer semestre 1946), pág. 76, nota 1

(1.115) ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-I, págs. 442 y ss.

(1.116) Así lo expusimos en estos apuntes I, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-I, págs. 448 a 450.

(1.117) Respecto de la interpretación del artículo 177 del C. c. ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 abril 1915 y 30 mayo 1931. En la doctrina, por orden cronológico: CASTÁN, *La sucesión ab intestato del hijo adoptivo*, en «R. G. L. J.», vol. CXXVIII, págs. 30 y ss.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho civil*, vol. II (Madrid, 1948), pág. 353; nuestro trabajo *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, XII, 1, en «Anales de la Ac. Matr. del Notariado», vol. V, págs. 761 y ss.; MANUEL DE LA CÁMARA, *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en «Rev. Der. Priv.», XXXV, págs. 1045 y ss.; BLAS PIÑAR, *La adopción y sus problemas jurídicos*, en «Anales de la Acad. Matr. del Not.», vol. VIII, págs. 180 y ss.

(1.118) Del mismo modo que el hijo no debe colacionar lo donado a su cónyuge conforme el artículo 1.040 del C. c.

mente colacionables: por el padre en la herencia del abuelo y por el nieto en la del padre.

β) Los nietos no son sujetos, activo ni pasivo, de la colación cuando su padre o madre sobrevivan al abuelo o ulterior ascendiente causante de la sucesión y no hayan sido desheredados, ni sean incapaces o indignos. En este caso los nietos no son herederos forzosos y no están comprendidos en el artículo 1.035, por no estarlo en el 807 C. c.

γ) Los nietos no deben colacionar a la herencia del abuelo lo que el padre les hubiera donado. Ni el artículo 1.035 se lo ordena ni otro alguno les impone dicha carga. Esta doctrina, además, coincide con la común opinión anterior al Código civil.

δ) Los nietos son sujetos activos de la colación cuando sucedan al abuelo después de haber muerto el padre, o de que éste haya sido desheredado, incurrido en incapacidad o indignidad. En estos casos, son también sujetos pasivos de la colación en los siguientes términos:

1) Concurriendo a la sucesión con tíos y primos, «colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado». El artículo 1.038, § 1.º C. c. así lo dispone para cuando los nietos sucedan al abuelo *en representación del padre*. Estas palabras, que hemos subrayado, no pueden entenderse limitadas a su sentido técnico jurídico. A pesar de que Manresa (1.119), Sánchez Román (1.120), Oyuelos (1.121) y De Diego (1.122) apliquen técnicamente el concepto de representación y consideren que la doctrina del artículo 1.038, § 1.º no es más que un corolario dogmático de lo dispuesto en los artículos 721, 924, 926 y 928. Estos autores entienden igualmente comprendidos en el § 1.º del artículo 1.038 los supuestos de representación previstos en los artículos 857 y 761 para las hipótesis de desheredación e incapacidad del padre. Scaevola (1.123) la amplía a los casos de

(1.119) Op. cit., VII, art. 1.038, pág. 360 y s. Incluso llega a formular (pág. 570) la siguiente antítesis, incompleta e inexacta: «Cuando los nietos suceden al abuelo representando a su padre o madre, puestos en el lugar de éstos, colacionan lo que sus padres hubieran colacionado si hubieran llegado a heredar; en cambio, cuando los nietos sucedan por derecho propio al abuelo deben colacionar lo que ellos mismos hubiesen recibido del abuelo en vida éstos y no las donaciones hechas a sus padres.»

(1.120) Op. cit., VI-III, pág. 2035.

(1.121) Op. y vol. cit., art. 1.038, núm. 8, pág. 344.

(1.122) *Instituciones...* III, pág. 401.

(1.123) Op. cit., XVIII, art. 1.038, págs. 157 y ss. He ahí el planteamiento que ofrece este autor: «El término *representación*... está definido por la autoridad de ese mismo legislador en el tratado de los *abintestatos del Código*... «Mas ¿ese juicio obsta a que reconozcamos que en la realidad práctica y aun legal puede darse en la sucesión testada el mismo caso previsto en el artículo 1.038? Es cosa que nos parece indudable.» Por eso resuelve: «Que si el difunto ha sustituido un heredero para el caso en que un descendiente faltase, en caso de duda, ese heredero no debe recoger de la herencia más de lo que el descendiente recogería teniendo en cuenta el deber de la colación. El caso de

sustitución. Nosotros llegamos más lejos, pues creemos que debe extenderse a los casos en que el abuelo haya instituído a los nietos después de fallecido el padre o madre de éstos, o de haberlos desheredado. La *ratio* teleológica es idéntica en estos y en aquellos casos, aunque dogmáticamente no coincidan sus supuestos. Por ello, creemos que las palabras «*en representación del padre*», del artículo 1.038 C. c. no deben entenderse con rigor técnico sino latamente, conforme avalan los antecedentes históricos. Hay que comprender en ella todos los casos en que el nieto sea heredero forzoso del abuelo, por haber premuerto, sido desheredado o incurrido en incapacidad el ascendiente intermedio.

Consecuentemente, en caso de que los nietos hayan sido instituídos herederos por su abuelo viviendo su padre, al premorir éste y heredar a aquéllos juntamente con sus tíos o primos, deberán colacionar o no lo donado al padre según éste hubiera sido instituído en otra cuota que en su defecto pasa al nieto, o bien sólo se le hubiese asignado su legítima a título singular. En el primer caso, aquellos deberán colacionar lo que el padre de haber heredado debería haber colacionado. En el segundo, los nietos no deben colacionar lo donado al padre, puesto que éste aún sobreviviendo tampoco hubiera debido colacionarlo, pero deberán imputarlo a la legítima si éste hubiera tenido que imputarlo a ella. En caso de repudiación del hijo, no debe el nieto colacionar lo que el abuelo donó al hijo, porque éste no debe colacionarlo, pero se imputa a la legítima restándose de la del nieto (1.124).

El artículo 1.038, § 2.º, es más riguroso que la doctrina anterior al Código, que exceptuaba la colación por los nietos a la herencia del abuelo de lo donado por éste al padre o madre, si estos lo hubiesen consumido o cuando los nietos repudiasen su herencia aunque aceptaran la del abuelo (1.125).

2) También colacionarán lo que el abuelo o ascendiente causante les hubiese donado después de fallecido el padre o madre intermedios o de haber sido estos desheredados formalmente. En cambio, a juicio nuestro y de acuerdo con la doctrina anterior al Código, no deben colacionar lo que el abuelo les hubiera donado antes del fallecimiento o de la formal desheredación del padre.

Cierto que el § 2.º del artículo 1.038 dice sin distingos que: «También colacionarán (*los nietos*) lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos».

duda puede estar significado por el silencio del testador sobre el citado particular.»

(1.124) Ver lo que hemos dicho anteriormente al tratar de la imputación de lo donado al desheredado. Ap. III, § 12, E, b).

(1.125) Ver la nota 535 de estos Apuntes. III, § 9 a), en A. D. C., VII, 4.º, págs. 1106 y ss.

Burón (1.126) entendió que este precepto ordena a los nietos que colacionen «lo recibido en vida del padre si el causante no dispuso otra cosa». Creemos que Burón interpretó con error gramatical la determinación de tiempo que hace el párrafo comentado, cuando dice «*durante la vida de éste*». El pronombre *éste* no se refiere al padre, al que no nombra ese párrafo, sino al *causante de la herencia*, al que menciona en las palabras inmediatamente anteriores a las transcritas.

Manresa (1.127) y Mucius Scaevola (1.128) creen que en el precepto del 1.038, § 2.º, se comprende todo lo que sin expresa dispensa de colación hubiera donado el abuelo al nieto, antes o después de fallecer el padre o madre intermedios.

Sánchez Román (1.129) y Clemente de Diego (1.130) no hacen distinción alguno en este punto, pero, en cambio, estiman que el § 2.º, del artículo 1.038 está redactado en función del § 1.º. Es decir, referido al mismo supuesto que aquél, de que el nieto suceda *en representación de su padre*. Evidentemente, en pura lógica gramatical tienen razón estos autores, pero como quiera que hemos visto el sentido lato con que debe entenderse la palabra *representación*, expresada en el artículo 1.038, desaparece la limitación que, en otro caso, supondría condicionar la oración del § 2.º al supuesto del § 1.º. Sin él siempre que el nieto sea heredero del abuelo porque su padre o madre hubieran premuerto, sido desheredados o incapaces, debe entrar en juego el supuesto del 1.038, § 2.º

La cuestión a distinguir no es ésta. Según Lacruz Berdejo (1.131): «Parece poco lógico que la condición de colacionables de las donaciones a los nietos, dependa de la circunstancia de vivir o no el padre al abrirse la sucesión del donante». En efecto, cree-

(1.126) Op. y vol. cit., núm. 1.123, pág. 202.

(1.127) Op. y vol. ult. cit., págs. 570 y ss. Dice así: «El Código... observando que se colacionan las donaciones hechas a las personas que llegan a ser herederos forzosos, aunque no les corresponda este derecho en la época de la donación, y, en cambio, no se colacionan aquellas que se hacen a presuntos herederos forzosos si después no llegan a serlo por muerte, incapacidad o renuncia, salvo el derecho de representación, y atendiendo a que, en realidad, aunque sea fundándose en una ficción, los nietos resultan de hecho herederos forzosos, y se aprovechan de las donaciones colacionables hechas a los hijos coherederos suyos, ha creído más justo que lleven también a colación las donaciones que le fueron hechas por el causante durante su vida, a menos que el testador hubiese dispuesto expresamente lo contrario.»

(1.128) Op. y vol. ult. cit., págs. 159 y ss. A su juicio, «aun no existiendo esa segunda parte del artículo 1.038, la duda que en consecuencia se formulara habría forzosamente de resolverse por el tenor del citado artículo 1.035». (Estamos de acuerdo con esta última afirmación, pero creemos, como exponemos en el texto, que la cualidad de heredero forzoso que requiere el artículo 1.035 para ser objeto de colación debe reunirse presuntivamente en el momento de la donación y efectivamente en el del fallecimiento del causante, sin otra salvedad que la resultante del § 1.º del artículo 1.038 justificada por razones teleológicas.)

(1.129) Op. y vol. ult. cit., pág. 2030.

(1.130) Op. y vol. cit., pág. 403.

(1.131) Loc. y § ult. cit., pág. 259.

mos que la circunstancia decisiva, cuando el nieto sea heredero forzoso, debe ser el haberse hecho la donación antes y después de fallecer o ser desheredado el padre. Si el abuelo donó a los nietos cuando aún no eran presuntos herederos forzosos, es lógico entender que no quiso la colación de lo donado, si no la ordenó, y menos aún cabe presumir que la condicionó precisamente a una pérdida familiar del donatario (1.132). Recordemos que el mismo Scaevola (1.133) reconocía que el viudo no debe colacionar en la herencia de su cónyuge premuerto lo que éste le hubiese donado antes del matrimonio, precisamente porque entonces aún no era heredero forzoso suyo. La razón es la misma en uno y otro caso.

Además, si se estimase dudosa, esta cuestión debería resolverse, por las razones reiteradamente apuntadas, de conformidad con el Derecho castellano vigente anterior al Código. Como hemos visto, la doctrina castellana estimó unánimemente, de conformidad con el Derecho romano, que los nietos aunque fueran herederos forzosos del abuelo no debían colacionar lo que el abuelo les hubiera donado viviendo el padre o madre intermedios. Esta es la solución que en definitiva corresponde, atendiendo a que la colación se funda en la presunta voluntad del causante. Presunción que no cabe entender a lo donado a un nieto cuando éste no hubiera sido en aquel momento heredero forzoso del abuelo. Evidentemente no puede pretenderse que entonces quisiera su colación si no la ordenó expresamente.

2.º *Suceder a título de heredero, testamentario a «ab intestato»*.—Es otro requisito clásico, exigido por el Derecho romano justinianeo y común y por la doctrina española desde los comentaristas de las Partidas y de las leyes de Toro a los autores de la época en que se elaboró el Código civil.

Si, por otra parte, hemos aceptado que el fundamentó de la colación se halla en la voluntad presunta del causante de que lo donado se considere como un anticipo de la cuota hereditaria del donatario, es evidente que para que la colación sea efectiva debe corresponder a éste una cuota hereditaria, es decir, a título de heredero. No basta ser denominado heredero forzoso conforme al Código civil, hace, además, falta serlo efectivamente. Este supuesto sólo fallaba antes del Código civil, en el caso de que el presunto heredero forzoso a quien el causante no hubiera instituido heredero, pero le hubiese otorgado un legado, prefiriera aceptar éste y no ejercitar la querella (1.134). Hoy cabe dejar la legítima por cualquier título, sin posibilidad de optar por la querella (1.135).

(1.132) La dispensa expresa que exige el § 2.º del artículo 1.038 sólo puede referirse, por lo tanto, al supuesto de que la donación sea posterior al fallecimiento o desheredación del hijo, es decir, verificada en un instante en que el nieto era ya presunto heredero forzoso del abuelo donante.

(1.133) Op. y vol. últ. cit., pág. 123 y s.

(1.134) Ley V. Tit. VII. Partida 6.ª

(1.135) Art. 815 C. c. Ver la parte I, § 2.º de estos mismos Apuntes (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-II, págs. 438 a 441).

El legitimario legatario no será, por tanto, sujeto activo ni pasivo de la colación, como tampoco lo es el heredero forzoso, que repudie la herencia.

Señalan Sánchez Román (1.136), Clemente de Diego (1.137) y Valverde (1.138), que no deben ni son acreedores a la colación los meros sucesores a título singular, legatarios, fideicomisarios o donatarios no instituidos. Más explícitamente Roca Sastre (1.139) precisa que «ha de estimarse esencial para la colación que el legitimario concorra en la partición hereditaria con el carácter de heredero testamentario o intestado, de manera que la colación no entra en juego respecto del legitimario que concorra como simple legatario legitimario». Y según Lacruz Berdejo (1.140), ni siquiera pueden pedirla, en ningún caso, los que hayan de recibir tan sólo su cuota legitimaria, «puesto que ningún interés tienen en ello», independientemente de que «puedan pedir la reunión ficticia a efectos del cómputo de la legítima y eventual reducción de donaciones, incluso de las hechas a los otros herederos forzosos».

Los instituidos en cosa cierta tampoco deben colacionar ni beneficiarse con la colación de los demás herederos forzosos. No sólo por lo dispuesto en el art. 768 C. c., que los considera como legatarios, sino incluso en los supuestos en que pueda considerarseles como verdaderos herederos, reducido ese precepto al ámbito interpretativo (1.141), por que resulta evidente la determinación expresa del causante de los bienes que concretamente debe recibir el instituido, sin que, por tanto, quepa restarle nada por toma de menos, ni estimarse que lo donado fué anticipo de una cuota que tiene su contenido concretado previamente por el causante. Por tanto, si no puede exigírseles la colación al instituido en cosa cierta, recíprocamente tampoco podrá admitirse que pueda reclamarla de los demás herederos forzosos.

Entre algunos autores, que han confundido la colación con la computación para cálculo y protección de las legítimas o con la imputación a éstas, se ha preguntado si la colación debe tener lugar en la sucesión intestada. A ello ha respondido Oyuelos (1.142), que tanto en una y otra clase de sucesión el hijo deberá traer a la masa de la herencia el valor de lo donado, radicando la diferencia en que en la testada se le imputará en su porción legitimaria, conforme al art. 808, y en la intestada, en la totalidad de lo adjudicable.

Pero lo cierto es que la colación, aparte de que debe tener lugar igualmente en la sucesión testada como en la intestada,

(1.136) Op. y vol. últ. cits., pág. 2039.

(1.137) Op. y vol. últ. cits., pág. 399.

(1.138) Op. y vol. últ. cits., pág. 546.

(1.139) Notas a KIPP, vol. cit., § 88, II, pág. 57.

(1.140) Notas a BINDER, § últ. cit., pág. 260.

(1.141) Ver estos apuntes, Parte II, § 2. D, d), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-IV, págs. 1401 y ss.

(1.142) Op. y vol. cits., art. 1.034. num. 4. pág. 337.

siempre ha de hacerse con referencia a la totalidad de la cuota hereditaria respectiva. Así han opinado cuantos autores han entendido ortodoxamente la colación, como, v. gr., Morell (1.143), Castán (1.144) y Roca Sastre (1.145).

3.º *Llegar a adquirir la herencia efectivamente.*—Por no cumplir este requisito no llega a ser sujeto activo ni pasivo de la colación el heredero forzoso que repudia la herencia. Así lo determina el art. 1.036 C. c. que sigue la tradición no interrumpida desde los más remotos orígenes de la colación. «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si... o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.» (Claro que esta última excepción no tiene nada que ver con la colación en sentido técnico. La reducción operará en virtud de las disposiciones protectoras de la integridad de la legítima, no por la colación. Es decir, con las palabras anteriormente citadas de Retes, «*ex inoficiositate non ex iure collationis*».)

En su lugar oportuno hemos estudiado la imputación de lo donado al heredero forzoso repudiante. Problema distinto de la colación.

4.º *Que el causante no haya dispensado la colación.*—El mismo art. 1.036—demostrando que la colación propiamente dicha se funda en una presunción legal *iuris tantum* de la voluntad del causante—dispone que: <La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente..., salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa>. Ya hemos dicho que esta última salvedad no tiene que ver con la colación sino con la reducción por inoficiosa. Ahora, lo que nos interesa examinar son los problemas que plantea la dispensa de colación.

Respecto su expresión, ya hemos dicho cuál es el exacto sentido del adverbio *expresamente*. En latín la palabra <*expressim*>—utilizada por Justiniano en la Novela XVIII, cap. VI, refiriéndola a la dispensa de colación—supone una voluntad clara y cierta, pero sin requerir que sea formalmente expresada (1.146). En castellano declarar *expresamente* requiere palabras o expresiones claras, pero no términos ni frases sacramentales; exige claridad y certeza, mas no formalismo.

Los comentaristas del Código civil también lo han entendido

(1.143) *Colación especial...*, loc. cit., pág. 45.

(1.144) Op. y vol. cit., pág. 503.

(1.145) Notas a KIPP, vol., § y pág. últ. cit.

(1.146) Como han expuesto CLEMENTE DE DIEGO y NAVARRO DE PALENCIA (*Fuentes legales de la colación...*, la cit. pág. 297): «El *expressim* no se contraponen a *non expressim* o a *directa literaliter*. etc., en este caso, sino a *incertum* y, por tanto, toda su significación no consiste en requerir una manifestación verbal, directa, explícita de dispensa de colación, sino que debe quedar reducida a exigir una manifestación de voluntad positiva realmente expresada tanto por palabras cuanto por acciones concluyentes e inequívocas.»

así, v. gr., Manresa (1.147), Scaevola (1.148) y De Diego (1.149.)

Lacruz Berdejo (1.150) deduce del art. 1.036 que deben colacionarse las donaciones disimuladas y las por persona interpuesta, si la interposición es ficticia. Pero sobre esta cuestión nos ocuparemos más adelante (1.151).

Los autores citados, y otros, como Roca Sastre (1.152), admiten que la dispensa de colación puede contenerse en la misma donación (o en otro acto *inter vivos* que reúna los requisitos formales de la donación, según añade Lacruz) o en testamento.

Manresa (1.153) precisa la eficacia de la dispensa en uno y otro supuesto: «La dispensa de colación puede hacerse en el mismo acto de la donación o en el testamento. En ambos casos, es opinión de los autores que el causante puede cambiar su voluntad hasta su muerte, exigiendo después la colación de que dispensó. Más este cambio de voluntad ¿debe constar expresamente? Si la dispensa se hizo en testamento, y el testador lo anula por otro posterior, como el anterior ya no rige, es claro que la dispensa quedó sin efecto. Si la dispensa expresa se hizo constar en la donación, y un testamento posterior contiene institución de herederos por iguales partes, ¿se entenderá aquella dispensa revocada, y podrá, por tanto, exigirse la colación? Losana entiende que sí: la institución por igual envuelve cambio de voluntad. Opinamos en contra: ¿por qué no ha de referirse el testador a los bienes de su herencia, excluyendo los anteriormente donados con expresa dispensa? Pase que pueda revocarse esta dispensa; pero al menos preciso es que conste con toda claridad que tal fué la intención del testador.»

