

# Apuntes de Derecho Sucesorio

## III

### Atribución de la Legítima por actos intervivos

JUAN VALLET DE GOYISOLO

Notario de Madrid

SUMARIO: 1.º ¿Puede el causante, sin incurrir en preterición, atribuir a un legitimario su legítima mediante donaciones sin instituirle heredero ni asignarle ningún legado?—2.º Computación de las donaciones, según el Derecho romano, para el cálculo de la legítima y su imputación a ésta a efectos de la «querela inofficiosi testamenti» y de las «querelae inofficiosae donationis vel dotis».—3.º La colación en Derecho romano.—4.º La llamada colación germánica y su reflejo en los fueros medievales de León y Castilla.—5.º Computación del caudal, legítima, tercio y quinto después de las leyes de Toro, a través de la doctrina de los autores castellanos.—6.º Imputación a la legítima, al tercio y al quinto según las leyes de Toro.—7.º La colación después de las leyes de Toro según los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.—8.º Computación e imputación desde fines del siglo XVIII al Código civil.—9.º La colación en el periodo precursor del Código Civil.—10. Distinción de la colación con respecto a la computación, la imputación *ex se* y la reducción por inoficiosidad en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo.—11. La computación para cálculo de las legítimas, y tercios de mejora y libre disposición en el Código civil.—12. La imputación de las donaciones en el Código civil.—13. Reducción de donaciones inoficiosas en el Código civil.—14. La colación, propiamente dicha, en el Código civil.—15. Posición del legitimario donatario instituido heredero o que lo sea *ab intestato*.—16. Posición del legitimario donatario no heredero.

En la primera parte de este trabajo tratamos de demostrar que el sistema legitimario del Código civil español correspondía a los de reglamentación de tipo negativo (freno). Es decir, que no hay delación legitimaria, ni la legítima es una porción forzosa de la herencia *ab intestato*. En su aspecto *normativo*, la legítima de Derecho común español se concreta en una serie de normas protectoras de carácter negativo excepto la *actio ad supplementum*. Para no violar el mandato primario en las normas protectoras y, por tanto, para no sufrir su efecto normativo secundario o represivo, bas-

ta al causante dejar al legitimario (1) sea por título *inter vivos* o *mortis causa*, universal o particular, una porción en bienes de su caudal (*pars bonorum*)—que excepcionalmente puede transformarse en *pars valoris*, en especial en el supuesto del § 2.º del artículo 1.056—equivalente al valor de activo líquido correspondiente a la cifra que, por aplicación de la norma al caso concreto, corresponde a su legítima (aspecto *contable* de la legítima).

En la segunda parte examinamos los supuestos de atribución testamentaria de la legítima—a título universal o singular—y de concreción de la misma sea en testamento o en partición verificadas por el propio testador.

Ahora nos toca enfrentarnos con la atribución de la legítima a través de actos *inter vivos*.

Gregorio Ortega Pardo, en el trabajo que suscitó estos apuntes (2), afirmó que, a través del deber de colacionar preceptuado en el artículo 1.035—que, a su juicio, «no tiene como causa, sino como condición a la liberalidad siendo su causa inmediata la existencia de una sucesión forzosa a la que concurren varios legitimarios»—«sólo después de la muerte del causante pueden computarse (las donaciones) a su cuota (la del legitimario)» y «no se ve privado por ello de su cualidad de heredero».

Esta opinión, como se ve, parte del presupuesto de que el legitimario es siempre heredero forzoso. Opinión que hemos creído rebatir en las dos primeras partes de este trabajo (3).

---

(1) Después de publicada la primera parte de estos Apuntes de Derecho sucesorio han aparecido las traducciones de dos importantes tratados alemanes de Derecho sucesorio, anotados por ilustres juristas españoles.

Formando parte del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Wolf y Kipp, se ha traducido al castellano el *Derecho de Sucesiones* de este último autor, con notas de mi querido maestro y amigo Roca Sastre (Barcelona, 1951). En estas notas (V-2.º, § 132, págs. 312 y s.) reitera su ilustre autor que «la legítima no priva al causante de la *facultad de disponer* una parte de su herencia, sino que simplemente le *condiciona* su poder dispositivo general sobre ella, en el sentido de no poder ejercitarlo con eficacia, sino en la medida en que se dé efectividad con actos dispositivos, otorgados por cualquier título, o deje a salvo, el derecho de los legitimarios a percibir lo que por legítima les corresponda».

A primeros del año 1953 ha salido a luz la traducción del *Derecho de Sucesiones* de Julius Binder, con notas del joven catedrático y buen amigo José Luis Lacruz Berdejo. A juicio de este autor la legítima en el Código civil «es el derecho que tienen determinados sucesores legales a percibir algo del patrimonio de su causante». Representa «un beneficio que se obtiene *por cualquier título* y a costa del patrimonio del *de cuius*... La expresión *herederos forzosos* ha de considerarse, pues, una impropiedad del lenguaje... favorecida por los precedentes históricos... Es más: ni siquiera es la legítima *por se* una forma de vocación sucesoria, sino un derecho de especial naturaleza, que a veces se hace efectivo, mediante atribuciones *inter vivos*, y en el caso de herencia pasiva mediante la especial *mortis causa capio*, que representa la reducción de las donaciones...».

(2) *Heredero testamentario, heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-II, pág. 345.

(3) Ver especialmente el § 3.º de la parte I del presente trabajo en este Anuario, IV-I, págs. 441 y ss.

Por lo demás, los supuestos que pueden presentarse son harto complejos para poder reducirlos a una sola fórmula, especialmente en una materia en la que la voluntad del causante, debidamente manifestada, es ley de la sucesión mientras no lesione los demás derechos legítimos.

Son varios los supuestos que cabe examinar.

Según la naturaleza del acto dispositivo podemos distinguir la atribución verificada por donación inter vivos, por donación mortis causa o por dote obligatoria (que no es donación, en cuanto es forzosa).

A través de la expresión de voluntad del causante en materia de imputación deben diferenciarse, de una parte, las donaciones que pese al silencio del donante respecto a su imputación son imputables a la legítima del donatario conforme el artículo 819, y de otra, las donaciones que el causante realiza declarando expresamente que las otorga exclusivamente como anticipo de legítima.

También es importante el examen, por separado, de las donaciones a legítimos a quienes el testador instituya herederos o que lo sean ab intestato, y de las donaciones a favor de legítimos a los que el testador les reconozca su legítima, pero sin instituirles herederos, v. gr., manifestando habérsela satisfecho mediante donaciones, o simplemente legándoles cuanto por legítima les corresponda.

La solución de estas cuestiones, que quedan dentro del círculo de la diana a que apuntamos, exige un examen previo, aunque enfocado hacia el fin que perseguimos: *a*) De la computación e imputación de las donaciones para cálculo de las legítimas y determinación de oficiosidad o la inoficiosidad de los actos gratuitos verificados por el causante y *b*) De la colación, propiamente dicha, de las donaciones por parte de los herederos forzosos.

Pero antes nos detendremos otro momento en el artículo 815 del Código civil.

§ 1.º ¿Puede el causante, sin incurrir en preterición, atribuir a un legítimo su legítima mediante donaciones sin instituirle heredero ni asignarle ningún legado?

Quando en Roma en los juicios centunvirales aparece la *querela inofficiosi testamenti* (4), bajo el supuesto de que «quasi non sanae mentis testador fuerit» (5), se atendía sólo a lo que éste hu-

(4) BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.ª edición por Bacci, Larrosa y Campuzano (Madrid, 1929), § 218, pág. 626, y VON MAYR: *Historia del Derecho romano*, traducción española por W. Roces (Barcelona, 1926), vol. II, pág. 235 y s.

(5) Como explicó Marciano (Dig. V-II, 2): «Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent», o como repitió la Instituta (II-XVIII pr.): «Hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, quum testamentum ordinarent».

biese dispuesto en aquel testamento. Como ha dicho Vinnio (6) no se excluía la querella aunque al legitimario querellante se le hubiera donado simplemente alguna cosa entre vivos, ni siquiera si el valor de ésta igualaba el de la cuarta.

En cambio, en el supuesto de que la donación se hubiese realizado con el objeto expreso de que se imputara a la legítima, parece que Ulpiano y Papiniano no estuvieron de acuerdo al señalar la solución correcta. Ulpiano, en el libro II de sus *Disputas*, resolvió que en este caso «*inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet*» (7). Por el contrario, según testimonio de Justiniano (8), Papiniano opinó negativamente por entender que los hijos «más que obligados mediante pactos, debían ser atraídos por beneficios a sus deberes para con los padres».

El Emperador, en el texto referido, dió la razón a Papiniano al resolver que «si un hijo hubiese recibido de su padre ciertos bienes o cantidades y pactado que en manera ninguna se promovería por él la querella de inoficioso contra el testamento paterno, y después de la muerte del padre el hijo, conocido el testamento paterno no aceptare su disposición, sino que creyere que debía atacarla, mandamos que desechada la antigua contienda no se grave en manera ninguna al hijo con semejante pacto» (9).

A esta constitución se refirió el § 6.º, lib. II, tit. XVIII, de la *Instituta*—según opinión de Vinnio (10)—al declarar «*ut de inofficioso testamento agere non possit*», cuando se hubiere recibido la cuarta ya por vía de legado o de fideicomiso, o de donación *mortis causa*, «*vel inter vivos (in iis tantum modo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio)*» (11).

(6) *Arnoldii Vini JC. in quator libros Institutionum imperii comertarius academicus, et forensis*, T. I. (Lugduni, 1755), Lib. II, Tit. XVIII, 6, gl. 2.º, vers. «*vel inter vivos iis tantummodo casibus*» (pág. 455). Puede verse también su traducción castellana, *Comentario académico forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las instituciones imperiales de Justiniano* (Barcelona, 1846), V. I, págs. 614, in fine y 615.

(7) Texto recogido en el *Digesto* V-II, 25, pr., que a las palabras transcritas añade «*aut si minus habeat, quod dees, viri boni arbitratu repletur*». Los incisos finales del texto del *Digesto*, es decir, desde las palabras «*aut si minus habeat*» al final, sin duda fueron interpoladas por los compiladores bizantinos. Pothier, en sus *Pandectes de Justinian*—(Paris, 1819), Vol. III. Lib. V, Tit. 1, n.º XVII, págs. 594 y s., nota 1—cree evidente la interpolación del inciso «*aut si minus—repletur*», porque en tiempos de Ulpiano la *querela* aún no había sido mitigada con la *actio ad supplendam legitimam*. El inciso «*aut certae conferret*».—fin, tampoco concuerda con el juego de la colación en tiempos de este jurista.

(8) *Codex III-XXVIII, 35, § 1.º*

(9) No obstante, termina exceptuando: «*Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos, filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.*»

(10) *Op. y loc. cit.* En contra, Jacobo Cuyatio, *Operum postumorum (Lutetiae Parisiorum, 1667)*, Vol. IV. «*Codex Instinianus*» «*Coment. in tit. XX de collationibus*», «*lex penult.*» (col. 707), opinó que la constitución a la que se refiere la *Instituta* es la ley 4.ª *Cod. VI-XXI*.

(11) Por cierto que Gómez de la Serna (*Curso histórico-exegético del Dere-*

La solución negativa resultó inevitable después de la Novela CXV del propio Justiniano, ya que exigió que la legítima fuese atribuida a título de herencia. Igual debe decirse, por idéntico motivo, con relación al Derecho histórico de Castilla.

Pero el Código civil, en su artículo 815, ha resucitado la cuestión enunciada.

Las palabras «dejado por cualquier título» (12) ¿comprenden lo dejado por donación?

Varios de los autores que se han ocupado de este artículo 815 sólo han referido la expresión «cualquier título» a los de herencia y legado, sin plantear siquiera su posible extensión al de donación (13).

En cambio, Manresa (14), Scaevola (15), Falcón (16) y Valver-

---

*cho romano comparado con el español*—4.ª ed., Madrid, 1869—, Vol. I, página 479), al glosar las citadas palabras «vel inter vivos», involucra la cuestión examinada (exclusión o no de la *querela*) con la relativa a la computación para la regulación de las legítimas.

(12) Véase en la primera parte de estos Apuntes (A. Dr. C., IV-I, págs. 438 y ss.) la interpretación del art. 815 C. c. según sus precedentes legislativos y la opinión común de sus comentaristas, de la cual resulta que no es necesario instituir herederos a los legitimarios.

(13) Tales: Navarro Amandi (*Cuestiones del Código civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889 por Real Decreto de 24 de julio del mismo año*—Madrid, 1890—, Vol. III, págs. 306 y s.); Bonel y Sánchez (*Código Civil Español comentado y concordado con el Derecho foral vigente*—Barcelona, 1890—, T. III, pág. 428, Art. 815); López R. Gómez (*Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión* 3.ª ed., Madrid, 1916—, Vol. I, págs. 524 y s.); Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, IV, 2.ª—2.ª ed., Madrid, 1910—, pág. 937); De Buen (Notas al *Curso elemental de Derecho civil* de A. Collin y H. Capitant, T. VIII—Madrid, 1928—, pág. 342).

(14) *Comentarios al Código civil español*, T. VI (6.ª ed., Madrid, 1932), págs. 357 y ss. Pregunta: «¿Se exige que la disposición conste en testamento?»

«Las palabras testador y dejar—confiesa en principio—, entendidas en su sentido propio, son aplicables al que otorga testamento y a las disposiciones en éste contenidas. El que dona no se nombra testador, ni propiamente deja nada al donatario; entrega, dona o transmite. Dejar el testador por cualquier título equivale a disponer en testamento por título de herencia, legado o mejora.»

Pero vuelve a preguntarse: «¿Deduciremos de aquí que el heredero forzoso, a quien el testador entregó durante su vida algo equivalente a su legítima, puede pedir la nulidad de la institución de heredero, si es preterido, y omitido en el testamento?» Su respuesta es tajante: «Entendemos que no. El espíritu del artículo 815 resulta evidente: cuando el heredero forzoso no ha sido olvidado por el testador, cuando ha tomado algo de los bienes hereditarios, sólo puede reclamar que se le complete la legítima. La letra del artículo, aunque aplicable especialmente a las disposiciones testamentarias, no repugna su extensión a todo acto de disposición del testador a título lucrativo.»

Además, invoca el § 1.º del art. 819, aunque este artículo sólo plantea un problema de imputación que no prejuzga la cuestión de la preterición.

A su juicio, «la ley no consiente que sea anulada la institución cuando el heredero forzoso preterido al parecer en el testamento carece de razón para quejarse de la conducta del causante por haber recibido de él, en virtud de cualquier título, bienes que tal vez excedan de lo que le corresponde por su legítima.»

(15) *Código civil, comentado y concordado intensamente*, T. XIV (4.ª edi-

de (17) expresamente admiten que la donación otorgada a un legionario, aunque a éste nada se le dejase a título de herencia ni de legado, era suficiente para eludir la nulidad del testamento por preterición, permitiendo tan sólo el ejercicio, en su caso, de la acción de suplemento de legítima. Castán (18) también estima racional esta opinión, pero reconoce que es otra la posición del Tribunal Supremo.

Este, en la Sentencia de 17 de junio de 1908, se enfrentó con el siguiente supuesto. Un causante que había donado cierta suma como anticipo de legítima a una hija natural suya, otorgó testamento en el que declaró que no tenía ascendientes ni descendientes, e instituyó por única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su mujer. Ante la reclamación de la hija natural se planteó como cuestión básica si la donación que ella había recibido de su padre natural salvaba la preterición testamentaria.

