

**Sección Cuarta**  
**MASA HEREDITARIA**

**COLACIÓN**

**ARTICULO 831**

Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél.

**CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 724, 749, 756, 1621, 1638

**Comentario**

***Guillermo Lohman Luca de Tena***

**1. Definición de colación**

El artículo 831 revela solamente el aspecto operativo (aunque no completo, ni preciso) de la colación de bienes y derechos o *collatio bonorum*, pero no contiene una verdadera definición, ni todos los elementos que permitan configurar la institución.

Podemos definir funcional mente la colación como la obligación del legitimario que concurra a la herencia -testada o intestada- con otros legitimarios, de contribuir a la masa hereditaria con el bien (lo que incluye, en general, derechos), o su valor, que en vida del causante de la sucesión hubiera recibido de él a título de liberalidad, para que se agregue a la masa de la herencia partible entre los legitimarios.

La colación siempre supone en nuestro ordenamiento un efectivo retorno o desplazamiento patrimonial del colacionante en favor de la masa, sea in natura devolviendo en especie el propio bien a la masa, sea mediante la reintegración de su valor. Se produce, así, una especie de reconstitución del patrimonio del causante.

La colación consiste, pues, en una contribución. Me explico: la masa propiamente entendida está constituida por el conjunto de activos y pasivos que el causante deja al fallecer. Es el llamado caudal relicto. Para la determinación de la legítima general, al relicto neto (incluyendo legados) se agregan todas las donaciones, a legitimarios o a extraños. Para determinar la masa partible entre los legitimarios concurrentes, se agregan -o sea, se colacionan- solamente las liberalidades a legitimarios.

De este modo, en virtud de la colación la masa hereditaria se integra -se reconstruye expresa Zárate (p. 337)- con un adicional, que es lo que llamo contribución o aporte que efectúa el colacionante. Aporte, por cierto, que no es ficticio como expresa Hinojosa (p. 244) pues, nuestro sistema ordena colación real, en especie o en valor, no colación ideal o por imputación, que sí es un aporte ficticio, consistente en computar en la cuota del donatario el valor de lo recibido, de forma que recibe menos. Cuando lo recibido por liberalidad excede de lo que por legítima debiera tocar al colacionante, la diferencia se imputa a la porción de libre disposición.

Obviamente, esta integración o aporte no es a la totalidad de la herencia, sino solamente a la parte de ella que vaya a ser distribuible u objeto de partición entre los legitimarios (aunque debe tenerse claro que, según nuestro ordenamiento, la colación surte efecto a la fecha de apertura de la sucesión y, por ende, es operación previa a la partición).

Cabe precisar que la colación legal persigue en nuestro Derecho -al menos eso me parece- una igualdad proporcional entre legitimarios respecto de la porción de legítima (no del íntegro de la masa), o, según los diversos autores, se fundamenta en una suerte de voluntad presunta del causante, en la existencia de una propiedad familiar preexistente, en una suerte de poder de atracción de la sucesión misma sobre lo que la antecedió o en el simple y manido concepto de anticipo. Hay en la justificación de la colación algo de metajurídico, como expresa Morelli (p. 355).

La razón de la colación es, pues, suprimir desequilibrios (MESSINEO, p. 412) e impedir que se favorezca a un colegitimario en perjuicio de las proporciones de otros (salvo, claro está, que exista dispensa y siempre dentro de los límites de la porción de libre disposición). Cabe puntualizar que se trata de proporción y no de igualdad, pues como bien expresan Pérez Lasala y Medina "la colación no puede pretender la igualdad (oo.) [cuando] las cuotas hereditarias son

diferentes, la colación solo busca respetar la proporcionalidad establecida por la ley, y no la igualdad. Por eso se habla de la igualdad proporcional, distinta de la igualdad matemática. Esa igualdad proporcional es el fin de la colación" (PEREZ LASALA y MEDINA, p. 122).

## **2. El llamado anticipo de herencia**

La denominación de anticipo es confusa e inexacta, aunque sea cómoda. De antemano es menester señalar que, en puridad, es de lo más impropio calificar a las donaciones en favor de los legitimarios como anticipo. En verdad cuando se hace la liberalidad es solamente eso, bajo título de donación u otro, pero todavía (es decir, al momento de la liberalidad y mientras el donante no muera) no es anticipo de nada (vid. FERRERO, 820).

No es anticipo de herencia porque el legitimario donatario puede renunciar a ésta y no llegar nunca a ser heredero, de manera que lo recibido por donación nunca lo habrá recibido como anticipo de algo que perfectamente puede no llegar a ocurrir.

En este caso, la donación no es anticipo de nada, ni se colacionará aunque no haya habido dispensa, y seguirá la misma suerte legal que tiene cualquier donación a extraños; es decir, que está expuesta a reducción en la medida que lesione la legítima general (artículos 1629 y 1645). Cosa diferente es que si hay dispensa de colación y por ello la liberalidad no se imputa a la legítima, pueda ser considerada a cuenta de la parte de libre disposición de la herencia.

Por otro lado, aunque la donación en su oportunidad pueda imputarse a la legítima, también es impropio calificarla, al momento de donar, como anticipo de legítima, porque cabe la posterior desheredación con la consiguiente exclusión de derecho legitimario (artículo 749), sin que ello afecte las donaciones ya realizadas (que en principio son irrevocables, salvo, por supuesto, que sean excesivas, o que sean de aplicación los artículos 1631 y 1637).

Recapitulando: las expresiones anticipo de legítima o anticipo de herencia son, simplemente, maneras cómodas de explicar el efecto que, según sea el caso, puede hacer surtir la liberalidad hecha al legitimario, pero que desde el punto de vista jurídico no tienen sustento firme ni, por ende, pueden aceptarse con exactitud. De ahí que, refiriéndose a las liberalidades, Lacruz diga que solamente son "más o menos, una suerte de anticipo" (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, p. 188). Y Barbero apunta que se presume que la voluntad del autor de las liberalidades a los legitimarios es que sean una "especie de anticipo sobre la sucesión futura" (BARBERO, p. 157).

Efecto de verdadero anticipo habría si nuestra legislación hubiera establecido que el legitimario favorecido con la liberalidad retuviera el bien o su valor, y tomara de menos en la herencia el equivalente de lo que retiene. Pero reitero que no ha sido esa noción tomada por nuestro Derecho.

Finalmente, es pertinente mencionar que constituye una gruesa incorrección aludir a acto -como se alude con frecuencia, en idioma hablado y escrito- de anticipo de legítima con dispensa de colación; pues si hay tal dispensa lo donado no se colaciona ni se imputa como parte de la legítima, ni menos es anticipo de ella, sino que se atribuye a la porción de libre disposición (y en este sentido sería anticipo de herencia, pero no de legítima). Quiero decir, no es anticipo de la legítima lo que el donante quiere que el legitimario donatario reciba sin verse afectada, restringida o disminuida dicha legítima por la donación.

## **3. Liberalidad en vida del causante, por cualquier título**

El texto del artículo 831 alude textualmente a "donaciones u otras liberalidades", y es correcto, porque la donación de bienes muebles o inmuebles es una forma de liberalidad, como también lo son, por citar algunos ejemplos, la cesión gratuita de un crédito, la condonación de una deuda y el comodato (LEON BARANDIARAN, p. 289).

En sentido riguroso, es liberalidad la transmisión patrimonial espontánea, no derivada de un deber legal, efectuada con conciencia de querer favorecer, que produce enriquecimiento de uno (VOLLERY, p. 13 Y ss.) y empobrecimiento (vid. BURDESE, p. 291) (concepto que incluye pérdida de ganancia) del otro. Pero en mi opinión, a los efectos que analizamos, también hay que considerar los actos voluntarios gratuitos, entendiendo como tales aquellos que, sin suponer un desplazamiento de un elemento patrimonial, importan un beneficio para el receptor al no exigirle una prestación (vid. DELNOY, p. 27).