(1.147) Op. y vol. cit., art. 1.036, pág. 361, dice: «No es, sin embargo, preciso el empleo de palabras sacramentales. El que al hacer una donación de clara que entrega los bienes a título de mejora, o dice que se tengan en cuenta al verificarse la partición o que se apliquen a la parte libre expresamente dispensa la colación. El testador que enumera las donaciones que ha hecho un hijo y añade que de ellas debe sólo colacionar tal y tal donación, expresamente dispensa la colación de los demás.»

(1.148) Op. y vol. últ. cit., art. 1.036, pág. 145, afirma: «A tanto como exigir palabras sacramentales para que aparezca formulada la dispensa de colación no llegamos nosotros al fijar el alcance de los términos que sobre el particular emplea el art. 1.036.» ... «La dispensa de colación, según como aparezca formulada, ha de hallarse sometida, por tanto, a las reglas de interpretación de los contratos o de los testamentos por razón del instrumento y del tiempo en que se haga, y ponerla en relación con las demás expresiones de la voluntad del causante de la herencia proferidas en vida o sin consideración a la muerte o en atención a ésta.»

(1.149) Op. y vol. últ. cit., pág. 405, dice: «No hacen falta palabras sacramentales ni fórmulas especiales, pero es menester que sea expresa.»

(1.150) Notas cit., § 29, III, pág. 259.

(1.151) F. A y J. B. (*Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1.036 del Código civil*, consulta publicada en «Rev. Der. Priv.», vol. XXVII, págs. 724 y ss.) aclaran que la dispensa general de colación contenida en testamento comprende no sólo las donaciones anteriores al testamento, sino también las posteriores al mismo.

(1.152) Notas, vol. y § cit., pág. 58.

(1.153) 1.ºc. y pág. ult. cit.

El criterio de la doctrina anterior al Código civil fué que la donación que al ser perfeccionada se otorgaba como exenta de colación no podía ser ulteriormente privada de ese carácter (1.154).

Nosotros, en este caso, nos inclinamos por la opinión de Manresa. Salvo en el supuesto, subrayado por Clemente de Diego (1.155), de que el carácter no colacionable de la donación se hubiera dispuesto en capitulaciones matrimoniales, por la fuerza vinculante que ésta tiene como sucesión contractual. Fuera de este supuesto excepcional, podrá discutirse—como hemos visto antes al tratar de la revocación de la mejora (1.156)—la irrevocabilidad de la dispensa de imputación a la legítima, pero a juicio nuestro no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario—mientras no le prive de su legítima—, logrando el mismo resultado.

5.º *Heredar conjuntamente con otros herederos forzosos de la misma clase y que reúnan los mismos requisitos enumerados anteriormente.*—Dos problemas fundamentales suscita este requisito:

El que plantea si la colación sólo cabe entre herederos forzosos del mismo grupo o clase o si se da entre herederos forzosos de cualquier clase. Y la vieja cuestión de si tiene lugar la colocación en supuesto de institución desigual.

a) El primer problema—creado en el Código civil al ampliar el ámbito personal de la colación—fué percibido y detenidamente examinado por Morell (1.157).

A su juicio, partiendo de que la colación tiene como fundamento la presunta voluntad del causante, «es claro que el art. 1.035 se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase, y que la colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo, entre sí, pero no con los de un grupo distinto» (1.158).

De la misma opinión es Fuenmayor (1.159), que explica, refiriéndose al art. 1.037, que su aplicación «tendría fundamento si se aplicara a las relaciones de los legitimarios integrantes de un grupo sucesorio homogéneo: así los ascendientes o los descendientes naturales». «Pero—añade—no puede justificarse para regular el concurso de legitimarios que forman en grupos heterogéneos, como es el caso de acudir a la herencia el cónyuge con los ascendientes o descendientes del causante.»

El primer corolario, que de esa conclusión sacan estos autores,

(1.154) Ver ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex XVII, núm. 22, página 132 y ALVAREZ POSADILLA, op. cit., ley XXIX, pág. 171.

(1.155) Pág. últ. cit.

(1.156) Apuntes, III, § 12, H.

(1.157) *Colación especial...* loc. cit., págs. 112 y ss.

(1.158) De la opuesta opinión es PÉREZ ARDÁ (loc. cit., pág. 223). Pero se funda en su equivocada concepción de la colación, que identifica con la computación, y con la general imputación de lo donado a la legítima, a la mejora o a la parte disponible.

(1.159) *Acumulación en favor...* loc. cit., pág. 75.

vale como argumento en contra de que el cónyuge viudo intervenga activa ni pasivamente en la colación, por «que forma por sí solo un grupo de herederos forzosos» (1.160).

Excluido el cónyuge viudo, la cuestión puede plantearse entre descendientes legítimos y descendientes naturales o entre ascendientes legítimos y descendientes naturales. Estima Morell (1.161) que los herederos forzosos de cada grupo son realmente extraños respecto a los legitimarios de otro grupo distinto, y que la ley, al exigir la colación, se refiere a los coherederos forzosos entre sí o de una misma clase, por no prever más que casos normales, en los que no existe mezcla de legitimarios distintos.

En nuestra anterior excursión por el Derecho comparado hemos visto: Que la doctrina portuguesa entiende que al concurrir hijos legítimos e hijos naturales colacionan todos a una masa unitaria que ha de ser atribuida en proporción a las respectivas cuotas de unos y otros. Y que, en Derecho italiano, los hijos naturales cuando son herederos colacionan con los legítimos repartiéndose unos y otros en proporción a sus respectivas cuotas, la masa formada con lo colacionado, pero que, en cambio, no colacionan los hijos naturales entre sí.

En nuestro Derecho la duda sólo puede suscitarse cuando los hijos naturales son instituidos herederos por el causante conjuntamente con los descendientes legítimos de éste o, en su caso, con sus ascendientes o cuando concurren con estos últimos a la sucesión intestada.

Fuera de duda nos parece, en cambio, que los hijos naturales no deben colacionar con respecto a los descendientes legítimos, ni participar de la colación de éstos, cuando no hayan sido instituidos por el causante, ni tampoco cuando le hereden ab intestato, concurriendo con descendientes legítimos. Lo estimamos así por que no suceden como herederos forzosos sino como simples legitimarios del causante, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del art. 840 C. c. También nos parece fuera de duda que los hijos naturales instituidos herederos deben colacionar entre sí (1.162).

Desde luego, creemos que ha sido un error del Código extender la colación más allá del ámbito clásicamente determinado, es decir,

(1.160) MORELL, loc. ult. cit., pág. 115; FUENMAYOR, contexto de la página últimamente citada.

(1.161) Pág. 126. Añade que, concurriendo herederos forzosos de distintos grupos y otorgadas donaciones a individuos de uno y otro grupo, «ya sabemos que esa igualdad o proporción sólo puede ser exigible dentro de cada grupo, y que las donaciones no inoficiosas hechas al uno son independientes de las hechas al otro, no pudiendo pasar del primero al segundo o viceversa a título de colación, a menos de deber reducirse como inoficiosas en virtud no del artículo 1.035, sino del 810, el 656 y otros».

(1.162) MANRESA (op. y vol. cit., pág. 555 y ss.) se ocupa de la concurrencia de hijos legítimos y naturales y explica cómo operará la colación en su caso. Pero no hay que olvidar el especial concepto que MANRESA tiene de la colación.

fuera de los descendientes legítimos que sean herederos efectivos del donante. Tanto más cuanto que —como cree evidente Morell (I.163)— no se pensó «en la complicación que tal extensión llevaba a las relaciones jurídicas».

Por esta imprevisión del legislador, estima Morell que: «Inútil es buscar en la ley soluciones a casos no previstos; cabe defender teorías, no es posible señalar artículos concretos que resuelvan».

Es su teoría, que a la porción relicta a cada grupo de herederos debe añadirse lo donado sin dispensa de colación a cada uno de los individuos del propio grupo y el conjunto se ha de repartir en la proporción de las cuotas hereditarias respectivas. Los herederos forzosos de un grupo son como extraños respecto a los de los demás. Y, del mismo modo que a efectos de la colación propiamente dicha se prescinde de la cuota relicta y lo donado al heredero extraño, igualmente se prescinde de las cuotas relictas y de las donaciones hechas a los herederos forzosos de otro grupo distinto al verificar la colación entre los herederos forzosos de un mismo grupo (I.164).

Estas dificultades y dudas debemos tenerlas muy presentes los Notarios al traducir jurídicamente la voluntad empírica de los testadores. Bien sea aconsejándoles que aclaren directamente estas cuestiones, o bien haciéndoles aislar los diversos grupos de legitimarios v. gr., instituyendo herederos a los de un grupo y asignando legados a los de otro, etc.

b) El segundo problema, es decir, el que plantea si la colación tiene lugar cuando los herederos forzosos heredan por cuotas desiguales, debemos darlo por resuelto, ya que hemos aceptado que la colación se funda en la consideración que lo donado a los colacionantes se les dió como anticipo de su respectiva cuota hereditaria. Como escribió, el tan reiteradamente citado Morell (I.165), «no se opone la idea de la colación a la desigualdad de cuotas cuando así expresamente instituye el testador, y no dispense en forma alguna la colación de lo donado. Si esta presunción no es evidente tampoco lo es en el caso de instituir herederos en partes iguales, porque es lo cierto que en uno y otro caso, lo mismo pudiera la ley exigir para estorbar la colación su dispensa, que, para

(I.163) Pág. 129.

(I.164) Ver págs. 126 y sig. Reconoce, no obstante (pág. 127), que «repugna a la colación esta mezcla de grupos de herederos forzosos y esta independencia de donaciones..., porque es preciso formar también en la herencia dos grupos separados, y esto no lo autorizan claramente ni el art. 1.035 ni el 1.047. Para obviar este inconveniente sólo cabe alegar, y en ello no deja de haber fundamento, que los herederos forzosos de cada grupo son realmente extraños respecto a los legitimarios de otro grupo distinto, y que la ley, al exigir la colación, se refiere a los coherederos forzosos entre sí o de esta misma clase, por no prever más que casos normales, en los que no existe mezcla de legitimarios distintos».

(I.165) Loc. últ. cit., pág. 118.

no estorbarla, que se ordenara expresamente en el testamento la colación».

De qué forma se opera en estos casos la colación volveremos a ocuparnos al hablar del modo de colacionar.

6.º *Finalmente, como requisito límite de la colación se exige que no perjudique la legítima del colacionante.*—Al tratar de la colación justinianea hemos aducido la observación de Winscheid de que en la voluntad presunta del causante no se puede apoyar un resultado que por su expresa voluntad no podría imponer.

Esa colisión entre la defensa de las legítimas y el deber de colacionar puede surgir en los supuestos en que la masa deba repararse en proporción a las cuotas desiguales de la institución y de que el colacionante deba devolver el exceso de lo que se le donó respecto del montante correspondiente a su cuota. Partiendo de su viabilidad, observamos en otra ocasión (1.166) que deben relacionarse los efectos que individualmente produce la colación sobre cada heredero, con el cálculo de la legítima individual estricta obtenida a través de su computación conforme el artículo 818 del C. c. Si la cuota hereditaria incrementada con la colación no alcanzare al valor de la legítima, deberá corregirse en la medida necesaria el resultado de la colación. Sobre el derecho voluntario está el derecho necesario y por encima de la voluntad expresa o tácita del testador están los límites que la ley le impone imperativamente.

C) *Bienes colacionables.*

El Código civil ha introducido varias innovaciones con respecto al Derecho anterior. La primera es más aparatosa que real, y ciertamente ajena a la colación propiamente dicha. La segunda es ciertamente trascendental.

a) Es ajena a la colación, a pesar de su colocación en la sistemática del Código, y de su tenor literal, la disposición del artículo 1.037 C. c., que dice así: <No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiese lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas.>

La doctrina así lo ha repetido frecuentemente. Pero nos contentaremos con reproducir la certera apreciación de Calderón Neira (1.167). «Esta regla (la del 1.037) está muy mal formulada, porque si por la colación se aportan a la masa bienes (art. 1.035), es imposible que los legados se colacionen, *mándelo o no lo mande el testador*, porque no es posible aportar a la masa lo que en la masa ya está y de la masa nunca ha salido. Se podrán colacionar las donaciones que han salido del haber del difunto, no los legados. Lo que el Código quiere decir es *que los legados no se imputen en la vocación hereditaria del legatario, salvo disposición contraria del*

(1.166) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 111 y sig.

(1.167) Loc. cit., págs. 135 y sig.

testador. En resumen: que ésa es una regla sobre imputación, y aun hilando delgado puede decirse que ni aun es regla sobre imputación, sino de aplicación del principio que el testador que lega a su heredero lo hace independientemente de la cuota hereditaria, hasta el punto que puede renunciar la herencia y admitir el legado, y viceversa.»

La mal llamada orden de colación de un legado sólo significa que su atribución no constituye realmente un legado, sino solamente la asignación de un bien en la cuenta de la cuota hereditaria del asignatario. Algo semejante a la vieja figura de la *praeceptio* aplicada en la cuota hereditaria de la persona a quien se atribuyó.

b) En cambio, una novedad trascendental del Código en materia de colación se halla en el artículo 1.035 (1.168), en cuanto borra la vieja distinción clásica entre las donaciones simples y las causales, exentas las primeras y sometidas las segundas a la colación. Hoy deben colacionarse las dotes, todas las donaciones—sin distinción de causales o simples—salvo dispensa del causante (artículo 1.036) y cualesquiera otras atribuciones gratuitas con las limitadas excepciones que el propio Código civil determina, y de que luego trataremos.

Hemos visto que en Derecho francés, la Jurisprudencia, interpretando el adverbio *expressement* paralelamente al *expressim* de la Novela 18, cap. I, de Justiniano, ha llegado a considerar no colacionables las donaciones disimuladas y encubiertas. En cambio, en la doctrina española, Sánchez Román (1.169) y Clemente de Diego (1.170) afirman no precisamente su colacionabilidad, sino la devolución a la masa por nulidad absoluta por vicio de simulación de las donaciones por persona interpuesta o enmascaradas tras las apariencias de un contrato oneroso. Menos radical Lacruz Bermejo (1.671), se limita a considerar colacionables las donaciones disimuladas y las por persona interpuesta, en los casos de interposición ficticia y afirma que en la interposición real debe triunfar el criterio opuesto de considerarlas exentas de colación conforme resulta de los artículos 1.039—contrario al 1.035—y 1.040.

En realidad, esta diferencia de criterio entre la doctrina francesa y la española dimana de otra divergencia más fundamental. Las donaciones encubiertas en un contrato oneroso son consideradas válidas como donaciones por las jurisprudencias francesa e italiana y por la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de

(1.168) El art. 1.135 C. c. señaló como objeto de colación *los bienes o valores que hubiese recibido* (el heredero forzoso sujeto a colacionar) *del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativos*.

(1.169) Op. cit., VI-III, pag. 2033, invoca, además del vicio de simulación, «el espíritu del Código, que resulta de la combinación de sus arts. 4.º, 620 y 755».

(1.170) Op. y vol. ult. cit., pag. 401.

(1.171) Notas cit., § 20, III, pág. 250.

enero de 1945—en virtud de que la simulación sólo es relativa—con tal que tratándose de inmuebles la venta simulada haya sido otorgada en escritura pública. En cambio, las sentencias de nuestro más alto Tribunal de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 23 de junio de 1953 las consideran totalmente nulas—con el aplauso del maestro Federico de Castro (1.172)—porque en este caso la forma sustancial de la escritura no refleja, como es indispensable para su validez, la expresión del *animus donandi*.

Las donaciones indirectas, a juicio de Sánchez Román (1.173) y Clemente de Diego (1.174), son igualmente colacionables. Según este último lo son «la renuncia gratuita a una herencia en favor del heredero forzoso, la renuncia a la legítima futura, que es nula, según el artículo 816, pero debiendo traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción los herederos forzosos renunciantes, el perdón o remisión de deudas u obligaciones de éstos y de sus garantías hipotecarias o fiduciarias, si el deudor fuere insolvente; no así cuando el perdón es en el juicio de concurso y consiente con los otros acreedores, aun votando con la mayoría, pues es perdón forzoso, toda vez que, aunque hubiese votado con la minoría, de todos modos la rebaja o remisión se hubiera hecho, las cantidades empleadas o gastos satisfechos en aumentos o mejoras y en toda clase de reparaciones costeadas en vida del que fué después causante de la herencia en bienes propios de uno de sus herederos forzosos que concurre con otros de la misma condición, el cual vendrá obligado a colacionar su importe como adquisición que es para éste a título lucrativo del decujus (el importe nada más de lo gastado es lo colacionable, no el mayor valor, producto o beneficio que, en definitiva, le reportaren las sumas gastadas), y, en general, otras acciones u omisiones de parte del causante que produzcan merma en sus derechos patrimoniales y habrán de figurar luego en su herencia, siempre que sean voluntarias y con la presunción racional de conocimiento y propósito de que redundarán en beneficio de sus herederos forzosos, y, por consiguiente, que de no colacionarse, se perjudicaría notoriamente la legítima de los demás». Y «en las ventajas que éste (el heredero forzoso) saque no todas son colacionables, por ejemplo, las que se compensan con las que sacare el causante, pero sí lo serán las que excedan de lo que naturalmente lleva el contrato en su forma normal o que impliquen una concesión por parte del causante que no es habitual en tal contrato y que, desde luego, no se hubiere otorgado a un extraño».

Según Roca Sastre (1.175), las primas «satisfechas por el causante por razón de un seguro de vida cuyo beneficiario sea alguno

(1.172) *La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble*, en Anuario Dr. Civ., VI-IV, págs. 1003 y sig.

(1.173) Loc. ult. cit., págs. 2033 y sig.

(1.174) Loc. ult. cit., págs. 400 y sig.

(1.175) Notas, vol. 5 y pag. ult. cit.

de los herederos legitimarios sujetos a colación han de estimarse «colacionables». Nosotros creemos que este criterio debe aplicarse solamente en aquellos casos en los cuales las primas satisfechas no puedan catalogarse entre las donaciones usuales o entre los deberes de previsión, jurídicos o meramente morales, atendidas las circunstancias del caso, la fortuna del estipulante y la cuantía de las primas.

Respecto las *mortis causa* hemos defendido en otro lugar (1.176) que deben colacionarse conforme la solución clásica. La disposición del artículo 620 del C. c., según entendimos, no alcanza a las que entonces denominamos reglas extrínsecas de las donaciones.

Las únicas excepciones que el Código civil señala a la colación de liberalidades no dispensadas por el donante son las siguientes:

1.^a En ningún caso se colacionan los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre (artículo 1.041).

2.^a Los gastos que el padre hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística sólo se colacionan cuando aquél lo disponga (aparte de su reducción en cuanto resulten inoficiosos) y, aun en caso de haberlo dispuesto así, sólo se colacionarán en cuanto dichos gastos excedan de lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (art. 1.042).

3.^a Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos sólo se colacionarán en cuanto excedan de un décimo de la cantidad disponible en testamento. Así resulta de la interpretación del artículo 1.044, en su vertiente orientada a la colación. Como antes indicamos (1.177), dicho artículo, según parece, debe entenderse que dispone una doble exención. Dispensa de colación de tales regalos en cuanto no excedan de un décimo de la cantidad disponible por testamento. Y su exención de reducción por inoficiosidad en el mismo montante, aun en el caso de no haber en la parte disponible por haberla agotado el causante con liberalidades anteriores; caso en el que se altera, en cuanto a dicho importe, el orden señalado para la reducción de donaciones en el artículo 656 del C. c.

En cambio, son colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos (artículo 1.043).

D) *Modo de colacionar y valor a colacionar. Los problemas de la distribución del valor a colacionar y de su exceso con respecto a la cuota hereditaria del colacionante.*

Hemos visto que entre los autores del período inmediato anterior al Código civil se discutía cuál era el modo normal de cola-

(1.176) *La donación «mortis causa»*, XI, II, loc. cit., pág. 744.

