

La colación del exceso de valor de la donación sobre la cuota hereditaria.

Comentario a la STS de 2 de julio de 2007 (RJ 2007, 3789)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla*

Resumen: Si el valor de la donación realizada a un descendiente legítimo que colaciona supera el de su cuota hereditaria, parecería que debe restituir o aportar a la masa dicho exceso: así lo piensan algunos autores y la Sentencia comentada. En el comentario se critica esa solución, y se sostiene —con la doctrina mayoritaria— que la colación se queda sin hacer en ese exceso.

Términos significativos: Donación a descendientes legítimos. Colación. Efectos de la colación.

STS 2 julio 2007 (RJ 2007, 3789)

Civil

Ponente: *Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros*

⚡ **SUCESIÓN HEREDITARIA: COLACIÓN DE BIENES:** procedencia: partición de herencia en sucesión intestada: necesaria colación de donaciones realizadas a los hijos herederos, aunque el exceso quepa dentro de la parte de libre disposición. **RECURSO DE CASACIÓN: PROCEDIMIENTO:** escrito de interposición del recurso: requisitos formales: necesidad de citar concretamente el precepto infringido: improcedente cita como infringido de un precepto legal y «los siguientes».

Disposiciones estudiadas: CC, arts. 1035, 1045, 1047 y 1048.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Benidorm, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por D^a Irene, D. Mariano, D^a María Luisa y D. José Luis, contra D. Juan Antonio y D^a Elisa y D^a Ana y Fátima.

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia que declarase: «Que, además de los hoy demandados D^a Irene, D. Mariano, D^a María Luisa y D. José Luis, D^a Ana y D^a Fátima son herederos abintestato, por derecho de representación de D. Carlos Daniel, de D. Alberto y D^a Elsa. Que al haber fallecido D. Alberto y D^a Soledad sin haber otorgado testamento y sin manifestar su voluntad de mejorar, corresponde a los hijos y esposa de D. Carlos Daniel, conforme lo dispuesto en los arts. 932 y 934 del Código Civil, un tercio del valor de los bienes de la herencia cuyo valor se determinará en ejecución de sentencia. Que se declaren inoficiosas las donaciones en vida por dichos causantes *in* en

favor de los donatarios D. Juan Antonio y D^a Elisa, relacionadas en el Hecho Cuarto de esta demanda con el valor que resulte en ejecución de sentencia, declarando la inoperatividad de las mismas en la parte que exceda de la legítima y declarando la nulidad de los documentos públicos mediante los cuales se realizaron, así como de las inscripciones registrales practicadas sobre la parte de las donaciones que se declaren inoficiosas. Que se proceda a la partición de la herencia de D. Alberto y D^a Soledad conforme a las normas reguladoras de las legítimas, bajo apercibimiento de verificarlo el Juzgado en su nombre en ejecución de sentencia y por los trámites prevenidos para las testamentarias. Que, en caso de que aparezcan nuevos bienes relictos, se unan a la masa hereditaria posteriormente para ser repartidos entre todos los herederos. Que os *in* demandantes gozan, en virtud del art. 1021 del Código Civil, del beneficio de inventario y sólo responderán de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados. Que se condene en costas a los demandados».

Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante le-

gal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «que declarase que las donaciones efectuadas por los padres de los demandados no perjudicaban la legítima de ninguno de los herederos forzosos, por lo que debe *isic*. Y se impongas *isic* las costas a los actores».

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 26 de junio de 1988, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Vicente Bardisa Juan, en nombre y representación de D^a Irene y D. Mariano, D^a María Luisa, y D. José Luis, frente a D. Juan Antonio y D^a Elisa y D^a Ana y D^a Fátima, debo declarar y declarar: a) Que habiendo fallecido D. Alberto y D^a Elsa, intestados, deberán sucederles sus dos hijos D. Juan Antonio y D^a Elisa por derecho propio y D. Mariano, D^a María Luisa, D. José Luis, D^a Ana y D^a Fátima, por derecho de representación. No sucederá por derecho de representación (ni por derecho propio) D^a Irene, por no ser descendiente de los causantes. b) Que las donaciones a D. Juan Antonio y D^a Elisa, de las fincas NÚM000, NÚM001 y NÚM002, perjudican la legítima de los otros descendientes, por lo que al no existir otros bienes hereditarios (considerando las tres viviendas que fueron donadas a cada uno de los hijos) deben ser declaradas inoficiosas y nulas. Oficiése una vez firme el presente mandamiento al Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarriá a los efectos oportunos. c) Que se realice la partición de los bienes (fincas NÚM000, NÚM001 y NÚM002), teniendo en cuenta el criterio establecido en el antepenúltimo párrafo del fundamento jurídico sexto de esta sentencia. d) Que la herencia se entienda aceptada (por los hijos de D. Carlos Daniel), a beneficio de inventario, y que por tanto solo responderán de las cargas de la herencia con los bienes que les sean entregados. Cada parte deberá abonar las costas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.—Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1^a Instancia por la representación de D^a Elisa y D. Juan Antonio y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 31 de mayo de 2000, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS.—Que estimando el recurso de apelación promovido por la representación de D^a Elisa y D. Juan Antonio contra la sentencia dictada en fecha 26 de junio de 1998 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Benidom y desestimando por ella la adhesión que a tal recurso articularon los iniciales apelados revocamos y dejamos sin efecto los pronunciamientos contenidos en los apartados A) y C) del fallo de la sentencia apelada confirmando el resto de sus pronunciamientos».

TERCERO.—La Procuradora de los Tribunales D^a María Gracia Martos Martínez, en nombre y representación de D^a Irene, D. Mariano, D^a María Luisa y D. José Luis, todos ellos representados por la Procuradora de los Tribunales D^a María Gracia Martos Martínez, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección

Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 31 de mayo de 2000, con apoyo en el siguiente motivo primero y único del recurso, al amparo del art. 1692.4^o LECiv, acusa infracción del art. 1035 y siguientes del Código Civil, en al relación al art. 912 del mismo texto legal.

CUARTO.—Admitido el recurso no fue evacuado el traslado conferido para impugnación, por incomparecencia de los recurridos y no habiéndose solicitado la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de junio de 2007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.—D. Alberto contrajo matrimonio con D^a Elsa, del que tuvieron tres hijos: Carlos Daniel, Juan Antonio y Elisa.

D. Carlos Daniel contrajo matrimonio con D^a Irene, del cual tuvieron cinco hijos: María Luisa, Mariano, Ana, José Luis y Fátima.

D. Carlos Daniel premurió a sus padres, que lo fueron con posterioridad sin haber otorgado testamento y sin bienes, pues en vida habían hecho donación de los mismos a sus hijos.

D^a Irene y sus hijos Mariano, María Luisa y D. José Luis, demandaron por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a D^a Elisa y D. Juan Antonio, solicitando:

A) Se les declarase junto a sus hermanos herederos abintestato de D. Alberto y D^a Elsa, con derecho a un tercio de sus herencias.

B) Que se declarase la inoficiosidad de las donaciones realizadas en vida por estos últimos en favor de sus hijos D^a Elisa y D. Juan Antonio.

C) Que se procediese a la partición de la herencia de D. Alberto y D^a Soledad conforme a las normas reguladoras de las legítimas, bajo apercibimiento de realizarlo el Juzgado en su nombre en ejecución de sentencia y por los trámites prevenidos para la testamentaria.

C) Que en caso de que aparezcan nuevos bienes relictos se unan a la masa hereditaria posteriormente para ser partidos entre los herederos.

D) Que los demandantes gozan, en virtud del art. 1021 CC del beneficio de inventario.

El Juzgado de 1^a Instancia estimó parcialmente la demanda. Proclamó a los demandantes y otros hermanos herederos legales en la herencia de sus abuelos; que las donaciones hechas a D^a Elisa y D. Juan Antonio de las fincas registrales NÚM000, NÚM001 y NÚM002 perjudican la legítima de los demás herederos forzosos, siendo declaradas inoficiosas; que se realizase la partición de bienes con arreglo a ello; y que la herencia se entendía aceptada a beneficio de inventario.

La sentencia fue apelada por los demandados, a la que se adhirieron los actores en cuanto a los pedi-

mentos no estimados. La Audiencia estimó el recurso de los primeros y desestimó la adhesión de la apelación, y revocó la sentencia recurrida en cuanto a la declaración de inoficiosidad de las donaciones y la realización de la partición de bienes.

Se basó en que no constaban más bienes hereditarios que los donados, por lo que había de practicarse una computación de las donaciones hechas por el matrimonio a sus tres hijos, para determinar la legítima de los mismos y decidir si son o no inoficiosas. Todas estas operaciones condujeron a la Audiencia a estimar que las donaciones no eran inoficiosas; que excedían de lo debido por legítima, y cabían perfectamente en el tercio de bienes disponible, y ello en nada afectaría a la legítima de D. Carlos Daniel, a quienes representan en la sucesión los actores.

Éstos han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

PRIMERO.—El motivo primero y único del recurso, al amparo del art. 1692.º F.º LECiv, acusa infracción del art. 1035 y siguientes del Código Civil, en al *(sic)* relación al art. 912 del mismo texto legal.

Se fundamenta en que la sentencia recurrida habría de haber dispuesto la realización de las operaciones particionales, que fue objeto de unas peticiones de la «Súplica» de la demanda, mandando traer a la masa hereditaria, tal y como se indica, el exceso (de las donaciones sobre su cuota hereditaria), y todo ello en virtud y forma dispuesta en el art. 1035 y siguientes: «Siendo todos los interesados en la partición promovida herederos forzosos y preexistiendo donaciones —lo que constituyen los requisitos de la colación—, habrán de traerse a ésta, no las cosas donadas sino su valor (en el momento de efectuarse el avalúo de los bienes hereditarios), siendo del cargo del donatario el aumento o la pérdida o deterioro de la cosa, y ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 1045 del CC, para formar, de manera ideal, la masa partible, percibiendo cada uno de ella su cuota, imputando, primero, el valor de lo donado en la cuenta del colacionante y, segundo, compensando a los demás en la forma determinada en el art. 1047 y ss. del CC».

El motivo está erróneamente formulado al citar como infringido los preceptos siguientes al art. 1035, ya que esta Sala tiene reiteradamente proscrita esa forma de fundamentar un motivo casacional, pues es contrario a la naturaleza de este recurso, en el que por disposición legal es el propio recurrente el que ha de concretar el precepto inaplicado o aplicado irregularmente, no para la propia Sala que ha de decidirlo, pues el recurso de casación no es una especial inquisición a denuncia de cualquier interesado la que haya de realizar en busca de cualquier infracción legal. Por tanto, y en virtud del principio *pro actione*, para facilitar la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se van a considerar como no inexistente la alusión a preceptos siguientes a los que cita, ahora de forma concreta y legal.

Desde este punto de vista, el motivo se estima porque la sentencia recurrida se ha limitado al examen de la inoficiosidad alegada en la demanda de las do-

naciones hechas en vida por el causante, estimando que no lo son, puesto que el exceso sobre la cuota legítimaria de los donatarios cabía perfectamente en el tercio de libre disposición.

Los recurrentes no han formulado ningún motivo casacional contra las operaciones efectuadas a aquel fin ni contra las valoraciones de los bienes que le han servido de base.

Ahora bien, son hechos probados que los causantes hicieron sendas donaciones a sus tres hijos, y que a su herencia concurren los mismos como herederos ab intestato, si bien el hijo premuerto (D. Carlos Daniel) a través de sus hijos por representación. No hay, por ello, ninguna duda de que la sentencia no debió terminar con el rechazo de la demanda porque las donaciones no eran inoficiosas y el exceso cabía en la parte disposición *(sic)*, sino proseguir con la resolución de la siguiente pretensión de la demanda, y ordenar por tanto la colación de todas las donaciones, o, por lo menos, dado que ha quedado inmutable en casación la particular forma de computación e imputación de lo donado a la cuota legítimaria de los donatarios, la de todos los excesos sobre ella, con el fin de que el derecho al tercio de libre disposición que tienen los herederos por igual en la herencia del causante tenga efectividad.

SEGUNDO.—La estimación del único motivo del recurso por cuanto obliga a casar la sentencia recurrida en cuanto a la desestimación del pronunciamiento C) de la demanda, pues por las razones que han quedado expuestas ha de ser estimado, confirmando dicha sentencia en todo lo demás.