Ahora bien, lo crucial es precisar que la liberalidad tiene que haber sido efectuada en vida por el causante. En efecto, es necesario precisarlo porque cuando el texto legal expresa "liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante" sus herederos forzosos, se podría

interpretar erróneamente que las liberalidades distintas de donaciones (pues éstas, por esencia, son actos entre vivos) recibidas por cualquier título, también incluyen aquellas que el causante establezca en su testamento, como podrían ser los legados. Tal interpretación sería incorrecta (vid. CARBONELL, LANZON y MOSQUERA, p. 3930).

Aunque la redacción legal no es todo lo clara que sería deseable, el precepto debe entenderse en el sentido que cualquier liberalidad (salvo las expresamente excluidas), por cualquier título, directo o indirecto que procure una ventaja gratuita (CICU, p. 118). Y que sea efectuada en vida del causante en favor de quien luego adquiere la calidad de legitimario, debe colacionarse si no hay dispensa. En consecuencia, ha de quedar bien entendido que no se imputan a la legítima otras liberalidades instituidas en testamento en favor del legitimario (vid. ECHECOPAR, pp. 285 Y 286).

#### **4. Los obligados a colacionar. Los favorecidos con la liberalidad.**

La norma se refiere a las liberalidades con que el causante hubiera favorecido a sus herederos forzosos, esto es legitimarios. No obstante, ya sabemos que mientras el sujeto esté con vida no hay herederos, ni forzosos ni no forzosos, sino simples sujetos que, por ser parientes de cierto vínculo, tienen vocación de legitimarios, aunque a la postre pueda acontecer que no lleguen a heredar. Siendo así, la colación solo es deber de quien ha recibido una liberalidad de aquella persona a cuya sucesión llegue a ser llamada y que se reciba con carácter de heredero legitimario.

Sin embargo, la cuestión admite otra lectura, pues la regla alude a herederos forzosos. Por tanto, ¿deben colacionar solo los que efectivamente lleguen a suceder como legitimarios (o sea, forzosos) al momento de apertura de la sucesión y que igualmente lo eran al momento de la liberalidad, o también los que presumiblemente no lo hubieran sido al momento de la liberalidad, pero que sí lo fueran a la fecha de defunción? Lo recalco para señalar que, según se interprete, también estarían obligados a colacionar -siempre, por supuesto, que concurren con otros legitimarios-, aquellos que efectivamente lo sean al momento de abrirse la sucesión, aunque no lo fueran cuando recibieron la liberalidad (vid. FERRERO, p. 833). De esta manera, asimismo estaría obligado a colacionar el cónyuge supérstite por todas aquellas donaciones que hubiera recibido antes del matrimonio, como también debiera colacionar el adoptado por las donaciones recibidas antes de la adopción, o el nieto cuyo padre vivía cuando recibió el beneficio, pero a quien luego representa.

En mi opinión debe colacionar quien a la fecha de la liberalidad hubiera sido presumible heredero forzoso, como si el causante muriera ese día, en el entendido que si no tuviera vocación de tal carácter (forzosa) no hubiera sido llamado y su donación sería tratada como la hecha a un tercero. En el ejemplo indicado, no están sujetas a colación las liberalidades efectuadas a nietos, cuando a la fecha de la liberalidad los legitimarios preferentes eran sus padres, hijos del donante.

A la inversa, no colaciona quien renuncie a la herencia, ni tampoco el heredero que haya sido designado en cosa cierta, mediante partición antelada en lo que no exceda lo que por legítima le toque.

Desde luego, el testador puede establecer colación entre herederos voluntarios, no legitimarios (ESPEJO, p. 395). Es la llamada colación voluntaria, para distinguirla de la legal que concierne a la legítima.

### **DISPENSA A LA COLACIÓN**

#### **ARTICULO 832**

La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente el testador en su testamento o en otro instrumento público.

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 725, 726

#### **Comentario**

##### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

La obligación de colacionar tiene una excepción que ya aparece establecida desde el artículo 831: no hay deber de colacionar si el causante lo dispensó (pues si los demás beneficiarios liberaran al colacionante, más que dispensa se trataría de renuncia al ejercicio de su derecho).

Es decir, la dispensa de colación significa que el propio autor de la liberalidad no quiso que ella se considerara como parte de la legítima, sino además o en adición de ésta. Con más claridad, la liberalidad es excluida de la porción legitimaria.

Naturalmente, aunque sea lícito donar a través de un representante, no cabe que la dispensa la haga un tercero; ésta tiene que hacerla el propio autor de la liberalidad. La dispensa no ocasiona que el monto de la liberalidad no se compute para la determinación del acervo general imputable a la legítima, porque eso siempre habrá de ocurrir. Lo que pasa es que, computándose para fijar el acervo sobre el cual se calcula la legítima general, no se imputa al haber legitimario del receptor de la liberalidad, de suerte que éste recibe completa su cuota de legítima como cualquier legitimario y, además, respecto de la liberalidad que recibió en vida de su causante, es tratado como un tercero. El artículo 832 contiene dos preceptos que deben ser estudiados separadamente.

### **1. Extensión de la dispensa**

Objeto de la dispensa es apartar (o no considerar dentro) de la legítima, lo entregado a título de liberalidad. La dispensa es tanto como disponer que la cuota de legítima la reciba íntegra el legitimario, sin perjuicio de la liberalidad; esto es, en adición a ella. Significa una preferencia a favor del legitimario que, por cierto, no es necesario motivar ni justificar (BARBERO, p. 162).

Ahora bien, dado que cuando hay legitimarios la masa sucesoria está legalmente dividida (conceptualmente, aclaro) en porción de legítima y porción de libre disponibilidad, si la dispensa tiene como efecto que la liberalidad sea excluida de la porción legitimaria, necesariamente debe imputarse a la porción de libre disposición, la que cuando hay cónyuge o descendientes es de un tercio, y cuando solo hay ascendientes es de la mitad del caudal relicto más las liberalidades.

En una sucesión sin pasivos, sin legatarios y solo con tres descendientes, supóngase que el causante muere con activos por 50, e hizo donaciones en vida a uno de sus descendientes por valor de 40. La masa total computable es de 90, cuyos dos tercios, o sea 60, constituyen la legítima. Estos 60 debieran distribuirse entre los tres legitimarios. En aplicación de lo conocido hay tres posibilidades:

- a) A falta de dispensa, la masa se distribuye a razón de 20 para cada heredero por concepto de legítima propiamente dicha y los 30 restantes a título de herencia.
- b) Si hay dispensa, la masa se distribuye a razón de 20 por cada heredero por legítima y 30 con cargo al tercio de libre disposición en favor del beneficiario de la liberalidad, que debe reintegrar a sus colegitimarios con un valor de 10, ya que el relicto fue solamente de 50 y la liberalidad excede en 10 la cuota de libre disposición.
- c) La tercera posibilidad es que el beneficiario de la liberalidad renuncie a la herencia. Es la hipótesis del artículo 842.

La regla general, en resumen, es que la suma total de liberalidades -sean en favor de legitimarios, de terceros, o de unos y otros-, quepa dentro de la cuota de libre disposición y no lesione la legítima. O dicho a la inversa, las donaciones deben reducirse en todo cuanto excedan la cuota de libre disposición. La liberalidad que se colaciona porque no hay dispensa se atribuye primero a la legítima general hasta completarla y después, si hay exceso, a la porción de libre disposición.