(1.177) III parte, § 13. B, b).

cionar: si la forma *material*, por *aportación de los cuerpos donados in natura* o la forma *ideal*, por *toma de menos o imputación*.

Posiblemente, en esa discusión se barajaron en una sola dos cuestiones distintas. Una sobre el modo jurídicamente normal de colacionar a falta de otro acuerdo entre los coherederos y de disposición del causante. Otra, con respecto al modo usual o más corriente en la práctica de verificar la colación.

Pero lo cierto es que conforme el artículo 1.045 C. c., el modo de colacionar que era más usualmente utilizado en la práctica, pasa a ser igualmente el modo legalmente normal de colacionar. Esto es evidente, pero surge la duda de si ese modo de colacionar es no sólo legalmente el normal, sino incluso el único posible en el Derecho vigente.

Para dar con la exacta solución de este problema fundamentalísimo es conveniente diseccionar los dos momentos que la colación supone y examinar por separado los correspondientes desplazamientos de valor desde el patrimonio del donatario al caudal partible y desde esta masa común al haber de cada heredero.

a) *Desplazamiento de valor desde el patrimonio del colacionante al caudal partible.*

En la colación germánica, como se percibía más claramente en el *Droit Coutumier* que en el *Code de Napoleon*, se producía al fallecer el causante, *ipso facto*, un desplazamiento real de lo donado a la masa partible, un tránsito dominical del donatario a la comunidad de los herederos forzosos. En Derecho romano, en cambio, el tránsito patrimonial no era real o dominical, sino crediticio, aunque ese crédito que nacía contra el colacionante se traducía, por regla general, en una deuda en especie de una cosa cierta—la que fué donada—que en la segunda fase de la colación podía quedar compensada con la toma de menos, si en la primera no fué satisfecha *in natura*. En el Código civil, según dice Núñez Lagos (1.178) el primer desplazamiento patrimonial es también crediticio, pero la deuda que el colacionante contrae no es de cosa específica, sino de valor. A nuestro juicio, en ese primer momento de la colación sólo se produce un desplazamiento contable y únicamente su liquidación dará lugar, en su caso, a la concreción de una deuda de valor, según luego veremos.

El artículo 1.045, en su párrafo primero, determina que: <No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio.> Cierzo que, en cambio, poco antes el artículo 1.035 comienza diciendo: <El heredero forzoso que concurra, con otros que también

(1.178) *Historia y crítica de los problemas de la valoración*, loc. cit., página 726: «La revocación de la propiedad se sustituye por una deuda de valor.»

lo sean, a una sucesión, *debera traer a la masa hereditaria los bienes o valores* que hubiesen recibido del causante de la herencia...».

Burón (1.179) entendió que podía colacionarse no sólo por imputación, sino igualmente por liberación y por manifestación, «que se hace presentando las mismas cosas recibidas, puesto que el texto anterior (*el artículo 1.045*) ni la ley antigua lo prohíben». En cambio, a juicio de Mucius Scaevola (1.180), de la contraposición de los artículos 1.035 y 1.045 debe deducirse que «la palabra <*bienes*> del primero de esos preceptos sobre todo contrapuesta a la de <*valores*>, es innecesaria, origina confusiones y debemos darla por no escrita». Sánchez Román (1.181) opinó, en el mismo sentido, que el Código ha optado por que la colación de las donaciones «siempre se realice mediante el valor representativo de ella».

Oyuelos (1.182), por el contrario ha sostenido que la disposición del artículo 1.045 «es, en efecto, la regla general, la cual presupone la existencia en la herencia de otros bienes con que compensar a los coherederos; pero cuando, por azares de la fortuna del causante, sólo existiese la cosa objeto de la dote o donación, o las que existieran no alcanzasen a cobrar la porción de los demás coherederos, entonces no habrá más remedio que aportar realmente la misma cosa, para distribuirla entre aquellos, aplicando el tenor literal del artículo 1.035, que habla de traer a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos del causante de la herencia».

Morell (1.083), que, como veremos, sostuvo que era colacionable el exceso de lo donado con respecto al montante de la cuota hereditaria del colacionante, vacila en solucionar la cuestión que ahora tratamos, puesto que dice que es necesario alternativamente que «éste (*el donatario*) colacione materialmente el exceso o entregue en metálico a sus coherederos la diferencia».

A juicio nuestro, el artículo 1.045 significa algo más que la determinación preferente de una regla general. Representa un cambio de sistema: el tránsito del sistema colación como deuda de cosa específica, al de la colación contable de un valor a liquidar en la partición de la herencia. Antes del Código se debía colacionar la cosa donada, aun cuando al verificarla se podía y solía compensarla, mediante la toma de menos consiguiente a la imputación del bien donado en la cuota hereditaria del colacionante.

(1.179) Op. y vol. cit., núm. 1.126, pág. 206.

(1.180) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.045, pág. 90. Fundamenta su opinión en que «los preceptos que regulan la materia de colación suponen todos que las referidas cosas no vuelven ya al caudal que ha de inventariarse de la herencia de que se trate, y en este sentido se las da por descontadas en cuanto no afecte al valor que tenían al tiempo de constituirse la donación o dote».

(1.181) Op. cit., VI-III, pág. 2049.

(1.182) Op. y vol. cit., art. 1.045, núm. 14, pág. 351.

(1.183) *Colación especial...* loc. cit., pág. 132.

Después del Código civil, lo que debe colacionarse idealmente es el valor que lo donado tenía en el día de su donación (1.184).

La diferencia de este sistema con respecto al anterior radica en que la toma de menos significaba antes una compensación de la obligación de llevar materialmente a la masa, mientras que hoy la aportación material sólo puede concebirse como una dación en pago de la deuda de valor resultante de la liquidación del valor colacionado hecha al realizar la partición.

Antes la aportación a la masa partible agotaba siempre el débito de la colación, sin perjuicio del deber complementario del colacionante de abonar los deterioros o la pérdida que le fuera imputable y de su derecho a que se le abonaran las impensas y mejoras que hubiere realizado. Ahora la aportación *in natura* puede resultar insuficiente para agotar el deber de colacionar, siempre y cuando la cosa donada haya disminuído de valor, aunque tal merma sea debida a causas no imputables al colacionante. Es así porque la contabilización se refiere al valor que lo colacionado tenía al tiempo de su donación o entrega en dote. Por eso, como dice el § 2.º del artículo 1.045: <El aumento o deterioro posterior, y aún su pérdida total, casual o culpable será a cargo y riesgo o beneficio del donatario> (1.185).

No vemos inconveniente en aceptar la opinión de Marin Montroy (1.186), según la cual es posible la colación en especie, siempre que estén todos los interesados de acuerdo en que así se verifique—cosa lógica en una institución que no es derecho necesario—y no se perjudiquen legítimos derechos de terceros. Pero, haciendo la salvedad de que en este caso, como hemos dicho, la colación en especie supone una dación en pago de una deuda de valor, y de que la normal realización de la colación consiste en detraer del haber hereditario el correspondiente valor colacionado por los otros coherederos. Por eso, no puede estimarse que esa forma de cumplimiento sea facultativa del obligado, sino que requiere el consentimiento de los demás.

(1.184) Como dice ROCA SASTRE (Notas cits., vol. y § ult. cit., VII, pág. 59): «Nuestro C. c. no sigue el sistema romano de *aportación* substancial de las cosas colacionables con adjudicación de las mismas al propio donatario, en lo que en su cuota quepa, sino que adopta el sistema del C. c. alemán, sea de *deducción* o *imputación* de su valor, previamente computado para la formación de las cuotas hereditarias.»

(1.185) Certeramente observa a MANRESA (op. y vol. ult. cits., art. 1.045, pág. 592), que: «La regla sobre el aumento, deterioro o pérdida se establece como absoluta. Se presentan, no obstante, circunstancias excepcionales. Así, si el mismo donante realiza mejoras en la finca donada, habrá una nueva donación. Si el mismo causante, administrando los bienes donados a un menor o incapaz, ocasiona, por culpa o negligencia propia su pérdida, no es justo exigir la colación. Si los mismos coherederos forzosos destruyen la cosa donada, procederá la colación por el donatario; pero aquéllos deberán indemnizar los daños y perjuicios que ocasionaron.»

LACRUZ BERDEJO (Notas y § ult. cits., pag. 260) participa de esta misma opinión.

(1.186) Loc. cit., págs. 258 y sig.

Problema aparte, que luego trataremos, es determinar el modo cómo debe traducirse la colación del exceso de valor de la donación con respecto a la cuota hereditaria del colacionante, si es que convenimos en que ciertamente debe ser colacionado dicho exceso.

Ahora bien: ¿Cómo se determina el importe de ese valor a colacionar que idealmente se contabilizó en el activo de la masa partible? El artículo 1.045 C. c. insiste en que debe colacionarse el valor que lo donado tenía al tiempo de la donación <aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio>. Esas palabras finales del artículo 1.045, § 1.º, sugieren dos preguntas: ¿qué valor tiene ese justiprecio si se hizo?, ¿cómo deberá suplirse en caso contrario?

La segunda pregunta es más sencilla que la primera. Sin duda, la determinación del valor a colacionar integrará las operaciones particionales, y su aprecio correrá a cargo de quienes las efectúen como comisarios o contadores partidores, en su caso, o de todos los herederos interesados en la colación. A falta de acuerdo resolverán los Tribunales de Justicia, apreciando la tasación pericial correspondiente.

Requiere, en cambio, un cuidadoso examen la determinación de fuerza vinculante del justiprecio verificado al otorgarse la donación y de la declaración del donante—hecha al donar o en su disposición testamentaria—de que lo donado se colacione por determinado valor.

Suele invocarse por la doctrina (1.187) la afirmación de uno de los Considerando de la Sentencia de 4 de julio de 1908, de que «la valoración que de común acuerdo hicieron los donantes de las fincas adjudicadas en dote no tiene eficacia alguna en perjuicio de los demás herederos, dado el sentido y finalidad de los artículos 1.035 y 1.045 del Código». Pero la invocación es inoportuna si se refiere a la colación en sentido estricto. En el pleito en cuestión no se discutía problema alguno de colación propiamente dicha. En el mismo la palabra colación era aplicada a las operaciones de computación e imputación. Se explica su llamada al artículo 1.035, porque en éste es utilizada aquella palabra en su doble significado. Y la referencia al artículo 1.045 queda justificada por que su doctrina es aplicable a toda imputación, sea hecha a cuenta de la legítima, de otro tercio, o de la cuota hereditaria del imputante.

No es posible olvidar que mientras la computación es institución de derecho necesario, *ius cogens*, de regulación imperativa, en cambio, la colación propiamente dicha, es de derecho voluntario, fundada en la presunta voluntad del causante. Si éste, conforme al artículo 1.036, puede excusar la colación, con mayor ra-

(1.187) Ver MANRESA, loc. últ. cit., pág. 591; OYUELOS, op. y vol. citados, artículo 1.045, núm. 14 § 1. pag. 352; LACRUZ BERDEJO, pág. últ. cit.

zón podrá limitar la cifra a colacionar por el donatario. Determinación que cabe hacer al donar o bien en testamento, lo mismo como la dispensa de colación.

El único límite de una y otra disposición se halla en el respeto a las legítimas. Por eso, lo donado deberá necesariamente computarse para cálculo de las legítimas, y para verificar la consiguiente imputación, por el valor que objetivamente tenía el día de la donación. En cambio, se colacionará conforme al valor que el causante haya determinado y ordenado al efecto.

Ahora bien, con la disposición o con la determinación del valor a colacionar no puede confundirse el simple aprecio o valoración hecho en el acto de la donación, sin especificar que sea a efectos de la colación de lo donado, y que generalmente se expresa tan sólo a efectos fiscales. Con respecto a esa mera declaración del valor de lo donado creemos exacta la afirmación de Sánchez Román (1.188) de que «podrá servir de tipo, si lo aceptan las partes, y aún prevalecer en caso de contradicción entre ellas; pero que no puede legalmente calificarse de *obligatoria* por esta mención que de tal circunstancia haga el Código, sin atribuirle efecto decisivo alguno, sino más bien en términos de mera referencia a la necesidad, en todo caso, de la valoración, además de que el justiprecio anterior puede resultar demostrado al tiempo de la colación que fué visiblemente erróneo por exceso o por defecto, y como el Código no previene que se pase por él, cuando exista, no puede calificarse, en definitiva, de obligatorio para las partes» (1.189).

Por tanto, debe distinguirse totalmente entre la disposición del valor a colacionar, de una parte, y el simple justiprecio o declaración de valor de lo donado verificado al otorgar la donación, pero sin asignarle específica trascendencia para la colación.

La primera declaración supone un doble efecto: el de determinar el valor a colacionar, y el de configurar netamente como deuda nominalmente determinada, la obligación de colacionar.

b) *Distribución compensatoria de la masa partible y atribución del exceso a los demás coherederos forzosos.*

El estudio del segundo momento de la colación puede, a su vez, descomponerse en los siguientes planos:

1.º Imputación de la partida de valor colacionada hasta el

(1.188) Op. y vol. ult. cit., pag. 2048.

(1.189) En este mismo sentido expresa MANRESA, pág. ult. cit.: «En todo caso, aunque conste el valor, no es obligatorio para los interesados aceptar el que se expresó. Pudo exagerarse ese valor por aparentar más esplendor o por vanidad del donante, o pudo disminuirse, como ocurre con mayor frecuencia para evitar gastos en el papel sellado, impuesto de derechos reales y honorarios. El valor agregado debe ser siempre el verdadero. Ahora bien, si se fijó al donar, para alterar lo fijado ha de mediar conformidad o prueba de que hubo aumento u ocultación.»

montante de la cuota correspondiente al colacionante en el haber partible.

2.º Compensación a los demás coherederos en bienes hereditarios equivalentes a los que fueron donados al colacionante. En este plano visual interesa examinar: el modo de realizar esa atribución compensatoria; la determinación de lo que se entiende por equivalente en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, y cuál es la proporcionalidad que debe presidir su atribución.

3.º Colación del exceso de lo donado con respecto a la cuota del colacionante, en caso de que opine que debe ser colacionado.

Esta visión cinematográfica, a cámara lenta, de ese segundo momento de la colación, pone de manifiesto varios problemas que trataremos de examinar uno a uno.

a) *Modo de realizar la atribución compensatoria a los demás coherederos forzosos. Determinación del «equivalente».*

El Código civil, en su artículo 1.047, dispone como regla general que: <El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad>.

Dos ilustres compañeros, Marín Monroy y Núñez Lagos, han entendido diversamente el modo de operarse tal compensación.

Según el primero (1.190), la distinta redacción del artículo 1.047, con respecto al 888 del Proyecto de 1851, y concretamente la sustitución de las palabras <otro tanto más>, del 888 (1.191), por <el equivalente>, expresado en el vigente 1.047, significa un cambio de criterio trascendental: «ya no se exige —dice este autor— otro tanto en bienes iguales, o la misma cantidad de iguales bienes, sino *el equivalente* en bienes iguales, y claro está, que la verdadera igualdad es imposible, a poco que varíen los precios».

Núñez Lagos (1.192) se define de otro modo: «La variación no creo que sea tan de fondo como apunta Marín Monroy. Fué una corrección de estilo, para no repetir dos veces, como lo hacía el Proyecto de 1851, la frase *otro tanto*. El 1.047 del Código civil empieza: <El donatario tomará de menos—*minus tantum accipere*—tanto como ya hubiera recibido>. Luego tomará de menos dos vacas (puesto que en el supuesto planteado *le habían sido donadas dos vacas*), lo que *equivaldría* a que sus herederos las tomen de más».

Esa opinión había sido la de Mucius Scaevola (1.193), como

(1.190) Loc. cit., págs. 270 y ss.

(1.191) Decía así el artículo 888 del Proyecto de 1851: <El donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como lo que ya tiene recibido, o los herederos percibirán otro tanto más en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, en cuanto sea posible.>

(1.192) *Historia y crítica de los problemas de valoración*, loc. cit., pág. 720.

(1.193) Op. y vol. últ. cit., art. 1.047, pág. 208.

resulta del texto que a continuación transcribimos: «si tales transmisiones del dominio lo fueron de casas, animales de labor, tierras cultivadas, por ejemplo, se debe intentar que en la hijuela de adjudicación de cada coheredero en favor de quien la colación se haga, vayan señalados esos mismos bienes, y no genéricamente iguales, sino en naturaleza, especie y calidad, como declara el citado artículo; es decir, una casa como la colacionada en precio, número de pisos, situación, servicio, etc.; una tierra de igual riqueza agrícola destinada a la misma clase de producción, en situación idéntica, etc.».

Lacruz Berdejo (1.194) también se inclina a entender que la compensación específica de los artículos 1.047 y 1.048, y en especial el 1.049, § 2.º, supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que de la misma especie existen todavía en la herencia y no una igualdad dineraria nominal, tan sólo, y calculada para éstos en momento distinto que para aquélla.

β) Valor nominal o valor efectivo para la determinación del equivalente.

El artículo 1.048 C. c. se ocupa de los supuestos en que no es posible compensar a los demás coherederos forzosos con el equivalente de lo donado, por no haber en el caudal partible bienes suficientes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Su § 1.º determina que en este caso, <si los bienes donados fuesen inmuebles, los coherederos, tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización, y no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria>.

El § 2.º enfoca el mismo supuesto cuando los bienes donados son muebles, y resuelve que: <los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio a su libre elección> (1.195).

(1.194) Notas y § ú.t. cit., pag. 260.

(1.195) Como destaca SCAEVOLA, pág. 211 y ss., debe tenerse en cuenta al interpretar el artículo 1.048 (pág. 600) a) Que los coherederos pueden ponerse de acuerdo en hacerlo de diversa manera; b) Que la compensación en valores mobiliarios se limita a exigirla este artículo para el supuesto de hallarse admitidos en cotización; c) Que la facultad de elección sólo se concede a los coherederos que deban ser compensados en el supuesto del segundo párrafo.

SÁNCHEZ ROMÁN (vol. últ. cit. pág. 2051) opina acertadamente, a nuestro parecer, que «a pesar de lo terminante del texto legal del segundo párrafo del artículo 1.048, ha de entenderse aplicable la solución de igualar en metálico, o valores mobiliarios al tipo de cotización, o con el importe de bienes vendidos en pública subasta, lo mismo en el caso de que la donación consistiera en bienes inmuebles, que en el de que hubieran sido objeto de ella bienes muebles, si no los hay en la herencia suficientes para que por el justo precio y a libre elección de los herederos en cuyo favor la colación ha de hacerse efectiva, se les adjudiquen en pago de su haber.» En cambio, NÚÑEZ LAGOS, págs. 727 y ss., cree que si lo

El problema fundamental que plantea ese artículo 1.048, en el tema que tratamos, consiste en determinar si el derecho de los coherederos a ser igualados en metálico se refiere al mismo valor nominal o al valor efectivo actual correspondiente al que tenía lo donado en la fecha de la donación.

Marín Monroy y Roca Sastre, interpretando el artículo 1.048, entienden que en éste se establece un crédito *dinerario*—y no de valor—a favor de los coherederos del colacionante. «No se tiene en cuenta—dice Roca—la depreciación monetaria, salvo que se hubiera establecido cláusula de estabilización» (1.196).

De ello se lamenta Marín Monroy (1.197): «Este primer párrafo del artículo 1.048, nos muestra, una vez más, que ni los tratadistas y proyectistas, ni los legisladores vieron lo que son el valor, las monedas y los precios y sus respectivas oscilaciones y las repercusiones de éstas. No hay bienes para darles en ellos el equivalente, se les dará en valores cotizables o en dinero. Si hubiesen conocido la realidad y la economía, hubiesen dispuesto que de darles valores cotizables no sea por la actual cotización que había el día que se hizo la donación, y de darles dinero, hubiesen visto que para lograr la igualdad sería preciso comparar el poder adquisitivo de la moneda cuando se dieron los bienes y el que tenga al morir el padre, problema nada fácil, y que lo que hay que darle, es el necesario, para que con él, a los precios actuales, pueda comprar unos bienes iguales a los donados, de no disponer, como proponemos, que sería más fácil que se valore todo al abrirse la sucesión».