El Tribunal Supremo, en este fallo, separa acertadamente los supuestos de los artículos 814 y 815 y subraya el hecho de que en el caso en cuestión la hija natural no sólo fué preterida en el testamento de su padre, «sino que resulta más acentuada su preterición consignándose en él que no dejaba ascendientes ni descendientes». Defecto que, a tenor de la ley positiva y de su fundamento racional, estima insubsanable por acto alguno extraño a la disposición testamentaria.

Por eso nos parece impecable la doctrina de uno de sus considerandos: «...es obligado reconocer que la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento, por ser esta expresión la más solemne y única de la última voluntad de quien así dispuso para después de la muerte de sus bienes, para garantía y eficacia de lo que ha querido seguramente el legislador no dejarla envuelta en las sombras y oscuridad de la

---

ción, Madrid, 1944), pág. 430: «El precepto supone una disposición *mortis causa* del que deje al heredero bienes; refiérese, pues, al testamento. No obstante, entendemos que regirá lo mismo en el caso de una donación *inter vivos*, porque las hechas a los herederos forzosos, a tenor del art. 819, han de reputarse como anticipo de legítima o de mejora.»

(16) *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral* (5.ª edición, Barcelona, 1897), T. III, pág. 238: «Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal una parte de la legítima, sin completarla.» En este caso, estima que entra en juego el derecho a pedir el suplemento de la legítima, pero que no se invalida la institución de heredero, «porque no hay una verdadera preterición».

(17) *Tratado de Derecho civil español* (4.ª ed., Valladolid, 1939), T. V, página 310. «Para que se produzca la preterición—dice—no ha de dejarse nada al heredero legítimo, y al decir el Código que sólo tendrá derecho al complemento de legítima el heredero forzoso a quien por cualquier título se deje menos, es incuestionable que si ha recibido con anterioridad al testamento donaciones colacionables, aun por acto *inter vivos*, no se puede considerar preterido a tal heredero, aunque en el testamento no se le mencionara.»

(18) *Derecho civil español común y foral*, I-2.º (Madrid, 1939), págs. 298 y ss., donde estima racional la opinión de Manresa.

duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera un olvido o propósito de burlar los derechos que la ley le reconoce, supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad y que justifican la anulación de su expresión, por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados con el carácter de entre vivos».

En cambio, parece excesivo lo que añade en el siguiente considerando, cuando afirma que «el título a que se refiere el artículo 815 citado tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona».

La posición del Tribunal Supremo fué aplaudida por Pérez Arda (19) y por Otero y Valentín (20).

En las ediciones de la obra de Manresa (21) posteriores a la sentencia comentada, se reconoce que «la rotunda afirmación del testador en su testamento de carecer de *descendientes*, aun obedeciendo a razones fácilmente presumibles, hacen tan ostensible la

(19) *Preterición testamentaria parcial*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», volumen 122 (primer semestre 1913), págs. 253 y s.

Comienza observando: «La letra del artículo se presta a todo, porque al decir *cualquier título*, es evidente que en la expresión va comprendido lo mismo el testamento que el de otra índole. La palabra *testador*, a que el legislador apeló, tampoco saca de apuros, por ser perfectamente compatible con esa interpretación lata y por hallarse contrarrestado su efecto con el de la frase subsiguiente y subrayada.»

Luego dictamina certeramente que «la preterición ha de relacionarse con el acto del otorgamiento del testamento y porque no cabe confundirla con la colación, siquiera tenga con ella, en sus resultados prácticos, puntos de contacto: si en el supremo instante de disponer la última voluntad se prescinde en absoluto de nombrar a un heredero forzoso, es patente que se le ha preterido totalmente, cualquiera que sea la importancia de lo que, en otro concepto, haya recibido. Pero la consecuencia que se deduce resuelta es excesiva, como la del inciso del tercer considerando que antes hemos transcrito de la sentencia de referencia...», «para haber preterición parcial (dice, *con expresión incorrecta, que a juicio nuestro entraña una contradicción in terminis*) y no total, es necesario que el legitimario reciba algo merced al testamento mismo no en razón de otro título distinto, que llevará consigo la consiguiente obligación de colacionar o estará sujeto, en todo caso, a la ley inexorable de la inoficiosidad.»

(20) *Anticipos de legitima* (Valladolid, 1914), pág. 82. Estima justísimo dicho fallo «*porque los anticipos*, como su misma denominación lo indica, *no son definitivos*; son porciones legitimarias o hereditarias, que no pueden determinarse hasta que falleciere el *de cuius*, es cuando pueden computarse con los demás bienes de la herencia y ver las porciones exactas que corresponden a los coherederos, como se sabe, sólo entonces, el verdadero valor de los bienes transmisibles; de modo que hasta le interesa al mismo legitimario concurrir a la relación o inventario de los bienes, para que se le complete su haber, si le falta; o para que reintegre lo que lleve de más, y no perjudique a los legitimarios en favor de los cuales no se hicieron liberalidades.»

Claro que este razonamiento, parte de la premisa, que creemos inexacta, de que el legitimario no tendría derecho a intervenir en la partición, para comprobar si sus derechos estaban totalmente satisfechos, en caso de ser donatario y no percibir nada en virtud del testamento de su causante.

(21) Op. y vol. cit., pág. 361.

preterición que justifica el fallo». «Se dice en éste—prosigue el comentario—qué el recuerdo, la preterición o la *mención*, ha de resultar en el testamento; ¿es que la simple mención del hijo y de lo entregado al mismo en vida por el causante sería bastante para estimarse aplicable al caso el artículo 815 y no el 814?»

Y aquí viene la crítica al inciso del tercer considerando, que hemos tachado de excesivo: «A, declara en su testamento tener una hija natural y haberle donado, como anticipo de legítima, determinados bienes o cantidad e instituye después por heredera a su esposa. No hay verdadera preterición, no hay privación total y tácita de la legítima; no debe, por tanto, aplicarse el artículo 814; pero nada *deja el testador en su testamento* a su heredero forzoso. Si no se aplica en tal caso el artículo 815, no sabremos qué artículo aplicar.»

Clemente de Diego (22) interpreta la sentencia en el sentido de que: «Aunque se nombrase al heredero forzoso, si nada se le dejase en el testamento por cualquier título de heredero o legatario habría preterición.»

Nuestro querido compañero Angel Sanz (23) matiza certeramente el tema con su habitual precisión. «La doctrina, un tanto discutible de esta sentencia, sólo puede admitirse en el sentido de que en el testamento sean mencionados todos los herederos forzosos; pero no es necesario que sean instituidos en forma alguna, dejándoles los bienes de la herencia, pudiendo el testador remitirse a las donaciones que en vida les hubiere hecho y que tengan tal carácter de colacionables. De este modo el alcance de la obligación de contar con los herederos es doble: <formal>, mención de ellos en el testamento, y <material>, dejación de los bienes de la herencia o de una cuota suficiente para cubrir su legítima.»

Parecida es la opinión de Roca Sastre, ya que considera necesario para que no haya preterición de un legitimario que éste sea mencionado en el testamento (24), a la par que acepta la posibilidad de dejar la legítima «por cualquier título», «o sea tanto por herencia, como legado, e *incluso por donación*» (subrayamos nosotros) (25, 26).

(22) *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III (Madrid, 1932), página 231.

(23) *Comentarios de la nueva Ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), art. 15, nota 11, págs. 142 y ss.

(24) Notas a la citada obra de Kipp, vol. cit., § 130, pág. 287: «La preterición o la no preterición (mención o recuerdo) de legitimarios, ha de resultar—dice—exclusivamente del testamento de manera que no salva o subsana la preterición de un legitimario la circunstancia de haber sido el mismo favorecido en vida por el causante con una donación colacionable o hecha como anticipo de legítima (Ss. 21 octubre 1891 y 17 junio 1908).»

(25) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «Rev. Der. Priv.», tomo XXVIII (marzo, 1941), págs. 203 y 206; y las notas cit., vol. cit., § 132, pág. 313.

(26) No creemos, en cambio, que la Sentencia de 25 mayo 1917 sirva de apoyo a esta ni a la tesis contraria. También se refiere a un supuesto en que el causante manifestó en su testamento carecer de herederos forzosos, teniendo

Como observamos en la primera parte de estos apuntes (27) el concepto de preterición no siempre ha tenido contornos precisos y exactos. Antes de la Novela CXV de Justiniano, sólo se entendía preterido el hijo no instituido ni expresamente excluido (si la exclusión era injusta cabía la querrela por inoficiosidad). Después de esta disposición se discutieron los linderos entre la preterición —con la consiguiente nulidad del testamento— y la inoficiosidad —con su acción rescisoria de la institución—. Nosotros, en la citada nota, nos adherimos a la opinión de Covarrubias (28) y de Vinnio (29), entendiendo que la exclusión expresa, aunque se hiciera sin indicación de causa, no era causa de preterición, sino de inoficiosidad.

Pero la inoficiosidad, a partir de la Novela CXV, si el legítimo no había sido instituido heredero no podía suplirse por la acción de complemento y daba lugar necesariamente a la total rescisión de la institución (30). Esto último es lo que expresamente ha superado el art. 815 de nuestro Código civil (31). Además, en el citado régimen de la Novela CXV y de la Ley 5, tit. VIII de la Sexta Partida, aunque prácticamente en virtud de mandas o donaciones no hubiese inoficiosidad, procedía la querrela si el legítimo no era formalmente instituido heredero en el testamento del

realmente una hija natural. Pero en dicho testamento, sin aludir a su paternidad, dispuso un legado a favor de doña Eduvigis X, que así se llamaba dicha hija. Como únicas herederas instituyó el testador a sus tres hermanas. El Tribunal Supremo mantuvo la validez de dicha institución. Según uno de sus considerandos, «los artículos 815 y 817 prevén y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúna las condiciones de heredero forzoso y deje para ella, por cualquier título que lo hiciese, menos de lo que la corresponda en concepto de legítima, autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual, para anular la institución de heredero, requiere la preterición, o sea que el testador nada deje por ningún título al heredero forzoso».

A las palabras «por cualquier título» de este considerando, no creemos que pueda dársele un sentido más decisivo y claro que en el artículo 815. Más base podrá darse, tal vez, al siguiente considerando, que declara no puede aducirse la doctrina de la Sentencia de 17 de junio de 1908, porque «se refiere a testamento en el que no se mencionó al hijo natural». Pero, en especial, no nos parece decisivo, porque estos incisos de los considerandos van referidos al enlace de un supuesto de hecho en el que la legítima no se recibe a través de donación, y un fallo, en el que se mantiene la validez de un testamento que contiene un legado a favor de una hija natural, a la que se denomina por su nombre, pero ocultando que era hija del testador.

(27) Loc. cit., nota 163, págs. 468 y s.

(28) *Omnium Operum* (Lugduni, 1584). T. II. «in titulum de Testamentis interpretatio» cap. Rainuntius, De exhered. et praeterit. núm. 6 (pág. 66).

(29) Op. y vol. cit., lb. II, tit XVIII, ley 2, núm. 3 (págs. 448 y siguientes de la edición Lugduni, 1755 y pág. 607 de la edición en castellano. Barcelona 1846).

(30) Los distintos efectos de la nulidad por preterición y de la querrela por inoficiosidad han sido largamente discutidos y han evolucionado notablemente a partir de las leyes de Toro y en el Código civil. (Ver la nota 164 de la primera parte de estos apuntes en las págs. 469, vol. cit., de este Anuario.)

(31) Ver la primera parte de estos Apuntes, vol. cit., págs. 438 a 441.

causante. Hoy, también ha sido superada esta doctrina, según resulta del artículo 815 por argumento de *maior ad minus*.

Por lo tanto, si hay exclusión expresa—con expresión de causa: sea negativa, es decir causa de desheredación (justa o injusta, probada o no probada) o bien positiva (haberse cubierto la legítima mediante dotes o donaciones), o sin expresión de causa—no habrá preterición, sino en sus respectivos casos, desheredación injusta, o bien acción para pedir el complemento o, en fin, ni una cosa ni otra, de ser cierta la causa negativa invocada o ser verdadera y suficiente la atribución *inter vivos* alegada como causa positiva.

La duda únicamente subsiste cuando la mención del legitimario consta en el testamento, pero sin declararse expresamente su exclusión ni haberse referido en el mismo que nada se le dejaba en él por razón de que *inter vivos* el propio causante le había favorecido con donaciones o dote.

Aquí no sólo falta la *exhereditio rite facta* (32), sino también la mera declaración expresa de no dejar nada en la disposición testamentaria al legitimario, sea por habérselo dejado ya en vida por dote o donación, o por quererle privar de su legítima, con o sin causa, justa o injusta.

Hoy, en virtud de lo expuesto anteriormente, ya no puede decirse, cómo con relación al Derecho romano había proclamado el Tribunal Supremo (33), que para que no se rompa el testamento sea necesario instituir a los legitimarios herederos o desheredarlos (34). La duda se plantea en la valoración de la definición que de la preterición nos ofrece uno de los considerandos de la Sentencia de 27 de febrero de 1909 como *privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forsozo en línea recta*.

Si el testador menciona a todos sus descendientes legitimarios, pero a alguno o a varios de ellos no les dejara nada en su dicho testamento, sin manifestarlo expresamente, ¿habrá preterición si estos mismos legitimarios se hubiesen visto favorecidos con donaciones que el causante en vida les otorgó? A juicio nuestro, si racionalmente cupiese la menor duda sobre si fué o no intencionada la falta de institución o de asignación testamentaria debe esti-

(32) Recordemos que Gregorio López, al glosar las palabras «quebrantasse», de la ley 7, tit. 8, de la Sexta Partida, opinó, continuando la opinión de Bartolo, que «aequiparat exheredationem perperam factum, et preteritionem; et ita est, quod exhereditio facta sine causa, tamquam non solemnem, habere debet pro praeteritione paterna».

(33) Sentencia de 21 de octubre de 1891, relativa a un caso anterior al Código y correspondiente al Derecho foral catalán; este fallo, verdaderamente justo, sienta innecesariamente una doctrina que no puede estimarse vigente en Cataluña.—Ver Borrell y Soler: «Deret Civil vigent a Catalunya». (Barcelona, 1923), vol. V, § 508, págs. 434 y ss.

(34) Como podría mantenerse en Derecho común de España tomando la palabra *desheredación*, en el sentido amplio, que debe atribuirse en el régimen del Código civil de exclusión de la legítima.

marse la preterición (35). No así en otro caso, dada la desaparición del formalismo del Derecho romano, que simplemente dará lugar a que el legitimario pida el suplemento de su legítima, si por la donación o dote hubiese recibido un valor inferior a aquélla, o, por el contrario, nada podrá reclamar si hubiese quedado totalmente cubierta en dicha forma.

§ 2.º *Computación de las donaciones, según el Derecho romano, para el cálculo de la legítima y su imputación a ésta a efectos de la «querela inofficiosi testamenti» y de las «querelae inofficiosae donationis vel dotis».*

El cálculo de las legítimas en Derecho romano y la imputación a su cuenta de las donaciones hechas por el causante variaba según la actitud del reclamante, es decir, si ejercitaba únicamente la «querela inofficiosi testamenti» o también entablaba las querellas por inoficiosidad de donaciones y dotes.

