

El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa

MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO
Profesor Titular de Derecho civil

A D. Juan Roca Juan, mi maestro.

SUMARIO: CAPÍTULO PRIMERO. EL FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN. A) Origen: Derecho romano. B) Alta Edad Media. C) Leyes de Toro. D) El proceso codificador y el Proyecto de 1851. E) Elaboración del Código de 1889. F) El fundamento de la colación en el Código civil. a) Refutación de la opinión que fundamenta la colación en la voluntad presunta del causante. b) Refutación de la doctrina que basa la colación en la consideración de la liberalidad como anticipo de herencia. c) Conclusión. CAPÍTULO SEGUNDO. DISPENSA DE COLACIÓN E IMPUTACIÓN. A) Colación e imputación. B) Dispensa de colación cuando el donatario no ha recibido lo que por legítima le corresponde. C) Dispensa de colación cuando todos los legitimarios han recibido su legítima estricta. D) Imputación y colación de las donaciones hechas a los ascendientes. CAPÍTULO TERCERO. EL ACTO DE DISPENSA. I. CARACTERIZACIÓN DEL ACTO DE DISPENSA. A) La dispensa como acto *mortis causa*. B) El acto en que se puede insertar la dispensa. a) La dispensa en testamento. b) La dispensa simultánea a la donación. c) La dispensa en acto posterior a la donación distinto del testamento. C) Relaciones entre la dispensa y la donación dispensada. D) Revocabilidad o irrevocabilidad de la dispensa. a) En general. b) Revocabilidad de la dispensa acordada en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. c) Revocabilidad de la dispensa cuando donación y dispensa se han aceptado indisolublemente. E) Caracterización de la dispensa: conclusión. II. FORMA DE LA DISPENSA: NECESIDAD DE QUE SEA EXPRESA. III. REVOCACIÓN DE LA DISPENSA. a) El acto en que se puede insertar la revocación. b) Relaciones entre dispensa y testamento: su recíproco efecto revocatorio.

CAPITULO PRIMERO

EL FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN

La colación hereditaria tiene fama de ser un tema difícil e intrincado, y con razón. Su configuración no es nada fácil, debido, por una parte, a su íntima relación con otras instituciones sucesorias no menos complejas, como la legítima, la mejora y la partición, especialmente; por otra, a que su caracterización técnica ha variado a lo largo de la historia, de manera que partiendo del Derecho romano ha tenido una evolución diferente en cada uno de los sistemas jurídicos deudores del mismo.

La materia que nos ocupa apenas ha sido tratada por la doctrina española, aparte de manuales y obras generales, y cuando lo ha hecho se ha preocupado sobre todo de los problemas de valoración de los bienes colacionables (1). Y aún menos atención ha merecido el problema de la dispensa de colación, el carácter de este acto, y las dificultades que presenta su imputación.

En las siguientes páginas vamos a tratar de examinar las distintas cuestiones que plantea el acto de la dispensa, y los efectos de la misma.

Por partir de un punto firme, podemos decir, conforme a la doctrina general, que la colación hereditaria es la agregación que deben hacer a la masa partible los legitimarios que concurran como herederos a una sucesión con otros de la misma clase, del valor de las liberalidades que hubieren recibido del causante, en vida de éste, para repartirlo en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias (2).

Ahora bien, ¿por qué impone la ley este deber de traer a paración los bienes recibidos a título gratuito del causante? Aunque parezca mentira, esta cuestión central —el fundamento de la colación— es una de las más discutidas a propósito de esta figura, sin que hasta ahora se haya llegado a soluciones que convengan plenamente a la doctrina y sobre las que haya total acuerdo en la jurisprudencia (3).

(1) La única monografía dedicada en España al tema es de DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965. Merecen también destacarse los trabajos de ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989; y VALLET DE GOYTISOLO, especialmente *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982.

(2) Compárese con CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed. por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 376.

(3) Un compendio de todas las justificaciones que se han dado a la colación se encuentran en esta frase de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989: «la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria».

Como este trabajo está dirigido a estudiar la dispensa de la colación, parece ineludible detenerse en el fundamento global de esta institución sucesoria. Precisamente, muchos autores consideran que, al permitirse la dispensa por el art. 1036 C.c., el origen de esta figura es una presunción legal de la voluntad del causante de que sus liberalidades *inter vivos* se consideren como anticipo de la cuota hereditaria del gratificado. Así, la explicación del fundamento de la colación nos dará también la clave del fundamento de la dispensa.

En nuestra opinión, el error de la mayoría de las posturas sobre el porqué de la colación está en que se la trata de modo completamente particularizado, con independencia de otras instituciones de Derecho sucesorio, en especial, de las legítimas. Tanto esfuerzo ha puesto la doctrina reciente en dejar claro que la colación no es lo mismo que la imputación y la defensa de las legítimas, que parece haber olvidado que aquélla sólo se produce entre los herederos forzosos y que, por tanto, todo tratamiento del tema no ha de olvidar esta circunstancia básica. La regulación y finalidad de este instituto ha estado siempre íntimamente ligada a la consideración que a lo largo de la historia se ha dado a la familia, a su organización; cuestiones a su vez muy relacionadas con la estructura de la propiedad y su transmisión *mortis causa*.

En realidad, parece que la colación es una institución que se ha conservado por distintas razones según las legislaciones y las épocas, y así su mantenimiento ha basculado entre la voluntad presunta del causante, por una parte, y consideraciones legislativas sobre la organización de la familia y la estructura de la propiedad, por otro.

A) ORIGEN: DERECHO ROMANO

Según es doctrina común (4), la colación surgió en el Derecho romano como remedio de equidad para paliar una injusticia manifiesta. A consecuencia de la actuación del Pretor, los hijos emancipados fueron admitidos en la sucesión *ab intestato*, o, si habían sido preteridos en el testamento, *contra tabulas*. Sin embargo, ello creaba una desigualdad evidente entre los hijos que habían permanecido bajo la potestad paterna y los emancipados; estos últimos habían tenido posibilidad de formar un patrimonio propio tras la emancipación, mientras que los primeros no, pues todas sus adquisiciones eran para el padre. Ante esta situación, el Pretor impuso que los emancipados que pretendieran he-

(4) GUARINO, *Collatio bonorum*, Roma, 1937; D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, 4.^a ed., Pamplona, 1981, §§ 258 y 259, pp. 325 y 326, y § 271, p. 334; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, 18.^a ed., Madrid, 1986, § 391, pp. 909 y 910; VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, 1960, pp. 608 y ss.; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, traduc. de Daza Martínez, Madrid, 1986, pp. 789 y ss.

redar a su padre *ab intestato* o *contra tabulas* trajeran a colación y repartieran con los no emancipados todo lo que habían adquirido como consecuencia de su capacidad patrimonial.

Esta solución se aplicó igualmente después para el caso de la hija dotada, que había casado *sine manu* (y por tanto seguía perteneciendo a la familia de origen), o bien era *sui iuris*. La hija debía traer a colación hereditaria la dote recibida al contraer matrimonio.

Así pues, en el Derecho romano clásico la colación surge para solucionar un problema causado por la estructura de la familia y la incapacidad patrimonial de los hijos *in potestate*.

Una vez que, a través de numerosas excepciones, se fue admitiendo la capacidad patrimonial de los *alieni iuris*, la colación, tal como estaba planteada anteriormente, perdió su razón de ser. La situación familiar y patrimonial que la había justificado se extinguió.

Así las cosas, podría haber sucedido que la colación desapareciese. Sin embargo, sobre la base especialmente de la *collatio dotis*, este instituto se fue manteniendo por distintas disposiciones imperiales, hasta que Justiniano le dió la base configuradora de lo que ha llegado a nuestros días como colación. Por un lado, se restringió a las liberalidades llamadas *ob causam*, es decir, a los casos de la dote, la *donatio propter nuptias*, y la *ad emendam militiam* (para obtener un cargo público) (5); por otro lado, se extendió a la sucesión testada (6). No obstante, el causante podía imponer la colación de las donaciones simples (Cod. VI, XX, 20), o dispensar de las colacionables, siempre que esto último lo hiciera «*expresim*» (Nov. XVIII, 6). Se dice entonces que esta figura, de justificarse por la solución de un problema familiar, pasa a hacerlo en la voluntad presunta del causante (7).

(5) Cod. VI, XX, 17, y XX, 20. Ahora bien, y esto es importante de cara al desarrollo posterior del trabajo, si uno de los hijos colacionaba una donación causal, los otros habían de colacionar las donaciones simples que hubieran recibido (Cod. VI, XX, 20).

(6) Nov. XVIII, 6. Justiniano lo justificaba porque el causante, al hacer testamento, podía haber olvidado la donación que hizo en vida: «*quoniam incertus est, ne forsán oblitus datorum aut pro tumultu mortis angustatus huius non est memoratus*». Razón difícilmente aceptable que YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sexquicenturia*, Madrid, 1612, Diff. 150, § I, n. 3, p. 473, consideraba un camelo: «*ubi scriptores adeo muti, perplexique sunt, ut citius camelus (ut est in proverbio) Pyrrichiam didicerit, quam illorum possis percipere sensum*».

(7) GUARINO, *Collatio bonorum*, Roma, 1937, p. 20. En este sentido, señala MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VII, 6.^a ed. por Bonet Ramón, Madrid, 1943, p. 537, que «Estríbaba la razón de la diferencia en que tratándose de dote, de donación “*propter nuptias*”, de donación para evitar una carga, debía suponerse que el ascendiente era inducido por la necesidad de cumplir un deber, y que, por ello, si se hubiese presentado la ocasión, hubiera hecho lo mismo por los otros descendientes: de aquí la necesidad de tener en cuenta aquella donación en las relaciones sucesorias. Tratándose, por el contrario, de donaciones simples, el donante demostraba su intención de querer beneficiar con preferencia al descendiente en favor del cual la hacía».

B) ALTA EDAD MEDIA

En España, durante la Alta Edad Media, al desaparecer el Reino visigodo, el poder público en la zona cristiana era enormemente débil, de manera que en estas circunstancias la familia adquirió un papel esencial (8); por ello, no es de extrañar que, a diferencia del Derecho romano, la propiedad del padre de familia apareciese como una propiedad cuasi comunal (9).

Esta nueva situación influyó evidentemente en el Derecho sucesorio, de manera que la capacidad dispositiva *mortis causa* se limitó enormemente (10); desapareció la facultad de mejorar que había establecido la ley *Dum illicita* de Chindasvinto; y se impuso la división forzosa igualitaria del patrimonio hereditario entre los parientes, especialmente los hijos. Y hasta tal punto se pretendía esta igualdad que algunos Fueros establecieron que el quinto de libre disposición se hubiera de legar forzosamente en favor del alma, o a un extraño, pero en ningún caso a un heredero legitimario en perjuicio de los otros (11).

(8) MONTANOS FERRIN, Emma, *La familia en la alta edad media española*, Pamplona, 1980, pp. 161 y 162; OTERO, «La mejora», *AHDE*, XXXII, 1963, p. 73.

A ello contribuyeron también las necesidades de la Reconquista y la Repoblación, que provocaron en un primer momento la falta de articulación de una sociedad feudal al estilo europeo de la época; *vid.* SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El régimen de la tierra en el reino asturleonés hace mil años*, Buenos Aires, 1978, pp. 199 y ss.; DE MOXÓ, *Repoblación y sociedad en la España cristiana medieval*, Madrid, 1979, pp. 112, 113, 120 y 162 a 167.

(9) En opinión de MONTANOS, *La familia en la alta edad media española*, Pamplona, 1980, pp. 171 y 172, «Los padres con sus hijos tienen una masa patrimonial común de la que son copropietarios. Los padres hacen a sus hijos copropietarios de la masa familiar de bienes; los hijos se encuentran en idéntica situación que la de sus padres; tienen el mismo derecho que sus padres al patrimonio común; es decir, que aparte de la comunidad de vida existe entre ellos una comunidad patrimonial ... Los bienes objeto de la masa común de que son propietarios los padres con sus hijos permanecen entre ellos *pro indiviso* y han de ser comúnmente explotados ... Los hijos tienen sobre los bienes que constituyen el elemento económico sobre el que se levanta la mancomunidad patrimonial con sus padres, unos derechos positivos; no se trata en ningún caso de una mera expectativa de derecho; es un derecho actual sobre los bienes, dado el carácter de copropietarios que unos y otros tienen». En el mismo sentido, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval», en *Estudios medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, pp. 308 y ss. *Vid.* también DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, pp. 53 y ss.

(10) En general, sólo se podía disponer de un quinto, en favor del alma: DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, especialmente pp. 62, 63 y 78; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944, pp. 73 y ss.; GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media», en *Estudios medievales de Derecho privado*, pp. 325 y 334 y ss.

(11) Fuero de Salamanca, XXXI, «Todo ome que su aver mandar en su salute por su alma quanto mandar sea todo estable, e lo que mandar en eglefia o en hospitales o

En armonía con lo anterior, lo que hoy llamamos colación —y que entonces difícilmente se podía calificar como tal— desempeñaba un papel fundamental, al servicio de esa igualdad sucesoria entre los hijos. Los Fueros establecen que, en todo caso, y sin distinción entre las diferentes clases de donaciones, los hijos habían de restituir a la masa hereditaria los bienes que hubiesen recibido del causante en vida de éste, para partírselos con sus hermanos (12).

C) LEYES DE TORO (13)

Sin embargo, en contra del régimen anterior, los Fueros más tardíos empiezan a recoger de nuevo la olvidada institución de la mejora, y se observa en la práctica cotidiana la costumbre de emplear en favor de uno de los hijos la expresión «mejora de tercio y quinto» (14).

Esto tiene también su explicación política y económica. Las relaciones feudales —desarrolladas especialmente a partir del s. XI— habían sufrido una profunda crisis al comienzo de la Baja Edad Media, con la aparición de las ciudades, una incipiente burguesía comercial, y también por la mayor productividad de los cultivos, que beneficiaba más a los colonos que a los señores. Por tanto, la nobleza comenzó a tener dificultades, atacada tanto por la Corona, como por el desarrollo de la economía (15).

hu quisiere non lo mande a fijo nin a pariente por los otros desheredar»; Fuero de Cuenca, X, 27: «quod neque pater, neque mater aliquid possint dare alicij filiorum suorum, neque sani, neque infirmi; set omnes equaliter accipiant, tam in mobili, quam in radice»; Fuero de Alcalá, 268.

(12) Por ejemplo, el Fuero de Plasencia, 477, decía: «Quando los parientes a los fijos, et a las fijas boda fizieren quanto queles dieren establecido sea. Si los otros hermanos de otro entregamiento pudieren auer que quando ala partición unieren igualmente deue auer aquel que de sus parientes muertos fuere. Si en el día dela partición los otros hermanos que non tomaron, non ouier de que se puedan entregar, adugan ala partición quanto auer de sus parientes ouiere tomado, o ouieran que igualmente se puedan pareiar». También, Fuero de Cuenca, X, 22.

Tan estricto era el deseo de igualdad que algunos Fueros incluso recalcan que no había diferencia alguna aunque uno de los hijos estuviere enfermo: Fuero de Plasencia, 478, Fuero de Cuenca, X, 27.

(13) No hacemos aquí referencia a las Partidas, pues en esta materia fueron de nula aplicación. Por otra parte, recogían en lo fundamental los preceptos del Derecho romano; *vid.* Part. 6, tít. XV, 11. 3 y ss.

(14) Fuero Real, lib. III, tit. V, 1. IX; Fuero de Soria, 316; Fuero de Cuenca, a partir del Privilegio de Sancho IV de 1285.

OTERO, «La mejora», *AHDE*, t. XXXIII, 1963, pp. 77 y ss., y 107 y 108; ROMERO VIEITEZ, *La mejora*, Madrid, 1936, pp. 69 y ss.

(15) Sobre la materia es fundamental la obra de CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, 2.^a ed., Madrid, 1989. Acerca del contexto económico, social y político en el que surgió el mayorazgo, *vid.* especialmente pp. 109 a 117. Desde un punto de vista más general, puede verse también VALDEON, *Historia de España*, dirigida por Tuñón de Lara, t. IV, 3.^a ed., Barcelona, 1987, pp. 125 a 136. De cualquier modo, el origen y las causas del mayorazgo sigue siendo cuestión muy discutida, sobre la que no pretendemos, desde luego, sentar cátedra.

Ante ello, hubo de reaccionar y acomodarse a los nuevos tiempos. Una de las nuevas fórmulas que surgieron para ello fue la aparición de los mayorazgos, especialmente desde la segunda mitad del siglo XIV. El mayorazgo suponía la sujeción de una determinada masa patrimonial, que pasaba normalmente al primogénito de cada familia, y cuyos bienes no podían ser ni enajenados, ni embargados, ni comprometidos de ninguna forma. De esta manera, la nobleza se aseguraba su supervivencia con la indivisibilidad de su patrimonio y la imposibilidad de su gravamen.

Hito fundamental en la evolución de los mayorazgos, y de nuestro Derecho sucesorio en general, fueron las Leyes de Toro de 1505. En contra de lo que se ha dicho, no supusieron éstas una reforma radical del sistema anterior, sino más bien la confirmación de la reacción de la nobleza frente al peligro de pérdida de su situación privilegiada (16).

Las leyes XL y siguientes regularon la institución del mayorazgo, estableciendo la posibilidad de fundación del mismo por licencia real, o bien reconociendo su existencia por costumbre inmemorial (ley XLI). Y era tal el deseo de favorecer el mayorazgo que la ley XLVI dispuso que toda mejora o reparación hecha en los bienes vinculados quedara incorporada al mayorazgo, sin que la mujer tuviese derecho a su parte correspondiente en los gananciales gastados con esa finalidad.