Con el artículo 1645 del Código, el legislador ha establecido la manera de reducir las donaciones -y, para estos fines, todas las liberalidades-. Empero, no hay norma que responda a la siguiente pregunta: ¿cuál debe ser el orden de reducción si hay donaciones a terceros y a legitimarios, y además legados? personalmente, considero que en primer lugar deben reducirse las disposiciones testamentarias y los legados (artículo 770); en segundo lugar las liberalidades a extraños, y en tercer y último lugar las efectuadas en beneficio de legitimarios. Queda a salvo, por supuesto, otro orden de reducción que hubiera establecido el causante.

En resumen, a menos que otra cosa deba resultar de la voluntad del de cuius, todos los demás conceptos adscribibles a la porción de libre disposición deben ceder y quedar ineficaces total o parcialmente ante la liberalidad en favor de legitimario.

### **2. Formalidad de la dispensa**

La dispensa constituye una declaración de voluntad (voluntad negocial según BURDESE, p. 309), que ha de manifestarse en el mismo acto de la liberalidad o en acto posterior, testamentario o no. Pero sea que se haga conjuntamente con la liberalidad o después, el legislador ha ordenado que debe constar expresamente en testamento o en otro instrumento público.

Lo de expresamente debe ser entendido en sus justos términos, en el sentido de ciertamente querido y, por ende, claramente dicho, manifestado. No es menester, sin embargo, que se empleen precisa e inexorablemente las palabras dispensa de colación, sino cualesquiera otras expresiones de la que necesaria e indudablemente deba concluirse, incluso implícitamente (ROCA, p. 38), que fue voluntad inequívoca del testador que la liberalidad no se atribuyera a la legítima del beneficiado (DE LA CAMARA, p. 386). Se excluye, por supuesto, que la voluntad de dispensa se deduzca por declaración tácita (artículo 141); esto es, de *facta concludentia* (SANTOS BRIZ, p. 147). Corolario del deber de manifestar la dispensa, la colación siempre es obligatoria en caso de silencio (BARASSI, p. 433).

La dispensa en testamento no requiere mayor explicación. Puede hacerse en cualquier clase de testamento, con tal que en definitiva llegue a ser válido y eficaz. Puntualizo esto porque la norma se refiere a "testamento o en otro instrumento público", como si la dispensa testamentaria solamente se pudiera hacer en testamento que tuviera carácter de instrumento público. También puede dispensarse mediante testamento ológrafo.

La exigencia de que, en defecto de testamento, la dispensa se haga necesariamente en instrumento público es criticable. Lo lógico hubiera sido exigir la misma formalidad empleada para la liberalidad -sobre todo cuando el acto jurídico respectivo sea bilateral-, siempre que, por lo menos, conste en el mismo acto de la liberalidad por escrito de fecha cierta (en el mismo sentido FERRERO, p. 829). Y tratándose de donaciones remuneratorias o verbales, que la ley optara por presumir o no presumir la dispensa.

En posición radicalmente distinta de la que sostengo, que es proclive a la reducción de formalidades cuando sea posible probar la voluntad de una manera segura, Echecopar (p. 288) reprochaba al Código anterior (artículo 776) que permitiera la dispensa extratestamentaria, porque -decía- posibilita clandestinidad y que sea "manejada solo por quien la conozca en el momento en que le convenga, para impugnar particiones que, de otro modo, serían perfectamente estables". "Solo debería aceptarse esta forma de dispensa -agregaba- si se hiciera forzosa su inscripción en el Registro de Testamentos". Pero a poco que se medite, existiendo en el Código anterior una regla como la del artículo 795, equivalente a la del actual 864, la observación de Echecopar puede considerarse como algo exagerada, aunque desde luego hay que compartir con él la conveniencia de que la colación por escritura pública se inscriba en el Registro.

### **3. Revocación de la dispensa**

Se trata de un evidente vacío de la legislación actual, que suscita fundadas dudas. A mi juicio, la dispensa siempre es revocable; incluso aunque la liberalidad consistiera en acto bilateral con el legitimario (conforme, DE LA CAMARA, p. 386). Cuando la dispensa se hace por testamento, podrá ser revocable, porque lo es todo él. Lo mismo cuando se hace por escritura pública de acto unilateral, esto es, de exclusiva voluntad del dispensante. Mas si la dispensa se hace en el mismo contrato de donación, la dispensa constituye una estipulación que integra un acuerdo entre donante y donatario, de donde se infiere que este acepta la donación en la medida que hubo dispensa, pues de no haberla habido es posible pensar que pudo no haber querido la donación. De este parecer es Albaladejo (citado por ROCA, p. 42).

En opinión de Burdese (p. 310) si el testamento o acto de dispensa llegaron a conocimiento del donatario de manera que pudiera entender que aceptó la donación en consideración de la dispensa, ésta ya no es acto unilateral ni de última voluntad, y por lo tanto no es revocable.

Sin embargo, pienso yo, la dispensa constituye de algún modo un beneficio complementario a título sucesorio, y si en nuestro ordenamiento son inválidos los pactos sobre sucesión futura, también debe ser inválido todo pacto que, de una u otra manera, impida modificar el régimen sucesorio futuro (vid. GUASTAVINO, p. 369). De modo, pues, que considero que la dispensa es siempre revocable. Es de desear que la jurisprudencia o una futura legislación solucionen este vacío.

La revocación de la dispensa es, desde luego, acto distinto del de revocación de la donación, que se rige por lo dispuesto en el artículo 1637 y que, por lo tanto, solamente puede hacerse cuando el donatario incurra en causal de indignidad o de desheredación (*rectius*, privación de la legítima).

## **MANERAS DE COLACIONAR**

### **ARTICULO 833**

La colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su valor. Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su valor. En ambos casos, el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión.

#### **CONCORDANCIA:**

c.c. arts. 660, 858

#### **Comentario**

##### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

El Código ha permitido dos maneras de colacionar: en especie, o en valor. Cualquiera de las dos, en el fondo, tiene por efecto aumentar el quantum que hade ser objeto de división entre los legitimarios. Hay reglas comunes para el reajuste de valor.

Contra toda lógica interna, el precepto que analizamos faculta solamente al colacionante a elegir si colaciona en especie, devolviendo a la masa hereditaria el objeto de la liberalidad, o reintegrando su valor. Repárese con cuidado en las expresiones empleadas por el legislador: devolución, que significa restitución, volver a colocar las cosas a su estado anterior a la transferencia de propiedad por donación; reintegro, que significa reversión, volver a hacer íntegro o entero lo que ha dejado de serlo.

Pese a que la norma apunta que la elección corresponde al colacionante, el testador puede disponer al hacer la liberalidad de una determinada manera (necesariamente en valor, o necesariamente en especie), que obligue al colacionante, o disponer que la elección la hagan los demás legitimarios. Me parece claro que si el testador puede dispensar de colación, también puede fijar las maneras de hacerla, siempre que no perjudique a los legitimarios.

#### **1. Colación en especie**

Salvo mejor parecer, la colación en especie a la sola elección por el colacionante es reprochable. En efecto, si se trata de colación en especie, ello significa, como dice el artículo, devolver el bien a la masa sucesoria. Es decir, se traduce en un desplazamiento patrimonial por transferencia que realiza el legitimario en favor de la comunidad de los legitimarios, con la correlativa consecuencia de resolverse el efecto económico de la donación. Pero repárese en que tal actitud puede ser opuesta a la que justificó la recepción del bien por el donatario, quien en virtud de un contrato con el donante, luego causante, consintió en recibir el bien para sí, con la consiguiente salida del activo del donante, que correlativamente dejó de querer dicho bien como suyo.