Por eso, se puede incurrir en varios errores de apreciación y llegar a conclusiones inexactas si los problemas de la computación del haber para cálculo de la legítima y de la imputación a ésta de las donaciones hechas a favor de los legitimarios sólo son examinados a la luz de los textos relativos a la primera de las querellas (36). Las dos, en su función específica de proteger a los legitimarios, actúan como piezas o elementos de un sistema que, por tanto, debe ser examinado en su conjunto y atendiendo al debido engranaje de aquéllas en adecuación a la finalidad perseguida. Este sentido expresa el Emperador Constancio en una Constitución del año 361 (Cod. III-XXIX, 9): «Non convenit dubitari, quod inmodicarum donationis omnium querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.»

Es verdad que esos medios—esas querellas—no aparecieron si-

(35) Como dijimos en la primera parte de este trabajo (vol. cit., nota 163, pág. 469), así debe entenderse en el supuesto de que «se nombrasen a todos los hijos al hacer el testador su referencia familiar y se omitiese alguno al relacionarlos de nuevo en la cláusula de institución. V. gr.: «Tengo cinco hijos llamados A, B, C, D y E»; y luego: «Instituyo herederos a mis hijos A, C, D y E» sin indicar nada respecto a B, en favor ni en contra. Pues puede presumirse hubo omisión involuntaria del nombre de éste, de no deducirse cosa distinta de las restantes cláusulas del testamento».

(36) Así volvemos, como Gómez de la Serna (op. y vol. cit., comentario a las palabras «vel inter vivos», del § 6.º, Instit. II-XVIII, pág. 479) comenta: «Las donaciones entre vivos, como que ya han salido al tiempo de la muerte del patrimonio del donante, no deben entrar por regla general en la regulación de la legítima; esto no tiene excepción alguna cuando han sido en beneficio de un extraño; pero no sucede siempre lo mismo cuando fueren hechas a favor de una de las personas a que correspondan las legítimas...» (¿Estará aquí una de las raíces de la tesis de Manresa respecto al art. 818 del Código civil?).

multáneamente. Son fruto de una evolución, de un perfeccionamiento progresivo. Las huellas de la *querela inofficiosi testamenti*, según Von Mayr (37), se remontan hasta la época de la República y la *quarta (legitimae partis)* se impuso desde tiempos de Domiciano como módulo para aceptar o denegar dicha querela. En cambio, la *querela inofficiosae donationis* (38) y la *querela inofficiosae dotis* (39) son bastante más tardías, ya que fueron introducidas por Alejandro Severo.

A efectos de la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima era la cuarta parte (hasta que Justiniano la elevó al tercio o la mitad, según el número de hijos) de la porción hereditaria que *ab intestato* correspondería al querellante. Así lo dice claramente la Constitución de Justiniano del año 528 (Cód. III- XXVIII, § 31), que hablando de completar lo que falte para la parte legítima, añade este inciso explicativo: «*id est quartae parti ab intestato successionis.*» Pero, al haber hereditario, para cálculo de la legítima, debía agregarse el importe de aquellas atribuciones *inter vivos* que los legítimarios habían de imputar a su legítima (40). Y a la legítima, bajo el régimen estricto de la *querela inofficiosi testamenti*, sólo debían imputarse (41), además de lo dejado en testamento (42) o por donación mortis causa (43), las siguientes atribuciones *inter vivos*: dotes y donaciones *propter nuptias* (44) o para la compra de un cargo público (45), y donaciones verificadas con expresa declaración de hacerse como anticipos de legítima (46).

(37) Op. y vol. cit. págs. 235 y ss. y 328 y ss.

(38) Papiniano en sus Respuestas, libro XIV, en fragmento recogido en el Digesto (XXXI, único, 87, § 3.º), reproduce un rescripto de dicho Emperador, Alejandro Augusto a Claudio Juliano: «Si te constare carissimo Juliano que para impedir la querrela de testamento inoficioso la abuela consumió su patrimonio en donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto a la mitad lo que donó». Ver también el fragmento de Paulo que interpolado recoge el Dig. V-II, 25, pr.; el título XXIX, libr. III del Codex, y la Novela XCII, cap. I.

(39) Ver la ley única del tit. XXX, lib. III del Codex, que recoge una disposición del Emperador Constancio del año 358.

(40) Ver Winscheid: (Dritto delle Pandette) traducción italiana anotada por Fadda y Bensa. Torino, 1925.) Vol. III, § 581, nota 3, pág. 253, que cita en este extremo la opinión de Unger, § 81, nota II.

(41) Ver Maynz: «Curso de Derecho Romano» (traducción al español de Antonio José Pou Ordinas, Barcelona, 1888). Vol. III, § 391, págs. 416 y siguientes; Winscheid, op. y vol. cit., § 581, pág. 253, números 4, 5 y 6; y Girard: «Manuel élémentaire de Droit Romain» (8.ª ed., revisada por Félix Senn, Paris, 1929), lib. III-V, tit. I, cap. III, sec. II-II, 2, pág. 917, nota 3.

(42) Instit., § 6, h. t.; Cod. III-XVIII, 33 pr. y 36 pr.

(43) Instit., § 6, h. t.; Dig. V-II, 8, § 6; Cod., h. t., 36 pr.

(44) A partir de la Constitución de Zenón del año 475 (ley 29, h. t. Cod.), que concluye: «Ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius prefecta sit, de cuius hereditate agitur».

(45) Donaciones *ad emendam militiam*, según una Constitución de Justiniano del año 528 (Cod., h. t., 30, § 2.º).

(46) Ulpiano en el Lib. II de sus Disputas, en fragmento recogido en el Digesto (eod., tit. 25, pr.), señaló ya este supuesto de donaciones *inter vivos*

Es decir, a efectos de la *querela inofficiosi testamenti*, para el cómputo de la legítima del reclamante, en principio, sólo debía atenderse al activo líquido dejado por el causante—a la cuota del haber que concretamente correspondería *ab intestato* al legitimario querellante—y únicamente cuando hubieran donaciones imputables a la legítima, también éstas entraban en el cómputo como si integrasen el caudal.

Ahora bien, si se actuaba la *querela inofficiosæ donationis*, este ámbito de la computación para cálculo de las legítimas se ampliaba notablemente.

La donación a efectos de esta segunda querrela, se entendía inoficiosa cuando los bienes que restaban al donante, al tiempo de otorgarla, no alcanzaban el valor de lo que, en aquel instante correspondería percibir a los legitimarios (47). La donación que en dicho momento no fuese inoficiosa, ya no podía serlo aunque posteriormente disminuyese el patrimonio del causante (48). En cambio, la donación inoficiosa en el momento de otorgarse, podía quedar subsanada ulteriormente cuando el caudal relicto excediera del valor correspondiente a la legítima calculada teniendo en cuenta el valor que tenía lo donado al tiempo en que la donación se hizo (49). Es decir, que para determinar la inoficiosa de una

---

«hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur». Justiniano, también se refiere a ellas, en Constitución del año 530, ley 35, § 2, Cod. h. t.

(47) Ver Winscheid, op y vol. cit., § 586, pág. 271; Maynz, op. y vol. citados, § 393, pág. 433, nota 6. El texto que más claramente expresa este principio es la Novela 92, cap. I, en su primer versículo, que refiriéndose a un supuesto de donación immoderada (*immensam*), señala la obligación de reservar a cada uno de los hijos, tanta parte, «*quanta fuit, priusquam donationem patris in filium aut filios, quos ea honoravit facere*».

(48) Winscheid, loc. ult. cit.

(49) Como dice el citado cap. I, de la Novela 92, en su segundo versículo, «no se querellarán en lo sucesivo por las donaciones los que ciertamente tienen en todos los bienes de su padre lo que es de ley». Pero calculando *quod legitimum est*, de este modo: «*in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris ante quam donationem exhauriretur*». (Ver la nota 7 de la página 272, § 586, de Winscheid, op. y vol. cit.).

En este punto, no obstante, no es unánime la interpretación de los romanistas. Para que la inoficiosa inicial de la donación se subsane, ¿basta que el caudal relicto sea igual al valor de la legítima en la fecha de la donación? O bien, ¿es necesario que el caudal relicto resulte de igual o mayor valor que la legítima calculada con relación a la suma de *relictum* y *donatum*? V. gr.: Supuesto de legítima teodosiana de 1/4. Fortuna del donante al otorgar la donación 12.000, valor de lo donado, 10.000; remanente, 2.000. Por tanto, la donación en este instante era inoficiosa en 1.000 (legítima = 12.000 : 4 = 3.000). Al fallecer el causante, su fortuna había aumentado desde la donación en 1.000, dejando por tanto 3.000. ¿Es reducible la donación?

Roguin: («Droit civil comparee», vol. IV, Paris, 1912, núm. 1.257, páginas 646 y ss.), cita las opiniones opuestas de Culmann y Endemann. El primero entendió que la donación no debía reducirse porque el caudal relicto equivalía al montante que correspondía a la legítima al hacerse la donación. El segundo entendía que la suma de la fortuna del donante antes de consumar la donación más el posterior aumento, debía dar la base para calcular la legítima y fijar la cuantía de la reducción. Es decir, en nuestro ejemplo (12.000 + 1.000):

donación debía atenderse al valor del patrimonio del causante en el momento de la donación y al tiempo de su fallecimiento, y solamente si resultaba inoficiosa en ambos momentos la inoficiosidad era efectiva (50).

Pero las donaciones anteriores, aunque no resultasen inoficiosas debían computarse para comprobar la oficiosidad de las ulteriores (51), así como la del testamento del causante (52). Esto es, al valor del patrimonio, en el momento de juzgar sobre la inoficiosidad de una disposición, debía sumarse, a dicho efecto, el valor correspondiente a las liberalidades anteriores.

En el terreno de esa *querela inofficiosae donationis*, todas las liberalidades que el legítimo, a su vez, hubiese recibido del causante debían ser imputadas a su propia legítima (53), pues como dice Winscheid (54), lo que se hace valer contra el adversario debe valer contra uno mismo y, por tanto, si se computaban para fijar el importe de la legítima también debían imputarse en la cuenta de lo percibido por el reclamante.

De ese modo, con el conjunto de medios que el Derecho ro-

4 = 3.250. Por tanto, la donación sería reducible en 250. Esta última opinión es la que acepta Winscheid (nota 7, ed. cit.).

(50) Ver Borell y Soler, op. y vol. cit., 509, pág. 443, núm. 9.

(51) Ver el inciso del segundo versículo del cap. I. Novela 92, que hemos transcrito en la nota 49. También resulta así de la *ratio* de las Constituciones del título XXXI, lib. III del Codex. Conforme a esta opinión, considerada como la ortodoxa, para calcular la oficiosidad de la última donación verificada por el causante, debía sumarse el valor del patrimonio del donante en aquel instante y la suma del valor que las donaciones anteriores tuvieron en su respectiva fecha. Pero según explica Roguin (op. y vol. cit., núm. 2.465, página 653), no faltaron quienes opinaron de otro modo. Así, Culmann creía que debía juzgarse la oficiosidad de las ulteriores donaciones, según el valor que al otorgarse la primera donación supusiera la legítima, y, según Thur, el legítimo tendría la facultad de optar para calcular la legítima entre el montante de la fortuna en el momento del otorgamiento de una cualquiera de las donaciones.

(52) Ver las Constituciones recogidas en el Codex, h. t., en especial las I, 7 y 8, así como el rescripto de Alejandro Severo recogido por Papiniano (Dig. XXXI, único 87, § 3°).

(53) No obstante, la cuestión fué muy discutida en el Derecho común. Bartolo y Angelo al glosar la ley *Quam donationibus* (Cod. III.XXIX, 6) sostuvieron la opinión que recogemos en el texto, es decir, que a efectos de la *querela inofficiosae donationis*, debían imputarse todas las donaciones, fuesen de la clase que fueran. Fundamentaron su opinión en varios textos, en especial la ley *si mater* (Cod. III.XXIX, 7) que determina la aplicación de esa querrela «ut quarta partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi iargita est, non habeas». En cambio, Soccino opinó que dichas donaciones simples no eran imputables por haberse instituido la *querela inofficiosae donationis* «ad exemplum inofficiosi testamenti», por lo que entendía que las donaciones simples, que no excluían la *querelam inofficiosi testamenti* o el *ius agendi ad supplementum*, tampoco debían excluir la *querela inofficiosae donationis*. De esta opinión—que olvida la diferencia de supuestos y alcance de ambas querellas—fué, con respecto al Derecho común, nuestro jurista clásico Angulo («Commentaria ad leges Regias meliorationum, tit. 6, lib. 5»—Madrid, 1592—en décima, gloss. secunda, núm. 8, página 540) que relata dicha discusión de los autores.

(54) Loc. últ. cit., pág. 272, nota 9.

mano facilitaba al legitimario, éste podía imponer que se computasen absolutamente todas las donaciones otorgadas por el causante. En cuyo supuesto, a su vez, debía sufrir la imputación a la cuenta de su legítima de todas las liberalidades dispuestas a su favor por el causante.

La diferencia fundamental, entre la querrela por inoficiosidad del testamento y la querrela por inoficiosidad de donaciones y dotes, radicaba en que la inoficiosidad del testamento daba lugar a su rescisión total, mientras las donaciones y dotes sólo se reducían en la cuantía en que resultaban inoficiosas (55). El orden de esta reducción, como se desprende de lo dicho, era el inverso a las fechas de la donación, es decir, de la más reciente a la más antigua, debiendo ser reducidos los legados y las cargas testamentarias inoficiosas y rescindido el testamento, en su caso, antes de proceder a la reducción de las donaciones.

La Ley 8, título IV, de la Quinta Partida, recoge esta doctrina en sus apartados segundo a último: «E si por auventura alguno que ouiesse fijos legítimos, quissiesse fazer donación a otro púedelo fazer en tal manera, que todavía finque en saluo a los fijos la su parte legítima, también en vida de su padre, como después de su muerte. E la parte legítima es según dize en el título del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar, los fijos, fasta en la quantía de la su parte legítima.»

Gregorio López (56), al glosar esta ley, subraya que en ella se sigue la opinión de Azón y Baldo, pues declara revocable la donación por lo que montare la legítima, dejándola subsistente en lo restante, sin distinguir entre las donaciones inoficiosas de hecho, pero sin intención, y las que lo fueran de hecho y con intención —como Hugolino y la mayoría de los doctores que aplicaban la reducción sólo a las primeras y entendían que las segundas eran totalmente nulas—.

Notemos que esta ley de Partidas supone una modificación del criterio romano en cuanto a la determinación de los momentos en que debe juzgarse la inoficiosidad. Exige: «que finque en saluo

(55) Ver Vinnio («Selectarum...», cap. XXXIII, ed. Lugduni, 1755, pág. 73 y ss., y versión española, cit., vol. II., págs. 777 y ss.); Pothier (op. y vol. citados, lib. V, tit. III, núm. LIV, págs. 642 y 643); Winscheid (op. y vol. citados, 586, pág. 273); Girard (op. cit., Lib. III-V, tit. I, cap. III, sec. II-III, página 921). Claramente resulta así de las leyes 2, 5, 7 y 8, pr., del Codex, h. t.; I (III-XXIX) Cod. y de la repetida Novela 92, cap. I.