Núñez Lagos no se detiene en lamentos, sino que interpreta de otro modo el artículo 1.048. El derecho de los demás coherederos a ser igualados con el donatario, lo juzga así: «se trata de un derecho de crédito, a percibir un *quantum* del activo hereditario. Es, pues, una deuda de cantidad, en la subclase de deuda de valor». Entiende que su cuantía debe ser: «la concurrente para compensar el valor *real*, según los números índices en el momento de la donación, de los bienes donados, en vida por el causante» (1.198).

donado fueron bienes muebles, el Código «no concede derecho a los coherederos para exigir dinero de la herencia en pago de sus créditos por colación.» Nos inclinamos, en este caso, por la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, si en la herencia no hay otros bienes muebles suficientes para compensar a los demás coherederos forzosos del colacionante.

Hay que subrayar también, que el derecho de los coherederos a exigir la venta en pública subasta de bienes de la herencia para ser igualados en metálico, cuando en la herencia no haya bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, ni metálico o valores cotizables suficientes, se limita al supuesto de que la donación a colacionar sea de algún bien inmueble. Siéndolo de bienes muebles les asiste a los coherederos, en cambio, la facultad de elección de otros muebles que determina el § 2.º.

(1.196) Notas, vol. y § últ. cit., VII. 1. pág. 60.

(1.197) Loc. cit., pág. 274 y ss.

(1.198) Loc. cit., pág. 227. Con un ejemplo acerca su posición: «El par de

Por este mismo camino, Lacruz Berdejo (1.199) cree que considerando la pretensión de colación como simplemente de *valor*, «no se vulneran el espíritu ni la letra del artículo 1.045; se conservan las ventajas de hacer la valoración al tiempo de donar, quedando en pie el principio de que las vicisitudes posteriores del objeto donado (alza o baja de las cotizaciones, mejoras o deterioros, etc.) no influyen en el valor colacionable; se explica la compensación específica de los artículos 1.047 y 1.048, y en especial el 1.049, 2.º, que supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que, de la misma especie, existen todavía en la herencia; y, finalmente, la interpretación se ajusta mejor a la equidad y al fin perseguido por el instituto».

Nosotros hemos examinado el problema de la mutación del valor de la moneda al tratar de la computación para cálculo de la legítima (1.200). Recordemos las conclusiones a que allí llegamos:

El principio nominalista no tiene carácter de orden público aplicado al Derecho sucesorio. No es justo que la unidad de valor no sea la misma para calcular el montante de los diversos elementos de la masa a distribuir. Pero, a veces, tampoco resulta equitativo la aplicación de la moneda actual para medir el valor que tenía lo donado en el día de la donación. Por ello, concluimos—paralelamente a la tesis de Kipp—que debe atenderse a las circunstancias individuales de cada caso, para aplicar el criterio que conforme a ellas resulte más adecuado.

Enfrentándonos ahora con la colación y con el mismo problema de la oscilación del valor de la moneda, debemos examinar que justicia y juridicidad significa la aplicación de la misma unidad de valor a los distintos momentos de valoración—los de las donaciones y el de la sucesión—señalados por el Código para los

vacas donadas en 1914 se justiprecia en dicho momento en dos enteros. Con la solución del sistema romano, las vacas deben apreciarse al fallecer el causante, supongamos que en 1940, en 11 enteros. Los coherederos serían compensados cada uno en 11 enteros. En el sistema que MARIÁ MONROY supone de GARCÍA GOYENA y del Código civil, solamente serían compensados en dos enteros cada uno. Con el sistema de la *dcuda de valor*, de NUSSBAUM, SANCHO SERAL, POLO y mío, si el índice del valor de la moneda acusa una depreciación de un 80 por 100, habrá que corregir el justiprecio de 1914 multiplicando por cinco, lo que nos dará para las vacas donadas un valor real de 10 enteros. Se compensará a cada uno de los coherederos de un valor real de 10. Diferencia de valoración real en el momento de la donación y el de la muerte del causante, un entero.»

(1.199) Notas y § últ. cit., pág. 260. Estima, no obstante, que es otra la interpretación que acepta la Sentencia de 30 de marzo de 1949, «acorde con el sentido literal del artículo 1.045. Dicha Sentencia afirmó que lo colacionable es siempre el precio que los bienes tenían al tiempo de donarse, y que tratándose de unos valores su cotización debe atenderse a su cotización en esa época, y no la que alcanzaron veinte años después». (Pero, en realidad, no se planteó en el recurso ni por tanto se resolvió en el fallo si el valor de cotización debía ser compensado en la partición nominalmente o en el valor efectivo equivalente según la oscilación de la moneda.)

(1.200) III parte, § 11. C.

diversos elementos componentes de la masa formada con la colación.

A este fin examinaremos separadamente los supuestos de compensación a los coherederos en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad y en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización.

En el supuesto de compensación en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, la solución del problema debe hallarse en la determinación gramatical que en el artículo 1.047 tiene el adverbio <equivalente>. ¿Se refiere a los bienes donados, a su valor nominalmente fijado el día de la donación, a la equivalencia en moneda actual de ese valor? En el artículo 1.047, gramaticalmente, el <equivalente> es referido a la expresión <tanto como ya hubiese recibido>, y se dice que debe ser compensado <en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad>. Es decir, <el equivalente> se refiere a <lo recibido>, y debe ser compensado en especie en igual cantidad (<tanto>) y de la misma calidad. En este caso, por ende, deberá atenderse al estado de lo donado (en naturaleza, especie, calidad y cantidad) en la fecha de su donación (1.201), sin ser necesario tener en cuenta el valor monetario que entonces tuviera. La compensación se hace *in natura*, en bienes que puedan compensarse directamente—de cosa a cosa—sin necesitarse la mediación de unidades monetarias.

Coincidimos así, en este punto, con la tesis de Rafael Núñez Lagos.

Sólo hemos de notar que, en esos casos, ocurrirá frecuentemente, que, como consecuencia de la colación, se compensarán entre sí bienes que en la misma partición se habrán valorado de modo distinto para el cálculo de las legítimas (1.202).

(1.201) Por consiguiente deberá prescindirse de las mejoras debidas al donatario (v. gr.: Si el hijo donatario convirtió en regadío el terreno de secano que le donó el causante, los coherederos deberán ser compensados con terrenos de secano de la calidad correspondiente a la que tenía aquél cuando se donó). También deberá prescindirse, en general, de las mejoras o desmejoras debidas a otras causas, como avulsión, hecho de tercero, etc. Pero, en cambio, cuando el aumento de valor de la cosa donada dependa de circunstancias generales que afecten a otros bienes del caudal (v. gr.: oscilación en bolsa de los valores donados, si en la herencia los hay de clase igual; apertura de una carretera o de un canal de riego que afecte a la parcela donada y a otras que quedan en la herencia), creemos que la compensación deberá verificarse preferentemente con esos otros bienes hereditarios que no sólo eran de la misma naturaleza, especie y calidad que los donados, sino que además también han sufrido esas mismas alternativas, por afectarles genéricamente las mismas causas que las motivaron.

(1.202) V. gr., siguiendo el ejemplo de las dos vacas donadas en 1914, y partiendo de que al morir el causante, en 1940, quedan en la herencia vacas suficientes y de calidad igual para compensar a los coherederos forzosos, podemos plantear las siguientes hipótesis:

1.ª Las vacas murieron un mes después de la donación en una epidemia del ganado. Según el criterio variable que resuelve atendiendo a las circunstancias del caso, por el que nos decidimos en este supuesto para la computación y la imputación, resultará que a efectos de la computación para cálculo de las legítimas,

En los supuestos de compensación en metálico—existente en la herencia o producto de la venta en pública subasta de bienes de la herencia—o en valores mobiliarios al tipo de cotización, nos inclinamos, por razones de equidad, a estimar, como hicimos en la computación, según la tesis de Kipp, que en cada caso, según sus circunstancias individuales, debe aplicarse el criterio que resulte más adecuado (1.203).

γ) *Proporcionalidad o igualdad del desplazamiento compensatorio.*

Manresa (1.204) ya formuló la pregunta: «¿En qué proporción se repartirán entre los herederos forzosos los bienes de las donaciones colacionables?» Su respuesta fué: «No nos parece acertada la opinión de los que sostienen que en todo caso han de repartirse por partes iguales o con absoluta igualdad; creemos que debe respetarse la voluntad expresa del testador, que es la ley del caso, en cuanto no se oponga a lo que el Código ordena».

Pero la expresión <el equivalente> del artículo 1.047 ha suscitado otra duda, además de la que es examinada.

Morell (1.205) ataca de frente la cuestión, examinando la re-

cada vaca se valoró en dos, y, en cambio, en la colación serán compensadas por vacas iguales pero valoradas en once cada una.

2.^a Las vacas cumplieron con creces su misión. En este caso, aceptando ese criterio casuístico, según el cual parece que es más justo aplicar a su computación el módulo de la desvalorización monetaria producida entre las dos fechas, les corresponderá un valor de diez. Mientras en la colación serán compensadas *in natura* por vacas de igual calidad valoradas en 1940 en once, como hemos dicho.

(1.203) Donados en 1914 unos valores que entonces valían 20 y que en 1940 estaban desvalorizados, creemos preferible se compensen por su antiguo valor de 20. Pero si esos valores, donados en 1914, se cotizaron a 100 en 1940, optaremos por aplicar a su colación el índice de desvalorización de la moneda (que supongamos es del 80 por 100) y por lo tanto los colacionaremos por 80.

(1.204) Op. y vol. ult. cit., art. 1.035, pág. 556.

(1.205) *Colación especial...*, loc. cit., págs. 119 y ss.

Propone MORELL el siguiente ejemplo: El causante donó a C por valor de 40.000 e instituyó herederos a D y C. en la proporción de 2/3 y 1/3, respectivamente. Su herencia valía 50.000 y son colacionadas las 40.000 de la donación, por lo cual la masa partible asciende a 90.000.

Y señala las siguientes soluciones posibles:

a) Tomando literalmente el artículo 1.047 del Código civil y prescindiendo de otra idea, resultaría: que D comenzaría tomando 40.000 del haber relicto (es decir, el equivalente a lo donado a C) y el resto de 10.000 se repartiría en la proporción de la institución. Es decir, que tendrían: D 40.000 más 6.666,67 y C 40.000 más 3.333,33. Resultado: C, 43.333,33 y D, 46.666,67.

b) Prescindiendo de las palabras *cuenta de la partición* del artículo 1.035 y asimilando la colación a la computación del artículo 818, se procedería en esta forma: C imputaría su donación a su legítima hasta su importe de 30.000 y en su exceso de 10.000 a la parte libre; y además recibiría un tercio de las 20.000 remanentes de la parte libre, es decir, 6.666,66; D, recibiría del caudal relicto las 30.000 de su legítima y dos tercios del remanente del tercio de libre disposición, es decir, 13.333,33. Totales: C, 46.666,67 y D, 43.333,33.

c) Como variante de la solución anterior, cabe hacer entrar el exceso de lo donado respecto la legítima; es decir, las 10.000 imputables al tercio libre, en la

dación del artículo 1.047 C. c. Este, «al decir que esos coherederos tomen de la masa una parte *equivalente* a la ya recibida por el donatario, y no una parte *proporcional* a la cuota en que hayan sido instituidos herederos, o es que supone una institución por iguales partes, como en la sucesión intestada, o se prescinde de la voluntad del testador y se impone la igualdad siempre, sea cualquiera la *proporción* en que el causante instituyó. Esto no es admisible en una institución que precisamente se funda en la presunta voluntad del testador, luego hemos de suponer lo otro, la ley supone una institución de herederos por iguales partes. Por lo menos, el artículo 1.047 se ha escrito bajo esa suposición».

Según sigue razonando el mismo Morell, el artículo 1.035 C. c., se refiere a la *cuenta de la partición*, y «ésta—dice—debe siempre verificarse con arreglo a la ley o a lo dispuesto por el testador». «En esta contradicción—concluye—optamos por la solución más racional». «El artículo 1.035 es el fundamental en la materia. El artículo 1.047 desenvuelve su idea; pero, indudablemente, de un modo incompleto, atendiendo sólo a los casos más frecuentes y normales, y preocupándose más de la igualdad en la calidad de las cosas partibles, que de la igualdad en la cantidad».

Esta interpretación es la más racional, tanto más cuanto que, como veremos, el artículo 1.047 ni el 1.048; en otros aspectos tampoco agotan todos los posibles supuestos, sino que se limitan a regular los que más normalmente se presentan en la práctica.

Roca Sastre (1.206) y Lacruz Berdejo (1.207) muestran claramente su criterio, al decir el primero: «que la colación se apoya en la presunta voluntad dispositiva de signo proporcional del causante en relación con sus herederos legitimarios», y el segundo, que está basada «en la presumible voluntad del causante de igualar o desigualar a los legitimarios».

2) *Problema de la colación o no colación del exceso de lo donado con respecto a la cuota del colacionante.*

Esta cuestión ha sido debatida en la doctrina con notable disparidad de opiniones. Prescindamos del criterio de aquellos autores—como Navarro Amandi (1.208), Scaevola (1.209) y Sánchez Román (1.210)—que, si bien opinaron a favor de la devolución del exceso, la confundieron con la reducción por inoficiosidad.

partición proporcional a las cuotas. Tendríamos entonces: C, 30.000 más 10.000 igual 40.000; D, 30.000 más 20.000 igual 50.000.

d) Con la solución de MORELL, de aplicar la proporción de cuotas de la institución al caudal partible, tendríamos este resultado: D, 90.000 por 2/3 igual 60.000; y C, 90.000 por 1/3 igual 30.000. Es decir, C. debería devolver 10.000 de lo donado, a no ser que repudiara la herencia conforme al artículo 1.036.

(1.206) Notas al Kipp, vol. cit., § 88, V. pág. 59.

(1.207) Notas al Binder, § 29, III. pág. 258.

(1.208) *Cuestionario...* vol. cit., arts. 1.047 y 1.048. pág. 464.

(1.209) Op. y vol. últ. cits., art. 1.047, pág. 206

(1.210) Op. y vol. últ. cits., pág. 2044.

Tampoco insistiremos en la tesis de Pérez Ardá (1.211), que llegó a sostener que si lo donado a un heredero forzoso excediera de su legítima y de la mejora que le cupiere en el segundo tercio, «el donatario y heredero forzoso ha de restituir su donación en beneficio del legatario», por estimar—erróneamente—que el tercio libre está reservado a los extraños.

Entre los demás autores, unos, como Manresa (1.212), Morell (1.213) y Oyuelos (1.214), han sostenido que el exceso debe entregarlo el colacionante a los demás coherederos forzosos, sea o no inoficioso lo donado con respecto la cuota del colacionante. Por el contrario, Calderón (1.215), Roca Sastre (1.216) y Lacruz Berdejo (1.217) han afirmado que no debe colacionarse dicho exceso.

A principios de este siglo este tema motivó una interesantísima polémica entre dos ilustres Registradores de la propiedad, José Morell y Terry y Manuel Calderón Neira. Nada mejor para percatarse del problema que seguir, con espíritu crítico, esta discusión a través de los argumentos de uno y otro autor y de las objeciones que el segundo opuso al primero:

1.º El artículo 1.047 nada dice sobre el destino del exceso del valor que las donaciones a colacionar supongan con respecto a la cuota hereditaria del colacionante.

A Morell (1.218) le parece indudable «que el artículo 1.047 no prevé este caso, como no prevé otros muchos», y cree que incide en el defecto de muchos de los artículos del Código, «resolver sólo los casos sencillos y ordinarios».

Calderón (1.219) no discute esa afirmación, pues cree que, a los

(1.211) Loc. cit., pág. 222.

(1.212) Op. y vol. cit., art. 1.047, pág. 597. Notemos que no cabe achacar a MANRESA que confundiera la colación del exceso con la reducción por inoficiosa. Este comentarista, después de calcular sólo de lo relicto la parte disponible, agrega a la parte legítima todas las donaciones colacionables, para repartir la masa formada con esa suma, deduciendo las mejoras dispuestas por el causante y dividir el resto por igual.

(1.213) *Colación especial...*, loc. cit., págs. 130 y ss.

(1.214) Op. y vol. cit., art. 1.047, núm. 16, f., pág. 354.

(1.215) *La colación en el Código civil*, loc. cit., págs. 119 y ss.

(1.216) Notas y vol. cit., § 88, VII, 2, pág. 60. A su juicio: «Si la liberalidad colacionable excediere de lo que el heredero legitimario respectivo le corresponde en la partición, el silencio de la ley acerca de este supuesto, obliga a entender que dicho heredero no debe compensar el exceso de los otros, de modo que lo que ocurrirá entonces es que no recibirá nada de la masa hereditaria. Dicho exceso se reputará o tendrá la consideración de liberalidad a extraños o no colacionable. En la efectación de la colación el artículo 1.047 dispone que el donatario *tomará de menos* en la masa y nada más. Claro que el criterio de distribución igualitaria o proporcional a que responde la colación, sólo puede lógicamente operar dentro de la partición.»

(1.217) Notas y § últ. cit., pág. 261. Dice así: «Si un heredero ha recibido del causante más de lo que corresponde a su participación en el caudal relicto, no está obligado a restituir el exceso (arg. arts. 1.035, 1.036, 1.045, 1.047, 621, etcétera).»

(1.218) Pág. 132.

(1.219) Pág. 127.

efectos de su tesis, «basta que el legislador no declare caducada la donación en cuanto al exceso, para que subsista en toda su extensión». «En efecto—dice—, tenemos un acto jurídico perfectamente válido y regular, la donación, y es forzoso respetar ese acto jurídico con todas sus consecuencias, mientras un texto no nos autorice para declararle caducado en todo o en parte por una causa determinada».

La afirmación de Morell nos parece tanto más aceptable cuanto que el artículo 1.048 evidentemente deja sin reglamentar varias hipótesis posibles, tanto en el primero como en el segundo de sus párrafos. Supongamos que un padre donó a uno de sus dos hijos, sin dispensa de colación, valores mobiliarios—es decir, bienes muebles, a los que es de aplicación el § 2.º—por valor de 100, y que al fallecer no quedaba metálico entre sus bienes relictos, ni más valores mobiliarios, ni otros bienes muebles; pero, en cambio, sí que había inmuebles por valor de 200. ¿Cómo deberá ser compensado el otro hijo? El § 2.º del artículo 1.048 no lo prevé. ¿Habrá que deducir de ello que no debe compensársele en forma alguna? El argumento sería el mismo en este § 2.º, 1.048, que en el 1.047. Pero el resultado parece absurdo. Siendo así, parece confirmarse que no cabe deducir de uno ni de otro precepto más de lo que realmente disponen, ni aplicar su doctrina a supuestos no previstos en ellos.

El argumento de Calderón se basa en una afirmación que luego deberemos discutir. Precisamente se trata de resolver si no regulándose en el Código otra causa de reducción de las donaciones que la inoficiosidad, cabe entender que los efectos de la colación pueden alcanzar hasta dar lugar a la devolución del exceso.

2.º Es cierto que ningún precepto del Código civil ordena la reducción de las donaciones, no inoficiosas, en lo que excedan de la cuota hereditaria del colacionante aplicada a la masa partible. «¿Cómo se explica—pregunta Calderón—que el Código a cada momento nos hable de la reducción por inoficiosidad y nunca nos hable de esa reducción?» (1.220).

Cabe replicar que tampoco antes del Código civil se habló nunca de reducción de las donaciones colacionables en cuanto excedieran de la cuota del colacionante, y, que, sin embargo, de hecho eran reducidas en dicho exceso. Porque la colación—llevar a la masa partible y repartirla *proportionibus hereditariis*—lleva directamente a ese resultado, si ha lugar a él.