Además, la doctrina admitió que el fundador del mayorazgo pudiese, mediando autorización real, privar de la legítima a los hermanos del primogénito, con tal que les dejase alimentos suficientes (17); y, en el mismo sentido, se hicieron frecuentes los pactos de renuncia a la legítima para permitir la constitución de mayorazgos en favor del primogénito (18).

(16) CLAVERO, *cit.*, p. 123; BERMEJO CABRERO, «Sobre nobleza, señoríos y mayorazgos», *AHDE*, LV, 1985, pp. 289-294.

(17) MOLINA, *De primogeniorum hispanorum origine, ac natura, libri quatuor*, Lyon, 1749, lib. 11, cap. 1, ns. 10 y ss., pp. 228 y 229; GÓMEZ, Antonio, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, ley 40, n. 57, fol. 128; PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1785, I, III, 2, p. 74; Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX*, t. I, Madrid, 1829, glosa 10 a ley 2, tít. XV, Part. 2, pg. 517. Incluso algún autor, como VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De Successionum Creatione, Progressu, Executione et Resolutione Tractatus*, Salamanca, 1559, II, § XX, 310, fol. 236, llega a admitir que se constituya mayorazgo sin necesidad de reservar alimentos a los demás hijos.

(18) Así, GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, ley XXII, 6 y ss., fols. 79 y ss., señala que la nulidad del pacto de non sucedendo «procedi et debet intelligi, quando non intervenit iuramentum: secus tamen est si interveniat iuramentum: quia tunc bene valet»; igualmente, MOLINA, *De primogeniorum hispanorum origine, ac natura, libri quatuor*, Ludguni, 1749, lib. 11, cap. III, n. 5, p. 243. Trata exhaustivamente el tema, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De Successionum Creatione, Progressu, Executione et Resolutione Tractatus*, Salamanca, 1559, II, § XVIII, 53 a 299, fols. 114 a 147. Desde un punto de vista histórico, MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, especialmente pp. 276 y ss.

Junto al mayorazgo, las leyes de Toro determinaron el régimen de las legítimas, y especialmente de las mejoras de tercio y quinto. Ambas cuestiones tienen estrecha relación. Aparece ahora la llamada mejora del tercio y quinto como una posibilidad puesta al servicio de la constitución de los mayorazgos. Tanta relevancia tuvo el tercio y quinto de mejora en cuanto a la institución del mayorazgo, que incluso alguna obra posterior tenía por objeto el estudio conjunto del mayorazgo y la mejora (19).

Decía la ley XXVII que «quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento, ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitucion, como fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vinculos, submisiones, y substitutiones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legitimos que hayan derecho de les poder heredar ... Los quales dichos vinculos y submisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto: mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el Testador declarare, sin hacer diferencia de quarta ni quinta generacion». La doctrina de la época interpretó en general esta disposición en el sentido de que no hacía falta licencia real para fundar mayorazgo sobre el tercio y quinto (20), e incluso algunos autores consideraron que la mejora hereditaria con sustitución se presumía mayorazgo (21).

Por otra parte, estaba claro que en las sucesivas transmisiones *mortis causa* de la titularidad del mayorazgo, los hermanos del sucesor e hijos del causante sólo tenían derecho a heredar su legítima sobre los bienes que no estuviesen vinculados. Teniendo en cuenta, además, que mediante mejora de tercio y quinto podía el titular del mayorazgo incluir nuevos bienes en el mismo, en detrimento de los demás hijos.

Por tanto, es evidente que en esta época las legítimas, al menos entre la nobleza, tenían escasa aplicación, y los derechos de los legitimarios

(19) PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1785 (la primera edición es de 1575).

(20) MOLINA, *cit.*, I, 1, 25, pl 5, y AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutionis, Quintum librum Novae Recopilationis complectens*, Salamanca, 1591, tít. 6, 11, 32, fol. 173, llegan a llamar ignorantes («imperitos») a quienes opinaban lo contrario; PELÁEZ DE MIERES, *cit.*, Praefatio, 70, p. 9; ANGULO, *Commentaria ad leges Regias meliorationum*, tít. 6, libr. 5, Madrid, 1592, 11, 2, 6, p. 581; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *cit.*, III, § XXXVI, 95 a 97, fols. 138 y 139.

Esta es la opinión que prevaleció en la doctrina y en la práctica, a pesar de las reticencias de algunos de los primeros comentaristas, como PALACIOS RUBIOS o Antonio GÓMEZ. *Vid.* CLAVERO, *cit.*, pp. 134 a 136.

(21) PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1785, Praefatio, 54, p. 7; Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX*, t. 1, Madrid, 1829, glosa I a Part. 2, tít. XV, ley II, p. 512.

se redujeron enormemente. En este sentido, decía Vázquez de Menchaca que «legitima de iure tantum positivo, non etiam naturali debetur ... quod legitima in totum possit tolli per statutum» (22).

En cuanto a la colación, establecía la ley XXIX que «Quando algun hijo ó hija viene a heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inofficiosas ...». La doctrina interpretó que las únicas donaciones que habían que traerse a colación eran precisamente la dote y la donación *propter nuptias*, y cualquier otra que fuera *ob causam*. Las demás, llamadas simples, no se entendían sujetas a colación (23). Ello resultaba, no sólo de la ley XXIX, sino también de la XXVI, según la que toda donación hecha a hijos o descendientes se reputaba mejora, aunque el donante no hubiese señalado que mejoraba (24).

¿Por qué habían de colacionarse sólo la dote y las donaciones por razón de matrimonio, y las demás, en cambio, se reputaban mejora? (25). La doctrina solía señalar que la razón era que aquellas liberalidades tenían cierto matiz de onerosidad, en cuanto el causante estaba en cierto modo impelido a realizarlas, lo cual no sucedía con las donaciones

(22) *Cit.*, II, § 320, fol. 238.

(23) GUTIÉRREZ, *Practicarum quaestionum civilium*, II, quaest. LXIV, 3, en *Opera omnia*, t. I, Lyon, 1730, p. 246, glosando la ley 29, dice «Y las otras donaciones, debet exponi et intelligi, scilicet similes, ob causam, et quae in legitimam imputetur, non vero de simplicibus donationibus, quae ipsae non conferuntur, neque in legitimam imputantur». También GÓMEZ, *cit.*, ley XXIX, nn. 13 y 29, fols. 99 y 104; AYERVE DE AYORA, *Tractatus partitionum bonorum communium*, Granada, 1586, II, III, 6, fol. 77; AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutionis, Quintum librum Novae Recopilationis complectens*, Salamanca, 1591, tít. 6, 10, 26 y ss., fols. 166 y ss.; YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, Madrid, 1612, Diff. 150, 1 y 2, p. 471.

(24) Ley XXVI: «Si el padre ó la madre en testamento ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoren en el tercio ó en el quinto, entiendese que le mejorarán en el tercio y quinto de sus bienes ...».

(25) Desde luego, no cabe explicarlo sólo por un prurito romanista, ya que no se recogen algunos matices importantes del Derecho justinianeo; especialmente, según éste, si uno de los hijos colacionaba las donaciones *ob causam*, los demás tenían que colacionar las simples; cosa que no sucede ahora. Igualmente, según la ley XVII, las donaciones simples hechas a los hijos en potestad también se reputaban mejora («ora esté en poder de padre que hizo la dicha mejoria ó no»). En este sentido señalaba YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, Madrid, 1612, Diff. 150, § I, n. 4, 473, que «hodie omissis iis vetustatis ambagibus, simpliciter, seu indistincte tenendum est, donationem simplicem conferendam non esse, neq; a filio familias, neq; ab emancipato».

simples (26). Sin embargo, parece que la razón era otra, más profunda. La dote desviaba los bienes del constituyente hacia la familia del que contraía matrimonio con la hija, y como la intención de la ley era precisamente mantener el esplendor de la nobleza y la conservación de las familias, era lógico que la dote se considerara como pago de la legítima estricta (27).

Esto es tan claro que, posteriormente, en 1534, se dictó una Pragmática (Nueva Recop., libro V, tít. II, ley 1) por la que se ordenó que «ninguno pueda dar, ni prometer por vía de dote, ni casamiento de hija, tercio, ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tacita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos»; limitándose, además, la cuantía de la dote según el patrimonio del dante (28).

Esta disposición, sin embargo, contradecía la ley 22 de Toro que permitía mejorar en el tercio y quinto a los hijos o descendientes «por vía de casamiento». La aparente contradicción la resolvió con facilidad la doctrina, señalando «*Quamquam autem in filia, hoc correctum sit per hanc legem (ne scilicet meliorari possit matrimonii ratione) tamen in filio masculino, ille legem servanda sunt*» (29).

(26) Argumentaba GÓMEZ, *cit.*, ley XXIX, 12, fols. 98 y 99, diciendo «*Quia non videtur ex mera liberalitate, sed motus vel compulsus ex illa causa, et per consequens videtur facta animo compensandi: alia vero est donatio pura, mera et simple, sine fomento alicuius causae: et illa non confertur, quia procedit ex mera et absoluta liberalitate, et non pendet ab aliqua alia causa, et per consequens non videtur facta animo compensandi*». En el mismo sentido, ANGULO, *Commentaria ad leges Regias meliorationum*, tit. 6, libr. 5, Madrid, 1592. I, 10, gl. 3, 5, pp. 554 y 555; YÁÑEZ PARLADORIO, *cit.*, Diff. 150, 3 a 5, p. 471; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *cit.*, III, § XXX, 268 y 269, fol. 242.

(27) Además, eran frecuentes los pactos por los que la hija, «dote contenta», renunciaba a sus derechos en la herencia de los padres: lo cual, sin embargo, era contrario al Derecho Civil. Así, acepta la validez de tales pactos, mediando juramento, GÓMEZ, *cit.*, ley XXII, 6, fol. 79, que cita en apoyo de su opinión el capítulo *Quamvis pactum*, del libro VI de las Decretales: «*quan uis pactum (de renuncia) patri factum a filia dum nuptui tra debatur, ut dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet improbat lex civilis si tamen iuramento, non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debet, cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum*»; MOLINA, *cit.*, II, III, 28, p. 246; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *cit.*, II, § XVII, 40, fol. 78, y § XVIII, 53, fol. 114. En la misma línea, señalaba GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, art. 658, pp. 105 y 106, que algunos autores consideraban que tampoco se podía, con ocasión del matrimonio de la hija, hacer promesa de no mejorar a los otros hijos. *Id.*, ampliamente, MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 276 y ss. Todavía se hace eco de estos pactos el art. 377.2.^o del Código de Sucesiones de Cataluña.

(28) Se justifica la norma por «la desorden, y daños, que somos informados que se han recrecido, y recrecen de las dotes excesivas que se prometen».

(29) BAEZA, *De non meliorandis dotis ratione filiabus*, 1, 27, en *Opera Omnia*, Madrid, 1592, fol. 7.

La colación, después de las Leyes de Toro, quedó muy desdibujada (30). Por una parte, al producir la colación siempre un efecto de igualdad entre legitimarios, el desinterés que el legislador manifestó por esa igualdad (31) produjo que la colación se limitara a determinados supuestos muy concretos; de ahí que la doctrina considerara que para que la donación simple fuera colacionable, esto se debía señalar por el causante *expresim* (32) (o sea, justo lo contrario de lo que ahora dispone el Código civil). Por otra, las liberalidades declaradas colacionables por la ley (en especial la dote) nunca podían sobrepasar la legítima estricta de la dotada, por lo que se explica que la colación acabara confundiéndose con la imputación a la legítima.

Igualmente, la dispensa de colación era un tema que prácticamente no tenía interés. En primer lugar, porque la distinción entre el quinto de libre disposición y el tercio de mejora casi no existía en cuanto a las liberalidades hechas a los hijos; ambas cuotas se consideraban mejora en sentido amplio. En segundo lugar, toda donación a los hijos se reputaba mejora, salvo que se tratase de donaciones *ob causam*, en cuyo caso había que colacionarlas. Y si el causante no quería su colación, se consideraba mejora, primero del tercio y después del quinto (33), con lo que la alternativa no era colación o dispensa, sino colación o mejora.

No obstante, los primeros comentaristas de las Leyes de Toro siguieron distinguiendo, al menos formalmente, la colación de la computación e imputación, influidos lógicamente por su formación en el *ius commune*. Sin embargo, no es de extrañar que fruto de la escasa relevancia de la colación en las leyes, y su defectuosa distinción de la imputación, los autores posteriores acabaran por confundir ambas figuras —colación e imputación—, confusión que se mantuvo hasta el umbral mismo de nuestro Código civil (34).

(30) En este sentido, señala muy acertadamente NÚÑEZ LAGOS, «La colación hereditaria: historia y crítica de los problemas de valoración (Una conferencia de Marín Monroy)», *RGLJ*, t. 180, 1946, p. 724, que «Las mejoras hereditarias tácitas de las Leyes de Toro desplazan la teoría de la colación».

(31) Como decía YÁÑEZ PARLADORIO, *op. et loc. ult. cit.*, «*nihil interesse, an inter fratres exurgat inaequalitas, an non exurgat: extat huius rei ratio: nam cum lex 26 Tau. definiat, donationem simplicem, intellectum ibi, factam fuisse meliorationis titulo*».

(32) GÓMEZ, *cit.*, ley XXIX, 29, fol. 103; YÁÑEZ PARLADORIO, *cit.*, Diff. 150, § 2, p. 475.

(33) La doctrina defendía la imputación de la mejora primero en el tercio y luego en el quinto aduciendo que de lo contrario el causante se privaba de poder hacer legados en favor del alma o de un extraño. ANGULO, *cit.*, 1, 10, gl. 3, 9, pp. 557 y 558; AZEVEDO, *cit.*, tít. 6, 10, 23, fol. 165; GÓMEZ, *cit.*, ley XVII, 2, fol. 68, y XXIX, 30, fol. 104, rechazando la opinión contraria de Palacios Rubios.

(34) Amplia referencia a esta confusión desde la segunda mitad del XVIII, en VALLET, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, pp. 243 y ss.

En definitiva, la colación en las leyes de Toro desempeñó un papel muy limitado, pudiendo señalarse que su fundamento era, en los casos en que se establecía, el deseo del legislador de favorecer la vinculación de bienes en favor de los varones primogénitos, y la débil posición de la hija en la sucesión de los padres.

D) EL PROCESO CODIFICADOR Y EL PROYECTO DE 1851

A finales del siglo XVIII, comenzó definitivamente la decadencia de la nobleza, y el ascenso de la burguesía por contraposición a aquella. Fruto de ello fue la Revolución Francesa de 1789, que supuso la desaparición de todo tipo de privilegios por razón de nobleza, así como la extinción de los derechos de primogenitura, y, en definitiva, los residuos del Antiguo Régimen.

En materia de Derecho de sucesiones, la legislación revolucionaria se propuso descomponer el sistema feudal y promover un orden social nuevo fundado sobre la idea de un individualismo igualitario. Con este fin, se transformó radicalmente el sistema hereditario anterior, de forma que se limitó en gran medida la sucesión testamentaria pues el libre juego de la voluntad podría poner en peligro la implantación del orden social nuevo (35). Consecuentemente, se impuso un feroz igualitarismo entre los herederos legitimarios, reduciéndose la cuota de libre disposición a 1/10 del caudal, que además había de señalarse a extraños; «era necesario evitar que se mantuviera la tradición de constituir una primogenitura (*ainè*) y, más generalmente, que se suprimiera la magistratura familiar del padre de familia» (36). Lógicamente, en este ambiente la colación tenía una importancia básica: todo lo recibido por donación *inter vivos* por cualquier legitimario debía ser restituido a la masa para repartirlo con los hermanos.

Posteriormente, el *Code* de Napoleón atenuó en ésta, como en otras materias, los excesos de la época revolucionaria. Sin embargo, desaparecieron definitivamente las vinculaciones, y se reguló una cuota de reserva hereditaria para los legitimarios, de la cual no podía disponer ni siquiera por testamento el causante, y que había de repartirse con absoluta igualdad entre los herederos determinados por la ley. Igualmente, se estableció que se habían de colacionar las donaciones hechas por el

Todavía la Base 24 de la Ley de 11 de abril de 1888 establecía que «Las donaciones de padres a hijos se colacionarán en los cálculos de las legítimas ...».

(35) TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, § 14, pp. 14 a 16; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traduc. esp., t. VII, 2.^a ed., Madrid, 1949, pp. 493 y 494. Puede verse, mucho más ampliamente, BONNAL, *La liberté de tester et la divisibilité de la propriété*, París, 1866.

(36) TERRÉ-LEQUETTE, *cit.*, p. 16.

causante a sus hijos, a menos que éste dispusiera expresamente en contra. Hasta tal punto llegó el afán igualitario que el art. 843 del *Code civil* estableció la obligación de «colacionar» los legados hechos a los herederos.