Winscheid (loc. ult. cit., nota 13) y Girard (loc. ult. cit., nota 1) señalan que del § 3.º del frag. 87 (Dig. XXXI, único) puede deducirse que la solución fue otra en sus orígenes, es decir, en el rescripto de Alejandro Severo que en dicho fragmento refiere Papinian.

(56) Glosa final a la citada ley (esta glosa traducida al castellano puede consultarse en la edición de «Las Siete Partidas del Rey Alfonso el IX con las variantes de más interés y con la glosa del licenciado Gregorio López», traducida ésta y adicionada por Sanponts y Barba, Martí de Eixala y Ferrer y Subirana; T. III. Barcelona, 1843, tit. IV de Quinta Partida, glosa 49, págs. 51 y ss.).

a los hijos de su parte legítima, también en vida de su padre como después de su muerte.» Es decir, así como en Derecho romano para que una donación fuese inoficiosa se requería que resultara excesiva tanto en el momento de su otorgamiento como al fallecer el causante—de modo que si no lo era en el primer momento no podría ser inoficiosa, aunque posteriormente disminuyese la fortuna del donante, y siendo excesiva en el primer momento, podría subsanarse su inoficiosa si al fallecer el causante no excedía de valor de la parte disponible—, en cambio, la letra de la ley de Partidas, para que no sea inoficiosa una donación, exige que deje a salvo la legítima de los hijos tanto en vida del causante como a su muerte.

Más adelante la ley 29 de Toro—como luego veremos—sigue un criterio diferente, según se trate de dote dada o prometida o de otras donaciones. En el primer caso aquel a quien fué dada o prometida la dote, podía escoger para la valoración del caudal del donante, a fin de calcular si la dote era o no inoficiosa, entre el tiempo de la donación y el de la muerte del donante. Para juzgar de la oficiosidad o inoficiosa las otras donaciones, debía calcularse exclusivamente el valor del caudal al tiempo de la muerte del donante, sumando al caudal relicto al valor que a lo donado correspondía en dicho momento (57).

Hoy, como también veremos, sólo este último momento del fallecimiento del causante es decisivo para juzgar de la inoficiosa de toda donación de cualquier clase que sea (aunque ahora el valor de lo donado se aprecie, según el que tuviese el día de su donación). Una donación excesiva el día de su otorgamiento puede no sufrir los efectos de la inoficiosa—como en Derecho romano—por ulterior aumento de la fortuna del donante, efectivo a su fallecimiento. Pero, en cambio, una donación no excesiva en el día de su fecha—que en Derecho romano ya no podría resultar inoficiosa—hoy puede llegar a serlo—como en la Ley la de Partidas—si al fallecer el causante su fortuna ha disminuido de tal modo que las legítimas no quedan cubiertas con el caudal relicto incrementado por la total rescisión de las donaciones posteriores a aquella.

Así, mientras en Derecho romano la donación no excesiva el día de ser otorgada sólo se computaba para fijar la inoficiosa de las posteriores liberalidades y de las disposiciones testamentarias, desde las Partidas debió computarse igualmente para determinar definitivamente su propia oficiosidad o inoficiosa.

### § 3.º *La colación en Derecho romano*

Para calar hondo en la colación, lo mismo que en cualquier otra

(57) Ver el comentario de Antonio Gómez «Ad leges Tauri commentarius» (Antuerpiae, 1624), ad legem XXIX, núm. 35 (págs. 183 y ss.).

institución jurídica y aún quizá en ésta más que en otras, es imprescindible observar su nacimiento, su desarrollo y su evolución. Sólo la Historia puede hacernos comprender su sentido y finalidad, aun a través de sus cambios de orientación e intensidad.

En la base y fundamento de esta institución se halla la preocupación por la voluntad presunta del causante. Lo contrario de lo que ocurre en el campo de las legítimas, materia en la cual la norma es imperativa y se impone a la voluntad del *de cuius*, que anula o restringe cuando le es contraria.

Pero la posición de la norma ante la posible voluntad inexpressada del causante puede ser muy diversa. Dejando aparte el supuesto primigenio de la *collatio bonorum*, tendente a corregir la desigual capacidad adquisitiva de los hijos emancipados y no emancipados, podemos observar a través de la Historia, los siguientes ángulos visuales:

*Primera posición:* La voluntad del causante se entiende que queda agotada en el testamento. Si en él nada dispuso respecto las donaciones, es que con ellas quiso beneficiar al donatario. De lo contrario hubiera expresado su voluntad de que se imputarán al haber del donatario.

En cambio, tratándose de la sucesión *ab intestato*, se encuentra base para sospechar que quien murió sin expresar su voluntad hubiese querido que fuera corregida la desigualdad entre sus hijos resultante de sus donaciones.

Ante esta sospecha se ofrecen estas soluciones: *a)* Entender que el donante al donar quiso precisamente la desigualdad entre sus hijos; *b)* Distinguir dos especies de donaciones, atendiendo a su causa, y considerar que con unas, por razón de la causa que origina la donación (donaciones causales), sólo se quiere atribuir al donatario un anticipo de la porción hereditaria, mientras que con las otras (donaciones simples) el causante quiere precisamente distinguir y favorecer al hijo donatario; *c)* Considerar que toda donación, sin distinción alguna, como anticipo de la porción hereditaria, salvo cuando el propio donante hubiera declarado lo contrario.

*Segunda posición.*—Plantea la cuestión en iguales términos en la sucesión testada y en la intestada. Entiende que la voluntad del causante al testar y la del mismo al donar a sus hijos no pueden presumirse conexas, a menos que el propio causante en su testamento se hubiese referido expresamente a la donación, o que en el otorgamiento de ésta hubiera expresado que no debía colacionarse o bien que debía imputarse fuera de las legítimas.

Desde este punto de vista, si no hay expresa previsión del causante, la cuestión queda planteada en el terreno de la sucesión testada en los mismos términos que en la intestada. Con la única diferencia de que el presupuesto de aquélla, es decir, la igualdad absoluta entre los hijos, se transforma en un presupuesto de proporcionalidad a las cuotas en que se les ha instituido herederos. Cier-

to que no falta la posición de quienes, manteniendo la ecuación entre el fin de guardar la igualdad y el resultado de la colación, excluyen la aplicación de ésta en los casos de institución en cuotas desiguales (58).

Aparte de esta diferencia en el módulo de la distribución, se plantea idéntica pregunta sobre la proyección de las donaciones en la sucesión testada del causante: ¿Quiso éste atribuir al hijo donatario un beneficio fuera de su cuota correspondiente, o bien sólo le anticipó liberalmente una parte de lo que debía constituir su haber? Las tres mismas soluciones ofrecidas en el supuesto de la sucesión intestada pueden traerse aquí al terreno de la sucesión testamentaria. Por tanto, cabe adoptar una u otra de las dos posiciones extremas, o bien distinguir las donaciones según su causa, para inclinarse, según la especie de donación, en uno u otro sentido, como vimos en la posición anterior.

El camino seguido en este terreno por el Derecho en el curso de su Historia, vamos a examinarlo sucintamente desde los edictos de los pretores al Código de Napoleón. Así observaremos un desplazamiento desde la primera posición a la segunda, con el tránsito de la distinción de las donaciones según su causa a la aceptación sin distingo alguno de que toda la donación, si el causante no dispuso otra cosa, no es sino un anticipo de la cuota hereditaria del donatario.

Para ello vamos a arrancar de más allá, es decir, de sus raíces que se hallan en la cuestión que provocó la distinta situación jurídico-familiar de los hijos en el apogeo de la patria potestad. Partiendo de ahí cabe ir señalando la siguiente evolución:

A) *La collatio emancipati* (59).—La labor constante del Derecho pretorio, correctora de las rigideces del Derecho estricto, tuvo que salvar la distinta posición jurídica de los hijos *in potestatem* y de los *emancipati*. Llamó conjuntamente a unos y otros en la *bo-*

(58) Posición adoptada en el § 2.052 del B. G. B., cuyo criterio es el siguiente:

Si el causante ha instituido herederos a los descendientes en aquello que hubieran obtenido como herederos ab intestato, o ha determinado sus porciones hereditarias de tal manera que entre ellas guarden la misma proporción que las porciones hereditarias ab intestato, debe entenderse, en la duda, que los descendientes quedan obligados a la colación por voluntad del causante.

En cambio, si el causante ha determinado las porciones hereditarias en otra forma, ha demostrado que no quería tratar a su descendiente de igual manera, por lo que no debe tener lugar la colación, ya que ésta se basa en el B. G. B., en el presupuesto de que la voluntad del causante ha sido la de tratar por igual a todos sus descendientes.

(Ver Kipp en el citado *Derecho de sucesiones*—del «Tratado de Derecho Civil», de Eneccerus Wolf y Kipp—, vol. 2, § 88, II, 2, pág. 50).

(59) Ver Maynz (op. y vol. cit., § 406, págs. 504 y ss.); Winscheid (op. y vol. cit., § 609, págs. 351 y ss.); Guarino («*Collatio bonorum*»—Roma, 1937—Introd. núms. 2 y ss.; págs. 5 y ss.); Bonfante («*Instituciones*»... citadas, § 215, págs. 619 a 622); Girard (op. cit., lib. III-V, tit. II, § 2.º-II, páginas 948 a 954); y Juan Iglesias («*Instituciones de Derecho romano*», vol. II. Barcelona, 1951, núm. 132. II, págs. 223 a 225).

*norum possessio ab intestato* y en la *bonorum possessio contra tabulas*. Este avance, justo y equitativo, respecto al régimen sucesorio de las Doce Tablas, notable paso desde el régimen agnaticio hacia el cognaticio, chocó con una dificultad que pudo haber trocado aquel progreso jurídico en una mayor injusticia práctica. Los *emancipati* podían haber adquirido bienes y constituido su propio patrimonio, ya que todo cuanto adquirirían después de emancipados suyo era. En cambio, los *sui* no podían adquirir sino para el *pater*, y engrosaban con sus adquisiciones el caudal de éste. Resultaba así, que el fruto de los esfuerzos de éstos vertía en un caudal, del cual se llamaba a participar—por el Pretor—*contra tabulas o ab intestato*, a los hijos emancipados. Estos, de ese modo, añadían a su propio patrimonio una parte del caudal relicto por el *pater*, en cuyo incremento habían colaborado sus hermanos, los *sui*, mientras ellos habían ido ahorrando sólo para sí, constituyendo un patrimonio propio del que no participaban los *sui*. Resultado totalmente injusto. De una situación injusta para los *emancipati* se saltaba así a otra situación injusta para los *sui*.

Pero el Pretor, siguiendo paulatinamente su labor llena de equidad (60), corrigió este nuevo defecto mediante la *collatio bonorum*. En su virtud (61), el hijo emancipado debía aportar (62) todos los bienes que hubiese adquirido desde su emancipación hasta la muerte de su padre (63).

Es de subrayar que esta colación sólo jugaba a favor de los *sui* (64). Este era un principio básico, derivado seguramente de la

(60) Ver Guarino, op. cit., cap. I, núms. 1 y ss., págs. 23 y ss. En los números 4 y ss. hace la crítica de la tesis de la  *fictio suitalis*  de La Pira.

(61) Ulpiano nos explica en un fragmento del libro XL de sus Comentarios al Edicto, según se recoge en el proemio de la ley 1, Dig. XXVII-VI, que la *collatio bonorum* «manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos amittat, participosque faciat eum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetat paterna».

(62) Dig. h. t. 1, §§ 9 y 11, 2 § 2; 3 § 5; 5 § 1.º; Dig XXXVII-VII, 1 § 7, y Cod. VI-XX, 11 y 12. Como resume Iglesias (loc. cit., pág. 224 y notas 153 a 156): «A tenor del Edicto, la colación se verifica mediante promesa estipulatoria—*cautio*—que hace el emancipado a los *sui* de aportar sus bienes. La colación se sustancia, jurídicamente, en esta promesa previa *re conferre*. No obstante, se llega a admitir por la jurisprudencia, como no podía ser por menos, que la colación efectiva produce el mismo efecto que la promesa antecedente. La colación se hace *cautione*, pero puede hacerse también *re*, y en una y otra forma es presupuesto necesario de la *datio bonorum possessionis* por parte del Pretor».

(63) La colación de dichos bienes debía efectuarse, tal como se encontraban en el momento de la muerte del causante, aplicándose las reglas generales en materia de obligaciones en cuanto a la liberación por caso fortuito, responsabilidad por causa de dolo o culpa, percepción de frutos, intereses moratorios, impensas, etc. (Ver Maynz, loc. ult. cit., pág. 505, nota 7).

(64) Como dice Guarino (op. e intr. cits., núm. 6, pág. 13), los bienes del emancipado no eran colacionados en la masa hereditaria, sino para aquellos «qui in potestate morientis fuerint», y, por lo tanto, no eran divididos entre todos los coherederos, sino sólo entre el emancipado colacionante y los *sui*, con ex-

razón que dió lugar al origen de la institución. Y, por igual motivo, sólo actuaba cuando la *bonorum possessio*, sin el correctivo de la *collatio*, perjudicaría al propio *suus* (65).

Así resultaba, con toda justicia, que si la petición de la *possessio contra tabulas* por el emancipado resultaba beneficiosa para uno de los *sui*, la *collatio* no tenía lugar a favor de éste. Por ejemplo, en el caso de que la *bonorum possessio* pedida por un emancipado actuara contra un testamento (*contra tabulas*) en el que uno de los *sui* hubiera sido regularmente exheredado o instituido en porción menor a su cuota *ab intestato* (66).

En cambio, por el propio principio básico, resultaba—sin duda como un defecto de la institución—que la *collatio* se aplicaba a cada emancipado individualmente respecto a todos los *sui*, es decir, con independencia de la colación de cada uno de los demás emancipados con los mismos *sui* (67). De este modo no se formaba una masa única a repartir entre todos los llamados a la *bonorum possessio*, sino que cada emancipado partía exclusivamente con los *sui*—«*conferre his, qui in potestate patris fuerint*»—los bienes por él colacionados (68).

clusión de los otros emancipados. (Ver, especialmente el Cap. II, números 1, 2 y 7, págs. 45 y ss. y 66 y ss.).

(65) Ver Maynz (loc. ult. cit., nota 11), Winscheid (loc. ult. cit., página 353, nota 4) y Guarino (op. cit., cap. VI, núm. 9, págs. 200 y ss.). Según este último autor (cap. cit., núm. 1, pág. 187), la colación estaba sometida a tres presupuestos fundamentales, los dos primeros de derecho y el tercero de hecho: a) Que tanto el *suus heres* como el emancipado hubieran obtenido la *bonorum possessio*; b) Que uno y otro hayan sucedido pretorianamente en el mismo *ordo* de igual *bonorum possessio* (*contra tabulas* o *unde liberi*), y c) Que el concurso de los emancipados perjudique al *suus heres*, es decir, provoque una disminución de la cuota hereditaria que en otro caso le hubiera correspondido.