Sin condena en costas en este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por D.ª Irene, D. Mariano, D.ª María Luisa y D. José Luis, representados por la Procuradora de los Tribunales D.ª María Gracia Martos Martínez, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 31 de mayo de 2000, la cual debemos casar y anular parcialmente, alcanzando la misma a la desestimación expresa del punto C) del fallo a la sentencia apelada, y, en su lugar, debemos estimar y estimamos la pretensión de la demanda de que se efectúa la partición hereditaria, y básicamente las operaciones de colación de las donaciones recibidas por los herederos ab intestato de los causantes. En todo lo demás se confirma. Sin condena en costas en este recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos.—Xavier O'Callaghan Muñoz.—Antonio Gullón Ballesteros.—Rubricado *(sic)*.—PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la ante-

rior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros. Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA ACERCA DEL EXCESO DE LA DONACIÓN SOBRE LA CUOTA DEL COLACIONANTE
- III. LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA APORTACIÓN DEL EXCESO Y NUESTRA OPINIÓN
- IV. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CASTELLANO. ¿APOYAN LA APORTACIÓN DEL EXCESO?
- V. LA COLACIÓN EN NUESTRA CODIFICACIÓN CIVIL
- VI. CONCLUSIONES SOBRE LA PRÁCTICA DE LA COLACIÓN EN EL SUPUESTO LITIGIOSO

I. PLANTEAMIENTO

Algún autor ha tenido ocasión de decir que la eventualidad de que la valoración de lo donado superara la cuota hereditaria del colacionante debía ser prácticamente teórica (así ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XIV, 2, Madrid, 1989, pg. 64: «poco frecuente» califica al supuesto GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, Madrid, 2002, pg. 34). Algo de razón hay en esta afirmación, pues no abundan los casos en que el Tribunal Supremo se haya tenido que ocupar de supuestos de este tipo. No obstante, la Sentencia que comentamos ha abordado el problema, y nos viene a demostrar que no hay litigio, por rebuscado que parezca *a priori*, que no se termine planteando en la realidad; lo cual a su vez indica que la hipótesis no será tan rara si, aunque sea ocasionalmente, logra llegar hasta la casación. En verdad pocos supuestos de colación han sido resueltos por el Tribunal Supremo, por eso cualquier problema relativo a la misma resulta, por simple probabilidad, escasamente tratado.

El problema jurídico suscitado es muy simple en su formulación: la colación regulada en los arts. 1035 CC. ¿se detiene y se queda sin hacer en cuanto al exceso de la donación sobre la cuota hereditaria del colacionante? Si así fuera, el colacionante nada tomaría del caudal hereditario (simplemente tomaría de menos, en conformidad con el art. 1047 CC), pero no tendría que aportar nada a sus coherederos (o mejor decir, a la masa de la colación). Por consiguiente estos últimos se contentarían con lo que puedan percibir con cargo a los bienes relictos. En cambio, si se optara por la solución contraria, el colacionante sí que debería aportar ese exceso a la masa, para así equilibrar el valor de lo percibido por donación con el correspondiente a su cuota hereditaria. Mientras que la doctrina mayoritaria opta por la primera explicación, la Sentencia defendería la segunda, y lo haría junto con algunos autores de peso.

Consideramos necesario hacer un breve resumen de los datos fundamentales de la *litis*, completándolos en lo que sea preciso con los que brinda la Sentencia casada (Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante de 31 de mayo de 2000: en www.tirantonline.com). En sustancia: el causante había tenido tres hijos, y a cada uno había donado durante su vida tres pisos del mismo valor. Además había donado, a dos de ellos, sendas fincas rústicas. La valoración realizada en apelación, y no recurrida ni revisada en casación, demuestra que los pisos donados a cada uno de los hijos cubrían cumplidamente sus respectivas legítimas. El causante falleció sin testamento, y en ese momento ya había muerto el hijo al que se le había donado solamente un inmueble urbano por lo que suceden por representación sus hijos, nietos del causante, junto con sus tíos; los demandantes son esos nietos del causante, y sus pedimentos los siguientes: la declaración de inoficiosidad de las donaciones de los inmuebles rústicos, y, alternativamente, la realización de la partición con la consiguiente aplicación de las normas de la colación de donaciones.

El desarrollo de los autos, nos deja un cierto sabor de frustración porque su resultado podía haber sido mucho más rico e interesante, si no se hubieran producido algunas circunstancias que

terminan rebajando su nivel de calidad técnica. Con ello se pierde parte de la contribución que podía haber prestado este supuesto a la construcción e interpretación del sistema. En efecto, la demanda alegaba alternativamente la inoficiosidad de las donaciones y la colación de las mismas. Esto era necesario para la defensa jurídica de los demandantes teniendo en cuenta cómo se habían desarrollado los hechos. Nos explicamos: en el supuesto los nietos demandantes reclamaron la herencia de su abuelo por la vía del art. 1021 CC, norma de cuya aplicabilidad no parecen dudar en ningún momento ni siquiera los demandados. Es decir, se aceptaba sin discusión que la posesión de la herencia se había disfrutado únicamente por los dos hijos supervivientes, mientras que los nietos estaban apartados de ella. Esta circunstancia explica que, al plantear la demanda, los nietos no conocieran ni aproximadamente el importe y la existencia misma de bienes relictos, y por tanto si las mencionadas donaciones eran inoficiosas o no; asimismo, también ignoraban los efectos concretos que la colación podía producir.

Pero lo que desde el punto de vista de los demandantes resultaba lógico, termina distorsionando la suerte del pleito, a causa de una confusión conceptual difícilmente justificable. En efecto, en Primera Instancia se habrá decidido ya a la vista de los datos sobre composición del caudal y valoración de los bienes donados, a pesar de lo cual se considera que las donaciones de inmuebles rústicos eran inoficiosas y nulas por completo. Esta conclusión es imposible matemáticamente, pues de los datos probados se deduce que la herencia carecía de bienes por completo, que el causante no había realizado otras donaciones ni dispuesto mejoras, y que los inmuebles urbanos donados a cada hijo (incluido el premuerto) valían lo mismo. En estas condiciones, las donaciones de inmuebles rústicos sólo podrían llegar a ser inoficiosas en parte, nunca por completo (y no estamos afirmando que efectivamente fueran inoficiosas, sino que podían llegar a serlo; pero también podrían ser perfectamente oficiosas como parece que sucedía en realidad, según reconocen las Sentencias de apelación y casación). Es obvia la razón: si los tres hijos han recibido el mismo valor en inmuebles urbanos, valor que, por hipótesis, no cubre sus legítimas (naturalmente la de ninguno); entonces las donaciones a dos de ellos no pueden ser inoficiosas por completo; habrán de ser oficiosas al menos en lo que sirva para cubrir la propia porción de legítima del donatario que la donación del inmueble urbano no alcanzó a cubrir.

La Sentencia de instancia no entró, en cambio, a analizar el pedimento relativo a la colación de las donaciones, aunque declaró que las donaciones anuladas debían integrarse en el caudal hereditario para su partición; lo que supone reconocer que en realidad no había total inoficiosidad, como incorrectamente había declarado, ya que a través de la partición los donatarios que han visto anulada por completo su donación van a terminar recibiendo una parte del bien donado: *ergo* en esa porción la donación no era inoficiosa. Y es que la inoficiosidad no produce como efecto la integración de los bienes recuperados en el caudal hereditario, sino su atribución directa al legítimo perjudicado (cfr., no obstante, los matices de esta tesis en el tratamiento doctrinal de la cuestión en GARCÍA PÉREZ, *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Valencia, 2004, pgs. 313 y ss., matices que no afectan sustancialmente a la anterior crítica).

Los demandados, condenados en primera instancia, tenían fácil su defensa en apelación, demostrando que las donaciones no lesionaban legítima alguna y no eran inoficiosas ni nulas, puesto que –según declara probado la Audiencia– el valor de los inmuebles urbanos donados cubría con creces las legítimas de cada uno de los legitimarios. Ahora bien, el Tribunal de apelación se quedó ahí: en anular los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en cuanto a la nulidad e inoficiosidad de las donaciones. Pero no entró, como hubiera debido, en la cuestión de la colación de las donaciones; que así llega a la casación sin pronunciamiento alguno por parte de los Tribunales inferiores.

El Tribunal Supremo resuelve en sentido positivo la cuestión relativa a la colación; es decir, declara que las donaciones a las que nos referimos eran colacionables en la herencia del donante. Pero no escapa tampoco la Sentencia de casación a la crítica; como fruto de una errata material en sus Fundamentos de Derecho, que contribuye a desdibujar un tanto el significado auténtico de su pronunciamiento. Nos explicamos: según el FD preliminar de la STS, en la demanda se había solicitado:

«A) Se les declarase junto a sus hermanos herederos abintestato de D. Alberto y D^a Elisa, con derecho a un tercio de sus herencias.

B) *Que se declarase la inoficiosidad de las donaciones realizadas en vida por estos últimos en favor de sus hijos D^a Elisa y D. Juan Antonia.*

C) *Que se procediese a la partición de la herencia de D. Alberto y D^a Soledad conforme a las normas reguladoras de las legítimas, baja aperturamiento de realizarlo el Juzgado en su nombre en ejecución de sentencia y por los trámites prevenidos para la testamentaria.*

C) *(sic, se refiere la letra) Que en caso de que aparezcan nuevos bienes relictos se unan a la masa hereditaria posteriormente para ser partidas entre los herederos.*

D) *Que los demandantes gozan, en virtud del art. 1021 CC del beneficio de inventario-.*

Según el TS (FD 1^o): *«la sentencia (la de apelación) no debió terminar con el rechazo de la demanda porque las donaciones no eran inoficiosas y el exceso cabía en la parte disposición (sic), sino proseguir con la resolución de la siguiente pretensión de la demanda, y ordenar por tanto la colación de todas las donaciones, o, por lo menos, dada que ha quedado inmutable en casación la particular forma de computación e imputación de lo donado a la cuota legítimaria de los donatarios, la de todos los excesos sobre ella, con el fin de que el derecho al tercio de libre disposición que tienen los herederos por igual en la herencia del causante tenga efectividad-». A lo que se añade en el FD 2^o: «La estimación del único motivo del recurso por cuanto obliga a casar la sentencia recurrida en cuanto a la desestimación del pronunciamiento C) de la demanda, pues por las razones que han quedado expuestas ha de ser estimado, confirmando dicha sentencia en todo lo demás».*

La duda que nos asalta sería: ¿se refiere la Sentencia a que procede estimar los dos pedimentos de la demanda que aparecen con la letra C) o sólo uno de ellos? En este último caso, ¿cuál es el pedimento que se estima? La cuestión parece importante porque el pedimento que llamaremos C) bis, de ser admitido, deja sin resolver si la colación debía llegar en el caso a la restitución del exceso de lo donado sobre la cuota. En definitiva: ¿quiere decir la Sentencia que de acuerdo con los bienes actualmente conocidos la colación obliga a los donatarios a aportar el exceso sobre sus cuotas, para igualarlos con los otros herederos? O, por el contrario, ¿quiere simplemente condenar a que la colación se verifique con los eventuales bienes que en el futuro se localicen, pero sin resolver si los donatarios deben aportar dicho exceso en el estado actual de las cosas? Ambas soluciones, repetimos, podían justificar la casación de la Sentencia de apelación. La primera opción cuenta a su favor con la idea, que acabamos de ver expresada por la Sentencia, de que debe garantizarse la igualdad de los legitimarios también en el tercio libre; y eso sólo puede lograrse hasta el final si se obliga a aportar el exceso. Pero esa solución supone corregir la opinión doctrinal mayoritaria (incluso la expresada en sus obras por dos de los Magistrados firmantes de la Sentencia: uno de ellos, además, su ponente); por lo que hubiera sido normal argumentar las razones con algo más de extensión y claridad. Además: la búsqueda de la igualdad puede ser el fundamento de la colación, y es lógico que así se proclame. ¿Pero obliga ello a aportar el exceso? Eso ya no es tanto cuestión de *fundamentos* de la figura como de *efectos* de la misma, y, en cuanto a estos últimos, el Código Civil proclama que la colación se verifica *sin traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor* (art. 1045 CC); y *por toma de menos* del donatario (art. 1047 CC). Entonces, sin que ello suponga negar que el fundamento de la institución debe buscarse en la igualdad (o mejor, proporcionalidad) entre los hijos, la colación podría quedarse sin hacer en el exceso. A este entendimiento de la figura podría dar pie, y de ahí la duda, el propio planteamiento de la demanda (con esa insistencia en que se condene a aportar a la cuenta de la partición los bienes hereditarios que puedan aparecer en el futuro).