También en España, a partir del siglo XVIII, la organización económica del Antiguo Régimen entró en crisis y, con ella, la institución del mayorazgo. Durante este siglo se publicaron diversos trabajos que propugnaban una modificación de su régimen, pues se consideraba la vinculación y consiguiente falta de circulación de los bienes como causa del deficiente desarrollo de nuestra agricultura; el hecho de que los fundos no se pudieran transmitir, la prohibición de darlos en enfiteusis, y la circunstancia de que las mejoras realizadas en los mismos quedarán incorporadas al mayorazgo provocaba que los titulares de los bienes no se preocuparan por incrementar los frutos de la explotación agrícola. De estos trabajos, el que tuvo más difusión fue el famoso *Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de la Ley Agraria*, realizado por Jovellanos, y publicado en 1793. En él se señala que las Leyes de Toro «Autorizando los vínculos por vía de mejora en perjuicio de los herederos forzosos, convidaron a los célibes a amortizar toda su fortuna. Admitiendo la prueba inmemorial contra la presunción más fuerte del derecho, que supone libre, comunicable y transmisible toda propiedad, convirtieron en vinculada la propiedad libre y permanente de las familias. Y por último, extendiendo el derecho de representación de los descendientes a los transversales, y de la cuarta generación al infinito, abrieron esta sima insondable, donde la propiedad territorial va cayendo, y sepultándose de día en día». Sus consecuencias son «no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón, sino también a los principios del pacto social y a las máximas generales de la legislación y la política» (37).

La crisis del mayorazgo culmina en el trienio liberal de 1820-1823, y en virtud de una Ley de 11 de octubre de 1820 «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres» (art. 1) (38).

(37) La edición que hemos utilizado es la de 1820, Madrid. Las citas son de la p. 106, nota 1; y p. 104.

(38) Complementariamente, el art. 14 dispuso que «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenación».

Esta Ley fue derogada por la reacción absolutista mediante una Real Cédula de 11 de marzo de 1824. Posteriormente, el Real Decreto de 30 de agosto de 1836 restablece la Ley desvinculadora de 1820; la cuestión se cierra definitivamente con una Ley de 19 de agosto de 1841.

Cuando se restauró el sistema parlamentario en 1833, la burguesía liberal hizo de la desvinculación y del reparto de la propiedad mediante la herencia cuestión fundamental, pues se consideraba que ello era necesario para descomponer la nobleza y acabar con el sistema político y social anteriormente establecido. En este sentido, afirmaba un político y jurista tan influyente, y a la vez tan ecléctico, como Joaquín Francisco Pacheco: «Acabad con los mayorazgos, dividid los bienes, y á la primera jeneracion la mitad de nuestros grandes son como unos meros propietarios de provincia; á la tercera, serán muy pocos los que puedan hacerse llevar en un mal coche» (39).

Estas concepciones políticas habían de manifestarse necesariamente en la elaboración del Código civil que desde 1812 se ansiaba redactar. Se ha dicho acertadamente que el retraso en la promulgación de nuestro Código civil respecto de otros países no se encuentra solamente en la llamada «cuestión foral», sino también en la necesidad de que concluyera definitivamente la desamortización de los bienes de las *manos muertas*, la abolición de los señoríos y la desvinculación de los mayorazgos; en definitiva, que se sentaran las bases de la nueva propiedad burguesa de la tierra (40).

(39) Y añadía: «si la aristocracia es imposible, si la Constitución no la reconoce, si sería vano é inútil quererla reformar en este sentido, si pasó su época, y murió por ahora para no volver, ¿cuál puede ser la causa, cuál la utilidad política de los mayorazgos? ... En un siglo de igualdad ¿sobre qué ha fundarse una desigualdad que nada exige, que nada recomienda? La opinión pública no consentirá esa desviación de lo que exigen las necesidades sociales». «Aquel delirio de igualdad que invadió la sociedad francesa en los últimos años del pasado siglo, delirio era, y como tal había de disiparse brevemente. Esa igualdad absoluta, como se entendía entonces, es un imposible, y los imposibles no viven, no duran. Pero bajo ese delirio o esa exageración está la idea de igualdad racional, del derecho común, de la conclusión de la antigua aristocracia; y esta idea es posible y realizable, y se está realizando, y se realizará todavía mucho más. Habrá sin duda desigualdades sociales en lo sucesivo; pero no habrá aristocracia, cosas que son muy distintas». *Vid.* «Cuestión política de los mayorazgos», *Boletín de jurisprudencia y Legislación*, 1840; recogido en *Estudios de Legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1843, pp. 131 y ss., y en *Comentario a las leyes de desvinculación*, 4.^a ed., Madrid, 1849, Apéndice A, pp. 184 y ss.

(40) MALUQUER DE MOTES, Carlos J., «La Codificación civil en España (Síntesis de un proceso)», *RDP*, LXV, 1981, pp. 1083 y ss. *Vid.* también BARÓ PAZOS, *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, pp. 19 a 23, y 141 y ss.

Hay que tener en cuenta que, según indica GARCÍA SANZ, *Historia agraria de la España contemporánea. I. Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)*. Barcelona, 1985. p. 21, «La superficie de tierra inmovilizada por la amortización se puede estimar en un cálculo prudencial en, al menos, la mitad de todo el territorio español».

A las causas de tipo económico-jurídico señaladas en el texto, habría que añadir, como razones del atraso codificador, el enfrentamiento del poder civil con el eclesiástico y la gran inestabilidad política y social que se vivió hasta la Restauración.

En este contexto, por tanto, el Derecho hereditario se convirtió en mecanismo fundamental para el logro de la división y desvinculación de la propiedad de la tierra. Centrándonos en el Proyecto de 1851, éste fijó la legítima en una amplia porción del caudal, 4/5, si había más de un hijo (art. 642). García Goyena, al justificar el sistema de legítimas frente al de libertad de testar, no sólo invoca los deberes de la paternidad, sino que señala: «Además hay una razón política y de circunstancias especiales, para temer los abusos de la absoluta libertad, así en Castilla como en las provincias de Fueros. Los mayorazgos han sido abolidos recientemente, y la vanidad frustrada por este lado, buscaría medios de satisfacción en la absoluta libertad, sacrificando los afectos de la sangre y las exigencias del orden o derecho público» (41). Aquí está la clave del sistema. Se muestra así la lucha soterrada que enfrentaba el sistema de legítimas con el de libertad de testar; no era sólo el mantenimiento de un Derecho tradicional frente a otros —el castellano o los forales—, sino también el deseo de acabar con la excesiva acumulación de la propiedad como consecuencia de la sucesión hereditaria, mecanismo jurídico que hasta entonces había permitido la perpetuación de la nobleza.

Además, la necesidad de desvinculación era sentida especialmente en las zonas de Derecho castellano, frente a una mayor división de la propiedad y una mayor productividad agraria en general de las regiones forales (42); el deseo de dividir el latifundio castellano y andaluz

(41) Apéndice número 7, llamado «Legítima ó reserva á favor de los descendientes legítimos», al final del t. II de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, p. 332.

Muestra de este estado del pensamiento liberal y burgués de la época es que en el Congreso de Jurisconsultos de 1863, se manifestó que «El sistema de legítimas se ha dicho que mata y desnaturaliza la familia; pero lo que se pretende conseguir con su abolición es el restablecimiento del vínculo, del mayorazgo que aísla al individuo y desmoraliza las costumbres» (Sr. Aragón); que si se suprimían las legítimas, «volverán los mayorazgos» (Sr. Martos). Vid. PARRAY LUJÁN, «Congreso de Jurisconsultos», *RGLJ*, t. XXIII, 1863, pp. 283 a 289.

Estos temores de la burguesía liberal no eran del todo infundados, pues todavía el art. 18 de la ley Constitucional de Reforma de 17 de julio de 1857 disponía que «a fin de perpetuar la dignidad de Senador en sus familias, los grandes de España podrán constituir vinculaciones sobre sus bienes en la forma y en la cantidad que se determinará por una ley especial». Dicha ley no se promulgó, y la reforma constitucional de 1857 fue derogada por una ley de 1864, que restableció el texto de la Constitución de 1845. Vid. sobre esta cuestión, CLAVERO, *cit.*, p. 392; y LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4. vol. I, s.f., p. 319. Aun D. Benito GUTIÉRREZ, en 1885 (*El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, t. 1, ed. preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Angeles Vallejo Ubeda, 1989, p. 328), no se mostraba muy seguro de que no se reprodujera la cuestión de los mayorazgos: «leyes que a lo menos por el momento, si no de una manera definitiva, han puesto fin a este litigio». Igualmente, el senador Fuente Alcázar (p. 356).

(42) Indica GARCÍA-BADELL, *Introducción a la historia de la agricultura española*. Madrid, 1963, p. 116, a propósito de la situación de la época que «Se señalan por los autores tres tipos de regímenes agrarios: En el Norte predomina la pequeña propiedad. En el Centro el sistema de arrendamientos y en el Sur la gran propiedad. En Cataluña y Levante, la pequeña y mediana propiedad».

se enfrentaba a la necesidad de conservar en otras regiones la pequeña propiedad agraria, cuya división por el sistema legitimario habría provocado la ruina y desaparición de la misma (43).

La doctrina más reciente ha puesto de manifiesto cómo el rechazo catalán al Proyecto de 1851 se debió en un primer momento, más que a consideraciones de tipo nacionalista, al perjuicio que causaba a los intereses de los propietarios agrícolas la regulación de la enfiteusis, la *rabassa morta* y las legítimas (44). El art. 642 del Proyecto —regulador de las legítimas— suscitó una fuerte oposición entre los propietarios rurales catalanes, que elaboraron diversas *Exposiciones* elevadas a la Comisión de Códigos poniendo de manifiesto cómo una legítima amplia provocaría la ruina económica del campo debido a la división forzosa de las tierras, no siendo ya posible en Cataluña aumentar la extensión de la superficie cultivada (45).

Desde luego fue Cataluña la región foral que más firmemente se opuso al Proyecto de 1851. Pero no faltó también oposición en las restantes, y en todas las obras de Derecho foral de la época afloran los

De todas formas, en las líneas que siguen en el texto no tratamos ni mucho menos de establecer conclusiones definitivas, sino una idea meramente aproximativa; la historiografía económica no dispone todavía de datos concluyentes sobre el estado de división de la propiedad agraria en la primera mitad del s. XIX. *Vid.* sobre este problema GARCÍA SANZ, *Historia agraria de la España contemporánea, I. Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)*, Barcelona, 1985, p. 8; TORTELLA CASARES, «La economía española, 1830-1900», en *Historia de España*, dirigida por Tuñón de Lara, t. VIII, Barcelona, 1981, p. 35.

(43) A este respecto, señala PESET REIG, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982, p. 146, que «Cuando se propone el proyecto de 1851 surge la oposición foral que, si tiene elementos y argumentos de tipo nacionalista, no cabe duda de que, en buena proporción, plantea cuestiones sobre la propiedad. La cuestión foral, que con frecuencia ha sido analizada por los juristas actuales como un enfrentamiento entre unidad o diversidad en el ordenamiento civil últimamente ha dejado paso a consideraciones más profundas —Scholz, Salvador Coderch— que examinan el fondo de aquellas cuestiones ... No, no existe un acuerdo sobre las soluciones, porque éstas, si se establecen de forma genérica, pueden producir distintos efectos en las diversas regiones, con una estructura de propiedad diferenciada por el cuño de los tiempos pretéritos ... Un Código unitario representaba consecuencias distintas para la propiedad en Valencia o en Castilla, en Galicia o en Cataluña .../ No creo exagerar al atribuir buena parte de la oposición foral a cuestiones de propiedad, que se encontraban solucionadas desde diferentes ángulos en las legislaciones forales: por ejemplo, la herencia castellana, frente a algunas forales que permitían mantener unido el patrimonio familiar o la solución de viejas cuestiones enfiteúticas, especialmente en Galicia o en Cataluña».

(44) Resumimos aquí el completísimo trabajo de SALVADOR CODERCH, «El Proyecto de Código de Derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán», *RJC*, LXXIX, 1980, pp. 49 a 98 y 313 a 372.

(45) De todas formas, el rechazo no parece que fuera solamente por las causas señaladas. También respondía a que la división legitimaria atentaba contra todo un sistema familiar y social centrado en torno a la masía. Puede verse sobre esto un interesante estudio de antropología social: BARRERA GONZÁLEZ, *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*, Madrid, 1990.

problemas agrarios y familiares que subyacían al reconocimiento en ellas de una libertad de testar más o menos amplia. En Aragón se organizó en 1880 un Congreso de Jurisconsultos para tratar el tema de la codificación, y en él se pusieron de manifiesto las perturbaciones que el sistema legitimario del Proyecto de Código civil causaría en la propiedad agraria. Advertía Franco en su *Memoria* a la Comisión de Códigos que «Hallándose ya dividida la propiedad en una grandísima parte del alto Aragón hasta el último extremo á que racional y prudentemente puede llegarse, y no bastando apenas, tanto por esta causa como por la pobreza del país, lo que cada familia posee para poder vivir con extrema economía y aun estrechez, desde el momento en que estos pequeños patrimonios se dividan en dos ó más porciones, como que ninguna de ellas bastaría para sostenerse cada uno de los partíciparios, todos tendrían que descender á la clase de simples jornaleros, y se verían por último precisados á alejarse de su pueblo por no encontrar en él los medios indispensables para mantenerse» (46).

En cuanto al caso navarro, el propio García Goyena señala que «convendría tener á la vista cualesquiera contratos matrimoniales de los que allí se otorgan: ellos son un verdadero pacto de alianza entre dos familias: se preveen (*sic*) todos los casos, se consultan todos los intereses de donadores, donatarios y de los hermanos de estos: ningún casado muere allí intestado, pues se pacta que disponga de sus bienes el cónyuge sobreviviente, y á falta de ambos, dos parientes los mas cercanos de parte de padre y madre. Asi se estrechan los vínculos entre dos familias, se fortifica el espíritu entre los individuos de cada una, se transmiten las casas con sus mismos bienes á pesar de su pequeñez» (47);

(46) FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Zaragoza, 1886, pp. 141 y 142. Al mismo problema se refería también este autor en una *Comunicación al Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza con motivo de haber sido nombrado Miembro correspondiente de la Comisión general de codificación en virtud del Real Decreto de 16 de febrero de 1880*, Zaragoza, 1880. Igualmente, puede verse Joaquín COSTA, *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, pp. 525 a 528; y los diversos artículos que publicó en la *RGLJ*, sobre «El Derecho consuetudinario del Alto Aragón», en especial, t. 54, pp. 520 y ss. y t. 55, pp. 65 y ss. (año 1879).

(47) Apéndice citado, pp. 328 y 329. *Vid.*, igualmente, ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884, pp. 48 y 49.

Confirma estos datos de un modo concluyente en un estudio referente a la situación a principios de este siglo. Pilar ERDOZAIN AZPILKUETA, *Relaciones entre el sistema sucesorio, la estructura del hogar y la propiedad de la tierra en la Navarra media occidental*, 1994, en prensa. *Vid.* también YABEN Y YABEN, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916; ARVIZU Y AGUADO, *Las donaciones inter-vivos en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1964, pp. 226 y ss.

más adelante expone que «Los padres donadores se lisongean de perpetuar por este medio sus casas y apellidos» (48). Este estado de cosas que tal vez era beneficioso para la pequeña explotación agrícola navarra era lo que precisamente se consideraba muy perjudicial para Castilla.

Por último, los mismos problemas agrícolas y familiares trataba de resolver el Derecho foral vasco. Señalaba Angulo que la libertad de testar procedía de «la forma que reviste la propiedad agrícola y del modo de su cultivo ... siendo la clase de fincas denominadas *caserías* el tipo, se puede decir único ó cuasi único, de dicha propiedad». «La casería es indivisible ...; este tipo de finca rústica no podía exponerse á los riesgos de fraccionamiento y de verdadera pulverización á que una indiscreta reglamentación de la sucesión testada podía conducirla» (49). Añadiéndose que «Todas las comarcas vascas en que los labradores practican la sucesión individual son de aquellas altas, montañosas, de suelo naturalmente infecundo, en las que los predios que forman una explotación agrícola son tan indivisibles como un cordero ó un caballo» (50).

Aparte de imponer una legítima amplia e igualitaria, el Proyecto de 1851 rechazó cualquier institución hereditaria que pudiera recordar, siquiera de lejos, el régimen de las vinculaciones y mayorazgos. Por ello, se prohibieron los pactos sobre la sucesión futura (art. 994 del Proyecto), y no sólo por considerarlos inmorales (51), sino que «Hay

Muestra de la importancia que tenían las donaciones *propter nuptias* en el Derecho navarro es que, al promulgarse la Ley Hipotecaria de 1861, la Diputación Foral elevó en 1863 una exposición «para que se remuevan los obstáculos que detienen el planteamiento de la ley hipotecaria en esta provincia, y que han puesto a sus habitantes en la situación más angustiosa que se puede imaginar ... se halla por completo paralizada la contratación, excepto la puramente mercantil, y hasta suspendida la efectucción de matrimonios, que sólo es dado contraer a las personas sin fortuna, o que si la tienen, no es de la que en su movimiento está sujeta al Registro»; véase DE PABLO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, I, Madrid, 1990, pp. 517 y ss. (la cita es de la p. 529).

(48) *Idem*, p. 333.

(49) ANGULO, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pp. 27 y 120.

(50) URIARTE LEBARIO, *El fuero de Ayala*, Madrid, 1912, p. 160.

Puede verse también, defendiendo la libertad de testar para toda Vizcaya, ALLENDE SALAZAR, «El dualismo en la legislación civil de Vizcaya», *RGLJ*, t. 54, 1879, pp. 52 y ss.