(66) Dig., h. t., 1 §§ 3, 4, 5, 6 y 7; Dig. XXXVII-VII, 3; Dig. XXXVII-IV, 20, § 1. El § 6.º de la ley 1, h. t. sienta el principio general: «Así pues, tiene lugar la colación siempre y cuando por la intervención de un emancipado sufre algún perjuicio el que está bajo potestad, pero si no lo hay dejará de tener lugar la colación». Como dice el § 5.º de la misma ley «*potest non incommode dici, emancipatu ita demum conferre fratri suo debere, si aliquid ei ex causa hereditaria abstulavit*». Si la cuota hereditaria del *suus* instituido es en la *bonorum possessio contra tabulas* menor que la cuota de su institución, el emancipado debe colacionar por la diferencia; así opinaron Juliano y Pomponio, según explica Ulpiano en el § 3.º del citado fragmento 1, h. t. Como aclara Guarino (loc. ult. cit., pág. 102), Ulpiano no sólo dijo que no tiene lugar a la colación en el caso de que el *suus heres* obtenga ventaja por el concurso del emancipado, sino igualmente en el caso de recibir tanto pero no menos, que lo que le correspondía por el *ius civile*.

(67) Dig., h. t., 1 § 24, 2 § 5 y 3 § 5. La opinión de Cayo Cassio, es seguida por Juliano, Ulpiano y Paulo. La sentencia de los dos primeros, que suscribe Paulo, afirma que no deberán quejarse los emancipados porque pudieron prescindir de la *bonorum possessio*, «*nec indignari eos oportare, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit, bonorum possessionem omittente*».

(68) Ulpiano (§ 24, Dig. h. t., 1) y Juliano (§ 2, Dig. h. t., 3) nos ofrecen sendos ejemplos.

El primero resuelve que si fueran dos los hijos emancipados, que tuvieran cada uno por valor 300, y dos los hijos que están en potestad, cada emancipado

B) *La collatio dotis*.—Esta institución, que nace también por obra del Pretor, tiene el enorme interés de ser el trazo de unión entre la *collatio bonorum* y la colación justinianea y, especialmente, por mostrar cómo el Derecho romano, sin prisa pero sin pausa, iba mejorando sus instituciones y aproximándolas al ideal de Justicia, fin y meta del Derecho.

La *filia in potestate morientis sine manu in convención uxore*, es decir, la hija casada, pero que estaba sujeta a la potestad del padre moriente y no a la del marido, percibía la dote como un bien propio no incluido en el haber hereditario. Es decir, que, como los emancipados, y a diferencia de los demás *sui*, al morir el *pater* dicha hija tenía otros bienes además de su cuota hereditaria. Por eso, el Pretor ordenó que de pedir ésta la *bonorum possessio unde liberi* o la *bonorum possessio contra tabulas* (70) trajese a colación «quantum maritus facere potest», es decir, el montante de la dote cuya restitución pudiera pedir al disolverse el matrimonio (71).

Esta expansión de la *collatio* prosigue en un rescripto de Antonino Pio, que da lugar a tal colación aunque la hija dotada no pidiera la *bonorum possessio* si sucedía a su padre *ab intestato* como heredera civil (72). Así la *collatio* dió el primer paso desde el terreno pretorio al civil, de la *bonorum possessio* a la *successio in ius* propiamente dicha.

La hija en potestad es tratada respecto a la dote como si hubiese sido emancipada y adquirido para sí. De no haber estado *in potestate morientis*, la dote debería colacionarse con los demás *bona*, a título de verdadera y propia *collatio*, a favor de los *sui* (73).

debería colacionar 200 (es decir, 100 para cada *sui*) y retener 100, y no llevarían nada a colación entre sí.

Juliano explica: supongamos que el padre dejó un caudal de 400, dos hijos bajo potestad y dos emancipados, de los cuales uno tiene bienes por valor de 100 y el otro por valor de 60; el que tuviere 100 tomará 133 y 1/3 (es decir:

$$\frac{400 \text{ (herencia)}}{4 \text{ (los cuatro hijos)}} + \frac{100 \text{ (sus bienes)}}{3 \text{ (los dos sui y él)}} = 100 + 33 \text{ y } 1/3, \text{ y el que hu-}$$

bería llevado a colación 60, tomará  $120 \text{ (es decir } \frac{400}{4} + \frac{60}{3} \text{)}$ .

(Ver la exégesis de estos textos en Guarino, op. cit., cap. III, núms. 2, 3 y 4. págs. 71 y ss.).

(69) Ver Maynz, op. y vol. cit., § 406, págs. 507 y ss.; Winscheid, op. y loc. cit., págs. 353 y ss.; Guarino, op. e intr. cit., núms. 7 y ss., págs. 15 y ss., así como las citadas Instituciones de Bonfante, Girard e Iglesias, locs. cit.

(70) Dig. XXXVII-VII, 1, pr. inciso *Quamquam miscet*.

(71) Dig. h. t., I § 1.º

(72) Ulpiano, en sus Comentarios al Edicto, libro XL, en fragmento que es el citado proemio de la ley I, Dig., h. t., lo certifica así: «Aunque el Pretor obligue a la hija a la colación de la dote solamente si pidiera la posesión de los bienes, sin embargo, también si no la pidiera, deberá colacionar aquélla, si se inmiscuiera en los bienes paternos; y el Divino Pio respondió por rescripto a Ulpio Adriano esto, que también la que no hubiere pedido la posesión de los bienes puede ser compelida por el arbitrio de la partición de la herencia a la colación de la dote.»

(73) Guarino, op. e intr. cit., núm. 7, pág. 16.

Otro paso, éste tendente a igualar los hijos en potestad y los emancipados y a corregir el defecto de la *collatio emancipati* antes explicado, es dado el año 239 por el Emperador Gordiano (74), cuya labor, según propio testimonio había sido preparada por las discusiones de los jurisconsultos: La colación de la dote *profecticia* desde entonces no se haría sólo en favor de los *sui*, sino que también beneficiaría a los *emancipati*.

C) *Evolución ulterior de la collatio antes de las Novelas de Justiniano*.—En el bajo Imperio se observa una doble actuación en la evolución jurídica de la colación. De una parte, la paulatina desaparición de los supuestos de derecho y de hecho de la vieja *collatio bonorum*. De otra, el desarrollo de los principios de equidad, sembrados por los jurisconsultos que empiezan a fructificar con las disposiciones imperiales antes citadas. Sigue esta trayectoria el Emperador León, en Constitución del año 472 recogida en el Codex VI-XX, 17 (75), que impuso a los descendientes que sucedieran *ab intestato* o *contra tabulas* a sus ascendientes el deber de colacionar a favor de sus coherederos, emancipados o no, las dotes y las donaciones *ante nuptias*. Debiéndose, además, seguir llevando a colación, a tenor de las antiguas leyes, todo aquello que los emancipados obtuvieran («in ipsa emancipatione a parentibus sui (ad solet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem acquisierint»). Justiniano, en Constitución del año 529 recogida en el Codex, h. t., 20, de la que tendremos que volver a ocuparnos, ordenó en su proemio que también se colacionasen en las donaciones *ad emendam militiam* (76).

---

(74) Codex VI-XX. 4: «El Emperador Gordiano. Augusto, a Marino. Las hijas están obligadas a llevar a colación la dote solamente si sucedieran *abintestato*, o si pidieran *contra testamento* (*si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petent*); y no es dudoso que se ha de llevar a colación con los hermanos que quedaron bajo potestad la dote *profecticia* o *adventicia* dada o constituida por el padre. Porque con los que no estén en la familia del difunto (*qui in familia defuncti non sunt*) se determinó, después de varias opiniones de los jurisconsultos, que se lleve a colación la dote *profecticia* (*profecticiam tantum modo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit*).»

(75) «Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis, quocunque iure intestatae successione, id est aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota recisso, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, aut pronepote sive pronepte, nulla discretionem intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memoranti parentes donationem contulerint, an in ipsos sponso earum, ut per eos eadem in sponsas donatio celebreretur, ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur...»

(76) Dice así el segundo versículo del proemio: «Quod tam in aliis, quam in aliis, quam in his, quae occasione militiae tui haredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is, qui militiam meruit, locum haberit, ut lucrum, quod tempore

Se mina el supuesto de derecho de la vieja *collatio bonorum*, con la equiparación entre el Edictum y Lex, iniciado con la codificación adrianea, que fué aproximando cada vez más la *bonorum possessio* a la *hereditas* (77).

La paulatina desaparición de los presupuestos de hecho de la antigua *collatio bonorum* se inicia con la aparición del peculio castrense. Como contrapartida de la limitada atribución de capacidad patrimonial a los *sui*, que este peculio supuso, se excusó a los emancipados de colacionar los bienes que habrían formado parte de dicho peculio en el caso de haber estado ellos bajo la patria potestad.

Con el reconocimiento posterior del *peculio quasi castrense* (78) sucedió igual. La misma trayectoria se sigue con la creación y a desarrollo del peculio adventicio (79).

Según Winscheid (80) en el tiempo de Justiniano anterior a sus Novelas, quedaba ya muy poco de la vieja *collatio emancipati*. Sólo en dos relaciones, en las que los hijos en potestad carecían de la facultad de los emancipados:

a) Las economías hechas con el goce de los bienes adventicios pertenecían al *pater familias* y no a los hijos en potestad que las hubiesen ahorrado. Por tanto, cada emancipado debía colacionar lo por él economizado con el disfrute de aquellos bienes que hubiesen sido adventicios de estar él bajo potestad paterna (18).

b) Los hijos en potestad no podían recibir donaciones inter vivos del pater. Por ello, los emancipados debían colacionar, con relación a los *sui*, lo que el pater les hubiese donado (82).

---

mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartae parti ab intestato successionis computetur, sed etiam ab intestato conferatur.»

(77) Ver Guarino, op. cit., núm. 9, págs. 17 y ss.

(78) Dig. XXXVII-VI, 1, § 1.º: «Ne castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis Constitutionibus continetur.» Como nota Girard (op. y loc. últ. cits., pág. 952, nota 1), este texto de Ulpiano está interpolado, ya que este jurisconsulto sólo pudo hablar del peculio castrense, pero no del cuasi castrense que en su época no existía aún.

(79) Const. de Justiniano, dirigida a Juan, Prefecto del Pretorio, el 15 de las Candelas de noviembre del segundo año del Consulado de Lampiano y de Oreste (530 ó 532), recogido en el Codex VI-XX, 21, cuyo último inciso dice así: «Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.»

(80) Op. y vol. cits., § 609, pág. 354. Ver también Girard, op. y loc. últimamente cits., pág. 952.

(81) Según Winscheid (pág. últ. cit. y sig., nota 9) y Girard (pág. últimamente cit., nota 2), este supuesto no está formalmente recogido en la compilación de Justiniano, pero resulta del fundamento de la institución y aparece confirmado en las Basílicas.

(82) Inciso final de la citada constitución del Emperador León, Codex 17, h. t., que habla de que, además de la colación que en este texto se establece, los emancipados deben colacionar, por supuesto (*vide licet*), los bienes adquiridos de sus ascendientes en la misma emancipación o después de ella.

Winscheid (nota últ. cit., pág. 355)—dejando a un lado la cuestión de la

D) *La collatio descenduntum*.—Justiniano borró, en la Novela CXVIII, las diferencias que aún mediaban en la sucesión intestada entre las dos categorías de hijos y, en la Novela XXV, abolió la *successio contra tabulas*. Con ello hizo desaparecer la vetusta *collatio bonorum* (83). La *collatio dotis* en cuanto a la *dos profecticia* fué absorbida por la nueva colación general de los descendientes; y respecto a la *dos adventicia* la hija emancipada dejó de tener que llevar a colación su capital desde el momento en que los otros *sui* pudieron ser dueños del *peculium adventicium* (84). En consecuencia restó sólo la colación nueva (la *collatio descenduntum*) iniciada en las Constituciones, antes citadas de León y del propio Justiniano.

Pero la *collatio descenduntum* sufre con Justiniano una notable expansión en los supuestos de su aplicación. De la sucesión ab intestato se extiende a la sucesión testada.

Así lo proclamó el capítulo VI de su Novela XVIII.

«Illud quoque bene se habere credimus hac lege complecti. Prioribus enim legibus volentibus, in collationibus, si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri, si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus, sed res habere per dotem forte aut alio modo datas, et quae sunt relicta defendere, nos sancimus, non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus (quoniam incertum est, ne forsán oblitus datorum, aut pro tumultu mortis angustatus huius non est memoratus), omnino esse collationes et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre, et quod iam datum est, et ex iure testamenti; omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt in sua virtute manentibus» (85).

---

posible interpolación de este texto, ya estudiada por Leist—ha reconocido que a la subsistencia de este supuesto de colación de los emancipados parece oponerse el hecho de que en la fecha de aquella constitución las donaciones hechas por el *pater* a un hijo en potestad se entendían retroactivamente convalidadas si no eran revocadas por aquél antes de su fallecimiento o de la emancipación del hijo en su caso. A juicio del propio Winscheid, la explicación más aceptable de la ley 17 C., h. t., consiste en entender que ésta no niega la convalidación de las donaciones hechas a los *sui*, sino que se ocupa solamente de la no exención del deber de colacionar las donaciones que en su propio texto refiere

Sobre la colación de las donaciones a los hijos en potestad es interesante el comentario de Cuyatio (op. y vol. cit., *Comment. in Tit. XX de collationibus* lib. VI, Cod., cols. 693 y 694).

(83) Ver la nota 10, del § 609 de la Pandectas de Winscheid (vol. cit., páginas 355 y ss.).

(84) Ver Winscheid, nota II, § cit., vol. cit., pág. 357.

(85) «También hemos creído que era acertado comprender otra cosa en esta ley. Porque queriendo las anteriores leyes, en cuanto a las colaciones, que, si verdaderamente muriesen sin testamento los padres, se hicieran las colaciones por virtud de las mismas, y que, si hubieran testado no diciendo nada respecto a ellas, no se diera lugar a las colaciones, sino que uno tuviera las cosas

Como dice Guarino (86) la limitación del objeto de la *collatio descendentium*—la cual no puede darse para toda clase de donaciones—y la admisión de una facultad de dispensa del *de cuius* demuestran también el cambio fundamental en el justiniano de los principios que presidieron esta institución en el derecho clásico. *Ya no está animada por el deseo equitativo de una igualación práctica, sino por el respeto a la presunta voluntad del ascendiente difunto.*

Después de las modificaciones establecidas por Justiniano (Consts. 17, 19 y 20 Cod. h. t. y Nov. XVIII, cap. IV) la colación queda en Derecho romano regulada en la siguiente forma (87):

a) *Personas que deben colacionar.*—La colación afecta a los descendientes del causante no separados de éste por descendiente intermedio vivo, que sean sus herederos testamentarios o legítimos, que lleguen a adquirir su herencia conjuntamente con otros descendientes y que no sean excusados por el causante de dicho deber.

Brevemente vamos a desentrañar estos requisitos:

1.º Ser descendiente del causante (Ley 17 C. h. t.), como dice Winscheid (88). Los descendientes adoptivos (Ley 1, § 14, Dig. h. t.) y los legitimados, en cuanto llamados a la sucesión ab intestato, deben comprenderse en esta misma regla con los descendientes legítimos. Pero, *quid*, los hijos naturales: el ilustre pandectista cree que no. En ningún lugar del Corpus se impone a los hijos naturales la obligación de colacionar. Además, su sucesión tiene un carácter especial, diferente de la de los hijos legítimos, por lo que resultaría ciertamente grave transportar a ella la presunción en la que se apoya la colación de los descendientes.