En nuestra opinión se ha perdido una oportunidad para haber explicado con detalle y claridad el criterio de nuestro ordenamiento sobre el extremo aquí debatido. La Sentencia parece entender que el Código Civil impone la aportación del exceso, pero no justifica cumplidamente las razones.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA ACERCA DEL EXCESO DE LA DONACIÓN SOBRE LA CUOTA DEL COLACIONANTE

La interpretación doctrinal sobre el problema acabado de plantear no es unánime. La abrumadora mayoría de los autores considera que el exceso no debe ser objeto de aportación, sino que lo retiene para sí el donatario. Ésa es también la postura que hemos defendido en otra ocasión y que seguimos considerando preferible como más adecuada a la naturaleza y efectos de la colación de nuestro Código (cfr. el estudio «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria», *ADC*, 1992, pgs. 377 y ss.). Nos confirmamos, pues, en las razones que allí alegamos, que ahora no tendremos que repetir, sino simplemente profundizar en ellas, añadir

otras y responder a las alegadas en contra por algunos autores posteriores: sobre todo las de orden histórico.

Sostienen que la colación obliga al colacionante a aportar el exceso de la donación sobre su cuota, los siguientes autores: MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, VII, 7ª edición revisada por BONET RAMÓN, Madrid, 1987, pg. 672), MORELL («Colación especial exigida en el art. 1035 del Código Civil», *RGLJ*, 108, 1906, pgs. 130 y ss.), VALLET (*Estudios de derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1992, pgs. 530 y ss.), SARMENTO (*Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pgs. 2461 y ss.), RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho de sucesiones, común y foral*, tomo II, 2ª, 3ª edición, Madrid, 2004, pgs. 1449-1450 y GARCÍA-RIPOLL (*La colación hereditaria*, cit., pgs. 34 y ss.).

En cambio, sostienen que el donatario retiene para sí el referido exceso, entre otros muchos: ROCA SASTRE («Notas» a Kipp-Coing, *Derecho de Sucesiones V-2º*, 2ª edición, Barcelona, 1976, pg. 312), LACRUZ (*Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pgs. 585 y ss.), GARCÍA-BERNARDO (*La legítima en el Código Civil*, Madrid, 2006, pg. 392), DE LOS MOZOS (*La colación*, Madrid, 1965, pgs. 171 y ss.), PUIG BRUFAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III, Barcelona, 1983, pgs. 576 y ss.), ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1991, pg. 191), DIEZ-PICAZO Y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, IV, 10ª edición, Madrid, 2006, pg. 530; hay que reconocer que en la 1ª edición se formulaba esta opinión más extensamente y con expresiones muy contundentes que en ediciones posteriores se han perdido: «la restitución de bienes a la masa hereditaria puede ser una consecuencia propia de otras instituciones que se configuran para la defensa de la legítima, pero nunca jamás para la colación en sentido estricto»: *Sistema*, IV, Madrid, 1978, pg. 834), ROCA JUAN (*Comentarios*, cit., pgs. 63 y ss.), DORAL GARCÍA («Autonomía y atribución en la colación de bienes», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pgs. 284 y ss., con dudas), REAL PÉREZ (*Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988, pgs. 128 y ss.), MUÑOZ GARCÍA (*La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Pamplona, 1998, pgs. 187 y ss.), RIERA ÁLVAREZ (en «La partición de la herencia y la colación» en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. DELGADO DE MIGUEL, tomo V, vol. 2º, Madrid, 2005, pgs. 880 y ss.), VILLAGÓMEZ RODRÍGUEZ (en *Comentario del Código Civil*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, 5, Barcelona, 2006, pg. 599), GALVÁN GALLEGOS (en «Operaciones particionales» en *La partición de la herencia*, dirigido por O'CALLAGHAN, Madrid, 2006, pg. 325), VALLADARES RASCÓN (*Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ, Pamplona, 2006, pg. 1247), O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho Civil*, V, Derecho de sucesiones, Madrid, 2007, pg. 392), GOMÁ SALCEDO (*Instituciones de Derecho Civil común y foral*, tomo III, volumen 2, Barcelona, 2007, pgs. 1414 y ss.), MOREU BALLONGA («El sistema legitimario en la Ley Aragonesa de Sucesiones», *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2006, pgs. 196-197) y GALICIA AIZPURUA («Comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 2007», *CCJC*, núm. 76, 2008, pgs. 466 y 470).

La Jurisprudencia no ha tenido ocasión hasta el día de hoy de pronunciarse sobre la materia. No obstante, GARCÍA-RIPOLL (*La colación hereditaria*, cit., pg. 41) ha alegado a favor de la aportación del exceso, la Sentencia de 17 de marzo de 1989 [R] 1989, 2161], de cuyo comentario nos ocupamos hace años («La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria», cit., pgs. 377 y ss.). No obstante, en el caso contemplado por esta Sentencia la colación era de carácter voluntario, es decir, había sido ordenada expresamente por el testador; ya que se trataba de la colación establecida a favor del cónyuge viudo, quien –como se interpreta comúnmente– no es sujeto de la colación legal. Ciertamente no constaba claramente que el testador hubiera impuesto la restitución del exceso, aunque podía quizá deducirse interpretativamente a partir de las circunstancias del caso. Por todo ello, si bien la Sentencia se expresaba como si su doctrina tuviera alcance general, el carácter algo confuso y excéntrico de una Sentencia que parece considerar colación legal el supuesto que está contemplando, hace que no nos podamos apoyar en ella para defender la restitución del exceso en la auténtica colación legal. Existen algunas otras Sentencias en las que se suscitaban litigios relacionados con el problema, pero terminaron resolviéndose por otras vías (se pueden ver las referencias concretas y un resumen de su contenido en «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria», cit., pgs. 404-405, nota 52).

III. LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA APORTACIÓN DEL EXCESO Y NUESTRA OPINIÓN

Estamos de acuerdo con la Sentencia en que el fin de la colación en este supuesto puede estar

en garantizar «el derecho al tercio de libre disposición que tienen los herederos por igual en la herencia del causante». Esta afirmación encontrará pocos adversarios en la doctrina y corresponde a planteamientos explícitos de algún autor (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 142): «en nuestro Código hay un ideal igualitario entre los legitimarios (especialmente, respecto de las atribuciones inter vivos) que se extiende a todo el caudal; y para contrariarlo, es necesario que el causante disponga expresamente quebrando dicha igualdad». Ahora bien, el problema es que esa propugnada igualdad evoca inmediatamente la regulación de la legítima, y por esa vía podría llegar a confundir. En efecto, esa igualdad –en cuanto recaiga sobre la parte de libre disposición– es dudoso que pueda imponer la restitución del exceso. Por eso se trata de analizar si la Ley impone claramente la revisión de las liberalidades *inter vivos* realizadas por el causante.

Está claro para casi todos que el criterio legal de igualdad entre los descendientes puede implicar, incluso, la reducción de una donación que –si se imputara a la mejora– sería oficiosa; ya que la imputación a la mejora la debe realizar el causante de manera expresa (cfr. art. 825 en comparación con el 828 CC y nuestro comentario «Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 [RJ] 2006, 3343»). *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, pgs. 453 y ss.; allí pueden encontrarse referencias detalladas a las diferentes posiciones doctrinales). En la mejora juegan razones de derecho imperativo, y es razonable la solución adoptada por la Ley.

En cambio no está tan claro que pueda llegarse a un efecto similar para defender la igualdad de los hijos en la parte de libre disposición. Ciertamente la dispensa de colación también debe ser expresa (cfr. art. 1036 CC), y eso apoyaría la consideración de ambas hipótesis (donación imputable a la mejora y donación imputable a la parte libre) como análogas. Pero hay diferencias importantes. En primer lugar, la no colación de una liberalidad también procede por la repudiación del llamamiento: de ese modo la igualdad en la parte libre se puede eludir mediante un acto del donatario; no existe, en cambio, una posibilidad paralela en materia de mejora. En segundo lugar, si se compara el art. 825 CC con su precedente en el Proyecto de 1851, se advierte que ha desaparecido el apoyo a que la imputación a la parte libre de la donación hecha a un legitimario deba provenir de una declaración expresa del causante (En efecto, en el segundo párrafo del art. 657 del Proyecto se decía, con relación a la declaración expresa de mejora: «Además, para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambas»).

El reciente estudio de GARCÍA-RIPOLL sobre la colación, obliga a replantearse la cuestión dibujada en los párrafos anteriores. En su trabajo, la construcción favorable a la restitución o aportación del exceso se argumenta con aún más detalle, y se podría apoyar no sólo en la igualdad, sino en otras razones. En primer lugar, en que «el Código no resuelve expresamente el problema, quizá porque sus redactores no se lo plantearon» (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 36). En segundo lugar, en que hay legislaciones comparadas que excluyen expresamente la colación del exceso, lo que induce «a pensar que la estructura de la figura exige la aportación del exceso» (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 38). En tercer lugar, en que «para limitar la colación sólo hasta el montante de la cuota del donatario habría falta una disposición legal expresa» (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 40). Adicionalmente también se invoca el argumento histórico, pero a éste le dedicaremos un epígrafe posterior.

Ninguno de estos argumentos nos parece concluyente: es posible sostener que el Código es más explícito de lo que parece, y que la aportación del exceso ni es un efecto querido por nuestro sistema, ni es una exigencia estructural de la figura de la colación, que requiriera una expresa norma en contra. Esto no quita para que se pueda considerar conveniente una mayor claridad del texto legal, cosa en la que estamos de acuerdo.

Partamos de una consideración que se ofrece como argumento de apoyo: «Toda la regulación de la colación se basa en la ficción de que ese valor pertenece a la masa partible entre los coherederos afectados» (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 39). La afirmación se fundamenta en el art. 1035 y, sobre todo, en el primer párrafo del 1049, relativo a los frutos de los bienes sujetos a colación. No es cosa de entrar en el tratamiento y análisis detallado de este último precepto. Ahora bien, no olvidemos que se trataría, como se acaba de afirmar, de una *ficción*: testigo de ello es el segundo párrafo del artículo 1049 para el que, como los bienes colacionados no están efectivamente en la masa, ni tampoco lo está su valor, para calcular los frutos de esos bienes se toma como referencia

de cálculo los que produzcan *los bienes hereditarios* de la misma especie que los colacionados. Por tanto esa ficción, al igual que no impide que los frutos de la cosa sujeta a colación o de su valor se mantengan realmente fuera de la masa de reparto, tampoco demuestra nada sobre hasta dónde debe llegar la práctica igualadora de la colación, como si, en lugar de tratarse de una ficción, los bienes donados, su valor o sus frutos entraran efectivamente en la masa. En suma, esa ficción sobre la que se basa la colación necesitaría ser completada con las normas que describen el modo en que se verifica la colación, y las que regulan su auténtico alcance. Y en nuestro sistema se ha negado la colación de los mismos bienes para traerlos a partición, sólo se impone la operación contable de tener en cuenta su valor (art. 1045 CC), y, simplemente, se establece la colación por toma de menos.

En un sistema así –a diferencia de lo que puede suceder en un sistema de colación *in natura*– la completa nivelación de la donación con la cuota del colacionante no constituiría un simple matiz de la regulación legal, de alcance meramente cuantitativo, sino que entraría de lleno en lo cualitativo. Por eso se trata de averiguar si el ordenamiento ha impuesto una carga al donatario-heredero diferente de la simple redistribución particional de las cuotas hereditarias, mediante la toma en cuenta de las donaciones para que los donatarios reciban de menos en la herencia tanto cuanto ya hayan recibido. Nos parece clarísimo que sería esa aportación a la masa la que debiera estar expresamente establecida por la Ley, en cuanto que va más allá de ser una simple incidencia de la partición, para entrar a afectar a la subsistencia del enriquecimiento del donatario obtenido como consecuencia de un contrato gratuito plenamente válido y que no desborda los límites imperativos establecidos por la Ley.