Me explico, en mérito del contrato que originó la donación hubo una transferencia de propiedad, lo que por propia naturaleza no tiene carácter temporal o transitorio, sino definitivo. Si el legitimario colaciona es porque concurre a la herencia con otros legitimarios y es sucesor de las posiciones jurídicas del causante. Si se es coherente, en tal calidad sucesoria dicho legitimario debe respetar lo que quiso el causante, entonces donante que quiso desprenderse de la propiedad.

Eso de una parte. Pero si se sigue pensando, la elección deferida en favor de quien debe colacionar es, hasta cierto, una imposición injustificada en contra de los intereses de los otros legitimarios. Mas si se reflexiona se advertirá que si el colacionante elige devolver el bien es porque muy probablemente ya no le interesa quedarse con él, y posiblemente por la misma razón tampoco interese a los otros legitimarios, quienes, sin embargo, se verían compelidos a aceptar que la masa de la que son copartícipes se acreciente con algo que no les interesa y que, además, el causante donante ya no tenía en su patrimonio porque lo había transferido -quiso transferirlo- al donatario. Como por efecto de la devolución en especie el bien se considera como si hubiese pertenecido al causante al momento de su fallecimiento, dicho bien integrará la masa partible, y si el colacionante lo está devolviendo, lo lógico es que no quiera que le toque en la partición. Llevando las cosas a extremos, acaso los otros legitimarios tampoco quieran que les toque en pago de su cuota legitimaria.

A lo dicho puede agregarse, como colofón, que la idea de devolución en especie entraña, como se ha visto, no solamente una especie de resolución de la donación por voluntad unilateral de una de las partes del contrato de donación respectivo, sino que colisiona con el concepto de anticipo, pues no es posible que algo sea y no sea al mismo tiempo, esto es, que exista un anticipo que deja de serlo, porque con la devolución de lo donado al patrimonio del donante causante, deja de tener razón la donación que justificó el anticipo.

#### **2. Colación en valor**

Cuando el donatario colacionante no elige (o no puede, si por ejemplo lo ha enajenado o consumido), hacer devolución del bien a la masa hereditaria -haciendo de cuenta como si hubiera pertenecido al causante en la fecha de su muerte- dice el Código que la colación se hace "reintegrando a ésta [la masa] su valor [de la liberalidad]".

Efecto ordinario de este medio de colacionar es una simple operación aritmética por la cual el colacionante imputa un valor que aumenta el valor contable de la masa divisible y partible, en el entendido que el colacionante retiene el objeto de la liberalidad (es decir, se le atribuye en la división y partición), aunque lo haya enajenado. En rigor, mediante la colación en valor, el legitimario colacionante sigue conservando el bien con el mismo título que lo recibió; no propiamente a título sucesorio, sino como atribuido a cuenta adelantada de la sucesión.

Debemos ahora preguntarnos, ¿esta colación en valor se hace entregando dinero a la masa, o - sin entregar ni reconocerse deudor- tomando de menos en la sucesión un equivalente de la liberalidad, lo que correlativamente significa que, de la masa sucesoria, los otros legitimarios tomarán más? La respuesta es difícil, pero a estar de la redacción de la norma parecería que los demás legitimarios tendrían derecho a exigir que la colación se haga en dinero, por el valor debido, y no que el colacionante reciba menos sin devolver nada.

Esta segunda forma de colacionar sin devolver -moins prenant (tomando menos), como dice el Código francés- solamente supone una operación contable que permite que los demás copartícipes reciban más y el colacionante menos. No estamos ante ningún supuesto de derecho creditorio o de resarcimiento (PEREZ LASALA y MEDINA, p. 136). Pero, insisto, no es esto lo que a mi juicio resulta de nuestro ordenamiento, que ordena devolver in natura o reintegrar el valor.

Además de la voluntad del legitimario, hay otros casos en los que también debe hacerse colación mediante reintegro por el valor de la liberalidad: (a) cuando el objeto de la liberalidad hubiera sido dinero, créditos o títulos valores, supuesto previsto en el artículo 835; (b) cuando la liberalidad hubiera consistido en la condonación o perdón de una obligación del legitimario en favor del causante; (c) cuando el legitimario hubiese enajenado el bien, cualquier que fuere el título de la transferencia, incluso forzosa; por ejemplo, en cumplimiento de un mandato judicial o por expropiación; (d) cuando hubiese hipotecado el bien. El legislador ha omitido la posibilidad de que estuviera afecto a otra garantía, como por ejemplo prendaria, pero me parece que análogamente es a de colación en valor; (e) cuando el bien donado tuviera carácter consumible.

La regla legal vigente establece que el valor del bien es el que tenga al momento de la muerte del causante. El texto puede entenderse de dos maneras diferentes: (a) que el bien donado es tasado para determinar el valor que pudiera tener al abrirse la sucesión, con independencia del que hubiera tenido al hacerse la liberalidad, o (b) que el valor que tenía al momento de la liberalidad es actualizado a la fecha de muerte en función de criterios más o menos objetivos. La diferencia es importante, ya que en el primer caso se reexamina intrínsecamente cuál es el valor presente del bien al efectuarse la colación, prescindiendo del valor que hubiera tenido cuando se hizo la donación; en el segundo caso, se toma como bueno el valor al tiempo de la donación (que es el valor que causó detrimento en el donante y correlativo enriquecimiento del donatario), y ese valor es traído al presente, al margen de las vicisitudes del bien.

Cuando se trata de colación en valor, no tengo dudas de que debe optarse por la segunda alternativa. Y aunque reconozco que el asunto es cuestionable si se trata de colación real, creo que se le debe dispensar el mismo tratamiento (vid. LOHMANN, p. 110).

## **REPERCUSIÓN SOBRE EL VALOR. AJUSTES**

### **ARTICULO 834**

El que colaciona en especie deducirá en su favor el valor de las mejoras que hubiere hecho, y resarcirá a la masa hereditaria el valor de los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 916, 1138 ¡nc. 2), 1139

### **Comentario**

***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

El precepto no tiene precedente en el Código anterior, que no contemplaba la colación en especie. Pero el principio a que responde el artículo no admite mayor discusión: debe colacionarse por el valor del enriquecimiento, y nada más (BARASSI, p. 432), salvo el caso de liberalidades bajo modalidad. Esto es, el obligado a colacionar y los colegitimarios beneficiarios de la colación no deben tener en su patrimonio, respectivamente, más detrimento ni más provecho que si no hubiera habido la liberalidad.

Como la colación in natura supone una devolución del objeto de la liberalidad a la masa hereditaria, haciendo de cuenta que la liberalidad queda sin efecto y con retorno de la titularidad sobre el bien al patrimonio dejado por el causante, la masa sucesoria repartible entre los legitimarios no tiene por qué verse favorecida con lo que el legitimario beneficiario de la liberalidad hubiera gastado en mejoras; ni, viceversa: tampoco ha de verse perjudicada con el detrimento del valor del bien por deterioros imputables al donatario que devuelve.

En definitiva, lo que el artículo postula es que el bien e al patrimonio original como si no hubiera habido donación, sino simplemente una autorización de uso cuidadoso y diligente del bien devuelto (valor de uso que, por supuesto, no es materia de colación, a menos que solamente eso hubiera sido el objeto de la liberalidad).

Repárese en que la norma se refiere a mejoras en general, sin distinguir su naturaleza, esto es, incluye las necesarias y las útiles según son definidas en el artículo 916 del Código. No parece, sin embargo, que deban comprenderse las mejoras de recreo. En el caso de mejoras, como el colacionante regresa un bien que, por las mejoras, supuestamente tiene mayor valor, el monto de este valor debe ser resarcido.