2.º Que el descendiente no esté separado del ascendiente por otro descendiente de éste que viva. Es decir, que entre el abuelo y

---

dadas acaso en dote o de otro modo, y que defendiera las que se dejaron, nosotros disponemos que de ningún modo exista tal presunción, sino que ya si uno muriese intestado, ya si habiendo testado (porque es incierto si es que acaso se olvidó de las cosas dadas, o si apremiado por la perturbación de la muerte no hizo mención de esto), haya lugar en todos los casos a las colaciones y a la igualdad consiguiente, conforme a lo que ya antes se dispuso, a no ser que expresamente hubiere indicado él mismo que no quería que se hiciera colación, sino que tenga, el que por la ley es obligado a llevar a colación, tanto lo que ya se le dió como lo que se le da por derecho de testamento; subsistiendo en su vigor todo lo que sobre las colaciones ha sido sancionado antes por nosotros.»

(86) Op. e intr. cits., núm. 10, pág. 20.

(87) Notemos, no obstante, que faltó a Justiniano, según observa Maynz (op. vol. y § cits., pág. 511), hacer una ley orgánica que evitara las incertidumbres y dificultades que presenta la aplicación de las disposiciones incoherentes y absurdas que se encuentran esparcidas en las cuatro partes de su obra legislativa. Toda la obra de glosadores y comentaristas tendió a salvar estas dificultades en el Derecho común.

(88) Op. y vol. cits., § 610, pág. 357, nota 2.

el nieto no se halle vivo el padre de éste, hijo de aquél, (Dig. h. t. I, § 8 y 7; Cod. h. t., 19) (89).

3.º Ser heredero testamentario o ab intestato.

La citada reforma de la Novela XVIII, cap. VI, como hemos dicho, extendió la colación a la sucesión testada. No obstante aún después de ella quedó alguna duda:

¿Debía colacionar el instituido *ex re certa*? Winscheid (90), siguiendo la opinión de Neuner y Leist, contesta afirmativamente a esta pregunta (91), pero tal solución parece harto dudosa en caso de concurrir el *heres ex re certa* con instituido *ex asse* (92).

¿Tenía lugar la colación en los supuestos en que excepcionalmente concurrían herederos llamados testamentariamente con otros *ab intestato*? (93). Antes de la Novela XVIII la solución de Papiniano y de Paulo, fué negativa (94). Después de esa Novela, sin duda el criterio debió ser otro (95), ya que Justiniano al extender el deber de colacionar a la sucesión testamentaria, rechazó expresamente la presunción de que el testador que nada hubiese dicho de sus liberalidades colacionables quisiese rechazar su colación.

4.º Llegar a adquirir la herencia.

Por eso no deben colacionar—ni pueden beneficiarse con la co-

(89) No haría falta aclarar este requisito si la colación sólo tuviese lugar en la sucesión intestada, porque a través de ella ya resultaría como presupuesto para que el descendiente fuese heredero. En cambio, conviene precisarlo tratándose de la sucesión testada, en la que cabe perfectamente que un descendiente sea heredero testamentario del causante, pero no esté obligado a colacionar por vivir el descendiente intermedio entre ambos.

(90) Loc. últ. cit., pág. 358, nota 4.

(91) No hay que olvidar la posición de Winscheid respecto la ley «*Quoties certi quidem*» (Cod. VI-XXIV, 13). A su juicio (op. y vol. cit., § 553, pág. 172), Justiniano dispuso para el caso de concurrir *heres ex re certa* con otros llamados *ex asse*, que la cuota hereditaria que correspondiera a aquél debiese considerarse como devuelta—igual que si se tratase de una restitución fideicomisaria operada automáticamente, sin necesidad de declaración de voluntad por parte del instituido en la cosa cierta—a los *heres ex asse*, de modo que aquéllos, respecto a éstos, si bien aparecen como simples legatarios en cuanto el elemento patrimonial asignado, en cambio, en los demás se mantiene su cualidad de herederos. (Sobre las consecuencias de esta ley, ver la nota II, del cit. § 553, de la obra de Winscheid, y lo que expusimos en la segunda parte de este trabajo, en este Anuario IV-IV, págs. 1384 y ss. y 1393.)

(92) Los autores de Derecho común opinaron de otro modo según explica Antonio Gómez (op. cit., in legem XXIX, núm. 5, vers. «*Unum tamen*», «*Ex quo subtiliter*» y «*Sed hoc non obstante*», pág. 176).

(93) En la primera parte de este trabajo (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-II, págs. 461 y ss.) nos ocupamos de los supuestos en que la regla «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*» sufría excepción en Derecho romano.

(94) Dig. XXXVII-VII, 6: «*Papinianus libro VI Responsorum—Pater filium emancipatum heredem instituit et filiam exheredavit, quae inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit; non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi, nam et libertates competere placuit.*»

Dig. XXXVII-VII, 7: «*Paulus libro XI Responsorum—Nec ipsa dotem fratris suis conferret, quum diverso iure fratres sunt heredes.*»

(95) Así opina Winscheid, siguiendo a Arnst, en la nota 4, últ. cit.

lación de los demás—quienes utilicen el beneficio de abstención o repudian la herencia (96), Maynz (97) ha considerado dudosa la aplicación del deber de colacionar al heredero aceptante a beneficio de inventario. Concretamente, el problema a resolver es éste: el descendiente heredero a beneficio de inventario, que como tal no responde con sus propios bienes, ¿debe colacionar por valor superior al líquido activo que le corresponda en el caudal relicto? (98). Según aquel autor, si bien la letra de la ley sólo se ocupa de poner al heredero beneficiado al abrigo de toda persecución de los acreedores de la herencia, el espíritu de la ley es más amplio, «ut hereditatem, sine periculo habent nihil ex sua substantia penitus heredes amittant» (Cod. VI-XXX, 22, § 4).

5.º Que hereden conjuntamente con otros descendientes que también reúnan los requisitos enumerados anteriormente (descendientes no separados del causante por descendiente intermedio vivo, que sean herederos y lleguen a adquirir la herencia).

Sin sujeto activo de la colación ésta no puede tener sujeto pasivo. Si heredan con coherederos que sean colaterales, ascendientes o extraños del testador, el deber legal de colacionar no existe (Cod. III-XXXIX, 12).

6.º Que el causante no haya excusado el deber de colacionar. Como se lee en la Novela XVIII, capítulo VI: «Nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem» (99).

7.º Finalmente, el deber de colacionar tiene como límite la legítima del colacionante. Como dice Winscheid, en la voluntad presunta del causante no puede apoyarse un resultado que su expresa voluntad no podría imponer (100).

b) *Personas a cuyo favor se debe colacionar*: De los bienes colacionados deben participar todos los descendientes herederos que han debido colacionar y los que habrían colacionado de haber recibido donaciones colacionables sin ser excusados de dicho deber por el mismo causante (101).

Desapareció totalmente, por tanto, la desigualdad entre emancipados e hijos en potestad que existía en la antigua *collatio emancipati*.

Si con los coherederos con derecho a la colación concurriesen

(96) Dig. XXXVII-VI, 1, §§ 1 y 3, y 5; Dig. XXXVI-VII, 8 y 9.

(97) Op. y vol. cit., § 406, pág. 511, núms. 46 y ss.

(98) V. gr.: A y B son hijos y herederos, por mitad, del causante. En el caudal relicto el pasivo excede del activo en un valor de 100. Años antes A había recibido del causante una donación valorada en 75, que en la fecha de su otorgamiento no era inoficiosa, porque el caudal del causante, que luego vino a menos, alcanzaba entonces al cuádruple valor de lo donado. A, que acepta a beneficio de inventario la herencia de su padre, ¿debe colacionar?

(99) Entiende Winscheid (loc. últ. cit., nota 9, pág. 359) que para este «*expressim designare*» basta cualquier declaración, no ambigua, de que el heredero obtiene la liberalidad además de su cuota hereditaria. También estima que esta declaración no necesita forma alguna.

(100) Loc. y pág. últ. cit., nota 10.

(101) Cod. VI-XX, 17 y 19.

otros coherederos sin derecho a ella (102), éstos no se computarían para calcular la cuota de la colación, correspondiente exclusivamente a cada uno de aquéllos (103).

c) *Bienes colacionables*: Para determinarlos debe atenderse a la naturaleza del título de la atribución, a la expresión o inexpressión de la voluntad del causante y a la circunstancia de referirse el deber de colacionar a hijos o a descendientes de grado ulterior.

En cuanto al título de la atribución resulta:

1.º La dote (104), la donación *ante nuptias* o *propter nuptias* (105), la donación *ad emendam militiam* (106) eran colacionables siempre que el causante no dispensase su colación (107). Distendiéndose por los autores de Derecho común y por los modernos romanistas si en este grupo que titulaban de las donaciones *ob causam* o *qualificatae* debían comprenderse además otras donaciones (108).

(102) Es decir: ascendientes, cónyuge supérstite, colateral o extraño del causante (Cod. III-XXVII, 12) y los descendientes de ulterior grado de éste cuando viva el descendiente intermedio (Cod. VI-XX, 19).

(103) El mismo criterio que se aplicaba en la antigua *collatio emancipati*, para repartir lo colacionado entre los *sui*, con exclusión de los *emancipati* (Dig., h. t., 1, § 24; 2, §§ 5 y 7; 3, § 2).

(104) Cod. 17 h. t. Pero la colación de la dote no pudo hacerse en perjuicio del marido; debiendo la hija casada retirar de menos de la sucesión la cuantía de la dote («non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse quam eo minus in partem tibi delatae successionis patris auferre, potueris». Cod. VI-XX, 5); o bien diferirse su colación hasta la disolución del matrimonio («nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam manente matrimonio», Dig. XXI-11, 71, Paulo). La primera solución es la que en Derecho común aceptó Fabro («Codex Fabrianus, Definitionum forensium et rerum», Neapoli, 1765, Vol. II, Lib. VI, Tit. III, Ref. II, pág. 503), que deduce de aquel texto, «in proposito autem nec mulier ipsa collationi abstracta videbatur, quia praeter et ultra portionem, haereditariam ea dos filia fuerat constituta». Basando la explicación en la voluntad tácita del padre donante.

(105) Cod. 17, h. t., y 29 (III-XXVIII), que disponen la colación de las donaciones *ante nuptias*, que Justiniano ordena se llamen *propter nuptias* (Cod. V-111, 20 e Inst. II-VIII, § 3.º).

(106) Cod. 20, h. t.

(107) Nov. XVIII, cap. VI, «nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem». Según Cuyatio («Codex Justinianaeae—Lutetiae Parisiorum, 1617—, «In tit. XX de collationibus, lib. VI, Cod. pág. 692), cabía esta manifestación en contrario tanto si la colación se daba en la sucesión testada como en la intestada: «Si pater ab intestato voluerit, non esse collationem inter fratres, non erit collatio, sufficit voluntatis iudicium. Si pater inter vivos vel etiam codicillis ab intestato inter liberos suos vel emancipatus, et eos quod habet in potestate dividerit omnia bona sua, et nihil indivisum reliquerit, videtur exclusisse munus collationis». A su juicio también pudo excluirse la colación por tácita voluntad, opinión que coincide con la citada de Fabro (loc. cit.).

(108) Entre los antiguos autores, a partir de Bartolo, se elaboró la categoría de las donaciones *ob causam* (Ver Fontanella, *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*—Lugduni, 1667—, T. I. Cl. IV, Gl. I. núm. 48, pág. 57). Como luego veremos, la ley 29 de Toro dió apoyo legal a su construcción, respecto la cual Juan García Saavedra (*Tractatus de donatione remuneratoria*—Editio ultima Amstelaedami, 1668—, núms. 47 y ss., páginas 30 y ss), precisa que «intelligenda sunt meo iudicio, aut de donationi dotis, aut de donationibus similibus ob causam necessariam natura, honestate,

2.º Las demás donaciones, es decir, las denominadas *simplices*, por el contrario, no debían colacionarse por regla general. No obstante, ésa sufría excepciones:  $\alpha$ ) si el causante ordenó su colación (109);  $\beta$ ) si se hicieron a cuenta de la legítima del donatario (110);  $\gamma$ ) y finalmente, cuando otro descendiente que no hubiese recibido donación ordinaria alguna debía colacionar una dote o donación por causa de matrimonio mientras el beneficiado con donación ordinaria no había recibido dote ni donación *propter nuptias* (111).

Es de notar que a efectos de la colación la donación *mortis causa* no se considera como legado, sino como verdadera donación, que deberá colacionarse según las reglas de las donaciones intervivos (112). En cambio, no se entendía como donación, a efec-

more et consuetudine patriae, in quibus non reperitur mera liberalitas, etiamsi non reperitur praecise et legalis coactio» (núm. 50, pág. 33).

Modernamente, Winscheid (op. y vol. cit., § 610, pág. 361, nota 18) afirma que la enumeración legal de los bienes colacionables es en las fuentes demasiado concreta y precisa para poder admitir esas extensiones *ex ratione legis*. Igualmente en Derecho catalán se entienden así, según Borrell y Soler (op. y vol. cit., § 531, pág. 553, nota 23), en contra la opinión corriente de los clásicos catalanes.

Las donaciones remuneratorias han dado lugar a arduas cuestiones acerca de su colación. Por ella parece decidirse Winscheid, salvo en el supuesto de que la donación se hubiera hecho para recompensar a quien salvó la vida al donante (ver op. y vol. cit., § 610, pág. 360, nota 16, en relación con el vol. II, § 368, pág. 427, nota 11).

(109) Cod. h. t. 20, § 1, in fine, «quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huius modi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit.»

(110) Cod. h. t. 20, pr. Este texto de Justiniano contiene la famosa regla, «ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur minime e contrario tenebit» (todo lo que se computa a legítima se colaciona, pero no al contrario). Pero esta regla debió entenderse limitada no sólo a lo dejado en vida por el padre (nota Cuyatio—op. y vol. cit., «Coment., in tit. XX. de collationibus, lib. VI, Cod.», col. 693—«ea tantum in collatione veniunt, quae liberi adquisierunt ante mortem patris»), sino también al supuesto de que el colacionante sea heredero y no simple legatario (por razón de la propia naturaleza de la institución de que nos ocupamos). También debe tenerse en cuenta que la citada ley se refiere a la imputación a efectos de excluir la *querrela inofficiossi testamenti*, menos amplia que la correspondiente a efectos de las *querelae inofficiossi donationis vel dotis*, como antes hemos visto.

(111) Cod. h. t. 20, § 1. De este texto resulta: a) Si los descendientes-herederos sólo han recibido donaciones simples, no deben colacionarlas, salvo disposición en contrario del causante; b) Si unos han recibido donaciones *propter nuptias* o dotes y otras donaciones simples, deben colacionar todos si el causante no dispuso otra cosa; c) Si unos han recibido dotes o donaciones por causa de matrimonio y otro u otros además de recibir donaciones simples han recibido dotes o donaciones *propter nuptias*, estos últimos sólo deben colacionar la dote y la donación por causa de matrimonio, pero no la donación simple que hubiese recibido, salvándose siempre la voluntad contraria del causante.

(112) En este sentido Fabro (op. y loc. cit. Def. IV, núm. 31, pág. 505), Winscheid (loc. ult. cit., pág. 360, nota 16), Maynz (§ ult. cit., nota 50, página

tos de su colación, lo dado por el causante en cumplimiento de su obligación alimenticia y de educación de sus hijos (113), ni los regalos módicos que usualmente suelen hacerse (114).