(51) Dice algo pomposamente GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. III, art. 994, p. 28, que «la codicia, que especula sobre los días del hombre, está frecuentemente muy cercana al crimen, que puede abreviarlos./ Esta especie de pactos presenta el espectáculo aflitivo de un padre desnaturalizado, hasta consultar con sombría y ansiosa curiosidad el libro oscuro de los destinos, para formar combinaciones vergonzosas sobre los tristes cálculos de una presciencia criminal, y para entreabrir, por decirlo así, la tumba bajo los pies de un pariente, quizás de un bienhechor». Aunque el comentarista lo silencia, estas palabras son reproducción literal de las empleadas por PORTALIS para explicar el art. 1600 del Código francés, que prohíbe la venta de una herencia futura (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, reimpr. de la ed. de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 119 y 120).

otra razón más, tratándose de legítima; pues, como de derecho público, no puede alterarse por pactos privados, y de otro modo sería fácil hacerla ilusoria» (52). En el mismo sentido, señaló el art. 646 que «Toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula»; añadiendo el comentarista que «aunque podría entenderse comprendido en el 994, no huelga aquí, porque las renunciaciones ó transacciones rara vez tienen lugar sino entre herederos forzosos, y particularmente en las capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros» (53).

Considera también el comentarista el peligro de los pactos renunciativos «sobre todo respecto de las hembras; por esto en la ley 3, título 20, libro 6 del Código, se declara nula la renuncia que una hija, contenta con su dote, hizo de la herencia futura paterna, y se dispone que suceda *ab intestato*, colacionando la dote: sin embargo, el Derecho canónico, *cap. Quambis 2, de pactis*, in 6, las aprueba, sobre todo, estando confirmadas con juramento» (54).

El Proyecto, además, intenta dar la máxima amplitud a la susodicha prohibición, y por ello decía García Goyena que «La ley de Partida limita la prohibición al pacto sobre la sucesión de persona ó personas determinadas; y este parece ser el espíritu de la Romana: nuestro artículo rechaza todo pacto, aun general, por no abrir la puerta á fraudes y colusiones» (55).

Por las mismas razones desvinculadoras, el art. 635, siguiendo al *Code français*, declaró nulas las sustituciones fideicomisarias, «cualquiera que sea la forma con que se las revista»; y se señala que «Nuestro Derecho vigente en materia de mayorazgos y fideicomisos era la Ley de 21 de setiembre de 1820, restablecida por Real Decreto de 31 de agosto de 1836: por ella quedaron y por el artículo quedan prohibidos: tengo por inútil reproducir aquí los motivos de esta abolición y prohibición: *¿cui non dictus Hylas?*» (56).

(52) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. III, Madrid, 1852, p. 28. Esta cuestión tiene especial relevancia. La doctrina suele señalar que la prohibición de los pactos sucesorios en el Código se debe exclusivamente a su romanismo, y a la consideración de la inmoralidad de los mismos; pero no se ha detenido en considerar su prohibición como consecuencia del sistema legitimario y del deseo de postergar cualquier institución que despendiera un mínimo «tufillo» vinculador.

(53) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. II, p. 96. Se manifiesta también la reluctancia por los pactos sucesorios en los siguientes artículos o sus correspondientes comentarios: 717, 823, 942, 953. Se admitieron, no obstante, ciertas excepciones: arts. 658, 663, 1253.

Relación con esto guarda el personalismo del testamento (arts. 558 y 661), con la consiguiente prohibición del de hermandad (art. 557); la interdicción de la herencia de confianza (art. 559); etc.

(54) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. III, p. 28.

(55) *Ibidem*.

(56) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. II, p. 84.

No obstante todo lo anterior, es necesario señalar que el Proyecto admitió, conforme al Derecho tradicional castellano, la facultad de mejorar entre los legitimarios. Pero a pesar de admitir esta posibilidad de desigualación entre los hijos, su consideración y apreciación por el Proyecto cambió radicalmente respecto al Derecho anterior. El art. 657 estableció que «Ninguna donación, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donante no ha declarado expresamente su voluntad de mejorar». Y añadía García Goyena que «Este artículo da en tierra con la ley 26 y otras de Toro (que reputaban toda donación como mejora), y simplifica grandemente la materia de las mejoras. La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación ó pago á cuenta de aquélla: en esto á nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la injusticia y naturalidad de estas consideraciones solo puede prevalecer la voluntad expresa del donador» (57).

Finalmente, en cuanto a la colación, dos reglas aparecen como revolucionarias con respecto al Derecho anterior: en primer lugar, se eliminó la colación *in natura* y se sustituyó por la colación del valor (art. 887).

En segundo, y esto es lo que más nos interesa ahora, desapareció la antigua distinción entre donaciones simples y *ob causam* a efectos de la colación. Ahora todas las donaciones deben ser colacionadas, excepto aquéllas que se hacen como consecuencia de deberes que se consideran inherentes a la paternidad. Opinaba García Goyena: «no comprendo yo cómo pueda justificarse el favor que por las

(57) *Obra cit.*, t. II, p. 105. Asimismo, el art. 660 disponía que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos»; a lo que observaba GARCÍA GOYENA que, si no consta claramente la voluntad del mejorante, «debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos y quiso mas bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer en favor de extraños».

En la misma línea, señalaba CÁRDENAS, «De los vicios y defectos mas notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil», *El Derecho moderno*, t. XI, 1851, p. 259: «así como opinamos que se amplíe la libertad del padre en cuanto á mejorar sus hijas, creemos de la mayor importancia restringirla en cuanto á las mejoras tácitas hechas fuera de testamento. La disposición de la ley para que se reputen mejoras de tercio y quinto las donaciones simples que haga el padre á cualquiera de sus descendientes sin expresar que quiere mejorarlo, tiene graves inconvenientes (Ley 26 de Toro). La mejora es una excepción de la regla general que fija la legítima de los hijos, en cuyo concepto no debe nunca presumirse sino probarse. Antes de suponer que un padre ha querido desigualar la fortuna de sus hijos, perjudicando á la mayor parte de ellos en beneficio de uno solo, es preciso tener un testimonio auténtico de su voluntad ... Por eso los autores del proyecto, revocando en parte la Ley 26 de Toro, no quieren que haya mejora por contrato entre vivos, sino cuando el padre haya manifestado terminantemente su voluntad de mejorar».

Leyes 26 y 29 de Toro, se da á las donaciones simples sobre las hechas por causa onerosa, cuando estas, como que su objeto es el matrimonio, debian ser las favorecidas» (58).

Así pues, la colación se configura como instituto que contribuye a mantener la igualdad entre los legitimarios, sirviendo por tanto también a la finalidad divisoria de la herencia entre los hijos (59). En esta línea, establecía el art. 882 que «El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser expresa». A esta disposición se añade que «el artículo guarda en esta parte consecuencia con el citado 657» (60); y a propósito de este último artículo que, como sabemos, rechazaba la mejora tácita, ya se había señalado que «Es tambien conforme á lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen á colacion, si no hay dispensa expresa».

Además, en contra del Derecho histórico y de la mayoría de las legislaciones de la época, se establece la colación de los ascendientes cuando éstos son legitimarios efectivos: «en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe tambien reconocer colacion» (61).

E) ELABORACION DEL CODIGO DE 1889

Al elaborarse la Ley de Bases del Código Civil se volvieron a plantear las mismas discusiones y preocupaciones que se habían dado en el Proyecto de 1851 acerca de la desvinculación y la división de la tierra. Sin embargo, necesario es reconocer que en los casi 40 años que median entre una y otra obra, el doctrinarismo liberal había cedido algo, y que, además, entre los mismos juristas castellanos aumentaron los partidarios de una mayor libertad de testar, bien porque lo consideraban en sí mismo más conveniente, bien porque era un medio de acercarse a lo establecido en las legislaciones forales (62). Como

(58) Apéndice 8 al t. II, p. 341.

(59) Para GARCÍA GOYENA, *cit.*, p. 253, «la colacion no tiene otro objeto que establecer la igualdad entre los mismos coherederos»; considera, pues, «la igualdad entre los hijos, *causa y fin de la colacion*» (la cursiva es del propio autor). No obstante, también apela al fundamento de la voluntad presunta del causante (p. 249).

(60) *Cit.*, p. 253. Estas mismas consideraciones se repiten literalmente en el Apéndice 8, «Mejoras», del t. II de los mismos *Comentarios*, p. 341.

(61) GARCÍA GOYENA, *cit.*, p. 250.

(62) En este sentido, ya la base 12.^a del Proyecto de Ley de Bases de 1881 señalaba que «Se reducirá la cuota hereditaria de los descendientes y se establecerá a favor de los padres la libertad de disponer de la parte que no constituya legítima de los hijos, fijando la cuantía de una y otra de modo que satisfaga los justos derechos de éstos y puedan los padres cumplir sus deberes de reconocimiento y justicia y premiar y castigar según los méritos de sus herederos». Al discutirse dicha base en la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, se aceptó «ya por la conveniencia de su precepto considerado en absoluto, ya como un medio muy conveniente de aproximar la legislación castellana a la de las provincias aforadas, y de atender el deseo de muchos que de algún tiempo a esta parte defienden la conveniencia de la libertad de testar»; *vid.* LASSO GATTE, *Crónica de la codificación española*, 4, vol. I, s.f., pp. 388 y 390.

consecuencia de ello, se redujo la legítima de los descendientes a dos tercios del haber computable, y la cuota de mejora pasó del doble de la cuota legitimaria estricta a un tercio del caudal (63).

No obstante, no se puede decir por ello que el deseo desvinculador hubiera desaparecido entre los autores del Código. Otras muchas instituciones de tendencia igualitaria —entre ellas, la colación— o desvinculadora —prohibición de la sustitución fideicomisaria más allá del segundo grado— se mantuvieron en lo esencial. En ésta, como en otras materias, parece que los redactores adoptaron un criterio transaccional, no siempre del todo coherente.

Por ello, el sistema legitimario siguió considerándose por muchos como un medio de evitar la vinculación y favorecer la división de la tierra y la riqueza. Así, en la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Bases de 1885, ante una propuesta de ampliar la libertad de testar, contestó, en nombre de la Comisión de Códigos, D. Benito Gutiérrez, señalando las ventajas agrícolas que la división de la propiedad había producido en Galicia y el País Vasco, y los inconvenientes que la acumulación había producido en la agricultura de Andalucía; y añadía: «son incomparablemente mayores las ventajas que resultan de una prudente, y si se quiere, de una extremada divisibilidad. ¿Por qué? Porque así no son de temer ciertas prepotencias, ciertas influencias, ni de particulares ni de clases; porque así se quita el pretexto á determinadas quejas, ... las quejas de los que se llaman *desheredados*. En este país, establecido el sistema de legítimas, nadie lo es, porque viene la muerte que es el gran nivelador. A mí no me asustan los Cresos de la época, que los hay; me tiene tranquilo su riqueza, porque cuento los días al cabo de los cuales la muerte se ha de encargar de disolverla». A continuación se sigue refiriendo a los peligros de la perpetuación de los fideicomisos y mayorazgos, declarando finalmente: «si se pide la libre testamentifacion en interés del derecho hereditario, por amor á las aristocracias, para restablecer la vinculacion, digo que esa petición no tiene base» (64). Este doctrinarismo económico y político se manifiesta igualmente en las palabras del Ministro de Gracia y Justicia Silvela, según el que la libertad de testar tiene «una contradicción esencialísima con la democracia española, inspirada en su

(63) La distinción de los tres tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición se decidió a propuesta de Comas; *vid.* ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid, 1884. t. 1, p. 181. La aceptación de esta tripartición entre los juristas castellanos fue bastante amplia en el Congreso jurídico de 1886 (*vid.* el resumen del mismo que se recogió en la *RGLJ*, t. 69, 1886, pp. 434 y ss. y 565 y ss., especialmente a partir de la p. 597).

(64) *El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, t. I, ed. preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Angeles Vallejo Ubeda, 1989, pp. 325, 326 y 327. Por otra parte, conviene recordar que GUTIÉRREZ fue el ponente de la Comisión de Codificación encargado del capítulo destinado a legítimas y mejoras; *vid.* LASSO GAITE, *Crónica ... cit.*, vol. I, pp. 551 y 552.

mayor parte, en su parte más activa y móvil, en los principios de la revolución francesa, y para la cual (la democracia española), por consiguiente, la legítima es uno de los elementos de democratización, por decirlo así, y á los que no renunciará voluntariamente jamás» (65).

Además de lo hasta aquí señalado, es de destacar que el Código, mediante leves matizaciones, limitó aún más que el Proyecto la posibilidad de los pactos sucesorios. Especialmente relevante, a los efectos que ahora nos importan, es la restricción que de estos contratos se hizo a propósito de la mejora. El Proyecto establecía que la promesa de no mejorar en escritura pública, aun cuando no fuese por causa onerosa, era irrevocable (art. 658), señalando el comentarista que semejante acuerdo «tiene mucho de pacto sucesorio prohibido por regla general en nuestro artículo 994» (66). Por otra parte, no quedaba claro si la calificación de mejora a una donación era revocable o no (art. 657). Sin embargo, el Código de 1889 dispone ahora que la promesa de no mejorar sólo es irrevocable cuando se haya hecho en capitulaciones

(65) P. 382. Igualmente, cabe citar, por su relevancia en el proceso codificador, a ALONSO MARTÍNEZ, *obra cit.*, p. 157, quien, al criticar el régimen sucesorio catalán, señalaba: «¿dejará de estar inspirada la ley de las Cortes de Mozon en un espíritu contrario á las ideas de la democracia moderna? Se sacrifica por ella la legítima de los hijos y la igualdad de derechos de los hermanos á un principio excesivamente conservador y aristocrático; el de la *conservación y perpetuidad de las casas principales* del país, que era el móvil á que obedecía y el fin que realizaba el mayorazgo, muerto á mano airada, así en Francia como en España, en nombre de una revolución igualitaria y democrática». P. 175: con el sistema legitimario «no hay peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, que se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdidere Italiam* ... Y, por último, parece palmario que con la división del patrimonio entre los hijos, no puede menos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, por que solo multiplicando los poseedores de inmuebles é interesando á una masa considerable de ciudadanos en la defensa del derecho de propiedad, es como puede construirse un dique bastante poderoso á detener el torrente devastador de las ideas socialistas». Palabras similares emplea para criticar el sistema navarro (p. 107) y aragonés (p. 127).

Asimismo, en el debate en la Comisión del Senado del Proyecto de Ley de Bases de 1885, el senador Colmeiro consideró que la libertad de testar «es una institución de carácter feudal, ni más ni menos; y realmente, las personas que no pueden ver hoy, ni verían con gusto la resurrección del sistema feudal, tampoco deben ver con gusto la resurrección de un sistema que está tan profundamente marcado con el sello del feudalismo» (*El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, t. I, Madrid, 1989, p. 63). Y aún más, afirmó el senador Ulloa y Rey que «La institución catalana del hereu, ¿viene á ser en resumen, en síntesis, más que un mayorazgo electivo?» «cuando el hereu y los hermanos van á ver una finca ó posesiones, el hereu va á caballo y los hermanos á pie y de criados» (p. 76). También manifestaron su temor de que la ampliación de la parte de libre disposición del quinto al tercio pudiera favorecer la resurrección de las vinculaciones, los senadores Fuente Alcázar (p. 356), y Polo de Bernabé (solicitando incluso este último la reducción de la facultad de mejorar; pp. 384 y ss.).

(66) *Cit.*, t. II, p. 106.

matrimoniales (art. 826, «muy modificado» respecto al Proyecto, según los redactores del Anteproyecto) (67); y la calificación de mejora a una donación es siempre revocable, salvo en el caso de capitulaciones o contrato oneroso otorgado con un tercero (art. 827, respecto del cual los redactores del Anteproyecto no señalan que provenga del Proyecto) (68).

También limitó el Código la posibilidad de vincular *inter vivos* la mejora junto con el tercio de libre disposición. Por ello, desaparecieron todas las referencias que el Proyecto de 1851 hacía conjuntamente a la cuota de mejora y a la parte libre (arts. 656, 657.2 y 660) (69).

Igualmente, en esta línea, se suprimió el art. 659 del Proyecto del 51, según el que «Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado»; siendo sustituido por el actual 828, que señala que «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre» (70). Aparece así, una vez más, la intención del legislador de preservar en lo posible la igualdad entre los legitimarios.

Por último, en cuanto a la colación hereditaria, el Código de 1889 mantuvo esencialmente las disposiciones del Proyecto de 1851: se estableció la colacionabilidad general de todas las donaciones, fueran simples u *ob causam*; se suprimió la colación *in natura*; se mantuvo el modo de valoración recogido por García Goyena de la obra de Ayerve de Ayora (71); etc. No obstante, algunas pequeñas diferencias hay: añade el Código, respecto del Proyecto, que los nietos que sucedan al abuelo en representación del padre «También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia en vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario» (art. 1038, pfo. 2; en realidad, no parece una reforma de concepto, pues esto ya estaba implícito anteriormente).

(67) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 4, vol. I, Madrid, 1965, p. 250.

(68) *Vid. op. et. loc. ult. cit.*

(69) Esta afirmación, que puede aparecer aventurada, trataremos de demostrarla en el capítulo II, al estudiar la imputación, y en el capítulo III, al tratar de la dispensa irrevocable en capitulaciones matrimoniales.

(70) Esta modificación parece que se introdujo incluso con posterioridad a la aprobación de la Ley de Bases de 11 de abril de 1888 (*vid. LASSO GAITE, cit.*, vol. I, p. 564). Todavía el art. 813 del Anteproyecto del libro III señalaba que «Lo dejado por el testador a uno de los hijos o descendientes, se reputará mejora, aunque no le dé este nombre».