Lo que debemos resolver—y a ello vamos—es si el Código civil ha modificado ese ámbito de eficacia de la colación al sustituir el sistema de colación *in natura*—por aportación o por toma de menos, si lo colacionado no excedía de la cuota del colacionante—por el sistema de colación de valor, del artículo 1.045 C. c.

3.º En el artículo 1.035 C. c., especialmente, debe buscarse

si el concepto de colación que recoge el Código puede llegar a ser aclarado.

Morell (1.221) se fija en que este precepto ordena al colacionante «*traer a la masa hereditaria* los bienes o valores que hubiere recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, *para computarlo, .. en la cuenta de la partición*».

Por ello, resuelve: «Es lo cierto que la donación íntegra se agrega a la masa hereditaria, y que teniendo por base esa suma se fija la porción correspondiente a cada heredero. Por tanto, si el donatario sólo ha de percibir la parte que le corresponde en el reparto o partición, y si sus coherederos han de tener derecho a exigir íntegra su participación, necesario es que cuando la donación exceda al importe de la cuenta hereditaria (legítima o no legítima), éste colacione materialmente el exceso, o entregue en metálico a sus coherederos la *diferencia*». Esta devolución en metálico puede ser una consecuencia de la colación de valor innovada en lugar de la colación de bienes en el artículo 1.045.

No ignora ese argumento Calderón (1.222): «Se dirá—reconoce—que si realizada la cuenta *la cuenta de la partición, a que se refiere el artículo 1.035*) y resultando que el donatario tiene por su donación un valor mayor que el que le corresponde por su vocación hereditaria, sale alcanzado en esa cuenta, y el que sale alcanzado en una cuenta, está obligado a devolver, a la entrega del alcance».

Sin embargo, replica: «Pero debe notarse que ese donatario tiene dos títulos para guardarse el valor, un título que es el de heredero, y otro, el de donatario, y agotado el valor del uno, queda el valor del otro. Para ser alcanzado el legitimario, se precisa demostrar previamente que una vez agotada su vocación hereditaria, caduca o se resuelve su título de donatario, que es precisamente lo que se trata de demostrar. De modo que ese razonamiento no sería más que una petición de principio»... «De cualquier modo, para imponer la devolución del exceso, precisaríamos que se declarara caducada la donación en cuanto a ese exceso, y de esa devolución o de esa caducidad no habla directa ni indirectamente el artículo 1.035, y, por tanto, ese artículo para el caso nada resuelve.»

Esta argumentación de Calderón nos parece sofisticada. El donatario colacionante no superpone dos títulos para guardarse el valor de la donación. Ni hace falta declarar caducada la donación en el exceso de su valor, respecto al que le corresponda por su cuota en la partición, para que la colación lo alcance. El artículo 1.035 C. c. ordena colacionar al heredero forzoso si concurra a la herencia, y el artículo 1.036 le exime de hacerlo si la re-

(1.221) Pág. 131.

(1.222) Págs. 126 y ss.

podía. Si acepta la herencia, necesariamente se somete a colacionar. Si no quiere colacionar, puede repudiar la herencia. La donación no se revoca en uno ni en otro caso, ni en todo ni el exceso. No hay resolución—como luego confirmaremos—, pero si el donatario acepta la herencia debe ser con todas sus consecuencias, como son las de asumir las obligaciones del causante, cumplir sus disposiciones *mortis causa* y colacionar conforme ordena el artículo 1.035.

Este precepto no limita la colación al montante de la cuota del colacionante, sino que la ordena, sin limitación alguna de valor. Tampoco establece limitaciones el artículo 1.045, pues dispone que se ha de traer a colación el valor que las cosas donadas o dadas en dote tenían al tiempo de su donación o dote. Uno y otro precepto contiene la doctrina fundamental de la colación en el Código civil; los 1.047 y 1.048, en cambio, sólo determinan de qué modos deben preferentemente ser compensados los coherederos cuando sea posible compensarles de dichas maneras.

4.º El precedente de la ley 29 de Toro confirma la interpretación del artículo 1.035 que acabamos de exponer. Recordemos la opción que concedió al heredero forzoso entre traer íntegramente a colación y partición las donaciones causales cuando viniere a heredar, o bien apartarse de la herencia para quedar exento de colacionar y autorizado para imputar lo donado a su legítima, quinto o tercio, reduciéndosele solamente en el exceso que resultare inoficioso.

Morell (1.223) no se olvida de apuntar a favor de su tesis el valor de los antecedentes históricos.

Calderón (1.224) le replica: «Por mi parte, sin negar la exactitud de la cita, afirmo que nada de particular tendría que en el Código se hiciera desaparecer esa obligación, porque dada la naturaleza de la legítima española, aquella obligación era completamente inútil» (*luego veremos por qué la juzga así*). Y, más adelante (1.225), añade: «No hay duda que la base 18 manda copiar el derecho anterior, y que, según el derecho anterior, la devolución debiera tener lugar; pero al lado de lo dispuesto en esa base, había la base en que se admitía como herederos forzosos al cónyuge viudo y a los hijos naturales, y resultaba necesario armonizar lo dispuesto en un precepto con lo dispuesto en otro».

En verdad, el Código civil ha modificado muchas veces el Derecho anterior, a veces de acuerdo con las bases, y en otras, incluso en contra de lo ordenado en ellas. Pero la posibilidad de modificar no equivale a la modificación efectiva. Y ésta no puede presumirse, sino que debe resultar claramente, especialmente cuando la modificación contrariaría las bases.

(1.223) Pág. 131 en relación con las págs. 43 y ss.

(1.224) Pág. 120.

(1.225) Pág. 125.

De las dos razones que, según Calderón, podrían justificar el cambio legislativo, dejamos de momento de lado la primera, para examinarla después. La segunda arranca de la posibilidad—que Calderón acepta—de que el viudo colacione donaciones, de que herederos de grupos distintos colacionen en común y de que colacionen aunque sólo sean meros legitimarios (1.226). Hemos rechazado todas esas posibilidades; por eso carece en absoluto de fuerza para nosotros ese argumento.

5.º Calderón (1.227) arguye que: «Teniendo a la vista el Proyecto de 1851 se adquiere la convicción de que el Código actual suprimió la obligación de devolver el exceso de que se trata, ya que suprimió el equivalente al artículo 891 de dicho Proyecto, en que expresamente se ordenaba aquella devolución». «En efecto—añade—, después de los artículos 888, 889 y 890, equivalentes a los artículos 1.047, 1.048 y 1.049 del actual, aparece el artículo 891, que no se ha trasladado al Código vigente».

He ahí su texto: <Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiere enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor, por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario> (1.228).

«Pues bien—concluye Calderón—, ese artículo, que en el Proyecto declara caducada la donación en cuanto al exceso sobre el haber del donatario, ha sido suprimido en el Código vigente, y si ha sido suprimido es porque esa caducidad ha desaparecido. Los redactores de nuestro Código no pudieron suprimir ese artículo por innecesario, dado que suprimido, el único límite que tenían las

(1.226) CALDERÓN desarrolla ese argumento de este modo: «En efecto, si se copiara el derecho anterior en este punto, he ahí lo que resultaría. Fallecido abintestato el *de cuius* que en vida había hecho donaciones a su esposa por contrato de matrimonio, a hijos legítimos y a uno natural, las donaciones a los hijos legítimos se sostendrán, porque se imputarían no sólo a la legítima, sino también a la porción de la parte libre en que fueran herederos abintestato; pero las hechas a la esposa y al hijo natural, se vendrían abajo en cuanto excedieran de la legítima, salvo el caso de que los beneficiados renunciasen a la herencia.»

(1.227) Págs. 127 y ss.

(1.228) Es cierto, como señala MORELL (loc. últ. cit., pág. 130), que al comentar este artículo GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. II, art. 891, pág. 259), confundió la colación del exceso y la reducción por inoficiosidad, como lo demuestra su aseveración de que «podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto la donación fué inoficiosa y previa excusión en los bienes del donatario.» Pero, también es verdad, como replicó CALDERÓN (pág. 128), que el artículo comentado no incidió en tal confusión. Con exactitud dice este último autor: «No solo en este artículo se impone con toda claridad el deber de la devolución, sino que no existe la menor confusión con la inoficiosidad de las donaciones, pues si impone la devolución, no es para el caso de inoficiosidad, sino cuando la donación excediera del haber del donatario, que es manifiestamente el caso de colación.»

El Proyecto se ocupaba en el artículo 971 de la reducción de las donaciones inoficiosas. «De ello—como concluye el mismo CALDERÓN—resulta claro como la luz, que no sólo el Proyecto distingue perfectamente la reducción por inoficiosidad de la colación por exceso en el haber del donatario, sino que trata de ellas en artículos diferentes y cada una en su lugar adecuado.»

donaciones hechas a legitimarios, sería la inoficiosidad declarada en los artículos 819 y 820.»

Notemos, no obstante, que la norma del artículo 891 del Proyecto de 1851 no estaba orientada a disponer la colación o devolución a los coherederos del exceso de lo donado con respecto al haber del donatario. No lo ordenaba, sino que lo presuponía. Es decir, lo daba por supuesto. La volición del proyectado precepto se concretaba a disponer la repetición contra el tercer poseedor en cuanto al montante de dicho exceso, y la limitaba al ordenar la previa excusión de los bienes del donatario.

Por eso, la no inclusión en el Código civil de un precepto correspondiente al 891 del Proyecto de 1851, no puede significar la derogación de un principio que no formaba parte de su puro contenido volitivo, sino que constituía un presupuesto sobre el cual se formulaba aquél.

Si la devolución del exceso correspondía a un criterio vigente con respecto a la colación en Derecho castellano, en cambio, la repetición de los coherederos contra tercer adquirente, era un injerto francés, claramente incompatible con la configuración romanista de la colación que dominaba en toda España. Por ello, ha sido lógica la derogación de este precepto, que resultaba, además, en contradicción con el criterio del artículo 38, número 1, de la Ley Hipotecaria, vigente desde años antes de promulgarse el Código civil. Ya que desbordaba la eficacia secularmente limitada al ámbito personal, *inter partes*, es decir, entre aquellos coherederos que eran sujetos activos y pasivos de la colación. A su derogación no puede dársele, en consecuencia, más trascendencia que la expresada abrogación de su contenido normativo, pero no la de su presupuesto, recogido como un principio reconocido en el sistema.

6.º Como antes dijimos, como una razón explicativa de la pretendida derogación del Derecho histórico en esta materia, señalaba Calderón Neira el hecho de parecerle perfectamente inútil que se considerara colacionable y restituible el exceso, si el donatario, conforme al artículo 1.036, puede soslayar su colación y restitución, repudiando la herencia. Por ello, estimó (1.229) «prácticamente inútil el precepto que disponga la devolución del exceso, porque al lado de la orden del legislador, abre éste un portillo por donde se elude perfectamente el precepto legal». Además, sostiene que un precepto así: «impulsará al hijo a renunciar a la herencia de su padre, y se prestará a que el hijo colacionante incida en el error de aceptar la herencia, creyéndola más considerable de lo que realmente fuera, apareciendo luego una obligación con la que no había contado». «En resumen—concreta Calderón—; ese precepto es inútil en la práctica; conduce a actos poco respetuosos para la memoria del difunto, y, además, es peligroso. En condiciones tales, la solución indicada es suprimirlo. Claro que

(1.229) Págs. 124 y ss.

esto no demuestra que el Código lo haya suprimido realmente ; pero sí demuestra que los precedentes históricos son de poca valía en este punto, ya que se trata de un precepto injustificable, dada la naturaleza de la legítima».

Esa crítica, formulada por Calderón, debe analizarse desde dos puntos de vista. El de examinar el sentido que puede darse a la conservación de la norma recogida en el artículo 1.036, que dispensa de colacionar al que repudia la herencia. Y el de ponderar las diatribas de Calderón, vistas desde el terreno constituyente.

En el primer aspecto, debemos observar que el artículo 1.036, al dispensar de colacionar al donatario que repudie la herencia, sigue la tradición romanista, que le concedía la opción de heredar y colacionar totalmente o de abstenerse y conservar la donación en cuanto no fuera inoficiosa. Es la misma alternativa que recogió la ley 29 de Toro. Además, la conservación de la norma del 1.036, respecto al repudiante, sólo tiene razón de ser si se parte de que la colación alcanza lo donado en su totalidad. Especialmente bajo el régimen de nuestro Código civil, en el cual la colación en valor ha desplazado la colación material, resultaría totalmente ocioso facultar al donatario para eximirse de la colación mediante la repudiación si no hubiese lugar, en ningún caso, a la devolución del exceso no inoficioso de lo donado sobre la cuota del colacionante. ¿Para qué puede servir esa posibilidad de repudiar la herencia y no colacionar si no es para liberarse de la restitución de ese exceso ?

La conservación en el artículo 1.036 de esa norma se resuelve, por lo tanto, contra el argumento del propio Calderón. Por el contrario, confirma la tesis por él combatida.

La regla del artículo 1.036, que examinamos, es una consecuencia rigurosamente lógica y ortodoxamente dogmática del encuentro de dos principios fundamentales: el de la correlación entre la aceptación de la herencia y la colación por el heredero forzoso y el de la irrevocabilidad de las donaciones perfectas y consumadas. Quien acepta puramente una herencia, la acepta con todas sus consecuencias, entre ellas la de someterse íntegramente a la colación. En cambio, como las donaciones perfectas son irrevocables e irreducibles, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, el donatario que por no aceptar la herencia del donante no se somete a la colación, no puede sufrir reducción alguna de lo que le fué donado en cuanto no resulte inoficioso.

El fundamento de la colación se halla en la presunción, que la ley acepta, salvo expresión contraria del causante, de que éste quiere que sea repartida por los herederos forzosos, en proporción a sus respectivas cuotas, la masa formada con la acumulación al haber relicto líquido del valor que lo donado representaba en su día, deducido lo dejado a herederos no forzosos, lo legado, y no incluidas las donaciones no colacionables. El heredero forzoso que acepte la herencia se somete necesariamente a la colación, como

el heredero gravado con un legado de cosa propia queda sometido a cumplirlo si acepta la herencia.

En cambio, la exención del deber de colacionar al donatario que repudia la herencia del donante, es una consecuencia evidente de la irrevocabilidad de las donaciones, fuera de los supuestos legalmente previstos. Estas se hallan a salvo de todo ulterior cambio de voluntad del donante, a no ser que el donatario se someta a ella aceptando la herencia (1.230).

Desde el punto de vista constituyente nos parece exagerada la crítica formulada por Calderón contra la efectiva colación del exceso. La afirmación de que el deber que discutimos pueda dar lugar a actos poco respetuosos para la memoria de causante, nos parece totalmente carente de valor a los efectos de ponderar la conveniencia de mantenerlo. Lo mismo podría decirse de la sucesión en las obligaciones del causante o del deber de cumplir sus legados. Equivale a argumentar a favor de la eliminación de los deberes para evitar la desobediencia, la inhibición o la protesta.

Tampoco nos parece válido objetar la posibilidad de que el heredero se equivoque en sus cálculos. Lo mismo podría decirse con respecto a su responsabilidad ilimitada por las deudas del causante. Precisamente esa incertidumbre tiene remedio con la aceptación a beneficio de inventario y con el derecho a deliberar. El donatario puede prudentemente contentarse con lo que ya tiene, es decir, con su donación repudiando la herencia; también puede aceptar los trámites y molestias del beneficio de inventario para evitar peligrosas sorpresas. Pero si quiere heredar sin someterse a tales trámites es lógico que quede total e íntegramente sometido a la colación que debe y de la que no se le dispensó.

Aceptado que el exceso de lo colacionado tiene que restituirse a los coherederos forzosos, debe resolverse en qué forma ha de verificarse dicha compensación. Manresa (1.231) estimó que dicho reintegro o devolución a la herencia no debe hacerse en las mismas cosas donadas, sino en su valor o equivalencia. Oyuelos (1.232)

(1.230) ¿Sigue sometido a colacionar el exceso el heredero forzoso que acepta a beneficio de inventario? Como vimos, la cuestión ha sido discutida con relación al Derecho romano. En el Código civil, el número 1 del artículo 1.023, puede servir de apoyo para entender que el aceptante, a beneficio de inventario, no está obligado a devolver el exceso no inoficioso que respecto su cuota hereditaria represente lo donado. Si, como hemos visto, el deber de colación es una carga de la herencia, que la ley impone atendiendo a la que presume ser voluntad del causante, como tal carga debe entenderse comprendida en el expresado precepto. Según éste: <El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma.>

(1.231) Op. y vol. últ. cit., art. 1.047, pág. 597.

(1.232) Op. y vol. cit., art. 1.047, núm. 16 f., pág. 354. A su juicio, «este (es decir, la disposición del 1.047), presupone, como ya queda dicho en el artículo 1.045, la existencia de bienes en la herencia para la compensación a los herederos no favorecidos, pues caso de no quedar más bienes que el constitutivo o los constitutivos de la dote o de la donación, éste o estos integrarán la masa hereditaria para su justa partición.»

opinó que la restitución debía verificarse *in natura* con los mismos bienes donados. Y (Morell (1.233), vacilante, dice que la colación del exceso se hará materialmente o entregando en metálico la diferencia a los coherederos. A su juicio, «por lo menos a favor de éstos nacerá un crédito contra el donatario hasta el complemento de su porción».

La solución de este problema ha de hallarse necesariamente en función al sistema de colación de valor, no de bienes, adoptado en el artículo 1.045 del Código civil. Por ello parece que la colación del exceso debe hacerse en metálico.

De igual modo, es decir, en metálico, entendemos que deben ser compensados los coherederos cuando los bienes a colacionar sean muebles y no haya suficientes bienes muebles en la herencia para tal compensación. Atendiendo a lo dispuesto en el § 2.º del artículo 1.048, creemos que en este caso los coherederos no pueden exigir su compensación en inmuebles de la herencia. Y que únicamente podrán pedir la venta en pública subasta de dichos inmuebles, para ser compensados en el valor correspondiente a los bienes muebles a colacionar por el donatario coheredero, si para ello no hay suficientes muebles en la herencia y en el solo caso de que el obligado a colacionar no les compense voluntariamente en dinero. Todo ello sin perjuicio de que todos los herederos, de común acuerdo, puedan resolver de modo distinto la compensación debida a los coherederos forzosos del colacionante.

E) *Efectos secundarios de la colación entre los coherederos.*

El efecto principal de la colación se concreta en su realización de los modos que acabamos de ver. Pero, además de ese efecto, produce algunos más de carácter complementario. También se discute si su eficacia puede jugar a favor de los coherederos extraños, de los legatarios parciales y de los acreedores de la herencia, y si puede repercutir en contra de los adquirentes de los bienes donados.

Entre los sujetos activos y pasivos de la colación, clásicamente, cuando eran objeto material de la colación los mismos bienes donados, se derivaban dos consecuencias: la relativa a la detracción de impensas y mejoras y al abono de deterioros o pérdidas culposos y la relativa a la percepción de frutos.

a) Hoy en el Código civil, con el sistema adoptado de colación del valor que lo donado tenía el día de la donación, ha quedado eliminada la primera de estas consecuencias. Como dice el § 2.º del artículo 1.045: «El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario». El valor se fija en el día de la donación, y no hay, por lo tanto, que sumar ni restar nada por razón de aumentos ni de deterioros. Sin perjuicio, como antes hemos conveni-

(1.233) *Colacion especial*. *loc. cit.*, pág. 132.

do, de la aplicación del porcentaje corrector de la desvalorización de la moneda sufrida durante el tiempo transcurrido, en su caso, para que sea igual la medida con que se determina el valor en ambas fechas.

b) Sin embargo, pese al cambio del sistema de la colación de bienes por el de la colación de valor, el artículo 1.050 dispone que: <Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria, sino desde el día en que se abre la sucesión. Para regularlos se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados.> Es decir, que en lugar de hacer devengar interés legal al valor a colacionar, exige el Código civil, como si se colacionasen los bienes y no su valor, la colación de los frutos e intereses devengados por los propios bienes donados desde el día en que se abra la sucesión.