Otro tanto ocurre a la inversa. Como cuando se elige colacionar en especie el bien debe devolverse tal como estaba cuando lo recibió el legitimario (salvo, por supuesto, el desgaste normal por el uso a que el donatario tiene derecho en su calidad de propietario por donación mientras no devuelva), el colacionante debe resarcir el menor valor de lo que devuelve siempre que, como señala la norma, tal menor valor tenga origen en deterioros del bien imputables a culpa (y, aunque no se diga, dolo) del colacionante. Por lógica interpretación contrario sensu de la norma, aunque sea discutible la decisión del legislador, el colacionante no responde por los deterioros causados por un tercero.

En ninguno de los casos, o sea, plusvalía del bien por las mejoras o minusvalía por el deterioro, el artículo explica cómo se calcula el valor correspondiente. Si la colación es en valor, tengo claro que debe hacerse una actualización del valor original. Pero en la colación en especie, ¿debe hacerse una nueva valorización a la fecha de apertura de la sucesión? El tema es delicado pero, a mi juicio, la colación en especie requiere determinar el valor del empobrecimiento que tuvo el causante al desprenderse del bien que su donatario retorna, valor que es actualizado al presente.

Por tanto, primero hay que establecer cuál es el valor original, actualizado, del bien si no hubiera tenido mejoras ni deterioro y luego, según corresponda, aumentarlo o reducirlo.

Para el aumento por mejoras hay que determinar su valor a la fecha de apertura de la sucesión, no al que hubieran tenido cuando se introdujeron, lo que supondrá muy probablemente establecer la depreciación por el uso.

La reducción por deterioro es más complicada, debido a que no siempre es posible tener certeza de cuál era el estado del bien a la fecha de donación. La cuestión, desde luego, tendrá que ser materia de prueba.

## **VALORACIÓN EN CASOS ESPECIALES**

### **ARTICULO 835**

Si la liberalidad consistió en dinero, créditos, o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, para determinar el valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.

En caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado, en la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. arto 660

### **Comentario**



### **Guillermo Lohmann Luca de Tena**

La lógica de la disposición es contundente al señalar un deber de reajuste o actualización del valor cuando la liberalidad fuera de dinero, o directamente traducible a unidades monetarias.

Aparte de ello, hay algunos detalles que no conviene dejar de mencionar. Lo primero concierne al concepto de créditos. El asunto no tendría mayor relevancia cuando se trata de cesión gratuita de un crédito de dinero contra terceros, o de condonación de obligaciones dinerarias debidas por el legitimario al causante, o de deudas del legitimario en favor de terceros que hubieran sido pagadas por quien luego es su causante. Pero no se olvide que crédito es todo aquello a lo que se tiene derecho a título obligacional, por lo que también deben ser incluidas en esta regla todas las liberalidades mediante las cuales el autor de ellas transfiere al receptor el derecho de exigir alguna prestación de un tercero. En tal hipótesis, habrá que establecer el valor de tal prestación al momento en que efectivamente fue recibida por el donatario, y actualizarla a su valor presente.

Un supuesto que, por ejemplo, también podría encajar en el artículo bajo, análisis, es el de la liberalidad que consistió en la constitución gratuita de un derecho real como el usufructo, la superficie o la servidumbre en favor del legitimario. A la postre son actos que importan un beneficio sin contraprestación, con el respectivo empobrecimiento o falta de enriquecimiento del autor de la liberalidad.

Es por eso que, con atendible justificación, el dispositivo legal habla de circunstancias del caso, porque bien puede ocurrir que se done al legitimario un crédito a cargo de un tercero, pero que tal tercero resulte parcialmente insolvente o imposibilitado de pagar todo lo que corresponde. Caso parecido sería el del legitimario que adeuda a un tercero la cantidad de 100, pero su padre asume la deuda, paga 80 y logra que el tercero condone la diferencia. En tal caso es sensato que la liberalidad sea por el valor de 80 que el padre efectivamente pagó y por los que se empobreció; no por los 100 debidos, aunque se haya logrado la cancelación total de la obligación.

Más complicado es lo de equitativo reajuste. En este tema encuentro que si ya se han tenido en cuenta para el reajuste las circunstancias singulares del caso, la equidad (entendida como igualdad o equivalencia de tratamiento, o como benignidad) no debe tener influencia alguna, pues lo que corresponde es una actualización, que ciertamente supone un reajuste, pero con criterios objetivos y razonables, sin consideraciones subjetivas.

Si de mí hubiera dependido, tal como entiendo la norma, creo que la intención del legislador hubiera quedado bastante mejor expresada con la siguiente redacción: "Si la liberalidad consistió en dinero, créditos, títulos valores o ventajas susceptibles de valorización, el valor al tiempo de la efectiva percepción de la liberalidad será reajustado en atención a las circunstancias y contenido de la liberalidad, para actualizarlo a la fecha de apertura de la sucesión".

Ahora bien, prescindiendo de intenciones del legislador, se presta a críticas que la actualización deba hacerse solo a la fecha de apertura de la sucesión. Me remito a estos fines a lo dicho al comentar el artículo 833.

El párrafo final del artículo no reclama especial explicación. La referencia a la vía incidental se corresponde con el actual proceso sumarísimo. Y lo del juez al que corresponda conocer de la sucesión es inútil repetición del artículo 663 del Código Civil, también recogido en el artículo 19 del cuerpo Procesal Civil. Ambos documentos, con carácter general, atribuyen competencia en materia sucesoria al juez del último domicilio del causante.

## **BIENES PERECIDOS**

### **ARTICULO 836**

No son colacionables los bienes que por causas no imputables al heredero, hubieren perecido antes de la apertura de la sucesión.

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts.1138 incs.3) y 5), 1315,1972

#### **Comentario**

### **Guillermo Lohmann Luca de Tena**

De las propuestas iniciales de este artículo solamente ha quedado la parte que exonera de colación a los bienes que por causas no imputables al heredero (esto es, ajenas a su voluntad,

culpa o falta de diligencia) hubiesen perecido antes de la apertura de la sucesión. Desde luego, el supuesto no se aplica a las liberalidades de bienes consumibles o perecibles, que sí se colacionan (BURDESE, p. 300). La decisión legal es controvertible y se puede justificar cualquiera de las posiciones.

Para avalar la posición de la norma puede decirse que resulta imposible colacionar bienes o valor, de lo que no existe -física o jurídicamente- a la fecha en que se debe valorizar (apertura de la sucesión), y que, además, si el bien ha perecido por causa no imputable al donatario, la misma causa hubiera originado su perecimiento aunque no hubiera habido liberalidad y continuado el bien a nombre del causante. De modo que como lo que no existe no puede integrar el caudal sucesorio, lo que se perdió para el donatario y que por lo mismo también se hubiera perdido para el causante, tampoco debe reintegrarse por colación. Esta es la posición que a Ferrero le parece razonable (FERRERO, 844). Lo mismo piensan Carbonell Lazo y colaboradores (CARBONELL LA LANZON PEREZ y MOSQUERA LOPEZ, p. 3938).

Para sustentar la posición contraria a la adoptada por el Código puede sostenerse que si la donación se perfecciona, lo es con todas sus consecuencias; de manera que los bienes se pierden para su dueño, que es el donatario, quien debiera colacionar por su valor actualizado igual que lo colaciona si lo ha enajenado. La actual regla del 836 permitiría, por ejemplo, que el donatario disfrutara de lo donado 30 años, que se pierde por un terremoto unos días antes de la muerte del donante y en tal caso no tendría que colacionar. Además, el actual artículo 836 no regula el caso, absolutamente posible, que el donatario vendiera lo donado, que cobre el precio y que la cosa pereciera en poder del tercer adquirente. Ni tampoco apunta si hay deber o no de colacionar si hubiera donado lo perecido, o si hubiera estado asegurado y el legitimario donatario percibió la indemnización correspondiente.