De hecho los partidarios de la obligación de restituir el exceso, reconocen que la colación constituye una carga, a la que el heredero colacionante puede hacer frente mediante el uso del beneficio de inventario (así expresamente VALET, *Estudios*, cit., pgs. 540-541; GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pgs. 40-41). Es decir, la aportación del exceso sería una carga u obligación hereditaria en el sentido contemplado por el art. 1023 CC. En nuestra opinión, nada hay en la regulación legal de la colación que autorice esta visión de las cosas. Pero, aun aceptando dialécticamente que en la colación hubiera de verse una carga, habría que reconocerse que se trataría de una carga sustancialmente diferente a la representada por la colación que no llegue a la restitución: no es lo mismo dejar de percibir en la herencia que tener que aportar a la misma. Por eso, pensamos que aquí tendría algo que decir el que para nuestro Código las cargas legales deban estar establecidas con claridad (arg. art. 1090 CC). Y como no parece que ésta lo estuviera, no se la podría imponer al heredero con base en meras conjeturas. Llegaríamos, pues, a la conclusión contraria a la de GARCÍA-RIPOLL: en la actual configuración de la colación por nuestro ordenamiento sería necesaria una disposición legal expresa para entender que se puede obligar a la aportación del exceso. Cuanto más que el causante, y el propio donante, puede gravar al heredero y al donatario con las cargas voluntarias que estime oportunas, incluso las que lleven a la aportación del exceso (a esto último ya nos referimos en «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria», cit., pgs. 403 y ss.; a su tratamiento pormenorizado nos remitimos).

Y si se medita sobre el sentido de la regulación legal, tampoco se debe aceptar que haya previsión del legislador sobre esta materia. De hecho los arts. 1045, 1047 y 1048 CC parecen concluyentes en sentido contrario a la aportación del exceso. Primero: porque han modificado el sistema histórico de colación: de uno por aportación se ha pasado a otro que impone la simple imputación del valor. Segundo: porque dicen que el donatario *tomará de menos* en la masa hereditaria tanto cuanto ya hubiese recibido. Tercero: porque también dicen que los coherederos reciben el equivalente, y ese equivalente –aunque el 1047 no lo explicita gramaticalmente, sí lo hace el 1048– se percibe en bienes de la herencia (o por medio de la venta de bienes de la herencia). Y, por contraste, en ningún lugar del Código aparece contemplado de modo directo o indirecto que, como efecto de la colación, sea necesario aportar algo a la herencia. La colación se contempla en nuestro sistema como una operación meramente contable: no obliga al colacionante a llevar nada materialmente al reparto, sólo a aportar un valor al cómputo de la partición. En suma, resulta mucho más convincente pensar que, contra lo que se dice, el legislador sí se planteó el problema y excluyó que la aportación del exceso fuera una característica de nuestro sistema colatorio. Pero, en cualquier caso, si se pensara que el tema no quedó planteado ni excluido, habría que reconocer que ni se estableció expresamente ese efecto, ni éste se deduce necesariamente del perfil técnico de la figura: más bien todo lo contrario.

De hecho, en un apartado posterior comprobaremos que en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de 1882-1888 se planteó que la aportación por colación sólo constituía un problema de inoficiosidad. Similar composición de lugar puede apreciarse en la doctrina decimonónica acerca del sistema castellano precodicial.

Desde el punto de vista comparado, nos parece mucho más adecuado decir que la colación por imputación, parece de suyo proclive a no imponer la restitución del exceso, a diferencia de la colación que se verifica por aportación material (aceptamos la idea repetida en la doctrina: vid. LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pg. 586: «La restitución del exceso ha sido, así, un arrastre histórico de la antigua colación romana, que hoy no tiene razón de ser, y que persiste, en los Derechos donde se conserva, por pura inercia»; DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pgs. 178-179; MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, cit., pg. 191). No obstante, hay que atender a lo que disponga el concreto sistema que se esté interpretando, que no estaría radicalmente vinculado por estas exigencias de coherencia lógica; podría existir aportación del exceso en un sistema de imputación y no existir en el de aportación material.

En este sentido, la existencia de diversos criterios desde el punto de vista comparado dificulta que se pueda utilizar la solución de tal o cual ordenamiento para interpretar nuestro propio sistema (Así, DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pgs. 171 y 179: en primer lugar advierte contra las tendencias que «haciendo abstracción de la regulación positiva, o aun en contra de ella, fijadas en las líneas institucionales de la colación conforme a sistemas jurídicos históricos o extranjeros, pretenden deducir efectos que la formulación vigente de la regla de la colación no admite» e indica que «las referencias a otras doctrinas y a otros sistemas hay que tomarlas con la debida precaución»; VALLET, *Estudios*, cit., pg. 295 considera incluso que el Derecho comparado puede ser «un peligroso elemento de distracción al aplicarlo a la interpretación del Derecho positivo de cada comunidad jurídica»). Ahora bien, a pesar de ello, resulta claro que en el sistema de colación en valor acogido por varios ordenamientos comparados, no se establece la colación del exceso (vid. GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pgs. 37-38).

Como argumento legal indirecto que se invoca en apoyo de la tesis de la restitución del exceso, estaría el hecho de que «El Código no es tan reluctantante como se dice a que se realicen aportaciones dinerarias por el colacionante. Como se tratará de demostrar más abajo, si se omite la colación en la partición, procede la aplicación del artículo 1079, y no habrá una nueva reorganización del reparto hecho, sino, de modo más simple, una aportación económica por parte del colacionante (...). En la misma línea, cuando el artículo 1050 dispone que en caso de contienda sobre el deber de colacionar se siga adelante con la partición, prestando el colacionante la correspondiente fianza, se está previendo que, en el caso de que finalmente haya colación, no se retoque lo hecho, sino que el colacionante haga una aportación monetaria a los demás coherederos legítimos» (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pgs. 39-40). Pero, a nuestro juicio, estos otros efectos no afectan a la solución del problema que nos ocupa. Son cuestiones que se mueven en órdenes diferentes: no vemos que estas normas tengan nada que decir en cuanto a la resolución del problema que estamos planteándonos y podrían ser compatibles sin ninguna fricción con sistemas diferentes de colación.

También merece ser considerada la siguiente alegación contra la tesis común: «Respecto a que la reducción está sólo prevista en el Código para las donaciones inoficiosas, supone esta opinión un error sobre los efectos de la colación. Como ya se ha dicho, ésta no ataca para nada a la liberalidad ya realizada, que queda incólume. El Código, al eliminar la colación en especie, ha suprimido toda discusión sobre la permanencia de la donación realizada; la colación afecta al reparto de la herencia, no a las atribuciones gratuitas hechas por el causante en vida» (GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 38). No estamos seguros de que tras estas palabras exista un argumento convincente a favor de la restitución del exceso, ni una descalificación de los apoyos que se arguyen en su contra. Evidentemente, lo rechazable de la tesis de la aportación del exceso no es que quiera imponer la reducción *in natura*; sino que siendo la colación una figura que afecta al reparto de la herencia, se quiere deducir de ella una carga más allá del importe de los bienes de la misma (carga que recaería entonces sobre el valor de la donación, no ya sobre los bienes relictos). Este pretendido efecto no afectaría a la transmisión de los bienes donados que se consumó en el pasado; en eso estaríamos de acuerdo con este autor. Pero la aportación del exceso sí establece una carga que disminuye a la postre la efectividad del enriquecimiento del donatario (Que esa carga de aportar en metálico afectaría a la propia donación lo reconoce el propio VALLET, *Estudios*, cit., pg. 540, si bien en un caso en que la colación no funciona: «la exención del deber de colacionar al donatario que repudia la herencia, es una consecuencia evidente de la irrevocabilidad de las donaciones, fuera de los supuestos legalmente previstos», como ha recor-

dado recientemente MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, cit., pg. 192).

En realidad, desde el punto de vista normativo el argumento más fuerte a favor de la restitución del exceso puede estar en el anclaje histórico del art. 1036 CC, en cuanto descarta la colación en los casos de repudiación (así lo entienden VALLET, *Estudios*, cit., pg. 539 y GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 39). Ciertamente contemplar la repudiación como salida para que el colacionante eluda la colación puede estar sugiriendo la permanencia del criterio romanista de la restitución del exceso como efecto normal de la colación. Pero esta materia conecta con el apartado siguiente.

IV. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CASTELLANO, ¿APOYAN LA APORTACIÓN DEL EXCESO?

El recurso a los antecedentes históricos del Derecho castellano ha servido para apoyar la idea de la obligada aportación del exceso por el colacionante. Así, por ejemplo, ha podido afirmar VALLET (*Estudios*, cit., pg. 533) que: *«tampoco antes del Código civil se habló nunca de reducción de las donaciones colacionables en cuanto excedieran de la cuota del colacionante, y... sin embargo, de hecho eran reducidas en dicho exceso. Porque la colación —llevar a la masa partible y repartirla pro portionibus hereditariis— lleva directamente a ese resultado, si ha lugar a él»*.

En nuestra opinión esta vía argumentativa tampoco va a conducir a resultados concluyentes, y no sólo porque el propio VALLET confiese que de este efecto no se hablara *nunca* en el Derecho precedente al Código; es decir, incluso con independencia de la procedencia o no de este efecto en el Derecho castellano. Este «nunca se habló», sin embargo, es muy significativo acerca de la limitación del argumento: ¿no será fácil atribuir al anterior juicio el carácter de una petición de principio más que de una demostración? Algo de eso parece si se repara, por un lado, en la tajante afirmación de que de suyo la colación requiere la reducción del exceso; y en que, por otro lado, se diga que no se habló de ello. Si quien así argumenta es uno de los mejores conocedores del Derecho castellano clásico en esta materia, ¿no es lícito pensar que se carece de antecedentes aplicables al caso? Por nuestra parte —que desde luego, no nos podemos comparar a VALLET en cuanto al estudio exhaustivo de los autores castellanos— no hemos encontrado tampoco ningún ejemplo en la doctrina castellana en que se imponga la aportación colacionaria del exceso sin que mediara a la vez algún problema de inoficiosidad.

De hecho VALLET, reduce su argumentación sobre esta materia a la cita de la Ley 29 de Toro; y parece que esta norma se encuentra claramente fundada en el presupuesto de que es necesaria la aportación del exceso; otra cosa es cómo fuera de hecho interpretada. La Ley dice: *«Quando algun hijo, o hija viniere a heredar, o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos, y sus herederos a traer a colación y partición la dote, y donación propter nuptias, y las otras donaciones, que oviere recebido de aquel cuyos bienes vienen a heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer: salvo si la tal dote, o donaciones fueren inoficiosas; que en este caso mandamos, que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca a las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire a lo que excede de su legitima, y tercio y quinto de mejoría...»*. MORELL añadió al anterior algunos otros argumentos de orden legal, algo más débiles en su fuerza argumentativa. Así invoca el contenido de FR 3, 6, 14: *«Toda cosa que el padre o la madre dieren a alguno de sus hijos en casamiento, sea tenido el fijo de lo aduzir a partición con los otros hermanos después de la muerte del padre o de la madre que gelo dio...»*; el tenor literal de P. 6, 15, 3: *«Todas las cosas que el fijo ganare en mercadería con el aver de su padre, seyendo en su poder, todas las deue aduzir a particion con los otros bienes que fueron de su padre, e partirlas con los otros hermanos. Otrosí dezimos que la dote, o el arra o la donacion que el padre diere en casamiento a alguno de sus hijos, se deue contar en la parte de aquel a quien fue dada, fueras ende si el padre dixesse señaladamente quando gela daua o en su testamento que non queria que gela contassen en su parte...»* (MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código Civil», cit., pgs. 43-44; y pgs. 130 y ss.; mantenemos la cita de la normas con la misma transcripción que utiliza el autor).

Los apoyos de esa tesis serían dos: la afirmación legal de que la colación implica traer los bienes a partición; y, sobre todo, la previsión de la repudiación de la herencia como mecanismo

para eludir la colación. Pero quizá estos argumentos no tengan un valor señalado en los sistemas de colación por imputación del valor y por toma de menos. Hoy, pues, a pesar de que algunas expresiones del Código Civil recuerdan el sistema histórico, su valor quedaría muy disminuido a causa de la acogida de un sistema de colación diferente al de nuestro Derecho histórico. Ello hace sospechar que el mantenimiento de esas expresiones no obedece más que a un excesivo apego a las formulaciones tradicionales.