Siendo nietos o descendientes de ulterior grado los obligados a colacionar, debían conferir en cuanto hubiesen llegado a sus manos las liberalidades hechas por el causante a sus progenitores (115) y las liberalidades con que aquél les hubiese favorecido directamente antes o después de la muerte de sus progenitores (116).

d) *Contenido del deber de colacionar.*—La colación pudo hacerse *in natura* o por compensación en valor (117). Con todas las colaciones reunidas—real o idealmente—se formaba una masa común, en la que cada partícipe tomaba una cuota parte proporcional a la participación hereditaria que le correspondía según testamento o ab intestato (118).

La compensación en valor se debía verificar según lo que los bienes a colacionar valiesen en la fecha del fallecimiento del causante (119). Pero al heredero colacionante debía abonársele las impensas necesarias (120) y las útiles en cuanto hubieran aumentado el valor en venta de la cosa (121), y, en cambio, respondía de las pérdidas y deterioros debidos a dolo o culpa *levis in concreto* (122).

Debiase, en fin, aportar o descontar los frutos percibidos des-

512). Por lo tanto, normalmente no se colacionarán salvo disposición en contrario del causante. Pero si se hubieran hecho en concepto de dote o con ocasión de matrimonio deberán colacionarse.

(113) Dig. X-II, 50.

(114) Dig. L-XVI, 194 y 214; XXIV-I, 31, § 8; XXVI-VII, 12, § 3.

(115) Ver ley 19 Cod. h. t., el examen de los problemas que plantea y las diversas posiciones de los autores puede consultarse en la nota 20, del § 610 de la cit. op. de Winscheid (vol. cit., págs. 361 y ss.).

(116) Extremo controvertido a pesar de que la ley no distingue (ver Winscheid (loc. ult. cit., nota 21, pág. 363).

(117) Dig. XXXVII-VI, 1, §§ 11 y 12, nov. XCVII, cap. VI, § 1.

(118) La distribución de los bienes colacionados en proporción a la cuota de institución de cada hijo o descendiente colacionante, resulta claramente de la Const. de Justiniano del año 453, que recoge el Codex en el título «*Communis utriusque iudici, tam familiae erciscundae, quam communi dividundae*» (III-XXXVIII, 12), donde refiriéndose a la colación de la dote o de la donación *ante nuptias*, ordena que de no haber la compensación de valor, los bienes donados o dados en dote, «*sed quasi paternae facta substantiae sit inter omnes secundum institutionis tenorem dividi*», o como dice más adelante «*secundum modum institutionum dividantur*».

(119) Dig. XXXVII-VI, 1, § 7; Cod. VI-XX, 6.

(120) Dig. XXXVII-VII, 1, § 5; «*Quum dos confertur, impensorum necessariorum fit detractio, ceterarum non*», dice Ulpiano (Lib. XL ad Edictum).

(121) No obstante el texto en contrario del fragmento transcrito en la nota anterior que, a juicio de Winscheid (§ cit., nota 23, págs. 363 y ss.) en este punto tiene solamente valor histórico. Ver Dig. XXXVII-VI, 2, § 2, 5 § 1; Dig. XXXVII-VII, 5, § 1, y arg. Cod. V-XIII, 5.

(122) Dig. XXXVII-VI, 1, § 23; nov. XCVII, cap. VI. No así de caso fortuito (Dig. XXXVII-VI, 2, § 2).

de la fecha en que fué abierta la sucesión y los intereses de demora (123).

*La doctrina romana en las Partidas y la ley 14 del Libro III, título VI del Fuero Real.*

Las leyes 3, título IV de la Quinta Partida y 3 a 6 inclusive del título XV de la Sexta Partida, recogen la doctrina romana acerca de los bienes que los hijos deben llevar a la partición de la herencia de sus padres. Notemos, no obstante, que no todas estas disposiciones se refieren a la colación propiamente dicha.

a) No es verdadera colación la inclusión en la partición que regula el inciso primero de la ley 3 (6 p., tit. XV): «Todas las cosas que el hijo ganare en mercadería con el aver de su padre seyendo en su poder, todas las deve aduzir a partición con los otros bienes que fueren de su padre, e partirlas con sus hermanos.»

No hay verdadera colación, porque—como reconoce Gregorio López (124)—«todo cuanto adquiere el hijo con capitales del padre lo adquiere para éste en calidad de peculio profecticio». Por eso podía concluirse con Cuyacio (125): «Igitur haec de iure non conferunt. Conferunt tantum bona propria sua (del hijo), non nostra (del causante). Peculium filiifamiliae, non est propius eius patrimonium sed quasi patrimonium... Quia mortuo patre ea peculia pagana magis veniunt in communionem, ut bona paterna, quam ut collectitia bona, quia peculium finitur morte patris...» (126).

b) Los cuatro últimos incisos de la ley 3, tit. IV, 5 p. y el apartado primero de la ley 4, tit. XV, 6 p. (127), se ocupan de la eficacia de las donaciones del padre al hijo en potestad. Rodrigo

(123) Dig. XXXVII-VII, 5, § 1.

(124) Glosa a las palabras «ganare en mercadería» (gl. 19, pág. 732, ed. y vol. cit.). En la misma glosa señala que esta disposición desecha la opinión general de los doctores—incluidos Bartolo y Baldo—que en este punto distinguen calificando de peculio profecticio la adquisición en cuanto proviniera de los capitales y de adventicio, en cuanto fuere resultado de la industria del hijo, no sujetándola de consiguiente a colación en este caso. También, es de interés, la opinión de Soccino, que en esta misma glosa explica Gregorio López, al subdistinguir cuidadosamente cinco supuestos diferentes.

(125) Op. y loc. cit., *ad tit. de collationibus* (col. 693 B).

(126) «Mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de los hijos, non valdria. Ca el hijo a quien lo davesse, si oviesse otros hermanos, temdo sería después de la muerte de su padre, de aduzirla, e meterla a partición con ellos, o de resecebirla en su parte, entregándose cada uno de los otros hermanos de otro tanto como valiesse la donación que le dió el padre.»

(127) «En su vida faziendo donación el padre a su hijo que estuviesse en su poder, si después non revocare fasta su muerte, este hijo aura la donación que desta guisa le fuere fecha libre e quita: e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la partición, fueras ende, si el padre oviesse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta.»

Suárez (128) y Gregorio López (129), señalan la antinomia entre ambas leyes. El segundo entiende que lo expresado en la ley 4 (XV, 6 p.) limita lo declarado en la ley 3 (IV, 5 p.).

La primera disposición recoge la más antigua doctrina romana sobre la nulidad, más propiamente imposibilidad (130) de las donaciones del *pater* al *filius familiae*. Pero en este caso, la imposición de *aduzirla e meterla a partición*, no sería tampoco colación técnicamente hablando. También Cuyacio (131) lo razona con toda precisión: «Et ideo inutilis est donatio, ut secundum ius vetus, etiam non confirmetur morte patris, ..., et ideo ea donatio venit in communionem et in iudicium familiae erciscundae, ut paternum aliquid, non ut collatum quod in commune redigat filius familiae cui donatio facta est. Ergo proprie non confertur.»

La segunda disposición (l. 4, tít. XV, p. 6) aplica la doctrina justiniana de la convalidación retroactiva de las donaciones que el padre no hubiese revocado a su fallecimiento (132). Y, resuelta esta cuestión extra colacional, penetra en la materia propiamente dicha, distinguiendo las donaciones simples y las causales, como luego vamos a ver.

Ahora, de momento adelantaremos que Gregorio López (133) deduce sensu contrario de esta ley que la donación simple hecha al hijo emancipado debía traerse a colación, conforme la ley 17, Cod. VI-XX de collatione (134), la *Authentica ex testamento*

(128) «Repetitionis legis Quoniam in prioribus C. de inoff. testamento... perspicuè explicatae», en «Opera Omnia» (Postrima editio, Duaci 1614, con Adiciones del propio autor y otras de Jacobo Valdés), «Declaratio legis regni». § 5 quero, núm. 7 (pág. 545).

(129) Glosa a las palabras «non valdría» de la ley 3, tt. IV, p. 5 (ed. y vol. cit., núm. 18, págs. 38 y ss.) y glosa a las palabras «e non gela puedan contar en su parte» de la ley 4, tít. XV, p. 6 (ed. y vol. cit., núm. 30, página 736).

(130) Ver Biondi, «Donazioni», en el T. X del «Tratatto di Diritto Romano», dirigido por Albertario (Milán, 1943), núm. 30, págs. 713 y ss.; y Aru: «Le donazioni tra coniugi in Diritto romano» (Padova, 1938), núms. 13 y ss., páginas 19 y ss.

(131) Loc. ult. cit. (col. 693, BC).

(132) Cuyacio (loc. ult. cit., col. cit., CD) distingue también dos soluciones: la anterior y la posterior a Justiniano. Antes, «certum est, iudicio extremo patris confirmari donationem filio familiae factam si quis donavit vivus filio familiae caveat se ex testamento apud filium familiae permanere velle, quo genere, id quod donatum est filio familiae capitur non ut donatio sed ut legatum sive relictum... quod si capitur ut legatum, vel etiam quod negari non potest, ex iudicio patris ultimo, ergo non confertur: quia post mortem patris acquiritur; et ea tantum in collationem veniunt, quae liberi adquiserunt ante mortem patris». Pero, después de Justiniano, la solución pudo ser otra por que, «hodie ex constitutione Justiniani..., donationem factam filio familiae morte patris confirmari, imo et retraheri sive reduci ad tempus quia facta est». De modo que: «Die donationis non descendit ad diem mortis patris. Sed dies mortis patris ascendit et recurrit ad diem facta donationis».

(133) Glosa a las palabras «a su fijo que estuviese en su poder» (ed. y vol. cit., núm. 28, pág. 733).

(134) «...emancipatis videlicet liberis utriusque sexus protenore praecedentibus».

y la opinión de Bartolo, Alejandro y el común de los autores, según este último. Procederá así, añade Gregorio López, ya suceda el emancipado con hermanos que quedaron bajo el poder de su padre, hasta la muerte del mismo, ya suceda con otros emancipados. Pero, conforme con Bartolo, Decio y el común de los autores, exceptúa el caso de que con la colación resultase gran desigualdad entre los emancipados. Asimismo excluye la colación cuando la donación simple se la hiciese la madre al emancipado, conforme la ley 20, Cod. h. t. y su explicación por Bartolo.

Esta última distinción de Gregorio López, sin duda, ya en los tiempos fecha de las Partidas resultaba anacrónica.

c) La doctrina de las Partidas sobre la colación puede decirse que se concentra en los apartados segundo a último de la ley 3 (XV, p. 6.º) y desde la mitad del primer inciso al último de la ley 4 y apartado cuarto de la ley 6 del mismo título y Partida.

«Otro si dezimos—declara la primera—que la dote, o el arra, o la donación (135) que el padre diere en casamiento a alguno de sus hijos, se deve contar en la parte de aquel a quien fué dada; fueras ende, si el padre dixesse señaladamente, quando gela dava, o en su testamento, que non quería que gela contassen en su parte. E esto ha logar, quando los hermanos tan solamente heredan íos bienes de su padre, o de su madre. Mas si otro estraño fuesse establecido con ellos por heredero, estonce las ganancias sobre dichas, o las donaciones, o dotes que fuesen dadas a los hermanos, non las deven meter en partición con los estraños, nin las deven contar en su parte con ellos.»

Esta clara aplicación de la doctrina de Justiniano, es confirmada y completada con igual tenor en la ley 4. Esta, al hablar de la donación que el padre hiciere a su hijo en potestad (136) se refiere a la donación simple, según infiere Gregorio López de las palabras «si después non la revocare», pues precisamente las donaciones simples no se confirmaban hasta la muerte del padre. De ella, pues, dice que «non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la partición, fueras ende, si el padre ouisse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta», y añade: «Ca si este fijo a tal quissiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre las fiziera en razón de casamiento: estonce dezimos, que sea otro si contada en su parte la donación que el padre fizo a él en su vida.

---

tium legum quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab úsdem adquisierint, collaturis», concluye la citada ley 17.

(135) Como dice Gregorio López en la glosa a esta palabra (ed. y vol. citados, núm. 23, pág. 733), debe entenderse de la donación con causa, «como lo indican aquellas palabras que se leen en seguida, *«que el padre diere en casamiento»*; a más de que de la donación simple se trata en la ley siguiente».

(136) Glosa a las palabras «si después non la revocare» de esta ley (ed. y vol. cit., núm. 29, pág. 735 y ss.).

É esto es porque se guarde la egualdad (137) entre ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donación al uno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen aver la su parte legitima, en lo que fincasse, dezimos, que estonce deven menguar tanto de la donación, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legítima que deven aver.»

d) Finalmente, las leyes 5 y 6 h. t. determinan los bienes que no se deban colacionar. De una parte señala los peculios castrense y cuasi castrense y los bienes adventicios (ley 5 aps. 1 y 2) la dote o arra dada por persona que no sea el padre (ley 6, apartado 1.º). De otra, excluye los libros, «las despensas que el padre diesse a alguno de sus fijos para aprender alguna sciencia en Escuelas» (ley 5, ap. 3.º) y «las despensas que el padre fiziere, faziendo armar Cavallero a alguno de sus fijos, dándole armas, e cavallo, e las otras cosas que fueren menester por razón de Cavallería» (ley 5, ap., 4.º) (138).

§ 4.º *La llamada colación germánica y su reflejo en los Fueros medievales de León y Castilla.*

A) La estructura del Derecho hereditario germánico viene determinada por la originaria comunidad de derecho existente entre padre e hijos sobre el patrimonio doméstico. De ella derivó el denominado *Wartrecht* o antiguo derecho de expectativa (139).

Como dicen Brunner y von Schewerin (140): «El derecho hereditario germánico era un derecho de familia. Los herederos eran natos, no elegidos, en la medida que según algunos Derechos no se podía sustituir el parentesco de sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad se desconocían o estaban prohibidas.»

«Los bienes familiares—explica Valdeavellano (141)—no per-

(137) Gregorio López, al glosar esta palabra (ed. y vol. cit., núm. 31, página 736), señala que la doctrina del apartado anterior se ha tomado de la ley 20, § 1.º, Cod. VI-XX, y añade—siguiendo a Angelo—que del mismo modo, «si uno de los hijos recibió una donación simple y otra con causa, y el otro obtuvo tan solo una con causa, los dos conferirán cada uno la donación con causa y no entrará en cuenta la simple».

(138) La razón teleológica de estas otras excepciones al deber de colacionar, la explica la propia ley en su apartado final: «E esto es, porque los Cavalleros quando toman las armas, e los otros que aprenden las sciencias, non fazen esto tan solamente por pro de si mesmos mas aun por otro comunal de la gente, e de la tierra en que biven».

(139) Ver Brunner-von Schewerin: «Historia del Derecho germánico», traducción anotada de la 8.ª ed. alemana, por J. L. Alvarez López. (Barcelona, 1936), § 57, pág. 244.

(140) Op. cit., § 56, pág. 237.