A lo dicho agrego que no veo motivo para que a esta liberalidad al legitimario se le dispense un tratamiento distinto del que la ley confiere a do naciones a terceros cuyo bien hubiera perecido, porque para este caso no hay norma alguna que diga que la donación a terceros del bien perecido no debe computarse para la legítima y que no está expuesta a reducción por inoficiosa, cuando correspondiera.

Repárese, de todos modos, en dos cosas. En primer lugar, que la regla se refiere a bienes, no a valores. Por tanto, soy del parecer que si el bien se ha perdido por causa no imputable al legitimario, subsiste el deber de colacionar el valor en la medida que el donatario en cuya propiedad pereció el bien tenga a su disposición alguna acción (quiero decir, pretensión jurídica), que también hubiera tenido el causante si el bien no lo hubiera donado y si formara parte de la sucesión. En consecuencia, habrá que hacer colación por la sumas recibidas como indemnización, o inclusive de las acciones legales contra terceros que hubieran sido responsables del perecimiento (AZZARITI, p. 790). En segundo lugar, que no basta ignorancia de existencia actual o de ubicación de la cosa, esto es, extravío, sino efectivo perecimiento, de manera que si el bien aparece tendrá que colacionarse o, en su caso, hacer los reajustes particionales.

Tema de difícil respuesta es si los bienes que conforme a este artículo 836 están exceptuados de colación, deben o no considerarse para el cálculo de la porción legitimaria. Es decir, si deben o no computarse para la determinación de la legítima. El artículo 2162.2 del Código portugués es explícito al excluirlo de la computación. Nuestra legislación, como en tantas otras cosas, guarda silencio. Por mi parte, me sumo a la decisión portuguesa, que es la coherente, porque si la razón del 836, según parece, es que no se colacione lo que también se hubiera perdido para el causante y que, por ende, no formara parte de su patrimonio, lo sensato es que tampoco se cuente para determinar el acervo general sobre el cual se fija la legítima.

En resumen, el artículo 836 constituye una excepción a la regla de que todas las donaciones se consideran para el cálculo de la legítima.

## **ALIMENTOS Y OTROS GASTOS NO COLACIONABLES**

### **ARTÍCULO 837**

No es colacionable lo que se hubiese gastado en alimentos del heredero, o en darle alguna profesión, arte u oficio. Tampoco son colacionables los demás gastos hechos en favor de él, mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y con la costumbre.

### **CONCORDANCIA:**

## **Comentario**

### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

La colación reposa en la existencia de una liberalidad que, por propia esencia, supone un acto voluntario del autor del beneficio, quien por motivos altruistas desea favorecer preferentemente a uno de sus legitimarios, pero sin una correlativa ventaja respecto de los demás legitimarios (dispensa aparte). Consiguientemente, si la ley establece el deber alimentario, es perfectamente natural que lo gastado por tal concepto nunca pueda constituir una liberalidad, sino cumplimiento de un deber. Por otra parte, también es deber de los padres atender a la educación y capacitación laboral de sus hijos (artículo 423 del Código).

La segunda parte del artículo 837 exonera asimismo de colación los demás gastos (se entiende, su valor) realizados en favor del legitimario, siempre que "estén de acuerdo con la condición de quien los hace y con la costumbre". Nótese que el texto del artículo 778 del Código anterior, sustancialmente igual al actual, aludía a regalos, mientras que el nuevo se refiere a gastos. La Exposición de Motivos no proporciona ninguna explicación de las razones del cambio. Sin embargo, intuyo que los gastos a los que este texto parece haber querido referirse son tanto los que correspondan a regalos u obsequios ordinarios (por ejemplo, con ocasión de matrimonio) - esto es, no excesivos de acuerdo a la situación patrimonial del donante al tiempo de la liberalidad, ni desacostumbrados socialmente de acuerdo a las circunstancias-, como a otros que, sin ser propiamente regalos de objetos, signifiquen un beneficio, ausencia de empobrecimiento o, en suma, ventaja patrimonial para el legitimario y disminución para el donante. Habrá que examinar caso por caso.

Debe quedar claro que los conceptos a que se refiere este numeral 837 no son auténticas liberalidades y, por tanto, no se consideran para la determinación de la legítima.

## **IMPORTE DEL SEGURO Y PRIMAS PAGADAS**

### **ARTICULO 838**

No es colacionable el importe del seguro de vida contratado en favor del heredero, ni las primas pagadas al asegurador, si están comprendidas en la segunda parte del artículo 837.

### **CONCORDANCIA:**

C.C. art.837

## **Comentario**

### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

La disposición aporta, en su frase final, un cambio parcial respecto de la posición adoptada en el Código precedente. De todos modos, sigue el principio que ya venía establecido desde el Código de Comercio, en cuyo artículo 419, aún vigente, establece que las cantidades que el asegurador debe entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta, aún contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del que hubiera hecho el seguro a favor de aquélla.

Que no sea colacionable el importe que el heredero reciba en su favor del seguro de vida contratado por el causante es cosa explicable, porque dicho monto no forma parte de la masa hereditaria propiamente dicha, por ser crédito directo del beneficiario del seguro contra el asegurador (vid. FERRERO, p. 861 Y autores por él citados). Pese a que esto pueda causar notorias desigualdades entre los importes a recibir por los herederos, la ley ha querido permitirlo, en el entendido de que lo que se reciba del seguro no es transmisión patrimonial que se recibe a título de herencia del causante.

El cambio al que antes me refería está en la segunda parte del artículo. Bajo el Código anterior, las primas de seguro pagadas por el causante siempre eran colacionables, probablemente sobre la base de considerar que como el causante contrató voluntariamente el seguro en favor de determinado legitimario, el costo de las primas del seguro sí significaban un privilegio especial para el beneficiario de la póliza, favoreciéndole respecto de los demás legitimarios.

En cambio el nuevo Código exonera de colación a las primas "si están comprendidas en la segunda parte del artículo 837", o sea, si guardan proporción con la condición económica de quien contrata el seguro, porque lo de la costumbre no es pertinente a estos fines.

Atendiendo a esto, apunta Lanatta que no estarán exentas de colación "las que exceden de estos prudentes límites en que no constituyen un gasto normal de previsión" a fin de "no permitir que pueda abusarse de tal disposición contratando seguros excesivos en favor de alguno de los herederos, en perjuicio de los demás" (LANATTA, p. 133).

Pese a la bondad teórica de la norma, su aplicación en los casos concretos se presta a tanta subjetividad que acaso hubiera sido preferible mantener la regla del Código anterior.

## **CONTRATOS ENTRE LEGITIMARIO y CAUSANTE**

### **ARTICULO 839**

No son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia

de contratos celebrados con el causante, siempre que éstos, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos.

#### **Comentario**

##### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

Salvo mejor parecer, pudo el legislador haberse ahorrado el artículo; nada hubiera ocurrido de no haberse incorporado al Código esta regla, inexistente en el Código anterior. Por el contrario, la redacción del artículo se presta a críticas porque suscita preguntas de incierta respuesta.

Nada tiene de reprochable que quien es presumible heredero forzoso celebre un contrato con su presumible causante y que obtenga beneficio como consecuencia de tal contrato.

Pero el artículo dice que se trate de contratos que, "al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos". Y esta exigencia sí es censurable, porque, en rigor, cuando el contrato se celebra no hay herederos. Tanto el legitimario contratante como los otros posibles futuros herederos todavía no son herederos (solo tienen una expectativa: son sucesibles), y además el quantum legitimario se determina al momento de la muerte. Quiero decir, es imposible jurídicamente que al tiempo de su celebración el contrato afecte un derecho de legítima inexistente de herederos que todavía no lo son, pues no hay causante y, por tanto, son herederos inexistentes.