En nuestra opinión, pues, se puede sostener como hipótesis probable que el sistema de la Ley 29 de Toro, al prever la posibilidad de repudiar el llamamiento por parte del colacionante, está partiendo de la necesidad de aportar el exceso como efecto de la colación. Precisamente para evitarlo se previó la posibilidad de repudiar el llamamiento; así ya no procedería la colación, y la reducción de la donación sólo se realizaría si fuera inoficiosa. Hasta aquí podemos estar de acuerdo con VALLET y GARCÍA-RIPOLL.

La aportación del exceso concuerda con algunas explicaciones de nuestros clásicos. Así, por ejemplo, LUIS DE MOLINA, definía la colación como *-in communem bonorum parentis defuncti acervum, ex quo legitima debetur, eorum profectitiorum bonorum, quae afferentis effecta erant, ut cum aliis tanquam heres in eo succedat-* (De Justicia et Jure, I, Moguntiac, 1659, Tract. II, Disp. 37, n. 1, columna 1030). No obstante este pleno regreso del bien donado al patrimonio hereditario y la sucesión en esos bienes por los coherederos legitimarios resulta un tanto exagerado, pues sabemos que la propia norma de Toro, para evitar que resultara fácil la pérdida por el donatario del bien donado (al fin y al cabo había sido donado por el causante), permitió la repudiación para evitar la colación. No deja de resultar raro que la composición del caudal se deje a la voluntad de los propios herederos.

En el caso de repudiación la Ley estableció la imputación de la dote o donación al quinto y al tercio. Pero en la doctrina asoma claramente la tesis de que la donación causal se imputaba siempre de ese modo, se repudiara o no, con lo que se haría imposible que la colación implicara aportación del exceso sin que hubiera, simultáneamente inoficiosidad. En la práctica, sospechamos que ésta es la tesis que debió prevalecer (Cfr., por ejemplo, en este sentido la significativa posición de COVARRUBIAS, en la que falta toda alusión a que la imputación a la parte libre y al tercio procediera sólo en caso de repudiación: *Opera Omnia*, tomo I, Genevae, 1762, Cap. Raynaldus, XVIII, § II, n. 16, pg. 130: «Iure autem Regio, quo pater potest quintam et tertiam bonorum partem uni ex filiis donare aut legare, donatio causa dotis vel donationis propter nuptias, quatenus legitimam portionem non excedit, in legitimam imputatur: excessus vero, in tertiam et quintam bonorum partem, Regia l. 29. Tauri»; en expresa dependencia con esta opinión: Sala, *Ilustración del Derecho real de España*, I, Coruña, 1837, pg. 200; y más tarde, LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, Madrid, 1875, pg. 538: «es manifiestamente compatible que así las dotes, donaciones propter nupcias y mejoras estén sujetas a colación sin que por esto se revoquen en todo o se disminuyan cuando no perjudican a las legítimas de los demás hijos coherederos»; y ESCRICHE, pg. 316: «Si las donaciones causales que se traen a colación, exceden de la legítima que corresponde al hijo que las colaciona, se le imputa el exceso en el tercio y quinto de mejora, suponiéndose que fue la intención del padre el mejorarle en esta parte, pero si todavía pasaren de la mejora de tercio y quinto, se llaman entonces inoficiosas, y debe restituirse ese exceso a los demás herederos para que lo partan entre sí»).

Frente a esto último alcanza poco peso el hecho de que algunos autores castellanos mantuvieran la colación del exceso (los cita GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pgs. 36-37), porque en un sistema así interpretado se vendría a identificar la aportación colaticia con la reducción por inoficiosidad. Esto lo reconoce el propio GARCÍA-RIPOLL; ¿en qué queda, entonces, el argumento favorable a la colación del exceso, si esa aportación no fuera más que un modo de proteger la legítima? Nos referimos, por ejemplo, a las siguientes palabras: «cuando la ley 29 de Toro disponía que la hija había de colacionar lo recibido en virtud de dote, tal colación en realidad nunca se producía pues la dote no podía ser superior al valor de su cuota legitimaria, de manera que no había verdaderamente colación, sino imputación» (cfr. *La colación hereditaria*, cit., pg. 124; la afirmación con uno u otro acento ya se había realizado en pgs. 23-24 —aquí se habla de que la dote no puede superar la legítima estricta, y eso ya no es un simple matiz— y, finalmente, pg. 108, con la misma referencia a la legítima estricta). Si en realidad la colación de la dote no se podía producir en el Derecho castellano, sino sólo la imputación, tampoco podía haber aportación colaticia del exceso, sino reducción de la dote por inoficiosidad. El argumento histórico quedaría al parecer completamente desactivado en su operatividad práctica.

Si se añade a todo lo anterior que normalmente en las zonas en que regía el Derecho castellano se disponía de la legítima a título de herencia, y del tercio y quinto a través de legados y donaciones; ello venía a contribuir a identificar en la práctica la imputación y la colación (cfr. VALLET, *Estudios*, cit., pg. 201). Por eso incluso la mejor doctrina castellana indistintamente afirmaba que la donación *ob causam* se hacía con ánimo de ser compensada (con la cuota hereditaria, es decir quedaba sometida a colación), y que debía computarse (imputarse diríamos hoy) en la legítima (cfr. Antonio GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, I, Madrid, 1798, Ley 29, nn. 12 y 38, pgs. 224 y 242; Luis DE MOLINA, *De Justitia et Jure*, I, Disp. 238, columna. 1038, n. 3; COVARRUBIAS, *Opera Omnia*, I, cit., Cap. Raynaldus, XVIII, § II, nn. 16-18, pg. 130; y un eco ya muy posterior de la misma tesis en FEBRERO, *Librería de Escribanos*, Parte segunda, tomo segundo, Madrid, 1790, cap. II, n. 36, pg. 94). En una línea todavía más radical, y como un ejemplo de la total identificación de la colación y la imputación, puede verse el siguiente texto, contemporáneo a nuestra Codificación Civil: «la colación, o es inútil y superflua, o se le ha de señalar un efecto propio y peculiar que haga útil y conveniente su conservación», efecto que sería, para esta opinión, la protección de las legítimas (LEAMAS y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, Madrid, 1875, pg. 538). Ahora bien, en buena técnica, habría que esforzarse en mantener la independencia de la colación y de las normas de protección de las legítimas, frente a opiniones como las anteriores.

Remontándose más atrás en la Historia GARCÍA-RIPOLL (*La colación hereditaria*, cit., pgs. 36-37) alega en pro de la aportación del exceso la solución de D. 37, 6, 2, 5 (referida a la colación de los emancipados), en que se apuntaba claramente ese efecto. Estamos de acuerdo en que de ese texto se deduce la obligatoriedad para el colacionante de la aportación del exceso. Ahora bien, quizá se trate de un antecedente demasiado remoto para que en la actualidad pueda resolver una duda interpretativa. Ya no se trata siquiera de una norma vigente en la época de elaboración del Código, única que se debió tener en cuenta en la codificación de nuestro sistema sobre la colación, según la Base 18. Además, hay que tener en cuenta que el Proyecto de 1851 (que también se tuvo que tomar como referencia para la elaboración del Código, según la Base 1ª) ya había abandonado la colación por aportación y optado claramente por la de imputación del valor, por lo que sería dudoso el valor interpretativo de una norma pensada para un sistema opuesto al finalmente adoptado. Ciertamente la solución del Digesto fue seguida después por los autores del Derecho común, y, entre los clásicos del Derecho castellano, la norma fue también citada por Gregorio LÓPEZ (Glosa «Contar» a P. 6, 15, 3, en *Las Siete Partidas glosadas*, Salamanca, 1555); pero eso tampoco puede ser una prueba concluyente, por la misma razón.

AYERBE DE AYORA (*Tractatus de partitionibus bonorum*, Editio novissima, Valencia, 1766) también afirmó de pasada la colación del exceso; pero en realidad los supuestos a los que se refiere son de inoficiosidad de la dote, o en los que entraba en juego la Pragmática de Madrid. En particular a GARCÍA-RIPOLL le parece necesario traer a primer plano la tesis de este último autor «porque, según reconoce GARCÍA GOYENA, de él tomó algunas de las normas de la colación» y porque «también defendía la colación por toma de menos» (GARCÍA-RIPOLL, loc. ult. cit.). No obstante, aunque ambas cosas sean ciertas, debemos recordar que GARCÍA GOYENA, invoca a este autor en el comentario al art. 887, que es el precedente del art. 1045 CC, y sólo afirma que el artículo «Está redactado según la opinión de AYORA» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Edit. Zaragoza, 1974, pg. 445); y que lo relevante a nuestros efectos hubiese sido la remisión a AYORA en el art. 888 (precedente al actual 1047 CC), porque es éste el precepto relativo a los efectos de la colación. Por otra parte, aunque AYORA defendiera la colación por toma de menos y, en este sentido, constituya un ejemplo de la compatibilidad de ese sistema con la aportación del exceso, está por demostrar que los supuestos de aportación del exceso que él contemplaba correspondieran a algo diferente a la inoficiosidad.

Parece, pues, obligado analizar con detalle los lugares en los que Gregorio LÓPEZ y AYERBE DE AYORA se refieren al problema que nos ocupa, y a los que nos remite GARCÍA-RIPOLL. El primero de ellos, en el Comentario a P. 6, 15, 3, se plantea si «el padre, habiendo dado una dote crecida a la hija, la instituyó en una pequeña parte, nombrando herederos de todo lo restante a los demás hijos: ¿deberá en este caso la hija traer a colación la dote, si quiere percibir dicha parte?» Y responde con remisión a la opinión de FULGOSIO «que si pudiera presumirse que el haberla instituido el padre en tan pequeña parte fue por consideración a lo crecido de la dote, no tendrá lugar la colación... empero, si no constare la intención del testador en este punto, la colación es indispensable, a no ser que la hija quiera renunciar a la herencia... hace al propósito la l. 2. & 5. D. de collat. (D. 37, 6, 2, 5), donde se lee, neque indignari eos, si plus conferant et minus

accipiant, quia in potestate forum fuerit bonorum possessionem amittere: añad. la cit. l. 29 de Tor., vers. pero si se quisieren apartar de la herencia» (Reproducimos la traducción de *Las siete partidas*, trad. SAMPONTS y BARBA/MARTI DE EIXALA/FERRER y SUBIRANA, tomo III, Barcelona, 1843, pg. 734; v. la versión original latina, glosa «contar» que presenta unas ligeras variantes). Pese a la cita de este texto del Digesto, atinente a la aportación del exceso, se aprecia claramente que Gregorio LÓPEZ no se estaba planteando el problema de la colación del exceso, sino si procedía la colación de la dote o la hija debía percibirla aparte de la pequeña parte en que fue instituida. La duda era si la institución de heredero hecha desigualmente excluye la colación de las donaciones recibidas por el instituido en menor cuota hereditaria que sus hermanos. De ahí el tratamiento y la resolución del problema de acuerdo con lo que resulte de la voluntad del testador (vid., por ejemplo, el extenso y pormenorizado tratamiento de ese problema en Antonio GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, I, cit., Ley 29, n. 5, pgs. 218-219). Nos parece, pues, que la cita del Digesto estaba bastante fuera de contexto en este lugar, aunque reconocemos que valdría para presumir que la opinión de Gregorio LÓPEZ pudo ser favorable a la colación del exceso.