Lo notable es que para su fijación no se atiende a los producidos desde dicha fecha, ni siquiera a los *percipiendi*, sino que se regula por los producidos por los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados. Pero ¿si no los hay de igual especie, cómo se regularán los frutos a colacionar? El artículo 1.049 resulta incompleto, como lo son el 1.047 y el 1.048. Para resolver lo que en él se deja sin solucionar, a falta de término de comparación, creemos que los frutos e intereses a colacionar, en este caso, serán los mismos producidos por los bienes colacionables. Lo dispuesto en el artículo 1.063—íntimamente relacionado con el 1.049, como observan Manresa (1.234) y Scaevola (1.235)—abona esta solución, aplicable por analogía a este supuesto no previsto en el 1.049. Al mismo resultado se llegaría aplicando la doctrina del artículo 1.095, en la que Scaevola halla el fundamento del 1.049.

Como dicen Manresa (1.236) y Sánchez Román (1.237), los frutos pendientes al donar pertenecen al donatario y los pendientes al abrirse la sucesión se agregan a la herencia, como resulta del artículo 472. Sin perjuicio de que, como observa Sánchez Román, en el segundo caso, por aplicación del 452, el colacionante tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos ordinarios de cultivo y simientes y otros semejantes hechos para su producción, y, además, a la parte del producto líquido proporcional al tiempo de su posesión, restando de aquel reintegro de gastos la parte proporcional correspondiente.

F) *Ambito de eficacia de los beneficios de la colación.*

Al tratar de los sujetos de la colación hemos determinado

(1.234) Op. y vol. últ. cits., art. 1.049, pág. 598.

(1.235) Op. y vol. últ. cits., art. 1.049, págs. 214 y ss.

(1.236) Loc. últ. cit., págs. 598 y ss.

(1.237) Op. cit. vol. VI-III, pág. 2056.

quiénes pueden beneficiarse con ella. Sin embargo, conviene añadir alguna observación.

Con anterioridad al Código civil—como hemos visto al estudiar la ley 25 de Toro (1.238)—la opinión preponderante entre los clásicos castellanos estimaba que los bienes colacionados no integraban la masa de extracción, ni la masa de cálculo de las mejoras de quinto y de tercio, a no ser que con respecto a su masa de cálculo resultara ser otra la voluntad del causante.

Después del Código—como también hemos expuesto (1.239)—no existe una presunción legal, como la de la ley 25, contraria a que las donaciones colacionables y las no colacionables integran la masa de cálculo de las disposiciones testamentarias de cuota de los tercios de mejora y de libre disposición. La voluntad del causante debe decidirlo, interpretada según el tenor de su testamento.

En cambio, no ofrece la menor duda que las donaciones colacionables no forman nunca parte de la masa de extracción de las mejoras, de los legados parciarios, ni de las disposiciones a favor de extraños, aunque se hagan a título de herencia. Tan sólo pueden integrar la masa de extracción del usufructo del cónyuge viudo, pero no a consecuencia de la colación, sino del derecho legitimario del viudo.

Los acreedores de la herencia tampoco pueden beneficiarse de la colación. El fin, de ésta queda concretado a regular la distribución de los bienes entre los herederos forzosos en proporción a sus respectivas cuotas. La satisfacción de los acreedores hereditarios queda fuera del ámbito de la colación. Esta no tiene por objeto aumentar los derechos de los acreedores más allá de lo que determinan los artículos 642 y 643 del Código civil. Ahora bien, verificada la colación y la partición, los herederos responderán de las deudas del causante ilimitada y solidariamente con todos sus bienes, si no aceptaron la herencia a beneficio de inventario. De aceptar con dicho beneficio sólo responderán hasta donde alcance su *porción hereditaria* (conforme el mismo artículo 1.184), en la que no deben entenderse comprendidos los bienes colacionados (1.240). Razón de ello no sólo es lo dicho en los citados artículos 642 y 643, sino lo dispuesto en el artículo 1.023, que limita la responsabilidad del aceptante a beneficio de inventario a lo que alcancen los bienes de la herencia, con los que no se confunden los colacionados. Además, lo confirma el modo de colacionar que consiste en agregar *contablemente* a la masa hereditaria y tomar de ella de menos el valor de esos bienes, que si no entran en ella no pueden confundirse con ella.

Los acreedores de los coherederos forzosos del colacionante

(1.238) III parte, § 5.º, A. en An. Dr. Civ., VII-4.º, págs. 1033 y ss.

(1.239) III, § 11, A. en nuestras conclusiones.

(1.240) Así ha opinado CALDERÓN NEIRA, loc. cit., págs. 134 y ss.

podrán resultar beneficiados con la colación, ya que ésta incrementará el patrimonio de su deudor, con el que éste debe responder de sus deudas, conforme el artículo 1.911 del Código civil. Incluso, como dice Lacruz Berdejo (1.241), podrán pedir la colación en los términos del artículo 1.001 del Código civil, si no pueden cobrar de otra manera sus créditos.

G) *Inejicacia de la colación contra terceros adquirentes.*

El derecho de los herederos forzosos contra sus demás coherederos forzosos, cuando éstos deban colacionar, no pasa de ser un derecho de predetracción, en cuanto sea posible, y un simple crédito, en cuanto al exceso. No cabe repercusión contra los terceros adquirentes de los bienes donados. No la hubo en el Derecho anterior al Código civil. Y, a mayor abundamiento, éste centra la colación en el valor de los bienes donados y no a éstos mismos bienes (1.242). Tampoco ha recogido la norma del artículo 891 del Proyecto de 1851, sin antecedentes españoles, que había sido tomado del Código de Napoleón.

Todo ello confirma que la colación en el Código civil no tiene eficacia contra los terceros adquirentes del bien que fué donado a un heredero forzoso sin dispensar su colación.

H) *Naturaleza jurídica de la colación en el Código civil.*

Contrariamente a lo que usualmente se estilaba, tratándose de la naturaleza jurídica de la institución, que se estudia al iniciar su examen, nos ocuparemos de la naturaleza jurídica de la colación al finalizar su estudio, después de examinar su estructura, su funcionamiento y sus efectos.

Lo hacemos así porque, como reiteradamente hemos repetido, rechazamos el método dogmático de inversión. No creemos que de la naturaleza jurídica de una institución puedan deducirse consecuencias. Al contrario, creemos que la determinación de la naturaleza jurídica sólo tiene el valor de ordenar científicamente las instituciones, clasificarlas, como se ordenan y agrupan las fichas de los libros en una biblioteca o como se clasifican en Historia natural las especies minerales, vegetales y animales.

Puede servir esta determinación dogmática para aclarar ideas y para ver sintéticamente el perfil de una institución—por esto nos interesa—. Pero para nada más. Y, por eso, sólo después de conocida la colación y todos sus efectos podremos clasificarla jurídicamente y determinar su naturaleza jurídica. Con ese fin de facilitar su clasificación, para tomar puntos de referencia, nos hemos preocupado antes de examinar las posiciones adoptadas por las legislaciones y autores extranjeros.

(1.241) Notas y § últ. cit., pág. 260.

(1.242) MARÍN MONROY, op. y loc. cit., pág. 230, explica por qué razón, a su juicio, la Ley Hipotecaria no se preocupó de la colación.

Vamos ahora a realizar la misma labor con relación al régimen del Código civil español.

Al repasar el Derecho comparado examinamos diversas respuestas formuladas en varias cuestiones que nos interesa contestar con arreglo a nuestro Derecho positivo vigente. Son éstas, en síntesis:

a) ¿La colación supone la resolución de la donación?, ¿sólo se concreta en una obligación del heredero de restituir a la masa? o ¿únicamente significa una agregación contable puramente ideal de un valor para determinar el montante efectivo del haber de cada coheredero forzoso?

b) Lo colacionado ¿revierte a la herencia o sólo ingresa en la masa partible formando una masa adicional distinta de la propiamente hereditaria?

c) La atribución complementaria a los coherederos verificada en la partición ¿se realiza a título de heredero o a título singular como un legado *ex lege*?

d) ¿Cuál es la naturaleza de la colación por imputación?

Para ordenar debidamente las ideas debemos observar a cámara lenta la mecánica de la colación descomponiéndola en su doble movimiento de flujo y reflujo desde el patrimonio del donatario a la masa partible y de ésta al haber de los coherederos.

Para Núñez Lagos (1.243) la colación produce dos desplazamientos patrimoniales de valor, en opuestas direcciones: «a) Una centrípeta, desde el patrimonio del donatario o a la masa hereditaria. b) Otra, centrífuga, desde la masa hereditaria a los coherederos.» El primero, a enjugar con el *tantum minus accipere*. El segundo, concretado en un crédito de valor a favor de los coherederos, que se hace efectivo detrayendo de la masa el *tantumdem*, percibiéndolo en metálico, o mediante una *insoluturación* o cesión en pago forzoso de valores cotizables o de otros bienes muebles.

Seguramente Núñez Lagos, al hablar y explicar ese doble desplazamiento, se preocupa únicamente de dar una visión sintética, clara y elemental del fenómeno. Pero ese esquema funcional debe precisarse y desarrollarse. Vamos a intentarlo.

a) *Naturaleza—real, crediticia o puramente contable—del desplazamiento producido desde el patrimonio del donatario colacionante a la masa partible.*

a) Ese primer desplazamiento puede ofrecer dos aspectos: uno puramente contable y otro económico-jurídico.

El desplazamiento contable se reduce al cómputo del valor de lo donado a colacionar como una partida del haber para agregarlo

(1.243) Loc. últ. cit., págs. 725 y ss.

al valor de la partida base, es decir, de la parte del caudal hereditario a distribuir entre los herederos forzosos.

El desplazamiento económico-jurídico no es en el Código civil de naturaleza reversional. Las donaciones en nuestro Derecho no se resuelven ni revocan en virtud de la colación. Tampoco creemos que sea crediticio. Crédito al que correspondería una obligación del colacionante, que si anteriormente consistía una deuda de aportar la cosa donada, hoy sería una deuda de valor. De ese modo opinó Calderón Neira (1.244) que, desde cuando se causa la sucesión, el donatario debe un valor, una cantidad, bajo la condición suspensiva de que acepte la herencia del donante.

Lacruz Berdejo (1.245) ha negado ese desplazamiento económico-jurídico. A su juicio, no cabe hablar de obligación del donatario, ya que, según estima, «el donatario nada tiene que prestar, ni omitir, y si sólo está sujeto a la imputación de lo donado a su hijuela».

Con ello viene a reducir a su aspecto puramente contable el desplazamiento de que nos ocupamos. Desplazamiento contable que se enjugará en la partición con la imputación de ese valor contabilizado, trasasándolo a la hijuela correspondiente al propio donatario. Así, éste tomará de menos en bienes hereditarios el importe correspondiente a aquella partida, que sólo contablemente se computó en la masa, pero que jurídica y económicamente no salió de su patrimonio, real ni crediticiamente.

La tesis de Lacruz Berdejo no puede ser íntegramente aceptada, si se estima, como hemos admitido, que en la colación se incluye incluso la restitución de lo donado en su exceso con respecto a la cuota del donatario colacionante. Pero, aun con este criterio, puede ser admitida si únicamente se aplica a la primera fase (que es la que ahora examinamos) de la operación de colacionar. Es decir, si sólo se afirma que en ella no se produce ningún desplazamiento económico-jurídico (es decir, que no da lugar a transmisión reversional, ni el nacimiento de un crédito), sino que se verifica una operación meramente contable. Operación consistente en agregar una partida de valor a la cuenta de cuyo total debe deducirse el haber del colacionante, y luego contabilizar en ese mismo haber del colacionante, en cuanto en el mismo quepa, pero sin prescindir definitivamente del exceso que arroje la partida a contabilizar con respecto al haber que corresponda al colacionante.

Ahora bien, el montante de ese exceso, con respecto de la cuenta del colacionante, que represente la partida agregada contablemente, debe traspasarse al haber o a los haberes de otro u otros coherederos. Y dicho traspaso contable dará lugar, al realizarse la partición, al nacimiento de una obligación del colacionante a favor de los

(1.244) Loc. cit., pág. 127.

(1.245) Loc. ult. cit., pág. 201.

coherederos, que deban ser compensados, a que se les nivele el desequilibrio deficitario de su haber real con relación al activo que contablemente les corresponde. Se trata de una obligación, clasificable entre las denominadas cuasi contractuales, que nace con la aceptación de la herencia por el donatario, y que se concreta cuantitativamente y determina en cuanto a su sujeto o sujetos acreedores en el momento de la partición.

é) Con esta interpretación queda explicado, de pasada, cómo el valor colacionado no ingresa en la masa hereditaria, sino que sólo se contabiliza junto a ella en la masa particional.

Notemos que entre nuestros clásicos se insinúan en esta segunda cuestión las dos posiciones que—como hemos repasado—son actualmente discutidas en Italia por Cicu, de una parte, y Andreoli, de otra. Antonio Gómez (1.246), después de exponer la posibilidad de apoyar en varios textos romanos la opinión de que los bienes colacionados se entiendan comprendidos en la herencia (1.247), la rechazó de plano en vista de lo dispuesto en la ley 25 de Toro (1.248). Matienzo (1.249), en cambio, entendió que los bienes colacionados se consideraban como hereditarios al único efecto de su distribución entre los herederos forzosos.

Calderón Neira (1.250) ha explicado que: «Realmente, cuando existen bienes colacionables, hay en una herencia *dos comunidades de bienes*. Una formada por la herencia en general (deducida la totalidad de los bienes donados que no están en ella), y en la que son condueños los herederos legitimarios o extraños en la proporción en que el heredero los haya instituido... Además de esa comunidad, y suponiendo que a uno de esos legitimarios el difunto le haya hecho donaciones colacionables, hay otra entre los herederos forzosos, en cuanto a los colacionables...» De ello infiere que incurren en impropiedad los tratadistas y los Códigos que hablan de colacionar a la *masa hereditaria*. A su juicio: «No es exacto; eso es una impropiedad de lenguaje. Si la colación se hiciera a la masa, tendría que aprovechar a los acreedores, a los legatarios y a los herederos extraños, y sería inexplicable que la colación sólo proceda si hay varios herederos legitimarios.»

Nosotros llegamos a más. Entendemos que ni siquiera es exacto, en el régimen del Código civil, que junto a la masa propiamente hereditaria se forme con la colación otra comunidad entre los herederos forzosos sobre los bienes colacionados. Como hemos

(1.246) *Ad leges Tauri...*, Lex XXV, 1, págs. 171 y ss.

(1.247) He ahí la duda: «et ratio dubitandi poterat esse et quidem máxima: quia postquam res et bona patris vel matris conferuntur, est perinde acsi nunquam exirent patrimonium et substantiam eorum et efficiuntur haereditaria, sicut bona haereditaria.»

(1.248) «Sed nostra lex decidit contrarium, et ratio fundamentalis decidendi est, quia postquam pater vel mater dotavit vel donavit, iam exit de patrimonio eius, et acquisitum fuit filio vel filiae recipienti.»

(1.249) *Op. cit.*, lib. 5, tit. 6, Lex IX (25 Toro), Gl. I, núm. 4, fol. 156.

(1.250) *loc. cit.*, págs. 140 y ss.

dicho antes, en esa primera fase de la colación sólo se produce un desplazamiento contable, por el que se contabiliza el valor que en su día tenían los bienes donados, a fin de que sea tenido en cuenta al liquidar la herencia para determinar el montante de cada cuota y fijar luego su contenido.

b) *Naturaleza de las operaciones verificadas en segundo momento de la colación.*

Es evidente que la naturaleza del desplazamiento de valor producido en el primer momento de la colación ha de repercutir decisivamente en la caracterización de su segunda fase.

En los sistemas en los cuales en la primera fase de la colación se produce un desplazamiento patrimonial económico-jurídico, en el segundo momento la toma de menos equivaldría a la adjudicación de lo colacionado a la misma cuota del colacionante—si el efecto del primer desplazamiento fué real—o a la compensación del derecho hereditario del colacionante con su deuda para con la masa en razón de la colación—si el desplazamiento fué crediticio—. Y las correlativas atribuciones a los coherederos podrán ser un verdadero pago o una adjudicación en pago —si el primer desplazamiento fué crediticio— o bien efecto de la división de la masa común— si aquél desplazamiento fué real (resolutorio).

Ahora bien, hemos aceptado que en la fase primera de la colación, conforme el régimen del Código civil, no se produce desplazamiento alguno económico-jurídico, sino sólo la agregación puramente contable de unas partidas de valor con el fin de calcular la cuota particional de cada coheredero forzoso. Sobre esta base, ¿cuál es la naturaleza de las operaciones comprendidas en el segundo momento de la colación?

Una adecuada respuesta exige examinar los tres ángulos visuales que esa segunda fase ofrece. Son: el de la toma de menos por el colacionante; el de la adjudicación compensatoria a los demás coherederos, y finalmente, en su caso, el del abono por aquél a éstos del saldo desfavorable de su partida a colacionar con respecto al montante de su cuota particional.

a) *La toma de menos por el colacionante* sólo significa, a juicio nuestro, la asignación a su propia cuenta de la partida contable correspondiente al valor a colacionar por el mismo. Con ello se produce una compensación contable, que se traduce jurídicamente en el resultado de que el colacionante conserve la cosa donada, sin que ésta, a pesar de la colación, haya sufrido desplazamiento económico alguno, ni real ni acrediticio (1.251). No llega

(1.251) Este sentido debe darse a la declaración de ROCA SASTRE (notas y vol. últ. cit., § 88, VII, pág. 60), cuando dice que el sistema de colacionar del Código civil es el de *deducción* o *imputación* del valor previamente *computado* para la formación de las cuotas hereditarias. (Claro que esa afirmación de ROCA sólo la estimamos parcialmente exacta, es decir, en cuanto a la parte de valor colacionable que no excede de la cuota correspondiente al colacionante.)

a haber, pues, desplazamiento real devolutivo al colacionante, ni compensación de crédito y débito concurrentes en el mismo, por que no hubo previo desplazamiento económico a la masa, real ni crediticio (1.252).

β) *La llamada adjudicación compensatoria*, consiste en la adjudicación a los coherederos de bienes hereditarios equivalentes o proporcionales al valor de los donados al colacionante, de su misma especie y calidad, o de valores cotizables o metálico (conforme los arts. 1.047 y 1.048 C. c.).

No supone pago, ni adjudicación en pago de deudas. En primer lugar, por la razón antes expuesta al tratar de la toma de menos. Además, por que si esta toma de menos enjugase una deuda del colacionante, se habría extinguido el correlativo crédito. Por lo tanto, no habría lugar a su pago.

Como ha dicho Lacruz Berdejo (1.253), los coherederos forzosos del colacionante «tienen una pretensión a que, al dividir la masa —aumentada con el valor colacionable—, se asignen en sus cuotas determinados bienes (arts. 1.047 y 1.048). Como esta pretensión de los coherederos no supone un derecho de crédito, la atribución que se les hace no es un pago, ni tampoco el ejercicio de un derecho de predetracción, sino una parte de las operaciones divisionarias; la aplicación del artículo 1.061, referente a la formación de cuotas, en un caso particular».

γ) Ahora bien, hemos dicho antes, que el saldo contable adverso al colacionante daba lugar al nacimiento de una deuda de éste, con el correlativo crédito de sus coherederos forzosos (1.254), que tiene su origen cuasi contractual —podríamos decir— en la aceptación pura de la herencia por el colacionante, y su determinación y concreción cuantitativa y la individualización de sus sujetos activos en la partición. Respecto de esa deuda, el *abono de la diferencia o restitución del exceso*, se traduce jurídicamente como un pago. También hemos visto antes, que esa deuda es dineraria o de valor, no específica de la cosa que fué donada.

Queda sólo una cuestión por precisar. El valor colacionado, ni los correspondientes bienes, no entran a formar parte de la masa hereditaria, propiamente dicha, sino que sin confundirse se le agregan contablemente. ¿Puede deducirse de ello, ya que el valor correspondiente colacionado carece de carácter hereditario, que el

(1.252.) El juego puramente contable de la colación en el periodo comprendido desde la apertura de la sucesión hasta concretarse en la partición en una imputación también contable a la cuota del colacionante y en su exceso en una deuda, derivada de la fijación del saldo adverso al colacionante, nos recuerda en su mecánica la explicación que del contrato de cuenta corriente ofrece GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II-1.º, § 22, IV, págs. 111 y ss.