Acaso pueda haberse pensado en contratos simulados, o cuyas contraprestaciones resulten tan desfavorables para el futuro causante que hagan pensar que se trataba de una donación disimulada. Pero si en eso se estaba pensando, no hacía falta tratar el tema con rodeos y en la forma que se ha hecho, sino haberlo dicho claramente.

Refiere Lanatta (p. 133) que el artículo tiene antecedente en el numeral 743 del Código italiano, pero esta norma se refiere al contrato de sociedad de fecha cierta, celebrado sin fraude entre el difunto y uno de sus herederos, con lo cual está limitando el ámbito: utilidades derivadas de negocios, en virtud de contrato de fecha y contenido ciertos, sin ánimo de causar perjuicio. Obviamente, el contrato desequilibrado con conciencia de serio supone donación mixta VOLLERY, p. 17).

## **INTERESES LEGALES Y FRUTOS**

### **ARTICULO 840**

Los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión.

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 660, 890 a 893, 1244

#### **Comentario**

##### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

El artículo se refiere a intereses y frutos, olvidando que los primeros son una variedad de los segundos, conforme al numeral 891 del Código. Lo que ocurre es que esta norma imputa los intereses al capital de dinero, y los frutos a los bienes distintos del dinero.

Al margen de ese detalle menor, el precepto está completamente justificado y cualquier explicación resultaría vana, pues hasta antes del deceso del autor de la liberalidad la donación tiene plenitud de eficacia; quiero decir, que lo donado es propiedad plena del donatario, con todas sus consecuencias (salvo la ya citada del artículo 836). De este parecer discrepa León Barandiarán, por considerar que "la solución más justa debe ser que el heredero que recibió el bien pague el interés no desde la muerte del causante, sino desde que recibe el bien, en el monto mismo" (LEON BARANDIARAN, p. 295).

Por efecto del deber de colación, a partir de la fecha de apertura de la sucesión debe devolverse el bien o su valor, como si desde entonces pertenecieran a la masa sucesoria. Pero creo indispensable precisar: a) masa hereditaria, como correctamente dispone el artículo, porque no comparto la tesis según la cual mientras la comunidad hereditaria esté indivisa los frutos se atribuyen automática y directamente a los coherederos; la regla del artículo 846 hay que entenderla bien: los frutos se reparten como a cuenta de lo que en el futuro tocará por partición; y b) la devolución se atribuye a la masa hereditaria partible entre los legitimarios, por lo tanto no a la masa general, por la regla del artículo 843.

Solo para puntualizar, adviértase que la norma se refiere a lo colacionable, o sea a lo que deba ser colacionado, sin importar la fecha en que efectivamente se realicen la devolución in natura o el reintegro del valor.

## **COLACIÓN Y REPRESENTACIÓN SUCESORIA**

### **ARTICULO 841**

En los casos de representación el heredero colacionará lo recibido por su representado.

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arls. 681 a 685

#### **Comentario**

##### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

Regla general en materia de colación es que están obligados a ella los legitimarios beneficiarios de liberalidades que concurren a la sucesión con otros legitimarios (vid. GARCIA GARCIA, p. 392). A la Inversa, los legitimarios que no coparticipen en la herencia no están obligados a colacionar. Pero como casi toda regla, ésta también tiene excepciones.

El ordinal 841 prescribe que quien concorra a la herencia por representación debe colacionar lo recibido por su representado (por ejemplo, su padre). Es decir, aunque el representante (por ejemplo, nieto) que concorra como heredero no haya recibido ninguna liberalidad (de su abuelo). y, por cierto, aunque el descendiente (nieto) representante (de su padre) no participe en la sucesión del representado (el padre).

La disposición legal se aplica únicamente a los descendientes, pues aunque los ascendientes y el cónyuge sean legitimarios, no hay representación en sus líneas, y aunque pueda haber representación en la línea colateral, los hermanos y los sobrinos no son legitimarios. En resumen, lo dispuesto en el artículo 841 se aplica solamente para los nietos y demás descendientes, respecto de lo recibido de su abuelo por su padre; no se exige que los abuelos del causante colacionen lo recibido por los padres del causante, porque aun siendo todos los legitimarios (y en ese sentido, herederos forzosos), no hay representación para los ascendientes. Por efecto de la regla analizada, como en nuestro sistema la representación no solo se aplica en caso de premoriencia, sino también de renuncia, indignidad o desheredación, los nietos que deseen concurrir con otros legitimarios (tíos, primos o descendientes de éstos) a la herencia de su abuelo, tendrán que colacionar la liberalidad efectuada por el abuelo en favor del padre, aunque el padre no sea difunto; esto es, tendrán que colacionar aunque no hayan llegado a heredar al padre, porque no se ha muerto. El mandamiento, pues, se reduce a indicar que los representantes colacionarán, lo mismo que hubiera debido colacionar el representado, pese a que los colacionantes que concurren en representación en nada se hubieran beneficiado con la liberalidad que recibió el representado. Si no la colacionaran, se verían perjudicadas las otras ramas, o sea las de los tíos.

Por lo mismo, el descendiente que suceda por derecho de representación quedará obligado a colacionar lo recibido por su representado, aunque hubiera renunciado a la herencia del mismo (AZZARITI, p. 763).

Tema conexo al anterior, y que el legislador ha dejado sin tratar, es si los nietos deben o no colacionar lo que ellos, directamente, hubiesen recibido de su abuelo. El silencio legal puede llevar, con razón, a considerar que el legislador no quiso establecer deber de colacionar en tales casos. Es la tesis de Espín Cánovas (p. 171) sobre el Código español, que comparto; a mi juicio, el nieto solo quedará obligado a colacionar cuando al recibir él la liberalidad hubiera tenido directamente vocación de ser legitimario; es decir, solo si entonces hubiera podido ser heredero. Esto es lo que expresamente preceptúa el artículo 2105 del Código portugués: "Só estao sujeitos a colacao os descendentes que eram a data da doacao presuntivos herdeiros legitimarios do doador", aunque esta posición es radicalmente distinta a la del artículo 846 del Código francés.

En el sentido expresado, las liberalidades hechas por el abuelo al nieto mientras era el hijo y no el nieto quien tenía expectativa sucesoria, deben seguir el tratamiento general de las donaciones computables para el cálculo general de la legítima, pero no imputables a la legítima singular del nieto (LOPEZ DEL CARRIL, p. 138), pues al momento de hacer el abuelo la liberalidad al nieto éste no era su heredero forzoso como postula el artículo 831. De opinión contraria es Ferrero, quien sostiene que "... debe aplicarse la regla general de que todas las relaciones jurídicas deben definirse al momento de la apertura de la sucesión" (FERRERO, p. 834).

De lo dicho se colige que cuando el nieto concurre en representación puede darse el caso de que quede obligado a una doble colación: de lo recibido por su padre, respecto del cual actúa como representante, y de lo recibido por él directamente de su abuelo si a la fecha de esa liberalidad su padre hubiera fallecido.

Asunto adicional sobre esta materia y que, me parece, no admite discusión alguna, es que los padres (hijos del causante) no deben colación de la liberalidad efectuada por el causante directamente a sus propios nietos. El asunto es claro a todas luces pues los nietos no concurren a la herencia del abuelo, y por ende, no están obligados a colacionar. Las donaciones que ellos recibieron deberán computarse en la masa ficticia para los fines de los artículos 1629 y 1645, Y comprobar si lesionan o no la legítima, esto es, si exceden o no de la porción de libre disposición, pero no son colacionables.