GARCÍA RÍPOLI sostiene que AYERBE DE AYORA afirma que si el donatario no repudia la herencia «ha de bolver lo que tiene llevado mas en la dote que los otros sus hermanos». El lugar exacto al que se remite GARCÍA RÍPOLI (*Tractatus*, cit., Pars III, quaestio III, núm. 8 a 10, pgs. 225-226) no nos resulta tan concluyente: ni en él se plantea directamente el problema, ni la afirmación arriba reproducida corresponde a una tesis defendida por el propio AYORA (de hecho, gramaticalmente la frase corresponde a la alegación de parte en un litigio hipotético). El problema abordado en este lugar era el siguiente: abierta la herencia, uno de los hermanos está ausente y como los demás quieren hacer partición de los bienes, le requieren para que se persone y acepte o repudie la herencia. El ausente, en razón de que había recibido una donación por razón de matrimonio o una dote cuantiosa, no aceptó expresamente sino que apoderó a un tercero para que pudiera aceptar o no, según conviniere. Comprobado por el mandatario que el ausente no recibiría nada de la herencia en razón de la cuantía de lo ya recibido, repudió el llamamiento de heredero; entonces «los hermanos dizen, que no puede renunciarla, porque ya la aceptó al principio, al tiempo que dio poder para aceptar la herencia, y hazer la partición, y que ha de bolver lo que tiene llevado mas en la dote, que los otros sus hermanos, pues no puede ser mejorada la hija tacita, ni expresamente, ut habetur in L. Regia de Madrid, del año de 1534» (*Tractatus*, cit., Pars III, quaestio III, núm. 8, pg. 225). La resolución de AYORA fue que sí cabía la repudiación, ya que se había otorgado poder para aceptar o repudiar, y eso no implicaba aceptación; sobre el problema de la restitución del exceso (que evidentemente está en el trasfondo del caso) nada se afirmó. De este texto se puede deducir: primero, que la duda que se resuelve es únicamente la relativa al valor del apoderamiento que había sido entendido como expresivo de la aceptación por algunos hermanos. Segundo, que la afirmación de que haya que devolver algo como fruto de la colación podía estar extendida en su época, pero ni es afirmada por AYORA ni es rechazada; y de todos modos, la necesidad de devolver no queda claro que se fundara simplemente en la colación, pues se alegaba también la vulneración de la Pragmática de Madrid de 1534.

Nos parece que pudieran invocarse dos lugares más de la obra de AYORA (en este caso ya no han sido recogidos por GARCÍA RÍPOLI) en los que se hace referencia al problema que nos ocupa. En el primero de ellos el problema directamente tratado también es diferente (*Tractatus*, cit., Pars II, quaestio XXVIII, núm. 6 a 8, pgs. 188-189): se discutía si la hija dotada puede pedir que la legítima se le entregue en bienes de la herencia, como a sus demás hermanos. En la resolución a este problema la posibilidad de que la dote superara la cuota de herencia que corresponde a la hija ni siquiera se contempla: únicamente se exponen por AYORA dos posibilidades. Primera, que la dote y parte de herencia atribuida a la hija no cubran su legítima; en cuyo caso ésta podrá pedir la parte adicional que le corresponda. Segunda: que la dote valga tanto como la parte de herencia que le corresponda a la hija; en cuyo caso, se indica que la hija no llevará nada de los bienes hereditarios. No se podrá aducir el paso para fundamentar una eventual reducción del exceso de la dote, pero tampoco en contra. La única enseñanza general es que «no tiene derecho el hijo para pedir, que se le pague su legitima en tales bienes de su padre, sino el padre pagar la legitima de su hijo en los bienes, que a el le pareciere de su hazienda».

El segundo lugar (*Tractatus*, cit., Pars III, quaestio XXVII, núm. 85 a 92, pgs. 266-272), sí que contempla la posibilidad de que la hija dotada tenga que devolver a sus hermanos parte de lo que recibió como dote, y allí se encuentran expresiones parecidas a la que cita GARCÍA RÍPOLI, y hemos

reproducido arriba. Nos parece, no obstante, que en todos los casos en que se plantea la devolución, existía una justificación de este efecto a partir de las normas sobre las legítimas. Posibilidad tanto más frecuente cuanto que la mejora de las hijas a través de la dote quedó excluida a partir de 1534 por la Pragmática de Madrid. La pretendida colación del exceso no podía ser, pues, a partir de esa fecha un problema propiamente colaticio, lo cual queda demostrado por el hecho de que la restitución, cuando se impone, se hace «*aunque la hija renuncie la herencia de su padre*» (cfr. expresamente, AYORA, op. cit., n. 88, pg. 268). No nos parece, en consecuencia, que la opinión de este autor pueda apoyar de forma relevante la tesis de la aportación del exceso como efecto propio de la colación.

Como acabamos de recordar, a partir de 1534 el sistema taurino quedó afectado, pues en esa fecha una Pragmática real impidió la mejora de tercio y quinto a través de la dote (Novísima Recopilación 10, 3, 6: «*ninguno pueda dar, ni prometer por vía de dote, ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tacita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos*»). Por eso, las posibilidades que podían plantearse eran: o la dote cabía en la cuota de institución hereditaria de la hija, en cuyo caso se mantenía (desbordara o no su legítima estricta); o, si no cabía, la dote debía reducirse, repudiara o no la hija. Esta reducción coincidía siempre con la inoficiosidad pues se trataría de una liberalidad no apta en sí misma para quebrar la igualdad de los hijos en la herencia, es decir, no imputable a la parte libre siquiera, y, menos, a la de mejora.

En consecuencia, si la dote no podía considerarse imputable ni al tercio ni al quinto, la conclusión era que incurría en inoficiosidad en lo que excediera de la legítima: el único remedio para el mantenimiento de la dote o su valor en manos de la hija o de su marido, hubiese sido una institución hereditaria que abarcara la dote en su conjunto: pero eso es justamente lo que falta cuando la dote supera el importe de la cuota hereditaria.

Esto explica que no sea del todo correcto decir (como hace GARCÍA-RIPOLL, cfr. *La colación hereditaria*, cit., pg. 124; y pgs. 23-24 y 108) que en el Derecho castellano «*la dote no podía ser superior al valor de su cuota legitimaria*». Que esto sea o no cierto dependía de la cuantía en que la hija estuviera instituida heredera, pues si en su cuota de herencia cabía una dote mayor que su legítima no era necesario reducir la dote (cfr. en este mismo sentido AYERBE DE AYORA *Tractatus*, cit., Pars III, quaestio XXVII, núm. 91, pg. 271; FERRERO, *Librería de Escribanos*, Parte primera, tomo primero, Madrid, 1789, cap. I, n. 117, pg. 100: «*deberán recibirlo todo en cuenta de sus legítimas, y si excede, restituir el sobrante a los coherederos, excepto que por última disposición se las haya mejorado*»). Tampoco sería exacta la identificación de la colación del exceso con la inoficiosidad en referencia a cualquier otra donación causal. Aunque abunden los apoyos para la tesis que consideramos equivocada, se trata –en nuestra opinión– de una incorrecta confusión entre las instituciones de defensa de la legítima y la colación (Cfr. esta confusión en LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, cit., pg. 538: «*es manifiestamente compatible que así las dotes, donaciones propter nupcias y mejoras estén sujetas a colación sin que por esto se revoquen en todo o se disminuyan cuando no perjudican a las legítimas de los demás hijos coherederos*»; y ESCRICHE, pg. 316: «*Si las donaciones causales que se traen a colación, exceden de la legítima que corresponde al hijo que las colaciona, se le imputa el exceso en el tercio y quinto de mejora, suponiéndose que fue la intención del padre el mejorarle en esta parte, pero si todavía pasaren de la mejora de tercio y quinto, se llaman entonces inoficiosas, y debe restituirse ese exceso a los demás herederos para que lo partan entre sí*»).

Las donaciones causales, diferentes a la dote, mantuvieron siempre la posibilidad de ser imputadas al tercio y al quinto (no les afectó la Pragmática de Madrid), pero esta imputación sólo era posible si el donatario repudiaba; si no, procedía aplicar las normas de la colación. Éste tuvo que ser el sentido de la posibilidad de repudiar reconocida en la L. 29 de Toro para evitar la colación, y la única hipótesis en que procedía la imputación de las donaciones causales a la parte libre y a la mejora (nos mostramos de acuerdo en este punto con VALLET, *Estudios*, cit., pgs. 199, 201, 203, 219, 397 y 535; también en el mismo sentido, FERRERO, *Librería de Escribanos*, Parte segunda, tomo segundo, Madrid, 1790, cap. III, n. 120, pg. 242: «*aunque el descendiente que puede ser mejorado por contrato entre vivos, reciba, y se le entregue expresamente en cuenta de su legítima la cosa, o cantidad, y ésta exceda a lo que le puede tocar por aquella, si cabe en el tercio, y quinto de los bienes que dexa el donante, unidos y acumulados con ella, se puede quedar con todo lo donado, y renunciar la herencia, ya haya, o no otros mejorados posteriormente, y éstos llevarán el exceso; y en caso de no haberlo, tendrán paciencia, porque el donatario como habilitado por la ley para retenerlo todo, nada debe restituir, y así será ineficaz la mejora*»).

posterior); por más que la reiterada implicación colación-legítima terminara desmintiendo esta interpretación, e indirectamente privando de este posible sentido a la repudiación.

En ese sentido, pensamos que si lo donado superara la cuota hereditaria del colacionante y procediera su restitución a la masa, esta restitución sería por completo independiente del problema legitimario. Y, en particular, pensamos que no podría ser evitada llamando en causa a las normas sobre imputación, que no tienen aquí nada que decir porque están previstas en la Ley 29 de Toro para el caso de repudiación, es decir, precisamente para cuando la colación no tenía lugar. Procedería esa aportación, sin más, porque la donación hecha como anticipo termina por no caber en la cuota hereditaria por cuenta de la cual se hizo. Ciertamente la Ley 29 de Toro involucró la colación con la imputación; pero, repetimos, la imputación establecida por esa norma se refiere al caso en que el colacionante repudiara para evitar la colación. De no admitir esta interpretación la posibilidad de la repudiación carecería de sentido como reacción frente a la colación.

Se puede optar por interpretar que las donaciones causales se imputaban siempre según el orden recogido en la Ley 29 de Toro. Pero de ese modo no se haría más que reforzar la identificación entre colación e imputación, contra el sentido más literal de la Ley 29 de Toro. Y se privaría por completo de sentido a la repudiación como mecanismo para eludir la colación del exceso. O podría sostenerse que es la repudiación la que implica que la donación colacionable se impute por el orden establecido en la Ley 29. Es obvio que esta posición es mucho más coherente con el sentido de la Ley 29, y con el propio conjunto del sistema. Es esta interpretación la única que conserva un sentido propio a la repudiación a efectos de evitar la restitución como fruto de la colación. Porque la otra tesis hace imposible la reducción colaticia de la donación al ampliar su campo de posible imputación en todo caso, es decir, aunque no hubiera repudiación; indirectamente, por tanto, haría inútil la repudiación y haría llegar la filosofía de mantener la dote o la donación causal, más lejos que lo que la propia Ley 29 hubiera probablemente deseado.

Desde el punto de vista técnico jurídico nos parece que la pretendida identificación de colación e imputación en nuestro Derecho histórico constituye un error. Nos explicamos: no es, evidentemente, un error afirmar que muchos autores confundieran colación e imputación; y, por consiguiente, que equivalieran en la práctica la aportación colaticia y la reducción por inoficiosidad. Suficientes ejemplos hemos alegado. Ahora bien, nos parece que esa interpretación del sistema legal no debería darse por buena tan fácilmente. Si se trata de instituciones diferentes, como reconocen los propios clásicos (por ejemplo, Antonio GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, I, cit., Ley 29, nn. 38-39, pgs. 242-243), no debe importar que con el correr del tiempo la diferencia quedara desdibujada como ha descrito VALLET en páginas insuperables y quizá no muy bien conocidas (*Estudios*, cit., pgs. 165 y ss.). Se debe por tanto mantener que ambas figuras debían funcionar en la práctica con independencia.

Pero a nosotros también se nos plantea una duda: ¿qué sentido actual tendría la repudiación como reacción del donatario ante la colación si nuestro sistema viene a exigir que en las donaciones se exprese claramente el carácter de mejora? Evidentemente, la respuesta podría ser que la repudiación permite la imputación de la donación a la parte libre, imputación que no sería posible de otro modo. Pero no se olvide que entre nosotros no parecería requerirse la repudiación para lograr la imputación de la donación a la parte libre. La repudiación entonces habría perdido para la colación el originario sentido que podía tener en la Ley de Toro: ¿sigue siendo hoy la repudiación mantenida en el art. 1036 CC la respuesta adecuada a una exigencia colaticia inconveniente para el donatario, o se trata de que la posibilidad de la repudiación como reacción ante la exigencia de colación es un residuo inadvertidamente mantenido en la norma, como testigo de un sistema ya eliminado y cuya resurrección resulta imposible habida cuenta de los inmensos cambios experimentados por nuestro sistema de imputación? Nos parece claramente que lo segundo (Es verdad que el artículo 1036 CC es, en palabras de LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pg. 586 el «único argumento serio en pro de la restitución», pero en palabras de este mismo autor «queda aislado en el CC». Para DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pg. 183: «nada tiene que ver, para que, respondiendo este precepto a la tradición romanista, lo cual es indudable, haya de ser necesariamente aceptado con ese carácter: indicativo de la restitución del exceso, pues el donatario puede tener otros motivos para apartarse de la herencia, y es lógico que si esto hace no le alcancen los efectos de la colación, cualquiera que sea el alcance de éstos»).