(71) *Tractatus partitionum bonorum communium*, Granada, 1586, l. III, ns. 10 y ss., fols. 13 y ss.

Además, ahora se sujetan a colación los gastos hechos para redimir al hijo de la suerte del soldado (art. 1043, en contra del comentario de García Goyena al art. 885), mientras que se eximen los gastos para dar una carrera profesional o artística (art. 1042, opuesto al 886 del Proyecto).

F) EL FUNDAMENTO DE LA COLACION EN EL CODIGO CIVIL

Tras este *excursus* histórico, volvemos por donde empezamos: ¿Cuál es el fundamento de la colación? Con las líneas anteriores hemos tratado de demostrar que en nuestro Derecho la colación no se debe sólo a una interpretación del legislador de la voluntad supuesta o típica del causante, sino que está en conexión con el sistema sucesorio en el que se encuentra. En nuestro caso, tendiendo las legítimas al reparto igualitario de la herencia entre los descendientes y ascendientes, la colación es una institución al servicio de esta finalidad (72).

Por ello, en un sistema donde no exista legítima, o donde no se pretenda la distribución igualitaria de la misma, la colación no puede desempeñar el mismo papel. Precisamente, el hecho de que en las distintas legislaciones civiles españolas se opte por «presunciones» distintas sobre el hecho de la colación, más bien pone en duda que el fundamento sea siempre la presunta voluntad del causante, y reafirma la opinión de que la colación es un instituto relacionado con el sistema de igualdad legitimaria.

En el Derecho navarro, el testador puede disponer de sus bienes con absoluta libertad, salvo el derecho de legítima formal (leyes 149, 267 y 268). Por tanto, al no existir ni siquiera el deber de transmitir alguna parte de los bienes a los legitimarios, «La obligación de colacionar no se presume» (ley 332) (73).

Por su parte, el art. 119 de la Compilación de Aragón señala que «Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código civil, deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno sólo, con las formalidades establecidas en este

(72) Da en el clavo de este problema ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pp. 117 y 118. Cfr. SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1035, p. 2435.

(73) En el mismo sentido de que al no haber legítima no tiene sentido la colación, SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, t. VI, vol. 2, Pamplona, 1977, pp. 557 y ss., con abundancia de citas; también puede verse, para el régimen anterior al Fuero Nuevo, ARVIZU Y AGUADO, *El Derecho civil de Navarra y la colación de bienes*, Pamplona, 1929, especialmente pp. 113 y ss.

capítulo». Consecuentemente con el desinterés del legislador aragonés por la igualdad entre los legitimarios, el art. 140 dispone que «La colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley, mas puede ordenarse en testamento u otro documento público. Quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad» (74).

En el Derecho de Vizcaya la legítima de los descendientes la constituyen 4/5 de la totalidad de los bienes del testador (art. 55 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, de 1 julio de 1992). Sin embargo, «El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores ... o elegir uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al del grado más próximo./ Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos en su sucesión». Consecuencia de esta libre desigualación entre los hijos es que el art. 62.3 señale que «No serán colacionables las donaciones en favor de sucesores forzosos, salvo que el donante disponga lo contrario o no haga apartamiento expreso». Está claro que en un Derecho como éste no tendría sentido establecer la colación, y no porque se presuma que el donante la quiso o no, sino porque el sistema legal no muestra especial interés por evitar la desigualación.

Esta diferencia del Código civil con los Derechos civiles forales se comprende perfectamente si se tiene en cuenta que, como ya hemos indicado, en la formulación de estos Derechos influyó poderosamente la necesidad de conservar indivisa la hacienda agraria familiar. En esas condiciones era necesario dejar completa libertad de testar, o al menos de desigualar entre los hijos (75). Sin embargo, el Código civil parte de principios opuestos, y por ello se establece la colación como regla general.

Otros datos parecen apoyar esta relación de la colación con el sistema legitimario, y se oponen a su fundamento exclusivo en la voluntad presunta del causante: toda consideración de la colación debe partir del hecho que se produce solamente entre herederos forzosos ¿Por qué no ha de colacionar el heredero no forzoso que recibió en vida del testador alguna liberalidad? Si, por ejemplo, el testador nombra heredero a un extraño en la cuarta parte de sus bienes, y además le hizo algún regalo de cierto valor en vida ¿por qué no se imputa a su cuota hereditaria la donación recibida, repartiendo así el valor del regalo con los

(74) Así, MERINO HERNÁNDEZ, «Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés», en *Homenaje Lacruz*, vol. II, Barcelona, 1993, p. 1579. En cambio, CABALLERO LASIERRA, «Colación de bienes», *Anuario de Derecho Aragonés*, VI, 1951-52, p. 103, opina que la exclusión de la colación se debe a una simple presunción legislativa contraria a la del Código civil.

(75) Sobre este tema, es muy ilustrativo el artículo de VALLET DE GOYTISOLO, «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», *ADC*, XIX, 1966, pp. 3 y ss.

restantes herederos? Esta cuestión muestra con claridad que la colación no obedece simplemente a una voluntad presunta del causante, pues sólo afecta a los legitimarios nombrados herederos (76). Parece claro que la voluntad de la ley no es una igualdad entre herederos, sino una igualdad entre legitimarios (excepto el cónyuge viudo (77)). Ya hemos señalado desde el principio que la colación no puede dejar de relacionarse con la organización de las relaciones económicas en el seno de la familia.

Aún más: el art. 1038.2 impone que «Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre ... colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste». Esta disposición no se puede entender si se hace depender la colación de la voluntad presunta del causante, pues cuando el abuelo dona al nieto viviendo el padre, está claro que no piensa que su nieto ha de colacionar. No lo puede presuponer, y no se puede saber si lo querría; es la ley la que lo establece.

Hasta ahora hemos señalado que la colación es un mecanismo técnico que tiende a la igualdad entre los colegitimarios (78). Ahora bien,

(76) Hacen notar esta paradoja, asimismo, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *cit.*, p. 117; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, XLV, 1992, p. 394.

(77) Sin embargo, con un criterio muy discutible, la sentencia de 17 de marzo de 1989 afirma que el cónyuge viudo participa de los beneficios de la colación hecha por un heredero colegitimario. Comenta extensamente esta sentencia ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, XLV, 1992, pp. 377 y ss.; muy brevemente, MALUQUER DE MOTES, C., *CCJC*, 1989, pp. 445 a 447.

(78) En la jurisprudencia, se pronuncian en este sentido las sentencias de 16 de junio de 1902, 6 de enero de 1933 (respecto del Derecho foral catalán), 3 de junio de 1965, 19 de junio de 1978 y 19 de julio de 1982.

En la doctrina, defienden el fundamento de igualdad de la colación, pero sin más matizaciones, O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, V, 3.^a ed., Madrid, 1990, pp. 96 y 97; MARÍN LÁZARO, «La colación hereditaria», *RGD*, t. I, 1944-45, pp. 3 y ss.; MARÍN MONROY, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, Madrid, 1948, p. 66; NÚÑEZ LAGOS, Rafael, «La colación: historia y crítica de los problemas de valoración (Una conferencia de Marín Monroy)», *RGLJ*, t. 180, 1946, p. 724; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 4.^a ed., Valladolid, 1939, p. 543; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI, 3, 2.^a ed., Madrid, 1910; p. 1976 (pero este autor confunde colación con imputación, p. 2026). Además, muchos de los autores que consideran que la colación se basa en una presunción, opinan que precisamente esta presunción es de igualdad; *vid.* nota 91.

Esta era también la opinión general en los autores del Derecho común y en los comentaristas de las Leyes de Toro. Según GÓMEZ, *cit.*, Ley XXIX, 2. «Ratio vera et universalis inductiva collationis est propter aequalitatem inter fratres servanda, et invidiam et discordiam inter eos evitanda».

no se nos oculta que la idea de igualdad entre los legitimarios está, diríamos, «latente» (79), pero que no es del todo conforme con el resto del sistema. Es decir, parece que la intención del legislador es la de la igualdad, pero, en cuanto a la colación, el mecanismo técnico utilizado no se acomoda perfectamente a su finalidad. En el Código civil francés —de donde tomó el nuestro lo fundamental de sus normas— la colación sí realiza perfectamente la igualdad, pues en él los herederos no son nombrados nunca por el testador, sino directamente por la ley, y heredan siempre por partes iguales, salvo que lo hagan por derecho de representación (y otros casos especiales) (art. 745.2 *Code*). El testador no puede nunca desigualar a los herederos, en cuanto a su título hereditario, sino que toda desigualación ha de hacerla por medio de legados o donaciones *inter vivos* no colacionables. Por ello, la colación tiende siempre a producir una igualdad perfecta en cuanto al título hereditario; y en el caso de que se dispense de colación, ésta ha de hacerse a título de prelegado y fuera de parte (*par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport*, art. 843 *Code*).

Sin embargo, como en nuestro Derecho el causante puede instituir a los colegitimarios en partes desiguales, la igualdad que genera la colación no es absoluta, pues el reparto se realiza en proporción a la cuota en que cada uno ha sido instituido (80). Veamos un ejemplo: siendo el caudal relicto 45, el causante dispone en su testamento: «Instituyo herederos a mi hijo A en 4/9 partes de mi herencia; a mi hijo B en 3/9; y mi hijo C en 2/9». En ese caso, conforme al testamento, A recibiría 20, B 15 y C 10. Supongamos que C recibió anteriormente una donación de 9 sin dispensa de colación. En ese caso, la colación supone que el colacionante sólo recibirá 3 unidades del caudal relicto, B aumentará su cuota en 3 y A en 4. En esta hipótesis, desde un punto de vista cuantitativo, la colación no logra la igualdad, sino que aumenta la desigualdad: A recibirá 24, B 18 y C 12. Sin embargo, también se ve con facilidad que lo que hace la colación es mantener la proporción en las cuotas señaladas por el testador.

De lo anterior se deduce, pues, que la colación es una institución que no produce plenamente la igualdad. Ello se conseguiría si los legitimarios fueran necesariamente herederos (como sucedía antes del Código), si hubiesen de renunciar a la donación si rechazan la herencia (81),

(79) ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989, p. 13.

(80) Igualmente, DE BUEN, *Notas al Curso de elemental de Derecho civil de Collin y Capitant*, t. VIII, 2.^a ed., Madrid, 1951, p. 553; MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código civil», *RGLJ*, t. 108, 1906, pp. 117 y ss.

(81) Esto es lo que consideran más justo algunos autores franceses, apoyándose en que el mantenimiento de la donación cuando el legitimario renuncia la herencia es una traición al espíritu de la institución y una explotación sutil de la letra de la ley; al tratarse de un anticipo de la herencia, sólo el heredero puede retenerla. *Vid.* LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, París, 1967, § 13, pp. 10 y 11.

si la mejora fuese atribuida siempre a título particular (como sucedió en alguna época histórica), y si los extraños recibiesen siempre sus atribuciones por título singular (pues la entrada de un extraño como sucesor universal provoca la necesidad de dos repartos sucesivos del caudal, una vez con él, y otra sin él). De esta manera, todo lo que tales herederos forzosos recibiesen por título singular supondría manifestación de desigualación explícita por parte del causante, repartiéndose todos los instituidos aquellos en lo que no se ha manifestado dicha desigualación expresa.

Ahora bien, esto no quiere decir que la colación no consiga en absoluto la igualdad; lo que sucede es que mantiene una igualdad, no cuantitativa, sino proporcional, en cuanto que respeta la proporción entre las cuotas establecidas por el causante en el testamento. En este sentido, señala la sentencia de 17 de marzo de 1989 que «la colación tiene como finalidad la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones» (de los herederos forzosos) (82).

Por ello, desde este aspecto, hay que volver a reconocer que la colación propende a la igualdad. Si colacionar es traer a la masa hereditaria el valor de los bienes recibidos gratuitamente *inter vivos* del causante, ese repartir no puede dejar de ser la supresión de una diferencia que se había establecido entre el donatario y el resto de los herederos. Lo que sucede, sin embargo, es que el valor colacionado se distribuirá entre los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias. Pero entonces lo que puede desigualar no es la colación, sino la disposición de última voluntad del difunto, si establece cuotas desiguales entre los legitimarios herederos. Sin embargo, la colación, la distribución del valor de lo donado entre los herederos, no puede nunca *en sí misma* desigualar; será la disposición testamentaria la que produzca la desigualación (83).

En definitiva, el régimen típico que establece la ley es la igualdad entre los legitimarios, pero admite que se pueda establecer una desigualdad. Y aun partiendo de un supuesto de desigualdad entre los herederos forzosos, el criterio legal en cuanto a esta desigualdad es que la misma se acomode al testamento, rechazando en principio el legislador que dicha desigualación se produzca en virtud de actos *inter vivos*; lo cual se relaciona por otra parte, con la enemiga del Código civil hacia los pactos sucesorios, que han sido tradicionalmente el medio de desi-

(82) Sin embargo, luego la misma sentencia se refiere al fundamento de la voluntad presunta.

(83) Dice gráficamente MARÍN MONROY, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, Madrid, 1948, p. 66: «En Roma, en las Partidas, en los Fueros, hoy, y en las Leyes de Toro y siempre, la colación está fundada en el deseo legal de igualar y está limitada en cada época por el ámbito de desigualar de que goce la voluntad del causante». En el moderno Derecho «*todo el patrimonio está sujeto a la igualdad, salvo lo que el padre haya excluido con sus legados y mejoras y dispensas expresas*» (en cursiva en el original).

gualación. Y aunque admite el Código que se pueda producir una desigualdad en virtud de donaciones y liberalidades hechas en vida del causante, sin embargo, para que tales actos produzcan un efecto desigualatorio es necesario que se manifieste de modo «expreso» esa voluntad (arts. 825 y 1036 C.c.), pudiendo siempre el donante, además, suprimir el carácter desigualatorio de la liberalidad, sometiéndola posteriormente a colación (art. 827, que establece la revocabilidad general de la mejora).

Una última cuestión nos queda por examinar a propósito de nuestro concepto del fundamento de la colación: es su concordancia lógica con el resto del sistema sucesorio y con las últimas reformas del Código en materia de sucesiones.

Hemos repetido varias veces hasta ahora que el sistema legitimario y la colación son concebidas en el Código como instrumentos de reparto de la propiedad, por reacción frente a la situación del Antiguo Régimen. Sin embargo, hay que reconocer que el Código amplió notablemente la cuota de libre disposición del causante con respecto a lo que establecía el Proyecto de 1851, con lo que, aunque se mantuvo el régimen de la colación, la desamortización y la desvinculación ya no eran tan intensamente deseadas como 40 años antes de la promulgación del Código. También son de notar otras disposiciones, como el art. 1056.2 —que no aparecía en el Proyecto de 1851—, donde ya asoma la necesidad de la economía liberal de mantener unida la explotación industrial.

Ultimamente, la reforma de 1981 ha abierto una importantísima brecha en la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, al permitir al causante atribuir libremente los bienes a uno de sus hijos, con la obligación de que pague en metálico a los demás su parte correspondiente (arts. 841 y ss.) (84). Como se ve, la necesidad de desvinculación no es sentida en el momento actual igual que antaño, al menos desde el punto de vista de la acumulación individual de los bienes.

En fin, está claro que la colación, como instituto que contribuye a mantener la igualdad entre los legitimarios y destinado a la división del patrimonio, sufre los embates del carácter transaccional (85) de la redacción originaria del propio Código civil, así como los del cambio de las condiciones sociales y económicas del momento presente; pero, a pesar de todo, creemos que sigue manteniendo su sentido y finalidad originaria. Ciertamente, la *occassio legis* de la desvinculación y del propósito de extinción de la nobleza ha desaparecido, pero la *ratio* de la distribución igualitaria del patrimonio del causante se mantiene tal cual. La imposición de la colación, salvo dispensa expresa, no puede

(84) Regulación que, por otra parte, concuerda con la supresión de la colación *in natura* y la imposición de la colación del valor.

(85) Así lo señala LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V. Barcelona, 1988, p. 450, acerca del sistema legitimario en general, pero vale igualmente para el caso que nos ocupa.

ser entendida sino en virtud de un sistema sucesorio que pretende el reparto igualitario de la herencia entre la familia del causante (86).

En apoyo de ello se puede aducir que la cuota legitimaria global sigue siendo bastante amplia (dos tercios) y que, dentro de ella, el Código aumentó aún más que el Proyecto de 1851 el afán de igualación (87); por ello, eliminó todas las referencias que el Proyecto hacía a la posibilidad de vincular conjuntamente *inter vivos* la cuota de mejora y la parte de libre disposición (supresión de los arts. 656, 657.2, 660) (88), y sustituyó el art. 659 del Proyecto, según el que «Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado», por el definitivo art. 828: «La manda o legado hecho por el testador a uno de sus hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre».

Finalmente, no se puede olvidar que la actitud sociológica de nuestro tiempo y los principios que informan nuestra Constitución son los de promover la igualdad en todos los aspectos. El art. 33 de la Constitución establece una «función social de la herencia» que ha de entenderse como «instrumento para la justa distribución de las riquezas (40.1 CE), que complementa la función que realizan en este sentido las leyes tributarias» (89). Por ello, la valoración que hace el Código de la igualdad entre los legitimarios nos sigue pareciendo plenamente vigente y defendible.

a) *Refutación de la doctrina que fundamenta la colación en la voluntad presunta del causante.*

La mayor parte de la doctrina, como ya hemos señalado, considera que al ser de Derecho dispositivo la norma que establece la colación (art. 1036 C.c.), su fundamento ha de ser necesariamente una presunción de voluntad, que puede ser destruida mediante declaración en contrario (90). Las consideraciones anteriores sobre voluntad típica de la ley serían, por tanto, irrelevantes.