(1.253) Loc. últ. cit. Únicamente discrepamos de LACRUZ, en cuanto opina en esa pretensión se agotan los derechos de los coherederos, sin dar lugar nunca a pretensión alguna por el exceso que lo donado alcance con respecto a la cuota del colacionante (posición contraria a la que hemos aceptado en este punto).

(1.254) Ver MORELL, op. últ. cit., pág. 132.

plusvalor de la cuota de los coherederos no se recibe a título de herencia, y menos aún la restitución del exceso? Para Andreoli, según hemos visto, estas últimas asignaciones sólo significan un legado *ex lege* que grava al heredero donatario a favor de sus coherederos legales.

Calderón Neira (1.255), al examinar la posición del donatario colacionante, dice que: «realmente el título de herencia recae sobre el valor de las cosas donadas, y el título de donación sobre los objetos donados, aunque la colación transforma forzosamente el título de donación. En efecto, el legitimario, toma de menos en la masa hereditaria el valor de las cosas donadas, y desde ese momento las cosas donadas le cuestan su dinero al legitimario, o sea lo que toma de menos. Por tanto, su título de donación se transforma, se convierte en una adjudicación en pago que le da derecho al saneamiento en caso de evicción. Para ser exactos debiéramos decir que en caso de colación el legitimario reúne dos títulos, uno el de heredero en cuanto al valor de las cosas donadas, y otro el de adjudicatario en pago de crédito en cuanto a las cosas mismas» (1.256).

Creemos inexacta esa afirmación. Si realmente fuera cierta se confundirían en la adquisición hereditaria lo colacionado y lo relicto, aunque tal confusión no se hubiera operado en la primera fase de la colación y aunque el donatario aceptara la herencia a beneficio de inventario. La colación beneficiaría a los acreedores de la herencia, en contra de lo que admite el propio Calderón Neira (1.257).

Nuestra opinión se concreta en las tres proposiciones siguientes:

1) La colación no involucra el título hereditario del colacionante con el de donatario, sino que sólo produce un reajuste del importe de los bienes relictos que deben atribuirse en el primer concepto a cada coheredero para mantener la proporcionalidad de la institución entre lo adquirido a título lucrativo por los herederos forzosos. Por ello, estimamos hereditario —y no como un mero legado *ex lege*— la adjudicación de bienes relictos hecha a los coherederos del colacionante en cuanto al aumento de valor de su cuota producido con la colación.

2) En cambio, no creemos que lo sea la diferencia que el colacionante deba devolverles —atribución accesoria que no se puede confundir con la propiamente hereditaria—, ya que corresponde

(1.255) Loc. cit., pag. 137, nota 1.

(1.256) No creemos que nazca para el colacionante con la partición derecho al saneamiento o a la evicción propiamente de lo donado. Se tratará en todo caso de un supuesto de rectificación del montante correspondiente al colacionante en el haber partible, debido a esfumarse el valor colacionado, por causa anterior a la donación, tenido en cuenta como base en la partición. Sólo por analogía pueda sostenerse la aplicación de los artículos 1.069 y ss.

(1.257) Págs. 140 y ss.

a la devolución parcial de un valor que salió del patrimonio del donante el día de la donación. Puede calificarse sin dificultad como un legado, legalmente presunto (por presunción legal de la intención del causante), de cosa del heredero colacionante a cuyo cargo se impone a favor de sus coherederos forzosos. Por ello, si el coheredero que reciba dicha devolución, correspondiente al exceso de lo donado y colacionado respecto la vocación del colacionante, acepta la herencia a beneficio de inventario, los acreedores de la herencia no podrán dirigirse contra el montante de esa restitución fuera de los supuestos previstos en los artículos 642 y 643 del Código civil.

§ 15. Posición del legitimario donatario instituido heredero, o que lo sea ab intestato.

Después del examen, previo e imprescindible, de la computación para cálculo de las legítimas, la imputación de las donaciones, su reducción por inoficiosidad y de la colación propiamente dicha, podemos volver a enhebrar el hilo de nuestro estudio principal allí donde lo dejamos en el § 1.º de esta III Parte. Ese trabajo previo realizado nos brinda virtualmente resueltas casi todas las cuestiones, que ya tan sólo tendremos que ordenar.

El legitimario puede haber recibido donaciones en vida del causante. Este es el supuesto general, que puede desdoblarse sucesivamente del modo siguiente:

1.º *El legitimario donatario no ha sido mencionado en el testamento del causante.*—Es la hipótesis contemplada en el § 1.º de esta III Parte. Caso viciado de preterición que anulara la institución (1.258).

2.º *El legitimario donatario no ha sido preterido, pero el causante no lo ha designado entre sus herederos, expresando o no que en vida ya recibió su legítima a través de la donación o donaciones que le otorgó.*—Su posibilidad la comprobamos en el mismo § 1.º, y queda por ver la posición que en su caso corresponde al legitimario donatario. Cabe en este supuesto que el causante además le haya favorecido o no con algún legado.

3.º *El legitimario donatario ha sido instituido heredero, sea en su legítima, estricta o amplia, o en una cuota mayor.*—Hipótesis en la que debe subdistinguirse: según acepte o repudie la herencia; atendiendo a que el causante le haya excusado o no de colacionar lo donado; según haya asignado o no a la donación carácter de mejora; y a si lo donado a colacionar cubra totalmente o sólo en parte la cuota del donatario.

Ahora vamos a examinar los supuestos de esta tercera hipótesis, que se presentan cuando el legitimario donatario instituido heredero aceptó la herencia y no fué excusado del deber de colacionar. Concretamente, nos interesa situarnos ante el supuesto extremo

de que el legitimario instituido heredero tenga agotada su correspondiente participación con las donaciones que deba colacionar.

Ante este supuesto, se nos presentan antitéticas las posiciones de Ortega Pardo y de Roca Sastre.

Según Ortega Pardo (1.259) el legitimario no pierde la cualidad de heredero forzoso en el caso de que se le haya pagado la legítima por medio de liberalidades inter vivos. A su juicio, mediante la colación, lo donado viene a integrar la cuota hereditaria forzosa del legitimario donatario cuando el *de cuius* muera. En este, como en cualquier otro caso, entiende que el legitimario conserva su cualidad de heredero. «Tales bienes vienen a integrarse después de su muerte para formar la cuota legal que el Ordenamiento atribuye imperativamente a los herederos forzosos.» «El título por el que se recibe es el de heredero; el valor de lo recibido viene a constituir una cuota, que en el Ordenamiento se señala de modo taxativo.»

Para Roca Sastre (1.260): «Cuando el testador instituye heredero a un legitimario con la imposición de que debe contentarse con la liberalidad o liberalidades que le otorgó en vida, en rigor no se produce propiamente una institución de heredero, pues ésta exige atribución de cuota, como lo demuestra el artículo 768.»

Sinceramente creemos que la solución verdadera de este supuesto equidista de las dos posiciones enunciadas. El legitimario instituido heredero, o que lo sea *ab intestato*, no deja de serlo por el hecho de que su cuota se agote con la colación de las donaciones que hubiere recibido del causante. En cambio, es inexacto que lo colacionado se reciba a título de heredero y que integre la cuota hereditaria, propiamente dicha, del legitimario colacionante.

La cualidad de heredero es independiente de la efectiva percepción de bienes por el instituido y no se pierde por la atribución de bienes concretos para su satisfacción. En efecto: No deja de ser heredero el instituido por el hecho de que la herencia carezca de bienes. Ni tampoco deja de serlo el instituido cuando el testador le ha concretado los bienes que deben integrar su cuota.

El heredero forzoso que no recibe activo relicto porque se le descuenta el valor a colacionar, se halla en una posición intermedia entre el heredero que no recibe bienes hereditarios, porque no hay activo a repartir, y el que tiene concretamente predeterminado el contenido activo que corresponde a su cuota. Posición intermedia. Por que es heredero y no recibe bienes por este título y, sin embargo, tiene cubierta su cuota con bienes predeterminados que ya eran suyos desde antes de causarse la sucesión.

La institución en cosa cierta supone una contradicción entre el título y la asignación, por eso la ley (art. 768 C. c.) presume que el testador usó impropriamente el *nomen* cuando se lo atribuyó

(1.259) *Heredero testamentario* y... loc. cit., págs. 344 y ss.

(1.260) *Notas al Kipp*, vol. cit., § 88. X, pág. 61.

al asignatario. Pero, esa interpretación legal —como ya vimos (1.261)— cede cuando resulta que la asignación concreta realizada no excluyó en la intención del causante el título de heredero del asignatario. No la excluye nunca cuando la asignación no significa otra cosa que una atribución particional testamentariamente predeterminada por el causante (1.262).

Examinemos detenidamente el supuesto discutido:

a) El heredero instituido, o que lo sea ab intestato, no deja de serlo por el hecho de no recibir cosa alguna del activo relicto al tener cubierta su cuota particional con las donaciones por él colacionadas.

Si dejase de ser heredero no tendría que colacionar. Si no tuviese que colacionar tampoco se le restaría del montante de su correspondiente activo hereditario el valor de lo donado. Nos hallaríamos en un círculo vicioso del que no podríamos salir.

Ser el donatario heredero efectivo es presupuesto esencial para la colación de lo donado. La colación no puede destruir su presupuesto sin derrumbarse a su vez. Con la colación se le resta, parcial o totalmente, al colacionante su percepción del activo hereditario, pero sin quitarle su título de heredero. Del mismo modo que las deudas hereditarias que absorban totalmente el activo hereditario no privan al heredero de su título de tal. Si ser heredero consiste en suceder —sólo o conjuntamente con otros herederos— en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante, no se pierde esa cualidad por el hecho de que en la partición (aunque esté predeterminada con anterioridad) no correspondan bienes relictos al heredero colacionante por que su cuenta en la masa particional no arroje saldo a su favor.

Hemos visto que con la colación se agregan contablemente las partidas colacionadas a la masa hereditaria. Pero, que la agregación sólo es contable, sin que lo colacionado se funda jurídicamente en la masa hereditaria. Contablemente se determina el montante correspondientes a la participación de cada heredero forzoso en el total partible formado por aquella suma. Jurídicamente —como resultado de ese cómputo y de restar del montante contabilizado a favor del colacionante el valor contablemente colacionado a su cuenta— resulta que, en nuestro supuesto, el colacionante nada recibe del activo relicto. Pero no deja de ser heredero, como no deja de serlo el heredero que debía a su causante una cantidad no inferior al importe de su cuota hereditaria. En uno y otro caso la percepción del activo queda compensada: En el primero con valor colacionado y asignado a su propia cuenta particional. Y en el segundo por confusión con la deuda y el crédito correlativos, si éste es asignado a la cuota particional del propio deudor.

(1.261) Ver estos Apuntes, II, § 2, D. d. en este Anuario IV-4.º, páginas 1401 y ss.

(1.262) Apuntes... II, § 3, E. en Anuario IV-4.º, págs. 1437 y ss.

De esta conclusión pueden deducirse los siguientes corolarios:

1.º El heredero forzoso, instituido como tal o que lo sea ab intestato, aun cuando tenga cubierta su cuota particional con los bienes que debe colacionar, no pierde por ello el honor del título, ni las consecuencias dimanadas de su atribución.

Por lo tanto:

α) Conserva el derecho de acrecer y el de no decrecer, para los supuestos de que no llegue a suceder un coheredero llamado conjuntamente o de quedar vacante algún legado.

β) Debe coparticipar, desde el día de abrirse la sucesión, en los frutos e intereses de los bienes comprendidos en la masa hereditaria, como por contrapartida resulta del artículo 1.049 C. c.

γ) Debe cumplir en la proporción que le corresponda, en cuanto no perjudiquen a su legítima, las cargas y legados dispuestos por el causante sin determinación específica del heredero que deba cumplirlas.

δ) Si aceptó la herencia sin beneficio de inventario, responderá —pese a no recibir contenido relicto alguno— de las deudas del causante con todos sus bienes, por lo tanto, incluso con los colacionados.

ε) Los bienes colacionados los conserva como donatario y, no como heredero, puesto que no se confunden en la masa hereditaria a la que sólo contablemente se agrega su valor, para el reparto —proporcional a la cuota institucional— de lo recibido a título gratuito del causante. En consecuencia:

α) La posesión y administración de lo donado, cuyo valor se colaciona, continúa correspondiendo exclusivamente al propio donatario, sin posible intromisión de coherederos ni albaceas.

β) Si el donatario aceptó la herencia a beneficio de inventario no responde de las deudas hereditarias con los bienes colacionados *cum viribus ni pro viribus*. Los bienes donados no están afectados por las deudas del donante, ni el donatario responde fuera de lo previsto en los artículos 642 y 643 C. c.

§ 16. Posición del legitimario donatario no heredero.

El legitimario no instituido heredero, pero tampoco preterido, que haya recibido alguna donación de su causante no es heredero ni debe colacionar.

La primera afirmación queda patentizada en la parte primera de estos Apuntes y en el § 1.º de esta tercera parte. La segunda, deriva como lógica consecuencia de la primera: los legitimarios sólo son posibles sujetos de la colación en cuanto son efectivamente herederos.

Paradójicamente es exacta como afirmación la frase que Ortega Pardo 1.263¹⁾ presenta como argumento *ad absurdum* y que a continuación transcribimos: «Si el *de cuius* pudiera pagar en vida

(1.263) Loc. cit. cit., pág. 345.

la legítima cuando lo hiciera no entraría en juego la colación: bastarían las acciones de reducción y suplemento para proteger los derechos de legitimario, y ninguna necesidad habría de que colacionase lo recibido.» Precisamente —en contra su opinión— es así: el causante puede satisfacer en vida la legítima y en estos casos jugará la imputación pero no la colación.

Lo que no puede el legitimario es renunciar, transigir, o dar por definitivamente pagada su legítima en vida del causante. Así lo dice el artículo 816: < Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzoso es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción >. Pero, en este precepto, la expresión *traer a colación* debe entenderse en su sentido gramatical de llevar a la cuenta de la legítima. Así como en el artículo 818 *colacionables* equivale a *computables*, en el 816 *traer a colación* significa *imputar a la legítima*. Ninguno de los dos preceptos se refieren a la *colación* en su sentido rigurosamente técnico, jurídicamente restringido.

Sólo una vez fallecido el causante puede conocerse la cuantía de las legítimas. Únicamente entonces podrá saberse si éstas han sido totalmente satisfechas en vida de aquél, imputando lo donado a la cuenta de lo que por legítima corresponda al donatario. Es decir: la legítima puede ser pagada en vida del causante, pero sólo cuando éste fallece podrá saberse si quedó totalmente satisfecha, o si el legitimario tiene derecho a reclamar su suplemento. Con ello enlazamos con la doctrina del artículo 815, siempre que no haya sido preterido el legitimario y no entre, por tanto, en juego el artículo 814.

Centrada la cuestión básica, de acuerdo con las conclusiones a que hemos llegado a lo largo de este trabajo, podemos penetrar en el examen particular de los supuestos que la hipótesis que estudiamos nos puede ofrecer:

a) *El causante nada dejó en testamento al legitimario, pero expresó que éste había recibido por donación tanto o más del importe de su legítima.*

El legitimario a quien en su testamento manifestó el causante que nada le dejaba, por tener cubierta su legítima con cuanto le había donado, deberá imputar al montante de ésta el valor que tenían en el día de la donación las donaciones recibidas de dicho causante (conforme al criterio del art. 818).

En este caso, si su legítima queda cubierta con la imputación, resultará pagado sin ser heredero ni legatario del causante. Pero, si lo donado no alcanza para saldarla tendrá derecho a reclamar el suplemento conforme al artículo 815.

¿A qué título?, ¿en bienes de la herencia?, ¿en metálico?

Ambas preguntas han sido contestadas en términos generales, en la parte primera de estos Apuntes, al tratar de la naturaleza

de la legítima y especialmente de la *actio ad supplementum*. Aquél a quien se le asigna su legítima sin designarle heredero, la recibe a título singular (1.264). En cambio, la legítima es *pars bonorum* y no mera *pars valoris*, salvo los casos excepcionales previamente determinados por el Código, y por lo tanto el suplemento de la legítima en principio debe ser abonado en bienes de la herencia (1.265).

b) *El causante legó al legitimario en pago de su legítima los mismos bienes que le había donado.*

La solución es la misma expresada en el caso anterior.

c) *El causante dejó a salvo lo que por su legítima correspondiera al legitimario sin hacer mención de lo que le hubiera donado.*

Debemos subdistinguir en este supuesto:

1.º Si el causante dejó a salvo lo que por legítima correspondiera a uno de los legitimarios a quien favoreció con donaciones a las que no asignó carácter de mejora, debe aplicarse el artículo 819 para la imputación de éstas. Es decir, deben imputarse a la legítima del donatario en cuanto quepan en ella. En lo que excedan debe seguirse el orden normal de imputación, antes estudiado (1.266): después de cubierta la legítima del imputante, se aplicará el exceso al tercio de libre disposición y finalmente al de mejora.

Si a pesar de la imputación de lo donado quedara la legítima del imputante sin cubrir en su integridad, éste deberá recibir la diferencia a título de legado y en bienes del caudal relicto, conforme hemos indicado en el inmediato anterior apartado a).

2.º Si, en el mismo supuesto, se dió carácter de mejora a la donación hecha a favor del legitimario a quien el testador dejó salvo su legítima, deberá aquél recibir su legítima íntegra a título de legado de cuota e imputará la donación a los tercios de mejora o de libre disposición, según los casos. La dispensa de colación de lo donado, deberá estimarse en este caso, como dispensa de imputación a la legítima y se imputará, por este orden, al tercio de libre disposición, al de mejora y en su exceso a la legítima individual del donatario (1.267).

d) *El causante legó concretamente al legitimario una cosa o una cantidad, expresando o no que se le atribuía a cuenta de la legítima, y con manifestación o no de las donaciones con las que le hubiera favorecido.*

Cuando el causante no instituyó heredero a alguno de sus le-

(1.264) § 10, An. Dr. Civ., IV-2.º, págs. 503 y ss.

(1.265) An. Dr. Civ., cit., págs. 508 y ss.

(1.266) Apuntes..., III, § 12, G. a. a.

(1.267) Ver nuestra conferencia *La mejora tácita*, VIII, 6 y 7, loc. y volumen cit., págs. 113 y ss.

gitimarios, pero a su favor dispuso mortis causa legados específicos o de cantidad determinada e, inter vivos, donaciones sin carácter de mejora, se plantea si deben imputarse a la legítima en primer término las donaciones o los legados.

La cuestión no carece de interés. En caso de imputarse primero lo donado y después lo legado, resultaría que cuando toda la parte disponible y el tercio de mejora íntegro hubieren sido dispuestos mediante donaciones, el legado no podría cumplirse y quedaría al descubierto. En cambio, si el legado se imputase en primer término a la legítima del legatario podría cumplirse en cuanto cupiera en ésta, sin perjuicio de que la donación otorgada a favor del mismo se mantendría íntegramente en cuanto cupiese en la parte disponible aún a costa de reducir las donaciones dispuestas por el causante ulteriormente (1.268).

¿Qué criterio debe prevalecer? A juicio nuestro el de imputar a la legítima primero lo donado y después lo legado. Las razones de esta solución a juicio nuestro son las siguientes:

Una, derivada de las reglas de imputación del propio Código civil: Si el legitimario es heredero, lo donado al mismo se imputa, salvo dispensa, a su cuota hereditaria (art. 1.055), mientras lo legado se le imputa fuera de ella, salvo disposición en contrario (artículo 1.037). Se señala, pues, un orden de imputación de dentro a fuera de las donaciones y los legados. Ese orden parece que debe conservarse si el legitimario donatario y legatario no es heredero. Tanto más cuanto, el artículo 819 dispone la imputación preferentemente a la legítima de lo donado si no se expresa la voluntad del donante de mejorar al donatario (art. 825 C. c.); mientras que conforme al artículo 828 el orden normal de imputación de los legados, según resulta del artículo 828 C. c. es inversamente tercio de libre disposición, mejora y legítima del legatario —salvo el caso de que al legatario tuviera su legítima sin cubrir— por otro título, en cuyo caso el legado deberá preferentemente imputarse a ella (1.269).