Por otra parte, si se mantuviera (contra nuestra opinión) que la imputación de las donaciones causales según el sistema de la Ley 29 de Toro, procedía en todos los casos (se repudiara o no),

resultaría muy poco serio decir que el mantenimiento de la repudiación en el art. 1036 CC demuestra la pervivencia del criterio histórico de la colación del exceso. ¿Si es que la repudiación de la Ley 29 de Toro no sería en ella más que un adorno superficial y sin significado! ¿Cómo su mantenimiento va a significar hoy más de lo que, por hipótesis, pudo significar en su origen?

Debemos añadir todavía dos consideraciones:

1ª En contra del uso de los antecedentes históricos para resolver la interpretación del Código en este punto, estaría el hecho de que la colación haya crecido en importancia en nuestro Código Civil, con relación al restringido papel que le correspondía en el Derecho histórico castellano. En efecto, antes del Código las únicas donaciones que se conferían eran las causales (donaciones por razón de matrimonio, dotes, etc.), no las simples (Por eso, dice, con razón, LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pg. 585 que «el CC ha aumentado el número de donaciones colacionables, en relación al Derecho anterior,... con lo cual la restitución del exeso tendría hoy una gravedad mayor, y tampoco correspondería al antecedente histórico»; en el mismo sentido: DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pg. 177). La razón que se alegaba en la doctrina para justificar el diferente criterio utilizado en ambos tipos de donaciones era que en las donaciones causales el donante no era completamente libre, sino que razones de conveniencia, sociales o familiares le impulsaban a su realización (cfr. Antonio GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, I, cit., Ley 29, n. 12, pg. 224: «*aliqua est donatio ob causam necessariam, utilem, vel piam; et filius vel descendens recipiens tenetur conferre, quia non videtur facta ex mera liberalitate, sed motus vel compulsus ex illa causa, et per consequens videtur facta animo compensandi; Alia vero est donatio pura, mera et simplex, sine fomento alicuius causae; et illa non confertur, quia procedit ex mera et absoluta liberalitate, et non pendet ab aliqua alia causa, et per consequens non videtur facta animo compensandi*»; la recepción de esta opinión es común en la doctrina posterior: FEBRERO, *Librería de Escribanos*, Parte segunda, tomo segundo, cit., cap. III, n. 92, pg. 227; GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *febrero reformado*, II, Madrid, 1852, pg. 53, nn. 2188 y 2189: «*Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen a sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad; sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia. Pero en orden a las donaciones simples, la opinión mas comun es, que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe*»; parecidas explicaciones en GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, III, Madrid, 1863, pgs. 545 y ss.). Todo ello hubiera quizá justificado, para el Derecho histórico el criterio de exigir la aportación del exceso en estas donaciones causales, pero esa doctrina no afectaría a las donaciones simples. Ahora bien, desaparecida la distinción entre ambos tipos de donaciones, puede que también cese la presumible razón histórica propia de la colación del exceso. En esas condiciones no es nada seguro que los antecedentes deban iluminar la interpretación actual del Código.

2ª La Codificación introdujo tales modificaciones en nuestro sistema sucesorio, y particularmente en el modo de realizar la colación y en la imputación de donaciones, que resulta complicado hacer subsistir un elemento concreto de esta figura pretendidamente aplicable al Derecho anterior cuando el conjunto se ha modificado de forma tan intensa. Por eso, sospechamos que investigar por extenso la cuestión en Derecho histórico sería completamente estéril, si no se lo sitúa en el contexto de los nuevos criterios de la codificación (Parecida crítica al planteamiento metodológico de VALLET, en cuanto al uso de los antecedentes, puede verse en un tema diferente en GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pgs. 286-287, nota 99; y mucho más claro, DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pg. 177: «*La reiterada referencia que hace VALLET al Derecho anterior, estableciendo un paralelismo entre el silencio del ordenamiento positivo, común a ambos Derechos, y el alcance de los efectos de la colación, se hace insostenible, pues, el Código, no sólo ha modificado el ámbito de la colación en cuanto a las donaciones colacionables, sino también la forma de practicarse, suprimiendo la antigua colación in natura. Pero, además, es que se han cambiado muchas cuestiones con ella conexas, conexión a veces por contraste o por implicación, pero que tiene su trascendencia, como sucede con el sistema de legítimas y en materia de mejora, indudables para configurar un sistema distinto*»).

V. LA COLACIÓN EN NUESTRA CODIFICACIÓN CIVIL

La profundización en la igualdad de los descendientes y ascendientes impuesta por la Codificación haría teóricamente resucitable el criterio romano de aportación del exceso como fruto autó-

nomo de la colación, sin relación alguna con la protección de las legítimas. Pero entonces no sería indicado alegar los precedentes castellanos para apoyarse en ellos para decidir una cuestión dudosa de interpretación. Una cosa es lo que la colación «moderna» podría haber impuesto, y otra poder alegar la coherencia o continuidad de ese efecto con el sistema «antiguo» de la figura. Bastaría, por ejemplo, recordar el caso del litigio que estamos comentando para constatar que ni los presupuestos de hecho ni el fundamento de la restitución del exceso en la doctrina clásica castellana tienen lugar en él. Desde el punto de vista de nuestros antecedentes: estaríamos ante donaciones simples, que se reputarían directamente mejoras y en las que no jugaría nunca la colación. ¿Pueden servir los antecedentes históricos para decidir un punto dudoso de la norma actual, cuando de acuerdo con dichos precedentes en nuestro caso no existiría aportación del exceso? ¿En qué sentido, pues, apoyan los antecedentes históricos la solución que se nos propone?

Podría ciertamente decirse que la restitución del exceso sería un modo de explicar la colación «con la máxima fidelidad posible a la ley y a la intención de los que la redactaron, aceptando sus opciones de política legislativa» pero sin que ello comporte el acuerdo del intérprete con dichas opciones (es ésta la perspectiva de la obra de GARCÍA RÍPOL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 309, en juicio general sobre su trabajo no referido expresamente a nuestro concreto problema, pero que quizá quepa entender aplicable al mismo). Ahora bien, opinamos que tampoco esta explicación funcionaría, porque la única aportación del exceso que concibe el Proyecto de 1851 tal como lo explicaron sus autores, en particular GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, es la que se justifica por la protección de las legítimas. Ciertamente, admitiendo la diferencia técnica entre instituciones de protección a la legítima y colación, cabría la existencia de donaciones que excedieran de la cuota hereditaria del colacionante y que no fueran inoficiosas; pero ello nunca se puso de manifiesto.

No nos parece correcto, por tanto, pensar que los autores de la época codificadora no se plantearon la aportación del exceso, pues sí que lo hicieron, pero sólo como resultado de la inoficiosidad de la donación. Es más, en el precedente del actual art. 655 CC (que es el art. 971 del Proyecto; y el art. 653 del Anteproyecto), es decir, en la norma que regula la reducción de donaciones inoficiosas, hay una remisión expresa a las reglas de la colación. No se puede aceptar la idea de VALLET de que el Proyecto de 1851 tenía clara la diferencia de una y otra institución, al menos en este concreto problema.

Prueba evidente es que GARCÍA GOYENA comienza el tratamiento de la colación afirmando que «En nuestro sistema la necesidad de colacionar comprende únicamente a los herederos forzosos; pero a todos, bien sean descendientes o ascendientes (...) la limitación del Derecho Romano, Patrio y de otros Códigos, ha parecido mezquina y poco razonable (...) quitada la necesidad de la colación, sería fácil a un hijo o descendiente hacer ilusoria la legítima de uno de sus padres a ascendientes: en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe también reconocer colación»: (así *Concordancias*, cit., pg. 441). Además ni en el Proyecto ni en sus comentarios se contempla ni remotamente una posible aportación del exceso de la donación sin que ello constituya inoficiosidad. Incluso el art. 891 del Proyecto de 1851 («Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren el haber del donatario, y éste los hubiese enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario») que se refiere a la eficacia contra terceros de la reducción y colación, es comentado por GARCÍA GOYENA en términos de inoficiosidad. Así lo demuestran sus palabras: «el donatario era dueño y de buena fé; es por lo tanto preciso consultar a la estabilidad de la enajenación, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabado por el donador: solo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto la donación fué inoficiosa y previa excusión en los bienes del donatario: vé el artículo 971» (*Concordancias*, cit., pg. 447). Por otro lado, en el comentario al art. 890, precedente del 1049 CC, refiriéndose a la regla que respeta la adquisición de los frutos por el donatario hasta la apertura de la sucesión señala GARCÍA GOYENA que «obligarle a su abono o restitución, equivaldría a arruinarle lejos de haberle favorecido por la donación» (loc. ult. cit.). No se contempla nuestro caso, pero sí aparece claro el criterio de mantener los efectos ya producidos en favor del donatario, sin que la sucesión pueda constituir para éste una desagradable sorpresa: ¿cuánta más sorpresa sería la del donatario que tuviera que soportar una carga colatiicia que le obligara a aportar a la masa parte del valor de la donación! ¿cuánto más, por tanto, debe entenderse excluido este efecto de la filosofía del Proyecto!

Posteriormente, el art. 1066 del Anteproyecto de Código Civil, que es norma inserta en sede de colación y que procede del art. 891 del Proyecto, aclara todavía mejor que ella misma se concibe como norma relativa a la reducción por inoficiosidad:

«Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiere enajenado o hipotecado, se imputará su importe a la legítima, a la mejora y a la tercera parte de libre disposición del donante; y si todavía la donación resultare inoficiosa, podrán los coherederos repetir por el exceso contra el tercer poseedor, previa excusión de los bienes del donatario.

En el caso de este artículo, si el causante de la herencia hubiera dispuesto de la parte libre en provecho de otro, no tendrá efecto su disposición». (Citamos por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código Civil español*, Madrid, 1965, pgs. 329-330).

Es de hacer notar que la norma, para evitar la reducción de la donación, intenta resucitar una forma antigua de imputación a la mejora y a la parte libre que recuerda –pese a las diferencias– al sistema de la L. 29 de Toro. Hay que pensar que el hecho de que finalmente no se incluyera esta norma en el Código obedeció al intento de evitar la notoria contradicción con el criterio en materia de las mejoras realizadas por donación (mejoras que requieren de manifestación expresa de voluntad y no pueden derivar, simplemente, de la imposibilidad de imputar la donación a otra porción). Ahora bien, en cuanto a la imputación al tercio libre, la razón de la supresión del precepto no es razonable que fuera la de evitar una similar contradicción, pues del conjunto del sistema no se deriva que quede excluida la imputación a la parte libre en las mismas circunstancias. En cambio el alcance y significado del segundo párrafo del precepto sí que podía resultar de muy problemático encaje con el resto de las normas atinentes a la imputación y la colación.