(86) Muestra de ello es que, para favorecer la conservación de la explotación agraria, el legislador ha preferido mantener la regulación del Código civil y promulgar una Ley de la Explotación Familiar Agraria, en la que, a pesar de todo, se mantiene el deber de respetar las legítimas de los no sucesores en la explotación: arts. 29 y 32.

(87) Es oportuno observar que una amplia cuota legitimaria no significa siempre deseo de igualación; así sucede en el Derecho foral vizcaíno y el aragonés. En este sentido, se puede afirmar que la legítima tiene una doble función: familiar (mantener ciertos bienes dentro de la familia; intangibilidad cualitativa) e individual (la de no ser desigualado más allá de cierto límite). Así lo señalan para el Derecho francés TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, n. 619, p. 602.

(88) Sobre esto, véase con mayor detalle, el capítulo II, sobre imputación, y el capítulo III, C). b). sobre la posibilidad de dispensa irrevocable en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero.

(89) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 17.

(90) Unas veces se dice que la presunción es del deseo de igualdad; otras, de que la donación se considere como anticipo de herencia; un tercer grupo opina que se presumen ambas cosas. Así, la sentencia de 17 de marzo de 1989 señala que «en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia».

Al estudiar este tema, parece necesario aclarar una confusión en la que parecen haber caído algunos de los seguidores de esta postura: y es que la imposición por la ley de la colación a falta de otra declaración por el causante no es de ninguna manera una presunción en sentido estricto (91).

La presunción es una «actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones» (92). Normalmente, es el Juez el que, en virtud de ciertas máximas de la experiencia, establece la conexión entre el hecho base y el presunto, de manera que, probado el primero, fija formalmente el segundo. Sin embargo, en otras ocasiones es la ley, la que, fundada también en esas máximas de la experiencia o incluso en razones de oportunidad (93), fija el nexo causal entre el hecho base y el presunto. Ahora bien, característica básica de toda presunción es que siempre admite que la parte perjudicada por ella pueda probar la incerteza del hecho presumido.

Vid. en este sentido, en la doctrina, ALBÁCAR y PASQUAU LIAÑO, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid, 1991, p. 1171; ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1979, pp. 410 y 411; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 851; CABALLERO LASIERRA, «Colación de bienes», *Anuario de Derecho aragonés*, VI, 1951-52, pp. 101 y 103; DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 385; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed. por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 383; DE DIEGO y NAVARRO PALENCIA, «Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común», *RDP*, t. I, 1913-1914, p. 289; F.A. y J.B., «Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1036 del Código civil», *RDP*, XXVIII, 1943, p. 725; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 4.^a ed., Madrid, 1914, pp. 591 y 602; MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código civil», *RGLJ*, t. 108, 1906, pp. 28, 30, 33 y 114; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XVIII, Madrid, 1901, pp. 142 y 143; MONTÉS PENADÉS, *Derecho de sucesiones*, por Capilla y otros, Valencia, 1992, p. 620; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, 4.^a ed., Barcelona, 1991, pp. 508 y 509; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 2.^a ed., Madrid, 1992, p. 929; ROCA SASTRE, *Notas al Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus-Kipp-Wolff, V, 2, Barcelona, 1951, p. 59; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «Mortis causa»*, Sevilla, 1951, p. 354 y 355; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. IV, Madrid, 1982, pp. 131 y 488, y *Panorama de Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, pp. 765 y 778.

Ciertos autores consideran que la voluntad presunta es sólo parcialmente el fundamento de la colación. Así, DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, pp. 397 y 405; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, ed. 1988, p. 189.

(91) Hace especial hincapié en rebatir este error, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 4 y ss. También lo constata FERNÁNDEZ NÚÑEZ, J.A., en *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, p. 165.

(92) SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963, p. 17; puede verse del mismo autor, más recientemente, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVI, vol. 2, 2.^a ed., Madrid, 1991, pp. 606 y ss.

(93) Así, ROSENBERG, *La carga de la prueba*, traduc. esp. de Krotoschin, Buenos Aires, 1956, p. 189.

Por el contrario, la norma dispositiva no es cuestión de prueba, sino cuestión normativa, de Derecho material aplicable ante la ausencia de un determinado comportamiento (la declaración de voluntad). La presunción se dirige a la fijación formal de un hecho —en el proceso— como acaecido históricamente, en virtud de la prueba del hecho base. En cambio, la norma dispositiva no tiene la finalidad de fijar formalmente un hecho, sino que, a partir de un hecho precisamente no realizado (la declaración) se establece un determinado régimen legal para una situación.

No obstante, no se puede negar que el criterio que a veces utiliza el legislador en cuanto a los efectos de la ausencia de una declaración de voluntad, es establecer las consecuencias que previsiblemente hubiesen querido la partes. Sin embargo, no siempre sucede así; no toda norma dispositiva se fundamenta inexcusablemente en la «presunta» voluntad del particular (94).

En general, en el campo contractual, la doctrina ha señalado repetidamente que el carácter dispositivo de las normas no quiere decir que las mismas se puedan derogar sin razón alguna, y que el establecimiento de un reglamento típico por la ley responde a necesidades de protección de cada una de las partes (95). Ello se manifiesta en la inaplicabilidad de cláusulas que, si bien admitidas formalmente por la ley, pueden resultar abusivas.

(94) Hace notar DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris, 1935, p. 254, que, a veces, «la ley se beneficia de la actitud pasiva o equivoca de las partes, bajo el pretexto de que ellas tenían la facultad de manifestarse claramente, para modificar su interpretación en un sentido tendencioso, que cuadra con sus propios *desiderata*, en cuyo caso la voluntad presumida sólo recubre, en realidad, la voluntad propia de la ley». Y añade más adelante (p. 257): el carácter supletorio «no entraña en absoluto que, en la elaboración del contenido de las reglas supletorias, el legislador hubiera de ocuparse especialmente de reproducir la voluntad probable de las partes. Ya se trate de leyes imperativas, de leyes dispositivas o de leyes supletorias, el método de elaboración del Derecho no cambia: el legislador se debe inspirar en las exigencias del bien común, de la oportunidad y de la practicabilidad de las reglas» (sin embargo, luego —p. 260— considera que las normas sobre colación sí recogen la voluntad «presunta» del causante). En el mismo sentido, FERRARA, *Tratato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma 1921, p. 61; LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, traduc. y anotac. por Aguilera de Paz, 4.^a ed., Madrid, 1964, n. 100, p. 216; también, aunque menos claro, GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, III, París, 1921, n. 237, p. 344.

Por contra, FORCHIELLI, *cit.*, p. 35, opina que la «íntima naturaleza» de la norma dispositiva exige que se acomode a la voluntad normal de los sujetos interesados.

(95) Así, por ejemplo, cuando el art. 1475 C.c. señala que los contratantes pueden suprimir la obligación legal de evicción, no parece que esta obligación se base solamente en la voluntad «presunta» de las partes, sino sobre todo en que el legislador considera que la responsabilidad por evicción es la forma más natural de mantener la correspectividad de las atribuciones: el tenor de la frase «El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato» (art. 1475) responde, más que a la voluntad de las partes, a la voluntad de la ley de mantener la equivalencia de las prestaciones.

Vid., por todos, DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1985, pp. 79 y 80.

En el campo sucesorio no aparecen, desde luego, las mismas necesidades que en el contractual, ni la misma posibilidad de abusos. Sin embargo, también se ha señalado acertadamente que las normas que regulan la sucesión legal están puestas al servicio de protección de intereses superiores del Ordenamiento (96). Lo que sucede es que, por razones de conveniencia legislativa, algunas de esas normas tienen carácter cogente (las referidas a las legítimas, por ejemplo), y otras se establecen como de carácter dispositivo. Ahora bien, dicho carácter supletorio no significa que sean una interpretación de la voluntad «presunta» del causante, sino más bien una manifestación de la voluntad típica de la ley, admitiendo ella misma su derogación por decisión del particular.

Ciñéndonos a la colación, hay que afirmar que la disposición que establece que a falta de declaración del causante conviene la colación, no es una presunción en sentido estricto, sino una norma material. Ante determinado supuesto de hecho (donación sin declaración complementaria de dispensa) se le asigna una consecuencia jurídica: la colación.

La evidencia más clara de que en el caso del art. 1036 C.c. no estamos ante una presunción la brinda el hecho de que, si no ha existido una declaración del causante contraria a la colación, no se puede probar la falta de esa voluntad «presunta» de colacionar; no es posible la prueba en contrario (97). Y esto más aún tratándose de una cuestión sucesoria *mortis causa*, para las que el Derecho establece de modo formal los modos de manifestación de la voluntad. Respecto a las disposiciones de última voluntad no son admisibles hechos concomitantes de los que se deduzca una cierta voluntad *mortis causa*, sino que es necesario que se realice una manifestación al respecto (98). De manera que, incluso aunque existiera constancia en documento privado o se probara por testigos que el causante no quiso la colación, tal prueba carecería de relevancia (99).

Por otra parte, aun en el caso de que el art. 1036 fuese —que no lo es— una norma interpretativa de la declaración de voluntad, tampoco

(96) Sobre esto, puede verse LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, y la bibliografía citada en nota 80, pp. 40 y 41; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pp. 36 a 38; y SANTORO-PASARELLI, «Vocazione legale e vocazione testamentaria», *Riv. dir. civ.*, XXXIV, 1942, pp. 193 y ss.

(97) Asimismo, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 8, 19 y 20; VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, p. 3; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, p. 165.

(98) Sí sucede que, partiendo de una determinada declaración, a los efectos de interpretarla, se pueden tener en cuenta otras circunstancias externas a la declaración misma. En este sentido JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 85 y ss.; SALVADOR CODERCH, «Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, pp. 292 a 295.

(99) Así, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 8, 9 y 13.

se trataría de una presunción. Como señala unánimemente la doctrina procesal, hay que distinguir entre la labor de fijar cuáles son las declaraciones de voluntad de las partes —problema de fijación formal de los hechos— y la de atribuir a tales declaraciones su significación, alcance e inteligencia —problema de hermenéutica y por ello netamente sustantivo— (100).

En cuanto al juicio de oportunidad del legislador que opta por la colación en ausencia de declaración del causante, es harto improbable que aquél se base en una máxima de la experiencia según la que todo el que dona a un legitimario quiere que la donación se cuente como parte de su cuota hereditaria. Veamos: si un padre hace a sus hijos donaciones importantes pero de distinta cuantía, y luego en el testamento no trata de remediar la desigualdad producida, sino que, aun instituyéndoles por partes iguales, nombra además a unos legatarios y a otros no ¿de dónde sale la presunción de que el causante quiso la igualdad? Precisamente lo que se deduce es que el causante ha querido, por las razones que sean, desigualar a sus hijos, no igualarlos. En caso contrario, lo lógico sería que en el testamento los instituyese desigualmente para paliar la desigualdad producida por las donaciones (101).

En definitiva, parece más bien que nos encontramos ante una norma que tiene por objeto la protección de un interés familiar igualatorio, que el Ordenamiento considera deseable. Sin embargo, a diferencia de las legítimas, no ha considerado su imposición exigible hasta el punto de hacerla norma de Derecho necesario, sino que admite la decisión contraria del causante (102).

(100) CARRERAS LLANSANA, «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», *RJC*, LXI, 1962, p. 536, nota 57 bis; SERRA DOMÍNGUEZ, *cit.*, pp. 96 y 97; ROSENBERG, *cit.*, pp. 190 y 191.

(101) En esta línea se manifestaba expresivamente ARVIZU Y AGUADO, *El Derecho civil de Navarra y la colación de bienes*, Pamplona, 1929, pp. 100 a 102; asimismo, MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código civil», *RGLJ*, t. 108, 1906, pp. 29 y 30.

Por otra parte, se pregunta FORCHIELLI, *cit.*, p. 21, cuál puede haber sido la causa de que los autores consideren la colación basada en una presunción; «Se trata, con toda probabilidad, del mismo prejuicio que ha inducido a algunos intérpretes ... a considerar que todas las normas sobre la sucesión legítima están fundadas sobre la voluntad presunta del *de cuius*. Estas dos orientaciones representan verosímelmente uno de los no raros reflejos aberrantes del dogma de la voluntad, en virtud del cual se tendía a reconducir, también en materia sucesoria, todos los efectos jurídicos a la voluntad del *de cuius*, fuese ella explícita o implícita o incluso solamente presumible. Pero hoy esta visión excesivamente subjetiva aparece definitivamente superada gracias a la más moderna dogmática civilística, la cual ha aclarado ampliamente cómo los efectos, incluso negociales, están dispuestos por la ley, normalmente uniformándose, es verdad, a la concreta voluntad de los sujetos, pero a veces fuera e incluso contra ella».

(102) Decía expresivamente el tribuno SIMEON en el discurso pronunciado ante los Cuerpos Legislativos que «Los hijos y sus descendientes suceden a sus ascendientes por porciones iguales. No más injustas distinciones, ni de sexo ni de primogenitura, ni

¿Qué consecuencias prácticas tiene todo esto? A lo anterior se podría oponer que el funcionamiento técnico de la norma dispositiva hace irrelevantes dichas consideraciones. La colación funcionaría como cualquier norma dispositiva, y si el donante la excluye, entonces no se aplica, independientemente de esa voluntad típica del legislador (103). Sin embargo, nosotros creemos que sí tiene relevancia esa voluntad ideal de la ley, y como pocas veces a propósito de la dispensa de colación. En nuestro Código civil existe lo que podríamos llamar un *favor collationis*, lo que exige que su dispensa sea expresa (art. 1036), y que la interpretación de tal carácter expreso sea más bien restrictiva (104).

Con todo lo anterior no se quiere negar la posibilidad de que el legislador establezca la colación en ciertos casos como consecuencia de una «presunción» de la voluntad del causante. Así, el Código civil alemán establece la colación (*Ausgleichung*) sólo en el caso de la sucesión *ab intestato* (§ 2050) o cuando el testador haya distribuido sus bienes de forma semejante a la sucesión intestada (§ 2052) (105). Sin embargo, en nuestro Derecho del Código civil la colación tiene un significado político y económico dirigido al reparto de la propiedad y a la desvinculación de los bienes que no cabe desconocer.

b) *Refutación de la doctrina que basa la colación en la consideración de la donación como anticipo de herencia*

En cuanto al fundamento que alegan algunos de que la colación se basa en la consideración de la donación a los legitimarios como anticipo de herencia (106), nuestra opinión es la siguiente: Evidentemente,

incluso por matrimonio ... La ley los considera de modo igual, y les da a todos los mismos derechos. Es a los padres a quien corresponde distinguirlos sin injuria, señalar a los que hubieran merecido una justa predilección. Sus disposiciones serán el juicio doméstico, la ley particular de sus familias; ellas podrán introducir una desigualdad razonable y moderada. Pero la igualdad será el derecho común, el *deseo* y la disposición general de nuestro Derecho»; FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, reimpr. de la ed. de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 226 y 227.

(103) Esto es lo que opina DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, pp. 167: «Provee el ordenamiento, de este modo, impulsado por criterios de equidad, a suplir un *comportamiento típico*, que responde a las ideas más diversas, y en el que se implican los más diversos principios del sistema, pero que no trascienden a la regulación positiva». Le sigue ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, V, 5.^a ed., Madrid, 1978, pp. 166 y 167, texto y notas.

(104) Sobre esto, véase nuevamente el capítulo III, II.

(105) La doctrina alemana considera que dicha regulación se basa en la «presunta voluntad» del causante: LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München-Berlin, 1962, p. 144; PALANDT-EDENHOFER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 51.^a ed., München, 1992, p. 1910; SKIBBE, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, t. 6, München, 1982, pp. 618 y 629. Cfr. los arts. 43 y 44 del Código de Sucesiones de Cataluña.

(106) Sentencias de 22 de enero de 1963 y 17 de marzo de 1989; DE COSSIO, «Para la exégesis del artículo 1.045 del Código civil», *RDP*, L, 1966, p. 543; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 4.^a ed., Madrid, 1988, p. 545; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, *cit.*, p. 166. Igualmente, muchas de las sentencias y de los autores que consideran el fundamento de la colación como presunción, opinan que es una presunción de anticipo de herencia.

la colación se relaciona con el problema legitimario y con el hecho de que la computación incluye las liberalidades *inter vivos*. Sin embargo, desde un punto de vista puramente técnico, la donación colacionable no es estrictamente un anticipo de herencia (107). Ello se deduce con claridad de lo siguiente: la masa en la que se integra el bien colacionado es distinta del caudal relicto, ya que se excluye al heredero que no sea legitimario; además, el bien donado no está afecto a las cargas de la herencia, y el donatario puede evitar la colación renunciando a la herencia (108). El legislador, más que desear que lo donado se considere anticipo de la cuota hereditaria, lo que desea es que lo donado se cuente como parte de la masa repartible entre los coherederos legitimarios.

c) *Conclusión*

Parece ya el momento de concluir. De lo anteriormente expuesto, podemos deducir que la colación es un instituto que no se puede entender plenamente sino como fruto de una serie de estratos históricos acumulados sucesivamente, a lo que se añade el carácter transaccional del Código en materia sucesoria. Partiendo de esta premisa, creemos que el fundamento de la colación se encuentra en la voluntad de la ley de mantener la igualdad sucesoria de los legitimarios, voluntad puesta al servicio de la función divisoria y desvinculadora de la sucesión hereditaria. O, más específicamente aún, admitido que en el testamento se pueden establecer cuotas desiguales entre los herederos forzosos, la voluntad de la ley de que las liberalidades *inter vivos* del causante no alteren las proporciones en la institución dispuestas por el causante en el testamento (o, en su caso, por la ley); todo ello, a menos que el donante haya dispuesto «expresamente» lo contrario.