(141) Luis Garcia de Valdeavellano: «La cuota de libre disposición en el

tenecian al padre, sino a todos los miembros de la familia. Aquél los tenía solamente en su *Gewerc*, pertenecían a toda la comunidad doméstica y, al morir el padre, quedaban vinculados a los miembros supervivientes de la comunidad. Participes de la propiedad familiar eran solamente los hijos y en su defecto, los nietos. La participación de las hijas solteras se desarrolló sólo posteriormente y con amplitud y características distintas. Las hijas casadas recibían al salir de la familia paterna una dotación o equipo de vestidos (*Auststeuer*). Los hijos, al llegar a la edad de empuñar las armas, un equipo (*Austattung*), consistente en armamentos.»

El derecho de expectativa también se tradujo en otra forma, llamada moderna, consistente en el derecho de consentimiento formal (*Beispruchsrecht*). La enajenación de los bienes raíces se hace depender del asentimiento de los herederos más propincuos, aun cuando se trate de enajenaciones onerosas que no les perjudiquen materialmente (142). Este derecho aparece también en el Derecho español, según dice Hinojosa, reflejado en gran número de diplomas de la Alta Edad Media (143).

Cierto que la posterior evolución del Derecho germánico ofrece cierta relajación de ese principio de la propiedad mancomunada de la familia germánica. Se abre paso a cierta libertad de disponer de alguna parte de los bienes hereditarios, la cuota de libre disposición (*Freiteil*) (144). También el derecho de consentimiento se debilitó, sea limitándose a los bienes que el causante hubiese heredado, excluyéndose los que él hubiera ganado, o bien transformándose en un derecho de compra preferente o en un derecho de entrada o retracto gentilicio (145).

Se comprende así que todos los bienes que el padre hubiese entregado a sus hijos, debían integrar el haber partible, a no ser

Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media (Notas y Documentos), en «Anuario de Historia del Derecho Español», tomo IX. (Madrid, 1932), pág. 132.

(142) Ver Brunner-von Schewerin, op. cit., § 57, págs. 244 y ss. «La enajenación hecha sin consentimiento de los herederos podía impugnarse por el más próximo dentro de año y día con el efecto de traer a sí el bien enajenado.»

(143) EDUARDO DE HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*. (Madrid, 1915), pág. 22 y nota 3.

(144) Un resumen de los trabajos realizados y puntos de vista sustentados por Ficker, Brunner y Schultze, sobre el origen del *Freiteil* y sus relaciones con la *Toiteil* (o parte del muerto), puede leerse en el citado trabajo de Valdeavellano en «Anuario de Historia del Derecho Español», tomo IX, págs. 133 y ss. Ver igualmente JOSÉ ANTONIO RUBIO: *Donaciones post obitum y Donaciones reservato usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla*, en el mismo tomo del propio Anuario, nota 6, págs. 5 y ss.; y JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *Herencias en favor del alma en el Derecho español* (Madrid, 1944), págs. 27 y ss.

(145) Ver Brunner-von Schewerin, op. cit., § 57, pág. 245.

que—una vez admitida la cuota de libre disposición—cupiesen en la porción disponible.

B) En Derecho consuetudinario francés, según explica Pothier en su «*Traité des successions*» (146), pudieron distinguirse en esta materia tres especies principales de costumbres:

a) Las que permitían a los padres—dentro de los límites de la parte de libre disposición, naturalmente—donar *inter vivos* a sus hijos dispensándoles de la colación de lo donado (Berri, Bourbonnois Novernois).

b) Las denominadas «*coutumes d'égalité*» que imponían a los descendientes la colación de todo lo que hubiese recibido de sus padres, aunque renunciaran a la sucesión (Dunois, Touraine, Anjou, Le Maine).

c) La mayor parte de las *coutumes*, entre ellas las de París y Orleans, imponían a los hijos la colación de todo lo que les donaron sus padres cuando efectivamente les heredasen, pero les permitían conservarlas si renunciaban a la sucesión.

La costumbre de París recogía el principio de igualdad germánica en su artículo 303 (147), para deducir en el artículo siguiente el corolario aplicable a la colación de las donaciones (148) que podemos calificar también de germánica.

C) En España, como es sabido, y de ello ya hemos hablado en la primera parte de estos Apuntes, las normas consuetudinarias contenidas en los Fueros y el derecho vivo que reflejan los diplomas leoneses y castellanos, revelan un Derecho germánico más arcaico y puro que el de los preceptos legales visigóticos (149). Tanto que en muchos casos llegó a desaparecer la mejora (150). Y, según diplomas astur-leoneses, volvió a reaparecer la cuota *pro anima* (151).

La colación derivada del principio igualitario germánico asoma en nuestros fueros. Como ha observado Martínez Mari-

(146) «*Oevres de Pothier*», t. XII (Nouvelle Edition, Paris 1825), «*Traité des successions*», Chapitre IV, Article II, § 1, págs. 539 y ss.

(147) «*Pere et mere ne peuvent, par donation faite entre vifs, par testament et ordonnance de dernière volonté, ou autrement, en maniere quelconque, avantager leurs enfants venant a leus succession, l'un plus que l'autre*».

(148) «*Les enfants venant a la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné, pour, avec les autres biens de la dite succession, être mis en partage entre eux, ou moins prendre*».

(149) Ver Ficker: «*Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godohispánico y el noruego-islandico*», traducción de José Rovira Armengol (Barcelona, 1928); Hinojosa, op. cit., pág. 18; Valdeavellano, loc. cit., pág. 132; J. A. Rubio, loc. cit., pág. 1.

(150) Ver Martínez Marina: «*Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*». (Madrid, 1838), núm. 244, pág. 200; Lacoste: «*La mejora*», traducción de García Guijarro (Madrid, 1913), pág. 101; Romero Vici- tez: «*La Mejora*». (Madrid, 1936), págs. 50 y ss.

(151) Valdeavellano, loc. cit., págs. 143 y ss.

na (152): «Procedieron (*los fueros*) con tanto vigor en este punto (*en imponer la igualdad entre los hijos*), que aun aquellos bienes que los padres podían dar por fuero a sus hijos al tiempo de sus bodas y casamientos debían contarse por parte de su legítima (153) y tenerse en consideración cuando llegase el tiempo de las particiones.» Así lo declaró claramente el Fuero de Cuenca (154) que sobre el supuesto de donación del padre o madre a sus hijos en sus bodas, dispone que sus hermanos sean igualados en la partición y de no ser esto posible que vuelva lo recibido a la masa partible entre todos los hermanos «ut ita parificari possint»; «por que se puedan egualar», «por amor que sean eguales todos» (155), «así que se puedan emparejar» (156) «por assi que puedan ser egualados» (157). En términos parecidos repiten lo mismo gran número de fueros (158).

(152) Op. cit., núm. 245, pág. 200.

(153) No olvidemos que, en esos fueros, toda la herencia era legítima «salvo el quinto de todos sus bienes que puede dexar por su alma», como decía la ley VI, tit. III del libro V del Fuero Viejo de Castilla. (Ver el propio Martínez Marina, pág. cit., nota 3).

La ley I del título II del mismo libro expresa que «non puede dar más del quinto de lo que ovier por sua alma». (Pueden consultarse estos textos en «Los Códigos españoles concordados y anotados», vol T. Madrid, 1847. págs. 293 y siguientes).

(154) Ley XXII, Cap. X de la forma sistemática latina; ley 20, tit. X en el Códice Valentino; Rubr. 160-225 en el fragmento Conquense—con ligeras variantes entre sí—. Pueden consultarse en la obra de Rafael de Ureña y Smenjaud: «Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf). Edición crítica con introducción, notas y apéndices». (Madrid, 1935), págs. 278-9 y ss. Dice así, según el Códice Valentino: «Quando el padre o la madre fizieren bodas a sus fijos o a sus fijas e les dieren algo, ayalo firme si los otros hermanos de sendos cada uno se pueda entregar; ça quando vinieren al día de la partición, egualmente deven aver lo fueren de su padre e madre finados; e si el día de la partición non ovieren onde se puedan entregar, tornen a partición quanto de su padre e madre rreçibieron mas que los otros, porque se puedan egualar, pero primeramente paguen todas las debdas, así como dicho es».

(155) Forma sistemática, Codice Valentino y Fragmento Conquense, respectivamente.

(156) Fuero de Iznatoraf, ley CXCIX (págs. 279 y 281 de la citada edición de Ureña).

(157) Fuero de Zorita de los Canes, rubrica 206. Puede consultarse en otro trabajo de don Rafael de Ureña: «El Fuero de Zorita de los Canes, según el Códice 217 de la Biblioteca Nacional (siglo XIII al XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romancero de Alcázar». (Madrid, 1911), pág. 126.

(158) Ver Ureña, «Fuero de Zorita de los Canes», cit., Introducción, página XII: «Es un monumento jurídico (habla del Fuero de Cuenca) que encarna, como ningún otro, la última elaboración del Derecho Castellano al finalizar el siglo XII y que únicamente puede ser comparado con esa otra colección romanceada que, con el nombre de *Fuero Real*, representa en los trabajos legislativos del Rey Sabio, lo mismo que el *Forum Conche*, en el sistema foral de Castilla, la realidad del Derecho vivido por el pueblo... Y así se explica esa sorprendente difusión del Forum Conche durante los siglos XII al XVI por el territorio de la Corona de Castilla»...

No faltan algunos que ofrecen soluciones más templadas (159) permitiendo desigualdades limitadas por su cuantía (160), o por la naturaleza de los bienes (161). En algún texto, como la ley VI, título IV, lib. V del Fuero viejo, citado en la nota que antecede, se hallan residuos del consentimiento formal, característico del Derecho germánico, cuando presupone que se excuse de colación lo donado a un hijo, o hija, cuando los otros hijos «que sean de edat» así *l'otorguen* (162).

De la obligación de tomar de menos o llevar a partición lo recibido de los padres, derivó—como explica Martínez Marina (163)—«que los hijos y nietos no podían vender ni enajenar los bienes adquiridos por donación del padre o abuelo, porque se estimaban como porción del haber partible entre todos». Así lo dispuso expresamente el Fuero de Zamora (164): «Fillo que padre o madre ovier, avolo o avola que aya heredar, de quanto le dieren en cassamiento, non aya poder de vender nem de donar nem de enagenar sin so mandado, de toda cosa quele dier padre o madre, o avolo o avola, o soglo o sogla. E quien de los comprar o engayar, perdalo.»

D) En resumen, de lo expuesto podemos deducir las siguientes notas fundamentales del sistema germánico, en materia de imputación y colación que le distinguen del sistema romano.

a) El problema jurídico romano de imputar a la legítima cier-

(159) Ver Romero Vieitez, op. cit., pág. 52.

(160) Así la ley CXXV del Fuero de Burgos (citada y transcrita por Martínez Marina, op. cit., núm. 245, pág. 200, nota 4) que deja un margen de cinco florines para desigualar a los hijos, «ca non pueda dar padre ni madre más a un hijo que a otro más de cinco florines».

(161) Ley VI, tit. IV, lib. V del Fuero Viejo de Castilla (pág. 294 de la citada obra «Los Códigos españoles», vol. cit., pág. 295). El último apartado de esta ley señala la excepción a la regla general, contenida en los primeros apartados («Adugan la eredit a partición e la ropa... e el vaso de plata... aquellos que el padre o la madre dieron a su hijo o a su hija en casamiento o sin casamiento»), con las siguientes palabras: «Mas si en casamiento dieren al fijo, o a la fija oro, o dineros o ayuda de caudal, o quando cantare Misa, lo que el padre, o la madre dier en esta guisa a cualquier de los fijos, develo aver al que lo dieren por fuero, e non es tenuto de lo traer a partición». Esto estando el padre o la madre sanos, e non después que fueren alechigados de enfermedat, nin a la ora de la muerte».

(162) Lo observa Marin Monroy: «La colación: Historia, crítica de los problemas de valoración». (Conferencia pronunciada el 20 febrero 1946, publicada en Anales de la Academia Matritense del Notariado. Vol. IV—Madrid, 1948—, pág. 172): «Muestra también el Fuero la prueba de lo que hemos sostenido sobre el renacer al par de la reconquista de la copropiedad familiar, pues resto de ella revela lo dispuesto sobre quedar excluido de la colación lo dado a un hijo, si se ~~de~~ con consentimiento de los otros hijos, como se ve a ~~sentu~~ contrario de que se obliga a «adocir» cuando los otros hijos «que sean de edat, e nol'otorguen».

(163) Op. cit., núm. 245, pág. 201.

(164) § 9.º. Además de la cita de Martínez Marina, puede consultarse la edición y estudio de Américo Castro y Federico Onís. Fueros Leoneses de Zamora, Salamanca y Alba de Tormes. Madrid, 1916, pág. 17.

tas donaciones (para calcular si el legitimario había quedado íntegramente satisfecho en sus derechos o si aún le restaba exigir su complemento) se invierte en Derecho germánico en cuanto la cuestión fundamental se centra en la imputación al quinto de las liberalidades que el causante quiso excluir del reparto igualitario. Al aparecer la mejora este problema abarcó la imputación a la parte libre y a la mejora. El ángulo visual inverso de ambos sistemas, guarda ecuación con la distinta proporción existente en uno y otro entre herencia y legítima. En Derecho romano la legítima se concretaba en una cuota parte de los bienes o de la herencia. En Derecho germánico era legítima toda la herencia excepto el quinto.

b) En Derecho germánico la colación a la herencia se confundió totalmente con la imputación a la legítima y reducción de las donaciones inoficiosas. Toda masa partible por igual entre los hijos era legítima, pues legítima era toda la herencia, salvo el quinto si se había dispuesto de él como donación o manda.

En Derecho romano, en cambio, la confusión era imposible. Por una parte, cabía que fuesen colacionables donaciones en cuantía superior a las legítimas de los hijos. Consecuencia del hecho de que la masa hereditaria partible, aún excluidos los legados, podía y solía exceder de la legítima. Por otra, cabía que la reducción de las donaciones por lesión en las legítimas tuviera que corregir el resultado de la colación y de la división verificada conforme la institución testamentariamente dispuesta por cuotas desiguales, cuando la porción que a algún hijo correspondiera resultare inferior a la que por legítima tuviera derecho.

También en este sistema era posible que hubiesen donaciones no colacionables (v. gr., por ser simples o por haber dispensado su colación el causante) que, en cambio, se debieran reducir por resultar inoficiosas.

Además, en el Derecho romano, podían ser diferentes la masa integrante de la legítima y la masa partible entre los herederos forzosos (que podía abarcar la totalidad), y la proporción en que una y otra debían dividirse podía ser distinta: la legítima por partes iguales y la masa hereditaria en la proporción dispuesta en el testamento en tanto no se lesionase la legítima de alguno de los herederos forzosos.

c) Esto último hace destacar otra diferencia básica entre la colación de Derecho germánico y la del Derecho romano. La masa formada por el patrimonio dejado por el causante y las donaciones colacionables se dividía exactamente por partes iguales entre los hijos, según el Derecho germánico. E igual o desigualmente, en Derecho romano, según fuesen iguales o desiguales las cuotas hereditarias a que el testador hubiese llamado a cada uno de sus hijos.

d) Finalmente, y esta característica resume casi todas las demás, la colación germánica, jugaba en defensa de las legítimas y de la igualdad absoluta entre los hijos; la colación romano-bizan-

tina actuaba, en cambio, bajo el presupuesto de que el donante había querido que su caudal relicto, engrosado con las donaciones colacionables, se repartiera entre sus descendientes en la misma proporción en que les había instituido herederos, o de no haber testado, en la de sus cuotas ab intestado.