En realidad, a la desaparición en el Código Civil en sede de colación de las normas que preveían en el Proyecto y el Anteproyecto el efecto contra tercero de la eventual reducción, corresponde también la correlativa corrección de la norma sobre la reducción de las donaciones inoficiosas, que ya no se remite al régimen de la colación. Se trata, a nuestro juicio, de un evidente progreso en el tratamiento técnico de la materia. Pero, en nuestra opinión, la presencia del art. 891 en el Proyecto no suponía la colación del exceso (por las razones que hemos explicado antes), ni, por consiguiente, su supresión supone un cambio de criterio; éste permanece invariado: la colación del exceso se queda sin hacer. VALLET se pregunta *«¿quiso, pues, este artículo referirse a la reducción por inoficiosa y no a la colación? ¿Existió una confusión en su colocación y en su referencia al haber del donatario, que debió hacerse solamente a la legítima del donatario? O bien, ¿fue GARCÍA GOYENA el que se confundió al glosarlo?»* (Estudios, cit., pg. 292). Responderíamos sin dudar que todo aboga claramente en un mismo sentido: el de la incorrecta ubicación de la norma en sede de colación, pues su contenido normativo sólo se referiría a la inoficiosa. Su supresión no sería más que una mejora técnica, pues carece de sentido establecer la posibilidad de que la reducción por inoficiosa o la aportación del exceso en la colación afecte a un tercero (En cambio, para GARCÍA-RIPOLL, *La colación hereditaria*, cit., pg. 37: *«su eliminación se debe, no a la intención de eliminar la colación del exceso, sino a que ésta no afecte a los derechos de terceros que nada tienen que ver con la sucesión; por otra parte, es de notar que el artículo suponía la colación del exceso, y que el resto del sistema no ha sido modificado»*; pero aunque VALLET, en quien se apoya, admite en pgs. 537 y 538 que el precepto presupone la colación del exceso, también dice este mismo autor en pg. 292 que *«parece que no se quisieron referir tales efectos a la colación propiamente dicha, sino a la inoficiosa»*). Nos parece enormemente difícil admitir que el art. 891 del Proyecto supusiera un sistema de colación que llegara hasta la aportación del exceso, y que se mantenga por encima de su supresión; desde luego aquel artículo no fue explicado así por sus autores.

No hay duda en que la igualdad entre los hijos progresó enormemente en la Codificación, tal como explica hoy GARCÍA-RIPOLL (cfr. *La colación hereditaria*, cit., *passim*; también GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., pg. 441 *«la colación tuvo por objeto la igualdad entre los hijos, pues se presume haber sido esta la voluntad del difunto, si no lo manifestó en contrario»*). También se debe conceder que el alcance de la colación que llegara a la aportación del exceso sería fiel con esa inspiración de igualdad llevándola a sus últimos extremos. Lo que no está tan claro es que la norma quisiera llegar tan lejos. Quizá se quedó a medio camino, sacrificando la coherencia del sistema de igualdad de los hijos. Pero está por demostrar que la opción adoptada no tuviera su sentido y justificación: igualdad entre los hijos sí, incluso más allá de sus legítimas; pero, a diferencia de lo que sucede en ésta, la colación no impondría la revisión de los actos del causante ya realizados. Ello sería coherente con la distinta naturaleza de las normas que imponen una y otra institución: imperativas, en el caso de la legítima; dispositivas, en el caso de la colación. Lo cual justifica que en el supuesto de un exceso de donación no cupiera en la cuota hereditaria la solución pudiera ser diferente a la que mereciera el mismo exceso pero en relación con la imputación a la legítima.

La evolución en el sentido de la igualdad se demuestra por el hecho de que en la Codificación se excluyera la posibilidad de entender que hay mejora tácita por la vía de la donación, contra los precedentes castellanos. Pudiera pensarse que la coherencia con ese sistema obliga a que la colación deba llegar hasta la aportación del exceso. Así subrayó GARCÍA GOYENA el cambio de rumbo respecto de la legislación castellana (*Concordancias*, cit., apéndice número 8 «Mejoras», pg. 492): «yo (lo digo con temor y sincera modestia) encuentro sus principales bases (se refiere a la de las Leyes de Toro) tan distantes de los principios de jurisprudencia universal, como lo estuvieron sus resultados de la claridad y sencillez apetecidas. Ya doy en tierra con las leyes 25, 26 y 29 de Toro... “Ninguna donacion simple o por causa onerosa con otro tercero, envuelve mejora, si el donador no ha declarado formal y específicamente su voluntad de mejorar”. Nosotros mismos sancionamos esta disposición en el artículo 882, sujetando a colación todas las donaciones a no haber dispensa expresa en contrario; y la colación tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes a la muerte del padre y de los donados por él en vida». No nos parece que la coherencia del sistema deba llegar a tanto como le requiere GARCÍA RIPOLL: no lo llegó en las explicaciones de GARCÍA GOYENA: de hecho algún párrafo más adelante señaló «La donacion en sus relaciones con la legitima, y para el efecto de reputarse o no inoficiosa, queda en suspenso hasta la muerte del donador y lleva tácita y necesariamente la condición de que ha de caber en la parte libre o disponible» (op. cit., pg. 493); ni referencia siquiera a que la colación pueda implicar similar condicionamiento de la donación, y obligara a conferir el exceso sobre la cuota. ¿Y eso a pesar de la existencia en el Proyecto del párrafo 2º del art. 657 al que ya nos hemos referido varias veces, y que no pasó al actual art. 825 CC? Tampoco LUZURIAGA se planteó que la colación en sí misma pudiera llegar a ese efecto (vid. *Concordancias*, art. 1787, pg. 933). Allí se pregunta si no hubiera sido conveniente establecer hipoteca legal en favor del donante respecto de los derechos que la ley reserva a él o sus herederos, y alega para rechazarlo que «nos hemos fundado en que las acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley, son notorias a todo el que contrato con un donatario, puesto que en el registro público constará que el título de la propiedad de este último es una donacion, y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el registro no podría a ser sino una segunda edición de la ley». Como puede apreciarse sólo se habla de revocación o reducción de donaciones como posibles supuestos que afectarían a tercero, ¿a pesar de que el art. 891 imponía aparentemente la colación del exceso con efecto contra tercero! (cfr. VALLET, *Estudios*, cit., pgs. 292-293, de quien tomamos el argumento).

Bajo este punto de vista hemos de añadir que nos resulta difícil de entender que este último autor, que es uno de los principales valedores de que la colación debe llegar hasta la aportación del exceso, mantenga la posibilidad de estimar mejora la donación que desborde del tercio libre y la legítima del donatario. No vemos muy claro cómo pueden defenderse simultáneamente dos interpretaciones tan diferentes valorativamente respecto a la igualdad entre los hijos y la subsistencia de las donaciones del causante. VALLET defiende en nuestro actual sistema la subsistencia de la mejora tácita por donación; pero impide el mantenimiento de la donación colacionable en cuanto al exceso. No entendemos que se pueda tener un criterio más laxo en cuanto a la apreciación de la voluntad de mejorar, que en el punto relativo al mantenimiento de la donación colacionable. Valga un mayor rigor en la apreciación de la mejora que en el mantenimiento de la donación colacionable excesiva, pues ello se puede justificar en razón de los diferentes intereses en conflicto en la legítima y en la colación. Pero resulta llamativo que la donación que rompe la igualdad entre los hijos dentro de los dos tercios de legítima se intente salvar considerándola mejora; mientras que si, en el mismo caso, se aplicara la colación procedería la aportación del exceso sobre la cuota (aunque ese exceso fuera imputable al tercio libre sin invadir el de mejora).

La forma en que VALLET escapa de la contradicción práctica entre sus dos opiniones, es la de exigir, cuando se trate de imputar una donación no atribuida expresamente en concepto de mejora, que «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» (VALLET, *Estudios*, cit., pg. 425). Pero debe hacerse notar que de este modo sólo se logra salvar la incoherencia material de ofrecer dos soluciones incompatibles a un mismo supuesto; pero no se logra escapar de las contradicciones valorativas: ¿por qué cuando juega la colación ya no vale la tesis sobre la imputación de la donación? ¿Es que el carácter de una donación va a quedar decidido por el hecho de que el donatario repudie su llamamiento y, por consiguiente, ya no proceda la colación? De ese modo –en la explicación de VALLET– la circunstancia de la repudiación del donatario, ajena por completo a la voluntad del causante, puede terminar decidiendo sobre el carácter de mejora de una donación (ni más ni menos que como sucedía en la Ley 29 de Toro). En suma, el donatario sustituiría al donante en

la atribución del carácter de mejora a la donación. A nuestro juicio, esto podía tener sentido en el sistema clásico castellano de mejoras tácitas (la disposición de la Ley 29 de Toro desentonaría poco en el conjunto del sistema castellano), pero carece de coherencia en el actual ordenamiento en el que las mejoras tácitas mediante donación han quedado excluidas por completo. Por eso desconfiamos de que el seguimiento de las consecuencias del sistema castellano pueda servirnos siempre para interpretar nuestro actual Código: la evolución de las instituciones ha marcado un cambio de rumbo en las soluciones defendibles (Para el desarrollo de esas cuestiones relativas a la mejora: cfr. nuestro comentario «Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 [R] 2006. 3343», cit., pgs. 453 y ss.). Similar contradicción a la ya señalada podría verse con el criterio que este autor utiliza para resolver el desacuerdo de la partición hecha por el testador por actos *inter vivos*, con el valor de las cuotas de institución (cfr. VALLET, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, XIV, 2º, Madrid, 1989, art. 1056, pgs. 520 y ss.).

VI. CONCLUSIONES SOBRE LA PRÁCTICA DE LA COLACIÓN EN EL SUPUESTO LITIGIOSO

En el supuesto del litigio la conclusión de todo lo anterior sería que, si el donante dispuso de manera desigual de la totalidad de su patrimonio (no resta nada de patrimonio al ir a hacer la partición), las donaciones se deberían mantener en los términos previstos por el donante. De la aplicación estricta de las normas de la colación no derivaría la necesidad de establecer compensaciones entre los coherederos. No estaríamos de acuerdo con la Sentencia si efectivamente impusiera la atribución compensatoria a cargo de los donatarios que recibieron más bienes que sus coherederos.

¿Se podría fundamentar la procedencia de alguna atribución compensatoria por otras razones? Hemos visto afirmado por algunos autores que la práctica de la colación constituye una carga hereditaria para el colacionante. Si eso fuera así podría pensarse que esta carga puede terminar afectando a los bienes propios si el sujeto gravado por ella no actúa con la diligencia exigible frente a los beneficiados por ella; y que la diligencia tendrá mucho que ver en este caso con el modo en que la herencia se haya gestionado. Y entonces mantener que, aunque el colacionante tiene limitada de forma institucional la carga de la colación a los bienes que integran la herencia, ello es porque se entiende que está en condiciones frente a los sujetos beneficiados por la colación de acreditar la concreta composición del caudal, bien sea porque todos los coherederos poseen la herencia de consuno (y entonces en las relaciones entre ellos queda excluida generalmente la posibilidad del ocultamiento de bienes), o bien sea porque todos ellos han utilizado el beneficio de inventario. Por el contrario, quien hubiera estado en posesión de la herencia de modo exclusivo no estaría en condiciones de prevalerse frente a los demás coherederos no poseedores del límite cuantitativo de la colación, a menos que haya utilizado el beneficio de inventario (ésta es la hipótesis de conflicto que —a otros efectos— se plantea el art. 1021 CC). No sería razonable, puede pensarse, que en un supuesto así el colacionante se libere de la colación sin más que alegar que en la masa no se localizan bienes algunos, cuando ha descuidado su inventario en perjuicio de los coherederos no poseedores. Quizá la invocación de esta norma en el caso comentado obedezca a consideraciones parecidas a las anteriores.

En realidad pensamos que ello no puede ser así; en nuestro Derecho —*el inventario y el proceso de liquidación son garantías que el heredero presta a los legatarios y a los acreedores de la herencia, a fin de mantener incólume su propio patrimonio, mediante la demostración de que nada se ha sustraído al vándal hereditario, y carece de sentido frente a los coherederos*— (así LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pg. 586). Nosotros estamos plenamente de acuerdo con esta idea, que nos parece que también concuerda con el sentido técnico de la colación, que no se configura en nuestro Código como una carga u obligación del colacionante (lo que hubiera justificado la analogía de la posición de los beneficiarios de la colación con la de los acreedores de la herencia), sino como un mecanismo de reestructuración del contenido de las cuotas hereditarias. No hay lugar alguno en el Código en que se tengan en cuenta las normas del beneficio de inventario para resolver los conflictos que surjan entre los coherederos.

Por tanto si los coherederos discrepan sobre la composición de la herencia, y algunos de ellos sostienen que la misma se componía de más bienes de los que en realidad han aparecido (en este

caso ninguno), y que eso se debe a la conducta de alguno de los otros coherederos, deben demostrar esas sospechas. Si así lo hacen, esa circunstancia se deberá tener en cuenta en la partición (y en la colación). Pero no es posible alegar simplemente la falta de inventario para estimar constituido un crédito nacido de la colación contra los patrimonios personales de los otros coherederos.