CAPITULO SEGUNDO

DISPENSA DE COLACIÓN E IMPUTACIÓN

A) COLACION E IMPUTACION

Antes de entrar definitivamente en el acto de dispensa y sus consecuencias, parece necesario desbrozar el camino distinguiendo la colación y su dispensa de otra figura estrechamente relacionada: la imputación.

(107) Y menos aún un anticipo de legítima: ésta es una cuestión de imputación, regulada por el art. 819, que tiene distinta finalidad que los arts. 1035 y ss.

(108) En este sentido ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*. Milano, 1942, pp. 75 y ss.

Normalmente, la doctrina considera que colación e imputación son cuestiones distintas; y, efectivamente, así es. La imputación tiene por misión encajar las disposiciones gratuitas del causante en los tres tercios en que contablemente se divide el caudal computable (legítima estricta, tercio de mejora, tercio libre), con el fin de salvaguardar la legítima de los herederos forzosos.

Por su parte, la colación, como ya hemos señalado, se dirige a que el valor de las liberalidades *inter vivos* del causante hechas a los herederos forzosos se reparta en proporción a la cuota en la que han sido instituidos.

Sin embargo, aunque imputación y colación sean cuestiones distintas, están indudablemente relacionadas, desde dos puntos de vista:

* Ante todo, porque toda donación hecha a un legitimario se imputa en su legítima (art. 819), pero si es instituido heredero, y concurre con otros de la misma clase, también se colaciona (art. 1035). La razón de esta doble implicación es que, desde el Derecho romano, la colación se concibe en las leyes presuponiendo que la legítima está ya cubierta con otras disposiciones testamentarias, con lo que las liberalidades hechas en vida no tienen por función cubrir la legítima (imputación). De esta manera, el problema que exclusivamente resuelve la colación es si el valor de las donaciones quedará sólo para el donatario, o bien habrá de repartirlo con los demás coherederos legitimarios.

Ahora bien, puede suceder que el heredero obligado a colacionar no complete su legítima si no es contando (imputando), íntegra o parcialmente, la donación recibida con la cualidad de colacionable. En este caso, la colación supondría que el colacionante viera disminuida su porción en el caudal computable y no se respetara su cuota legítima. Ante ello, no parece que haya de acudir a una acción de suplemento, sino que, por imperativo del artículo 819.1, habrá de imputarse todo lo recibido en su cuota legítima y no procederá entonces la colación. De ahí que las normas sobre colación la establezcan «a salvo las legítimas» (arts. 1037, 1038 y 1042).

Por tanto, aunque en principio la colación debe ser una operación contable previa a la imputación, y una vez hecha aquélla se procede a ésta, en el caso de que la colación perjudicara la legítima del colacionante, se daría «marcha atrás» respecto de la colación; y en el supuesto de que los demás legitimarios herederos tampoco hayan recibido totalmente su legítima, no acudirán a la colación de su colegitimario, sino a una acción de suplemento.

Así que podríamos decir que, en cierto modo, la acción de suplemento del legitimario nombrado heredero empieza por la no colación de lo que debería colacionar. Por esto, cuando la ley XXIX de Toro se disponía que la hija había de colacionar lo recibido en virtud de dote, tal colación en realidad nunca se producía pues la dote no podía ser superior al valor de su cuota legítima, de manera que no había verdaderamente colación,

sino imputación. Esto explica con facilidad la confusión entre colación e imputación en la doctrina anterior al Código.

Parece, pues, que la colación de las liberalidades *inter vivos* sólo se realizará efectivamente si el donatario tiene por algún otro título (incluida, p. ej., la colación de otro hermano) bienes suficientes para llenar su legítima. En la medida en que no los tenga, no se producirá.

Veamos un ejemplo: el causante tiene tres hijos y el caudal relicto es 900. Nombra a «A» heredero en 2/5; a «B» en otros 2/5; y a «C» en 1/5. De esta manera «A» recibirá 360, «B» 360 y «C» 180.

En vida, el causante hizo a «C» una donación colacionable por valor de 90. El caudal computable es 990. Si realizamos la colación normalmente, «A» recibirá en total 396, «B» 396 y «C» 198. Como la legítima larga individual es 220, a «C» le faltan 22 para completar su legítima.

Ante esta situación, caben dos soluciones. Vamos a ver primero la que propugnamos, conforme a la aplicación preferente del art. 819 sobre las normas de la colación y sobre las de suplemento de legítima en sentido estricto (art. 815).

1. A «C» se le imputan 40 unidades de la donación a su legítima. Ya tiene sus 220 (180 + 40); quedan, pues, 50 a repartir conforme a la cuota hereditaria de cada cual. «A» recibirá $360 + 20 = 380$; «B» $360 + 20 = 380$; «C» $180 + 40 + 10 = 230$.

2. Si optamos por aplicar la colación en todos sus extremos, y luego suplir conforme al art. 815, la solución sería esta: se reduce la institución de heredero de «A» y «B» en 11 cada uno, hasta completar los 220 de «C». Por tanto, «A» recibiría $360 + 36 - 11 = 385$; «B» $360 + 36 - 11 = 385$; y «C» $180 + 18 + 22 = 220$ (1).

O sea, en el segundo caso el colacionante sólo recibe su legítima estricta, mientras que en el primero recibe un poco más.

La solución 1 es la que parece más adecuada conforme al carácter preferente de las normas de imputación sobre las de colación, y atendiendo también a que la colación desempeña su función natural dentro del tercio libre, mejor que dentro de los tercios legitimarios.

Además, si se hubiese instituido a un extraño, con la aplicación de la acción de suplemento la cuota de éste se vería mermada, mientras que con la aplicación preferente del art. 819, no.

* La implicación entre imputación y colación se puede dar, además de en el caso anterior, en este otro: Aunque la colación no se dirige a salvaguardar la legítima, desde el punto de vista práctico también

(1) Como es lógico, en todos los casos la colación se hará por toma de menos de «C»; sin embargo, exponemos las distintas operaciones de esta otra manera para resultar más claros.

puede servir para que se cubra la legítima, no del donatario, sino de los coherederos legitimarios beneficiados con la colación. Así resultará en el caso de que un heredero forzoso reciba por su título hereditario una atribución inferior de su cuota legitimaria, pero que la misma sea completada con la colación de la liberalidad recibida por su coheredero (2).

B) DISPENSA DE COLACION CUANDO EL DONATARIO NO HA RECIBIDO LO QUE POR LEGITIMA LE CORRESPONDE

Aclaradas las cuestiones previas anteriores, vayamos ahora con la dispensa de colación y su imputación.

A nuestro juicio, la dispensa de colación es una disposición *mortis causa* del causante que sólo es eficaz si éste ha dispuesto sobre el resto de su sucesión, en especial respecto de las legítimas, de modo que sea compatible con aquella dispensa.

— Así, el primer caso que se puede plantear es que el causante done con dispensa de colación, y luego instituya al donatario en el testamento en una cuota que represente una cuantía inferior a la que por legítima le corresponde. En esta situación, la liberalidad dispensada se aplica ante todo a cubrir la legítima (3) (art. 819, y preferencia de las normas de imputación sobre las —legales o voluntarias— de la colación). Como dice el art. 815, la acción de suplemento se produce respecto a lo que el causante haya dejado «por cualquier título». Está claro que para el Código es más importante cubrir la legítima que mantener la igualdad o proporción entre las cuotas; y también es más importante mantener en lo posible las atribuciones realizadas por el causante que la igualdad o proporcionalidad. Por consecuencia, la dispensa sólo es realmente eficaz cuando el resto de las disposiciones testamentarias permiten que lo donado se impute al tercio libre.

(2) Este efecto de la colación se olvida a veces. Sí lo aprecia LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 479, que plantea el siguiente caso: un padre que posee 900 dona 125 a su hijo Primus en el momento de casarse; posteriormente, dona 100 a su amigo Ticio. Viene luego a peor fortuna y fallece habiendo instituido herederos a sus 4 hijos y con un caudal de 75. Cada uno de los hijos tiene una legítima de 50, y entonces, según este autor, para pagar la de los tres últimos hermanos, no bastando el caudal, la donación de Ticio se reduce en 75. Finalmente, si fuera Primus el último donatario y Ticio el primero, se reduciría la donación a Primus quedando éste con 50, igual que sus hermanos.

No obstante, si admitimos que la colación implica la aportación del exceso sobre la cuota hereditaria (sentencia de 17 de marzo de 1989), se colacionarán los 125 recibidos por Primus, y cada uno de los hijos percibirá los 50 que constituyen su legítima larga.

(3) Así opina también DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pp. 175 y 176.

— Si en vez de instituirlo en una cuota menor de lo que le corresponde por legítima, ni siquiera menciona al donatario en el testamento (4), o lo deshereda, *a priori* no hay cuestión de colación por faltar uno de sus presupuestos: la condición de heredero. No obstante, podría plantearse el problema de que, preterido o desheredado injustamente, pueda hacer valer sus derechos como legitimario, y entonces la opinión más común es que sucede a título de heredero ¿Qué efectos tiene entonces la dispensa de colación? En realidad, estamos en el mismo caso que el anterior, de manera que la dispensa no producirá ningún efecto; la donación dispensada se imputa a la legítima (arts. 819 y 815) y la acción de preterición intencional o de desheredación injusta le va a otorgar la condición de heredero en la medida que le falte para cubrir la legítima partiendo del valor de la donación ya recibida.

En consecuencia, de todo lo anterior podemos deducir que las cuotas en que contablemente se divide el caudal computable a efectos de la legítima no son compartimentos estancos a la hora de salvaguardar la legítima, sino que, por el contrario, las disposiciones del causante sobre la imputación se respetarán en tanto haya dispuesto de manera que dicha legítima quede cubierta para todos los herederos forzosos. Por ello, algunos autores consideran que la dispensa de colación no es propiamente un acto dispositivo, sino más bien una orden de distribución sucesoria de la liberalidad realizada previamente (5).

C) DISPENSA DE COLACION CUANDO TODOS LOS LEGITIMARIOS HAN RECIBIDO SU LEGITIMA ESTRICTA

Finalmente, si el causante ha respetado en sus diversas atribuciones gratuitas la legítima de todos los herederos forzosos ¿dónde se imputa la donación dispensada? ¿supone una mejora o ha de imputarse necesariamente al tercio libre?

Para resolver estas preguntas, no hay más remedio que volver a referirse a las relaciones entre colación e imputación. Desde nuestro punto de vista, en toda la porción legitimaria existe una voluntad evidente en la ley de mantener la igualdad. En realidad, la igualdad en la legítima estricta se produce necesariamente por ministerio de la ley, de for-

(4) En ese caso podríamos pensar que hay preterición, y tal vez sea así. El problema es que la pretención intencional ha quedado muy desdibujada tras la reforma de 1981, pues sus efectos son exactamente los mismos que los de la acción de suplemento; de manera que aquélla ha dejado de tener una sanción especial por no respetar la dignidad de heredero del legitimario. Por su parte, la preterición no intencional se justifica ahora, más que en la falta de respeto a la dignidad de heredero, en la búsqueda de la verdadera voluntad del causante, que no habría dispuesto de esa manera si hubiera conocido la existencia del legitimario preterido.

(5) Así, BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1992, p. 84; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, p. 64. *Vid. infra*, capítulo III, I, A).

ma imperativa. En el tercio de mejora, la igualdad es el régimen dispositivo, pero que puede ser derogado por la voluntad del causante. Ahora bien, la intención de la ley de mantener la igualdad se manifiesta en que toda donación se imputa en la legítima larga (art. 819), y en la necesidad de que la mejora haya de ser expresa (arts. 825 y 828 C.c.) (6); de lo contrario, surge la posibilidad de interponer una acción de inoficiosidad.

Por ello, en el caso de que una donación a un legitimario haya de reducirse por perjudicar la cuota de mejora no empleada en mejorar (es decir, en el caso de que no sea mejora y siga siendo legítima), la reducción se hará justo en la medida necesaria para que cada uno reciba exactamente lo mismo que los demás en los dos tercios legitimarios, y no en la proporción en que cada uno haya sido instituido, como sucede en la colación.

De ahí que, respecto de las donaciones imputables en los dos tercios de legítima, no cabe hablar de colación o dispensa en sentido técnico estricto; el freno a la desigualación viene dado por la imperatividad de la igualdad en toda la legítima estricta, y por la exigencia de que la mejora sea expresa. Además, colación y mejora son lógicamente incompatibles (7), pues la primera significa repartir y la segunda desigualar.

Sin embargo, como el legislador es partidario de la igualdad entre los legitimarios en todo el caudal computable (y no sólo en la legítima), el mecanismo que utiliza para favorecerla fuera de la porción legitimaria es precisamente la colación: todo lo que se reciba gratuitamente *inter vivos* del causante ha de ser repartido entre los colegitimarios (8).

En el Derecho francés —ordenamiento en que se inspiró el Código en este punto— se ve claramente que la colación o su dispensa sólo puede afectar a la parte libre y no a la reserva, pues de ésta no puede disponerse, sino que está ya reservada por la ley. Sin embargo, en nuestro Derecho, la posibilidad de desigualar dentro de la legítima —la mejora— ha complicado a veces el entendimiento de la colación por la doctrina y los Tribunales.

(6) Recordemos de nuevo los comentarios de GARCÍA GOYENA. En el artículo 657, que establecía la necesidad de que la mejora *inter vivos* fuera expresa, decía que «La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como anticipación o pago a cuenta de aquélla; en esto a nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica a los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador». En el art. 660, según el que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare de la parte disponible entre herederos forzosos», observaba que, si no consta claramente la voluntad del mejorante, «debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos y quiso más bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer en favor de extraños».

(7) DE LA CÁMARA. *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid, 1990, p. 387.

(8) No obstante, tal mecanismo técnico, como ya señalamos, no realiza perfectamente la igualdad, pues el reparto del valor de lo donado se realizará en la misma proporción que las respectivas instituciones de heredero.

Por tanto, volvemos a recalcar, la función de igualdad dentro de la legítima la realiza la no presunción de mejora, y la consecuente inoficiosidad de las atribuciones que no la respeten. Contrariamente, dentro del tercio libre, esa función la realiza la colación; en realidad, parece que al no tener la colación como finalidad la salvaguarda de las legítimas, la dispensa sólo puede ser eficaz fuera de los dos tercios legitimarios (por ello, también se puede dar en los Derechos donde no hay legítima, como el navarro) (9).

Así pues, la colación y su dispensa sólo entran en juego cuando el causante ya ha satisfecho mediante otras atribuciones la legítima del donatario. En el caso de que se dispense de colación, pero no esté cubierta la legítima, tal dispensa no tiene efecto alguno, ya que en este supuesto ha de entenderse que lo donado con dispensa ha de imputarse en la legítima, pues las normas sobre imputación son imperativas, mientras que las disposiciones —legales o voluntarias— sobre colación sólo se aplican una vez que se haya satisfecho aquélla.

Si lo donado con dispensa excede del tercio libre ¿se imputa sucesivamente en el de mejora? La doctrina que se ocupa, escasamente, del problema suele aducir que mejora y tercio de libre disposición tienen, respecto de los descendientes, la misma consideración; de manera que si el valor de la donación dispensada excede del tercio libre, se imputará en la mejora (10). Se defiende tal postura sobre la base de los siguientes argumentos:

— que «el fundamento de la dispensa de colación es el mismo que el de la mejora, cuando el donante sea un padre y los donatarios hijos. Es todo acto de dispensa de colación una verdadera mejora disfrazada, y tan sostenible en principios y en las leyes como lo es la facultad que al padre se le concede de premiar méritos, atenuar desigualdades y recompensar servicios en favor de uno o varios de sus hijos, que es lo que toda mejora supone» (11).

— que cuando el art. 825 habla de mejora, lo hace en un sentido amplio, incluyendo la cuota de mejora en sentido estricto y el tercio libre; ello es conforme con la legislación de Toro y con el Proyecto de Código civil de 1851.

(9) En este sentido, afirma GARCÍA-BERNARDO, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, 181: «La dispensa de colación es la imputación de la donación a la cuota libre». Similamente, DE LA CÁMARA, *cit.*, p. 386. Cfr., ROMERO VIEITEZ, *La mejora*, Madrid, 1936, pp. 112 y 113.

(10) DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, 2.^a ed., VIII, Madrid, 1951, p. 556; ROCA SASTRE, *Notas al Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus-Kipp-Wolff, V, 2, Barcelona, 1951, p. 359; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, p. 172; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 200; ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid, 1991, art. 819, p. 730, y art. 825, p. 744; también, aunque con ciertas dudas, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 109 y 110.

(11) SCAEVOLA, *Código civil*, t. XVIII, Madrid, 1901, arts. 1035 y 1036, p. 143.

— que la herencia del ascendiente no hay que entenderla dividida en cuotas incommixtibles. «No teniendo este carácter los tercios hereditarios, la voluntad del testador podrá extender sus disposiciones indistintamente de una a otra porción ideal, mientras no rebase los límites que legalmente la acotan. Y de los artículos 636 y 656, en relación con los artículos 806, 808 y 823, resulta que las donaciones otorgadas a favor de descendientes no tienen otra limitación que la legítima estricta de los demás descendientes». En este sentido, sería aplicable por analogía el art. 828 (12).