Una cuestión final. A mi juicio este artículo se aplica incluso aunque solamente concurren nietos a la herencia de su abuelo, a falta de sus respectivos padres. Es decir, el segundo párrafo del artículo 819 es un olvidado residuo del Proyecto de Lanatta, que en la versión final del Código resulta inaplicable porque contradice frontalmente lo dispuesto por los numerales 682 y 684. Si ese párrafo del 819 tuviera aplicación quedaría excluida la representación y este 841 solo podría aplicarse a los nietos que concurren con tíos. Repárese, además, en que el propio Lanatta (p. 134) admite que el artículo 841 del Código vigente corresponde al 781 del de 1936, concordante con el artículo 761 de éste, el cual disponía que los descendientes siempre heredaran por estirpes, solución claramente distinta a la del segundo párrafo del 819 actual.

Encuentro obvio, por lo tanto, que los artículos 761 y 781 del Código derogado engarzaban perfectamente entre sí. Si Lanatta indicó que el numeral 841 actual corresponde al anterior 781, resulta claro que lo pensó en el contexto del anterior 761, netamente opuesto al segundo párrafo de 1819, que no queda sino descartar por inútil e inaplicable.

## **COLACIÓN Y RENUNCIA DE LA LEGITIMA**

### **ARTICULO 842**

La renuncia de la legítima no exime al heredero de devolver lo recibido, en cuanto exceda de la porción disponible del causante.

#### **CONCORDANCIA:**

C.C. arts. 664, 723, 725, 726

#### **Comentario**

##### ***Guillermo Lohmann Luca de Tena***

El legitimario beneficiario de una liberalidad sin dispensa de colación (o sea, para que la liberalidad se impute a cuenta de su legítima, no que se obtenga además de ésta), recibe el

beneficio a cuenta o como anticipo de la herencia. En consecuencia, en estos casos el legitimario debe colacionar entregando el bien o su valor a la porción de legítima general de la herencia, porque precisamente el autor de la liberalidad no quiso dispensar que la liberalidad fuera recibida en adición a lo que por la cuota de legítima habría de tocarle por herencia.

Llevando los razonamientos a su extremo, la lógica conduce a tener que concluir que, si hay renuncia a la herencia, también debiera entregarse a la masa el bien o el valor respectivo, pero ya no por concepto de colación (porque si hay renuncia, no hay participación en la masa), sino por devolución de aquello que se había recibido como adelanto o a cuenta de algo que nunca ocurre. En efecto, si hay anticipo, es obvio que el anticipante y el anticipado quisieron que fuera a cuenta de lo futuro. De haber sabido el anticipante que no habría herencia por causa de la renuncia, no hubiera hecho la liberalidad sin dispensa, esto es, no habría anticipado lo que nunca hubiera podido ser anticipo de algo inexistente por no haber herencia que anticipar en favor de tal sujeto. Es decir, como la renuncia significa que no hay herencia en favor del donatario o beneficiario de la liberalidad, mal podría haber anticipo de algo que nunca se produce. De donde e sigue que la renuncia debiera obligar al renunciante a que devuelva aquello que recibió.

Sin embargo, el artículo 842 dispone lo contrario. La razonabilidad de la disposición salta a la vista sin mayor esfuerzo: las liberalidades que no se imputan a la legítima porque hay dispensa de colación o porque el legitimario renuncia a los derechos sucesorios, no dejan de ser necesariamente liberalidades que están sujetas a las reglas de los artículos 1629 y 1645

Ahora bien, aceptado el principio, su aplicación requiere de algunas útiles explicaciones.

a) El precepto habla de devolución de lo recibido, pero ello no debe tomarse al pie de la letra. Habrá que examinar la naturaleza de la liberalidad y si el objeto de ella sigue o no en propiedad del legitimario renunciante, para saber si es posible o no la devolución, o si más propiamente habrá que hacer un reintegro del exceso de valor.

b) El reintegro -o, si se quiere seguir el vocabulario del artículo, la devolución- no es automático. Me explico, no creo que el artículo 842 contenga una derogación de las normas generales, que obligue a que la donación al renunciante sea afectada prioritariamente. A falta de otra indicación, al producirse la renuncia (o sea no imputación a la legítima) la liberalidad debe seguir la suerte de todas las liberalidades, sin distinción. Por lo tanto, en aplicación del artículo 1645, si resulta necesario reducir las liberalidades ya que la suma de todas ellas excede la cuota disponible, primero se deben declarar total o parcialmente ineficaces las de fecha más reciente, y si tienen la misma fecha, a prorrata. Tampoco creo que por analogía pueda ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 770.

c) El principio también se aplica al caso del indigno y del desheredado que no hubieran dejado representante.

## **BENEFICIARIOS DE LA COLACIÓN**

### **ARTÍCULO 843**

La colación es sólo en favor de los herederos y no aprovecha a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión.

Concordancias:

C.C. art. 724

Comentario

Guillermo Lohmann Luca de Tena

Cuando no hay dispensa de colacionar ni renuncia a la legítima por el beneficiario de la liberalidad, los obligados a la colación son los legitimarios que concurran a la sucesión con otros legitimarios.

Pero como la razón principista de ser de la colación, es remover la disparidad de tratamiento (BIANCA p. 648) que las liberalidades causen entre legitimarios (salvo dispensa, por cierto) y para evitar desproporciones o desequilibrios (MESSINEO, p. 412) en las porciones que en definitiva toquen y correspondan a los colegitimarios en la división y partición -de manera que uno de ellos no tenga, por vía de liberalidad hecha en vida, más de lo que normalmente le hubiera correspondido- al retorno de la liberalidad no puede beneficiar sino solamente a los legitimarios.

Recalco; legitimarios que concurren a la sucesión con carácter de tales, aunque sea como legatarios de cuota, y no simples herederos como indica el precepto.

Dicho de otra manera, los acreedores de la sucesión no pueden considerar que el activo de ella queda aumentado por la colación, pues para todos los efectos sobre ellos la liberalidad fue bien hecha y fue válidamente transferida, de modo que, en lo que toca a los acreedores del causante, cuando este fallece el objeto de la liberalidad no formaba parte de su patrimonio. (FORNIELES, p. 275). Además, como puntualiza De los Mozos, el mecanismo de la colación es “totalmente ajeno a la responsabilidad por las deudas hereditarias, pues la colación actúa sobre el activo, es decir, una vez que ha sido separado el activo del pasivo, solo entonces es cuando hay que sumar al relictum, así depurado, el donatum. La colación no altera para nada la responsabilidad por las deudas hereditarias; ésta se rige por sus reglas específicas. (...) Efectivamente, la colación sólo produce efecto entre los coherederos forzosos; luego, frente a los extraños, en este caso los acreedores, la colación para nada altera la responsabilidad por las deudas de la herencia” (DE LOS MOZOS, p. 310).

Hay que precisar que el precepto legal menciona solamente a los acreedores de la sucesión. Consiguientemente, sí puede pedir la colación a un legitimario, por vía de subrogación, los acreedores de los demás colegitimarios concurrentes a la herencia (coinciden CASTAÑEDA p. 139; y HOLGADO VALER, p. 339). Lo cual, por otra parte, es lógico, porque los acreedores de los herederos pueden pedir la partición, y a la masa partible entre legitimarios, hay que traer por colación. (Vid. FERRER, p. 128)

En lo que a legatarios concierne, es relativa la afirmación legal de que la colación no les aprovecha. En efecto, la colación puede beneficiarles indirectamente, en la medida que se aumenta la masa legítima y, correlativamente, se evita o reduce la posibilidad de reducción de los legados que, de otra manera, se verían perjudicados si es necesario disminuir lo asignado a la porción disponible.