Otro, apoyado positivamente en el principio de que una donación no puede ser pospuesta a otra posterior, ni una donación a un legado, en cuanto no resulte inoficiosidad de las que fueran preferentes por su carácter inter vivos y por su fecha. De no aceptarse la solución de imputar a la legítima primero lo donado y luego lo legado, resultaría que el causante podría provocar la revocación de

(1.268) Supongamos que el causante donó 1.000 a uno de sus hijos A, luego donó otros 1.000 a otro hijo, B, y, finalmente, 1.000 más a un extraño. En su testamento instituyó heredero a éste y legó a A 100. El caudal relicto líquido más lo donado ascendió a 3.000.

Si lo donado a A se imputa a su legítima antes que el legado, resultará que A, B y C conservarán cada uno los 1.000 que respectivamente les fueron donados y el legado de 100 no podrá cumplirse. Si lo legado a A se imputa a su legítima, previamente a imputar, la donación resultará que A recibirá 1.100: B, 1.000 y C, 900.

(1.269) Ver nuestro trabajo *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, IX, loc. cit., págs. 339 y ss.

donaciones disponiendo legados, que imputados a la legítima del legitimario no instituido heredero desplazaría lo donado al mismo hacia la parte disponible, con perjuicio para quienes recibieron otras donaciones del causante en fecha posterior a la de aquélla.

Al legitimario no instituido heredero, pero a quien le fué cubierta su legítima mediante donaciones, que el causante le había otorgado, le corresponde la posición de donatario y de legitimario, pero no la de heredero:

α) Como donatario no responde de las deudas del causante fuera de los supuestos previstos en los artículos 642 y 643 C. c. Ni siquiera *intra vires*, *cum viribus* ni *pro viribus* como los legatarios o los herederos a beneficio de inventario.

β) Como legitimario, tendrá derecho, en su caso, al suplemento de su legítima (art. 815) o a la reducción por inoficiosidad de las cargas o gravámenes impuestos por el donante (art. 813, § 2.º). Así como a intervenir en la partición de la herencia, en sus fases de inventario, avalúo y cálculo de las porciones legítimas, de mejora y de libre disposición.

γ) Por no ser heredero, carece del derecho genérico de acrecer y de no decrecer fuera del montante de su legítima, ni en modo alguno responde de las deudas de la herencia, en los términos que acabamos de decir.

Su posición, por lo tanto, es muy distinta que la del legitimario instituido heredero que cubra su cuota hereditaria —igual o mayor que su legítima— con las donaciones colacionadas por el mismo.

E P I L O G O

Concluidos —¡gracias a Dios!— estos Apuntes en los que nos hemos extendido más de lo que esperábamos al comenzarlos, quisiéramos detenernos unos instantes a reflexionar, volviendo la cabeza desde la meta hacia el largo camino recorrido, dibujado en el panorama como las rutas de un plano en relieve.

La senda que hemos procurado desbrozar y querido recorrer no mide su distancia en kilómetros, sino en siglos. Hemos intentado captar su suceder histórico. No para añorar lo que fué, sino para ver cómo se ha ido forjando lo que es hoy. Nuestra pretensión ha sido la de analizar en el ayer las raíces del árbol de hoy, pensando en que mañana debe seguir dando sus frutos aumentados y mejorados.

Lo hemos hecho así por que creemos firmemente que las normas del Derecho sin su Historia no serían sino como hojas desprendidas de su tallo, con las que el viento de las modas jurídicas o políticas jugaría con sus soplos arbitrarios.

¡Vana ilusión la de rehacer todo el Libro del Derecho en cada generación, volviéndolo a abrir en blanco desde su primera página!

Los juristas trabajamos sobre conceptos y terminología que otros juristas más antiguos elaboraron, discutieron y reelaboraron.

Las normas deben crearse sobre la base de una realidad social, acrisoladas por el choque de otras leyes más viejas con las nuevas concepciones o necesidades. Pueden cambiar las normas. Muchas veces es necesario que así sea —no siempre es arbitrario el legislador moderno en su empeño de dominarlo y reglamentarlo todo—. Pero la nueva ley no puede prescindir de la que le precedió, aunque sólo sea para derogarla de modo más absoluto.

Cada generación añade algo al edificio del Derecho. A veces sólo es polvo, que el más ligero soplo aventa. En otra, sólo deshace lo que hizo la generación de sus padres y rehace lo que éstos habían destruido. ¡Cuántas veces los hombres de un siglo, que orgullosamente habían creído avanzar, no hacían sino dar vueltas sobre el mismo circuito varias veces recorrido y siempre redescubierto!

Por eso, creemos que sólo una visión panorámica, pero exacta —huyamos de tópicos y lugares comunes— y revisada, del decurso histórico del Derecho, en su continuidad, puede guiarnos para conocer el presente y orientar el porvenir —en lo posible—.

Un proceso codificador es siempre un repaso histórico del Derecho vigente. Se trata de separar lo vivo de lo muerto, de articular y sistematizar lo vigente, y revisarlo contrastándolo con la realidad actual y con los planes futuros.

Esa misión fué encargada en la Ley de Bases a los autores del Código civil español. Por eso, para conocer los preceptos del Código hay que repasar el proceso formativo de sus normas. Por desgracia muchas veces, perezosamente —ese es uno de los peligros de las codificaciones—, al interpretarlo no se ha querido pasar de la epidermis de su letra o se ha preferido lograr fácil y falsa originalidad injertando exégesis o teorías extranjeras, sin conocer el propio árbol lo suficiente para saber si le convenía o le perjudicaba esa transfusión de savia ajena.

Con certera precisión lo ha percibido Hernández Gil (1.270): «Ultimamente se ha imputado con insistencia al Código civil su falta de atención por el Derecho de Castilla y su entrega al Código napoleónico. A veces se exagera al hacer estas imputaciones; el <afrancesamiento>, en ocasiones, está más que en el Código mismo, en los criterios de investigación e interpretación utilizadas por parte de la doctrina y hasta en la suspicacia».

Si un injerto adecuado puede dotar a una institución de sentido y valor universal, otro equivocado, por insuficiente conocimiento del tronco al que se injerta, puede dejarlo infructífero y sin vida. Incluso cabe que aquél arraigue en éste como un parásito, sin fundirse, sobreviviéndole la savia

Hemos estudiado en su aspecto cualitativo la legítima castellana y su germinación en la legítima del Código civil. Podría ana-

(1.270) *Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del Derecho*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», CXCVIII, pág. 22.

lizarse cuáles han sido sus resultados en la organización jurídica social y económica de las regiones donde ha sido aplicada. Pero, de este estudio no podríamos deducir conclusiones definitivas para juzgar calidad cualitativa de la legítima común. En tales resultados —latifundismo y minifundismo, defecto de colonización interior y de parcelación racional— han influido y quizá decidido otras circunstancias como el aspecto cuantitativo de la misma legítima, la mentalidad jurídica popular, los regímenes sucesorios especiales, etc., etc.

Es notable que mientras en su aspecto cuantitativo el Código civil aproximó ligeramente —muy poco en verdad— la legítima castellana a las forales, según ordenó la Base 12 (1.271), en cambio, los comentaristas del Código al explicar su aspecto cualitativo pretendieron alejarse más de ellas. Parece que, como si pesarosos de su transacción cuantitativa, quisieran acentuar las diferencias sustanciales. Y para ello —¡oh paradoja!— olvidaron la labor romanista de los clásicos de Castilla y retrocedieron a la mentalidad germanista —abandonada en Alemania y Austria—, que articulada les renueva Francia con su *Code de Napoleón*.

Cedemos de nuevo la palabra a Hernández Gil (1.272): «de todas maneras si es verdad —y esto de ordinario no se advierte— que se mostró una mayor inclinación por el Derecho nacional al respetar, si bien con conocidos paliativos, el Derecho foral, que al elaborar el contenido en el Código civil». Afortunadamente el Código civil es menos afrancesado que sus comentaristas (1.273) y está menos de espaldas al progreso doctrinal de sus antecedentes históricos de lo que la lectura de aquellos autores parece dar a entender.

La mentalidad jurídica popular llega a ser mucho más decisiva que las mismas leyes. «*Leges sine moribus vanae proficiunt*». La libertad de testar puede ser útil, inútil o perjudicial, según el uso que de ella se haga. Si un contingente considerable de padres usa-

(1.271) «Base 12.ª Se reducirá la cuota hereditaria de los descendientes y se establecerá a favor de los padres la libertad de disponer de la parte que no constituya legítima de los hijos, fijando la cuantía de una y otra de modo que satisfaga los justos derechos de éstos y puedan los padres cumplir sus deberes de reconocimiento y justicia y premiar y castigar según los méritos de sus herederos. En la misma proporción, pero con distinta medida que exige el caso, se disminuirá la legítima de los ascendientes.»

ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, v. g., pág. 146) nos explica qué fue ésta la fórmula transaccional propuesta por AGUSTO COMAS: «El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquéi de otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras.»

(1.272) Loc. y pág. últ. citis.

(1.273) Recordemos la frase que al doctor MARAÑÓN (*El Conde Duque de Olivares. La pasión de mandar*, 3.ª ed., Madrid, 1952, pág. 314) sugiere la imitación de la política francesa por el Conde Duque: «Al enemigo que nos preocupa quisiéramos destruirle, pero a la vez la preocupación nos impulsa a copiarle.» A Francia insistimos más que nunca en copiarla a partir de nuestra Guerra de la Independencia.

ran de ella para despojar a sus deudos en beneficio de sus amantes, necesariamente debería abolirse. También habría que abrogarla si los hijos preferidos dilapidaran su caudal (1.274) o guardaran avaramente su haber, mientras sus hermanos se vieran condenados a poblar los barracones de los suburbios. Sería inútil si los padres no usaran de ella (1.275), por desconocer que utilizándola con acierto puede lograrse la mayor justicia (1.276). La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse sino es con relación al clima moral y social a que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que provoca en el organismo social al que se aplica. En este aspecto no ofrece duda que el resultado de las disposiciones sucesorias forales han sido saludables económica y socialmente (1.277).

Los *regímenes jurídicos especiales* han tenido excepcional importancia desde la Edad Media (1.278) hasta las leyes desamorti-

(1.274) «El *heren-escampa* (el heredero manirroto)—dice J. VICENS VIVES (*Noticia de Cataluña*, Barcelona, 1954, pág. 42)—, es un subproducto degenerado de una institución eminentemente social.» Institución beneficiosa que no puede abolirse por el hecho de que excepcionalmente se use mal de ella. Para determinar el régimen común interesan los casos normales, no las excepciones patológicas.

(1.275) En este aspecto y hace años (*El derecho patrimonial familiar y sucesorio en el Código civil y en su aplicación práctica*, «La Notaria», LXXXI, primer trimestre 1946, pág. 24) hicimos la siguiente observación: «No obstante los defectos del Código civil cerrando el paso con criterio atomista a la familia troncal, no chocan con la mentalidad del pueblo canario. El criterio de la igualdad—mas sentimiento que criterio en muchos casos—domina en absoluto. Tan en absoluto que la equiparación no sólo suele ser cuantitativa, sino incluso cualitativa... El criterio igualitario se manifiesta extremado en la partición. No suele repartirse el patrimonio en globo, sino cada uno de los bienes que lo componen. Cada campo se divide en tantas tiras como hermanos. Y las casas, sino son en número suficiente para todos y totalmente equivalentes se dejan indivisas o se reparten por habitaciones con derecho común a la cocina y al servicio.»

(1.276) Una muestra de como puede no saberse usar y de cómo cabe aprovechar con fruto general una misma ley, la encontramos en el interesante texto de PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ (*Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 1861, t. II, págs. 269 y ss.) que dedica a comentar los efectos económicos y sociales de la Constitución de Felipe II en las Cortes de Monzon de 1865.

(1.277) Resultado favorable que no sólo se ha notado en el agro. Como dice VICENS VIVES (op. cit., pág. 43): «El verdadero papel del heredero radica, como ya lo han remarcado otros autores, en el apoyo a los «fadristerns» (segundones), a los hermanos que fuera del hogar paterno se han abierto un camino en la vida. El comercio y la industria de Cataluña se ha creado con el esfuerzo de los segundones y con el de los herederos que velaban por ellos desde la masía lejana.»

(1.278) Así lo observamos en nuestra conferencia «La sucesión en la Rioja en la época de los fueros municipales» (pronunciada en el Instituto de Estudios Riojanos de Logroño el 9 de junio de 1951) al comentar unos preceptos de los Fueros de Nájera, Logroño y Miranda. No puede olvidarse, de una parte, las consecuencias que en la sucesión de la alta nobleza pudieron dimanar de la confusión existente entonces entre soberanía y dominio ni, de otra, la relación precaria que en algunos casos pudo eliminar la sucesión *mortis causa*

zadoras. Castilla con su clima continental—temperaturas extremas, mutaciones bruscas— careció casi siempre de la ponderación y el equilibrio de las regiones forales. Aragón y Navarra supieron aplicar el régimen sucesorio de los nobles a la conservación de la casa de villanos o labradores. Cataluña atenuó las vinculaciones en los límites que Justiniano marcó en su Novela CLIX. Castilla, por el contrario, aceptó la vinculación ilimitada en una sola cabeza de los mayorazgos, a la vez que condenó a la pulverización a la pequeña propiedad (1.279). En cambio no fueron utilizadas la enfiteusis (1.280) ni del arrendamiento (1.281), como en otras regiones, para regular la continuidad unitaria de explotación de la empresa familiar agraria.

A posiciones extremas, remedios extramados adoptados desde la capital. La falta de equilibrio lleva, por lo menos, a la oscilación, el balanceo. La ley del péndulo no es sólo una ley física. De los mayorazgos se pasa a la desamortización, con espolizaciones que no resuelven el problema de los latifundios. Al minifundio—en laudable esfuerzo— quiere combatírsele imperativamente con los patrimonios familiares indivisibles, con las unidades mínimas

entre los villanos (especialmente por la mañería) o adscribirla a la forma predefinida en la carta de concesión precaria.

(1.270) ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., págs. 161 y ss.) examina los procedimientos de que se valían los guipuzcoanos para evitarlo y para mantener su propiedad indivisa, salvando el inconveniente para ello de regirse por las leyes castellanas con la legítima de los cuatro quintos y mejora del tercio, y acaba por reconocer: «Debo hacer la confesión de que los procedimientos que emplean los guipuzcoanos no se ajustan completamente al patrón del derecho, de suerte que, examinando las cosas a fondo, lo que allí se ve es que de hecho prevalecen las costumbres sobre la ley escrita y que si no surgen de tal estado de cosas graves conflictos es porque no hay ninguna reclamación, sino que antes bien se cuenta con la aquiescencia universal.»

(1.280) Tanto sirvió la enfiteusis en Cataluña a dicho fin que—como observa VICENS (loc. cit., pág. 42)—la institución del *hercu* en el *pagés* catalán tiene su antecedente en los establecimientos enfiteúticos, en los que la línea de los *capmasers*, «en su sucesión biológica representaba la mejor garantía del <señor útil> respecto del <señor directo> de la tierra». «En las fórmulas nacidas del establecimiento en *masos*, antes y después de la sentencia de Guadalupe, el heredero era la única persona que no podía emigrar de la tierra. Irse era romper la cadena, dar al señor directo la facultad de adjudicarse el dominio útil del *mas*, de convertirlo en un engranaje más de la propiedad privada. Alguien tenía que quedarse en la tierra cumpliendo el deber de mantenerla libre para la familia.»

(1.281) Observó ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., págs. 160 y ss.): «El labrador guipuzcoano, lo mismo que el vizcaíno, deja el caserío a uno de sus hijos en testamento, como si pudiera disponer de él a título de propietario, y así se sucede en los arrendamientos de generación en generación sin intervención directa del dueño, de cuya aquiescencia no se duda y a quien ni siquiera se pide su consentimiento.» Las diferencias de Guipúzcoa con Castilla fué subrayada por el ilustre jurista, destacando que éstas surgían, a pesar de que la ley era la misma en materia de propiedad y de arrendamientos.

Como en Guipúzcoa, también en Asturias—a pesar de regirse por el Derecho de Castilla—gracias a la sucesión arrendaticia consolidada en la costumbre—, se logró asegurar la continuidad de la casería. (Ver PRIETO BANCES, *La casería asturiana*, en «Rev. Crit. Der. Inmob.», vol. XIV, pág. 736, diciembre, 1947.)

de cultico (1.182) y con la concentración parcelaria ordenada por vía administrativa. Los defectos de las leyes civiles y la falta de orientación jurídica del pueblo tratan de subsanarse con interferencias burocráticas. Se llega hasta facultar a que se prive mediante expediente administrativo de la titularidad del patrimonio familiar a quien haya incumplido los deberes primordiales de la familia, a juicio de la jerarquía administrativa (1.283).

Afortunadamente, el Código civil, en materia de legítimas—muy a pesar de algunos de sus comentaristas—mantiene la sustancia y concepción romanista que los grandes clásicos de Castilla supieron infundir a la legítima visigótica, y en sus artículos 817, 822, 829 y 1.056, § 2.º, la hace más flexible. No sólo es eso, sino que reduce las medidas góticas de la legítima estricta. Aproxima así en sustancia y medida la legítima común a las legislaciones forales. Aunque no lo suficiente para llenar las finalidades perseguidas por éstas, de conservar la casa con su patrimonio rural, como unidad de producción, crisol familiar, apoyo de los segundones formados con el esfuerzo y ayuda del jefe de la casa. Segundones que no engrosan los suburbios, sino que suelen ser magníficos profesionales, preparados artesanos, emprendedores comerciantes o pequeños industriales.

Para lograr ese resultado no bastan las leyes. Hace falta que los principios se sientan y se apliquen en las familias labradoras. Es un problema de formación de la mentalidad agraria. En crear esa convicción—más que las leyes coactivas—se halla el secreto para resolver satisfactoriamente de hecho y de modo definitivo—no sólo sobre el papel ni únicamente de modo transitorio—el respeto a la unidad mínima en un cultivo racional.

(1.182) Determinadas desde la capital rigidamente por grupos de provincias para regadío y seco en el Decreto de 25 de marzo de 1955. Para algunas provincias, como las Canarias, parecen fijadas muy inadecuadamente.

(1.283) Orden de Agricultura de 27 de mayo de 1953.

No es extraño que las regiones forales se resistan a que el Estado ponga sus manos sobre sus leyes milenarias—«Dios y leyes viejas», dicen en Navarra—que tan sabiamente han salvaguardado la organización social y económica, tranquila y próspera de su agro. Ponen, todavía, en el buen padre de familia, en sus caseros y payeses, tradicionalmente educados en una mentalidad sabiamente conservadora, más confianza que en los burocratas planificadores, en los funcionarios administrativos o en los inspectores agrarios. Piensan que si un día los padres de familia llegasen a no saber cumplir su misión difícilmente la superarán los funcionarios estatales a los que la investidura oficial no garantiza una mayor moralidad, diligencia ni solvencia que los demás.

Es muy fácil, tal como se legisla hoy día (*), destrozarse de un plumazo una institución milenaria. Luego es más difícil rectificar. Se provoca inconscientemente la enfermedad y después se construye el sanatorio recurriendo a la intervención administrativa. Se crean nuevos organismos, se presupuestan créditos y emite nueva deuda; aumenta la burocracia. Todo gravita sobre las espaldas de los contribuyentes a los que con este círculo vicioso se limita necesariamente sus posibilidades de inversión.

(*) ALVARO D'ORS (*Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, prólogo, Madrid, 1952, pág. 7) ha dicho crudamente: «Que tanto la moneda como la ley han sufrido en nuestros días una inflación, una desvalorización. En fin, un desprestigio, es un hecho que está a la vista.»