En nuestra opinión, ciertamente, si el causante dona con el carácter de mejora o con dispensa de colación, normalmente ha de querer que, si el valor de lo donado excede de la cuota a la que se ha referido (tercio libre o mejora), la desigualdad entre colegitimarios se extienda a todo el valor de lo donado (13). Ahora bien, lo que no está en absoluto claro es que eso lo permita sin más la ley, y que la voluntad del causante sea en todo y para todo el eje de la sucesión (a despecho del art. 675).

Este problema requiere un examen detenido de los antecedentes legislativos y del proceso de elaboración del Código. En las Leyes de Toro, respecto de los hijos y descendientes, el tercio de mejora y el quinto de libre disposición tenían un tratamiento conjunto, empleándose por la doctrina y las leyes la expresión «tercio y quinto de mejoría» (leyes XIX, XX, XXI, XXII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXIX, XXXI de Toro); de ahí que la alternativa no fuera colación o dispensa, sino colación o mejora.

El Proyecto de 1851 siguió considerando, en general, ambas cuotas conjuntamente, respecto de los descendientes (arts. 657 a 660). Por ello, García Goyena consideraba la imputación de las donaciones a la legítima, y no a la mejora (art. 657), como el contrapunto de la colación (art. 882); correlativamente, consideraba la presunción de mejora de lo dejado en testamento (art. 659) como el contrapunto de la no colacionabilidad de las atribuciones testamentarias (art. 882) (14).

Sin embargo, a diferencia de sus antecedentes, el Código de 1889 ha distinguido nítidamente entre el tercio de mejora y el libre, suprimiendo todas las referencias conjuntas a los mismos a propósito de las donaciones a los legitimarios. En este sentido, es fundamental la elimi-

(12) VALLET DE GOYTISOLO. «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición». *AAMN*, VIII, Madrid, 1954, pp. 114 y 115; igualmente en *Estudios ...*, IV, *cit.*, pp. 409 y ss. En este sentido también, PUIG BRUTAU, *cit.*, pp. 41 y 42; LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones*, I, 2.^a ed., Bilbao, 1992, p. 159; RIVAS MARTÍNEZ. *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 2.^a ed., Madrid, 1992, pp. 216 y 217.

(13) Aunque, como dice LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 109 y 110, será una cuestión de interpretación si la voluntad de desigualar se extiende del tercio libre a la cuota de mejora. En igual sentido LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *Derecho de sucesiones*, por Capilla *et altri*, Valencia, 1992, p. 365.

(14) *Cit.*, t. II, pp. 105, 106, 252 y 253.

nación del párrafo segundo del art. 657 del Proyecto (actual 825), que, al regular la donación en concepto de mejora, establecía que «para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambas». La razón de esta alteración parece que estriba en que actualmente la mejora no puede atribuirse al tercio libre.

Igualmente, se eliminó el art. 660, según el que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos». También, en esta línea, se sustituyó el art. 659 («Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado») por el actual 828: «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre».

Finalmente, el actual artículo 829 (muy distinto del 661 del Proyecto) establece que, en el caso de mejora en cosa determinada, «Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados». Este precepto, que la doctrina suele tratar sólo a propósito de las disposiciones testamentarias, es también aplicable a las donaciones, como se desprende claramente de su antecedente, la ley XIX de las de Toro, que se refiere a la mejora hecha en cosa cierta por el ascendiente «en vida o al tiempo de su muerte» (15).

A pesar del tenor literal del artículo, la doctrina más reciente se inclina por considerar que la falta de referencia al tercio libre es un «descuido del legislador que puede salvarse mediante la interpretación» (16). A nuestro juicio, esto es insostenible; el Anteproyecto del libro III del Código admitía la mejora en cosa determinada «con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a la mejora, de la cuota disponible y de la parte de legítima correspondiente al mejorado ...» (17). El cambio

(15) Conforme, LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*. Madrid, 1961, p. 106; VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XI, 2.^a ed., Madrid, 1982, art. 829, p. 377.

(16) LACRUZ, *Elementos*. V, *cit.*, p. 514; VALLET DE GOYTISOLO, «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición», *AAMN*, VIII, 1954, pp. 73 y ss.; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*. Madrid, 1961, pp. 128 y ss.

(17) *Vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 4.^a, vol. I, Madrid, 1965, p. 250. En la misma línea, la ley XXVI de Toro disponía «que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni a él ni a otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legitima de que debian aver de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en más».

de redacción, desechando la posibilidad de que la mejora se impute por el exceso al tercio libre, está claro que se debe a una intención deliberada del autor de la norma, aunque sea discutible cuál (18).

¿Cuál es la razón de todas estas modificaciones? Sabemos que el ponente de la sección «De las mejoras» en el Anteproyecto de Código fue D. Benito Gutiérrez (19). Este, en su obra *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, se queja de que las Leyes de Toro permitieran la confusión —y acumulación— entre el tercio de mejora y el quinto libre: «La ley del Fuero Juzgo distinguió entre el tercio de mejoría y el legado de quinto: la presente (ley; se refiere al Fuero Real) estuvo muy en su lugar prohibiendo su acumulación. Hoy se reúnen por mala inteligencia de los legisladores de Toro que dieron al quinto el nombre de mejora, sin corresponderle, y lo que es peor, suponiendo que un mismo hijo pudiera recibir ambas mejoras, pero Montalvo, el comentador del Fuero de las Leyes, no pudo dudar un momento que la preinserta terminantemente lo prohibía» (20).

De manera que, siendo este jurista el ponente de la sección dedicada a las mejoras parece poco verosímil que la supresión del art. 656 y del párrafo segundo del art. 657 del Proyecto de 1851 se deba a incuria del legislador. Por el contrario, parece más bien que el Código civil ha eliminado intencionadamente todas las referencias que el Proyecto hacía de forma conjunta a la mejora y a la parte de libre disposición (21).

En fin, la razón de estas modificaciones sólo puede ser una: la desvinculación, y el consiguiente rechazo a que las liberalidades *inter vivos* alteren la igualdad entre los legitimarios (salvo disposición expresa del causante), que era precisamente la práctica corriente en la Edad Moderna (22).

(18) Además, ello concuerda con que, simultáneamente, se sustituyó el art. 813 del Anteproyecto —«Lo dejado por el testador a uno de los hijos o descendientes, se reputará mejora, aunque no le dé este nombre»— por el definitivo 828. Sobre el momento de estas reformas, *vid.* LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, vol. I, s.f., p. 564.

(19) Según nos cuenta LASSO GAITE, *cit.*, vol. I, p. 551.

(20) T. III, 4.^a ed., Madrid, 1875, p. 516.

(21) GUTIÉRREZ falleció en 1885, con lo que no pudo ser el autor de las modificaciones de los arts. 828 y 829 actuales —decididas en el último momento—, pero sí parece que la Comisión siguió las pautas diferenciales marcadas por el Anteproyecto respecto del Proyecto de 1851.

(22) Con todo, no se nos oculta que el Código amplió notablemente la libertad de testar respecto del Proyecto de 1851. Sin embargo, legítima amplia e igualdad no son dos realidades necesariamente paralelas (así, Derechos aragonés y vizcaíno). En este sentido, parece que los miembros de la Comisión, aún encorsetados por la Base que imponía la división del caudal computable en tres partes, hicieron lo posible por mantener la tendencia desvinculadora e igualadora empleando para ello todos los mecanismos técnicos que tenían a su alcance.

Por tanto, consideramos que, en cuanto a la salvaguardia de las legítimas, los tercios de imputación son, desde luego, perfectamente conmixtibles. Sin embargo, cuando las atribuciones *inter vivos* del causante rompen la igualdad entre los legitimarios, la ley fija un dique entre el tercio de mejora y el libre, dique que sólo puede ser salvado por el causante repitiendo la orden de desigualación que había establecido en un tercio (mejora o libre), en el otro (23). Así, si dona con dispensa de colación, y el valor de la liberalidad excede del tercio libre, el exceso se reduce por inoficioso (siempre que esté cubierta la legítima estricta del donatario) (24) (25).

Por el contrario, si impone *inter vivos* que una donación se impute al tercio de mejora, y luego su valor excede de dicho tercio, la cuestión es más compleja, por la incidencia del art. 829. Parece que si la donación excede del tercio de mejora, y el tercio libre no está cubierto por otras atribuciones, el exceso se colaciona (siempre que se den sus presupuestos). Esta nos parece la interpretación más plausible, pues si no se ha dispuesto del tercio libre, no existe ningún interesado directa-

Por otra parte, GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», *RDP*, XLVII, 1963, p. 974, nota 35, opina que la diferencia que existe en el Código entre la imputación de donaciones y legados radica en que en el momento del testamento, el testador puede apreciar si el legado sobrepasa el tercio libre. «En cambio, al hacer la donación el donante no puede saber si en el futuro ella excederá o no del tercio libre lo cual dependerá de circunstancias ajenas a su voluntad e imprevisibles en el momento de otorgarla». Es una buena razón complementaria, pero creemos que la principal sigue siendo la desvinculación.

(23) La compartimentación de los tercios es especialmente clara respecto de las atribuciones *inter vivos*, lo que concuerda con el rechazo de los pactos sucesorios; por ello, no creemos que proceda la aplicación analógica del art. 828.

(24) Un ejemplo: el causante tiene tres hijos, «A», «B» y «C». Siendo el caudal relicto 50, nombra a sus tres hijos y a su amigo «D» herederos por partes iguales. Por tanto, cada uno percibe 12'5 unidades.

En vida, el causante donó 50 a «A» con dispensa de colación. Consiguientemente, la legítima larga individual es de 22'2, y a «B» y «C» les faltan 9'7 respectivamente para completarla.

Como la acción de reducción comienza por la institución de heredero, «A» y «D» pierden 9'7 de su respectiva cuota hereditaria, de manera que la cosa quedaría así: «A»: $12'5 - 9'7 + 50 = 52'7$; «B»: $17'5 + 9'7 = 22'2$; «C»: $12'5 + 9'7 = 22'7$; «D»: $17'5 - 9'7 = 7'7$.

(25) En este sentido, GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», *RDP*, XLVII, 1963, p. 974; GARCÍA-BERNARDO, *cit.*, pp. 187 y 188; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, pp. 143 y 144. También lo acepta así, aunque criticando el sistema del Código, URIARTE, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil», *RCDI*, V, 1929, pp. 334 a 336.

Incorrectamente, SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1036, p. 7440, considera que el exceso se colaciona; en nuestra opinión, no puede ser así, pues si la donación excede del tercio libre lo que se perjudica es la legítima larga, porción del caudal en que la distribución se hace por partes iguales, y no conforme a la cuota en que cada legitimario ha sido instituido; además, puede que algún legitimario haya sido pagado con un legado, en cuyo caso no participaría de esa colación.

mente en la reducción de la donación; sin embargo, los demás coherederos legitimarios sí tienen derecho a que se mantenga la proporcionalidad en sus atribuciones en cuanto al exceso sobre la mejora (26).

En el caso de que el tercio libre esté ya ocupado por otras atribuciones, parece que ha de aplicarse literalmente el art. 829: o sea, el abono en metálico del exceso.

Toda esta argumentación tiene el inconveniente de encorsetar la voluntad del causante de modo que tal vez se considere absurdo. Sin embargo, en lo referente a las disposiciones a favor de los legitimarios que contraríen la igualdad hay que poner en cuarentena la afirmación de que la voluntad del causante ha de prevalecer por encima de todo, y que el deseo legislativo de igualdad no tiene eficacia alguna. Desde nuestro punto de vista, en nuestro Código hay un ideal igualitario entre los legitimarios (especialmente, respecto de las atribuciones *inter vivos*) que se extiende a todo el caudal; y para contrariarlo, es necesario que el causante disponga expresamente quebrando dicha igualdad.

Para terminar este apartado vamos a referirnos a las órdenes de imputación al tercio libre y a la legítima estricta. Si el donante dispone que se impute lo donado al tercio libre ¿implica esto dispensa de colación? La cuestión es compleja, y parece conveniente responderla desde dos puntos de vista distintos.

En primer lugar, creemos que las órdenes de imputación del causante excluyen el juego de la colación o su dispensa. La imputación es preferente a la colación, de manera que si causante ordena imputar una donación en cualquiera de los tercios computables está excluyendo lo atribuido del caudal partible entre los legitimarios, y en ese caso no cabe plantearse siquiera el problema de la colación o su dispensa.

En segundo lugar, creemos que la imputación a la parte libre desigual favorablemente al gratificado. La razón es de pura similitud con la imputación al tercio de mejora: Cuando el donante dispone que una donación se considere mejora, está claro —en su intención, y en el Código— que el valor de lo donado no se imputa en su cuota viril del tercio de mejora, sino que lo recibirá *extra* como forma de desigualación, participando luego con sus colegitimarios en la cuota restante no empleada en mejorar.

Correlativamente, cuando se dispone la imputación de una liberalidad al tercio libre parece que hay que entender —según la ley y la voluntad del causante— que se recibe tal valor exclusivamente, pero participando, por el contrario, de la colación de los otros herederos forzosos. Esta in-

(26) En contra, LÓPEZ JACOISTE, *cit.*, pp. 158 a 161, considera que si no se ha dispuesto del tercio libre, no puede haber ningún interesado en el mismo. Sin embargo, en nuestra opinión, si la mejora es simultánea a la donación, si existen unos interesados: los demás legitimarios, pues ya hemos señalado que el deseo legislativo de igualdad entre herederos forzosos se extiende a todo el caudal (ese es el sentido último de la colación), y no sólo a la porción legítima.

terpretación resulta reforzada por el hecho de que, bajo las leyes de Toro, la imputación al quinto libre suponía siempre desigualación (27).

Finalmente, si el causante dispone la imputación de lo donado a la legítima, parece que el exceso sobre la misma se colaciona, a menos que resulte evidente su voluntad de que se impute exclusivamente en ese tercio (28).

D) IMPUTACION Y COLACION DE LAS DONACIONES HECHAS A LOS ASCENDIENTES

En cuanto a la dispensa de colación de las donaciones hechas a los ascendientes cuando sean legitimarios efectivos, valen en general los mismos criterios que hemos utilizado en las páginas anteriores. Cabe destacar, no obstante, que, como en este caso no existe cuota de mejora, los problemas se simplifican grandemente.

CAPITULO TERCERO

EL ACTO DE DISPENSA

En el tercer capítulo del presente trabajo vamos a considerar definitivamente el acto de dispensa. Ante todo, ¿qué significa dispensar de la colación? Supone simplemente que el dispensado no habrá de repartir con los demás coherederos legitimarios el valor de las liberalidades recibidas del causante *inter vivos*. Por tanto, la sucesión hereditaria se desarrollará en principio como la si donación no hubiera tenido lugar (1).

I. NATURALEZA DEL ACTO DE DISPENSA

A) LA DISPENSA COMO ACTO *MORTIS CAUSA*

Una vez dado un concepto inicial y aproximativo de la dispensa, parece necesario caracterizarla. Es primordial, sobre todo, calificarla, bien como acto *inter vivos*, bien como acto *mortis causa*. Ello nos ayu-

(27) En la sentencia de 19 de julio de 1982 se da por supuesto que la imputación de una donación al tercio libre excluye la colación.

(28) Asimismo, LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 512.

(1) En el mismo sentido, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 244; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 570.

dará a determinar el régimen jurídico del negocio o acto de dispensa, el momento en que se puede realizar, el documento al que se incorpora, la necesidad de aceptación, su revocabilidad o no. Por otra parte, esta labor no es posible sin referirnos a las relaciones que median entre la donación y la manifestación de dispensar: si se trata de un único negocio, o de dos negocios coligados, y en este caso, de qué tipo es el ligamen que les une.

Comenzaremos por estudiar, aunque sea limitadamente, la cuestión de la diferencia entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*: La sucesión por causa de muerte es una exigencia, ante todo, de la continuidad de las relaciones jurídicas, que normalmente no pueden quedar extinguidas por la muerte de una de sus partes. Con base en ello, se considera acto a causa de muerte aquél que tiene su razón de ser en la muerte del que lo realiza, y que produce efectos tras su fallecimiento. Más específicamente, será *mortis causa* el acto que tenga por objeto regular —derogando así el régimen legal supletorio— el vacío que se produciría en las relaciones jurídicas de una persona por consecuencia de su muerte. Como señala la doctrina, la muerte es el punto de origen de la situación regulada y elemento de individualización del objeto del negocio (2).

Dentro de este tipo de negocios se distinguen, por una parte, los actos de última voluntad —cuyo supuesto básico sería el testamento— y, por otra, los pactos y contratos sucesorios. Los pactos sucesorios son, *grosso modo*, aquéllos en que una persona se vincula irrevocablemente acerca del destino de sus propias relaciones jurídicas para después de su muerte (pactos institutivos), o bien sobre los posibles derechos en la futura herencia de otra persona aún viva (pactos renunciativos y sobre la herencia de un tercero). El Código civil rechaza en principio su validez (arts. 1271, 816, 991), salvo ciertas excepciones expresamente establecidas (3).

(2) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 40. Define el acto a causa de muerte como «aquél que tiene por función regular relaciones y situaciones que vienen a formarse de modo *originario* con la muerte del sujeto o que de su muerte toman (*traggono*) una calificación autónoma» (p. 41). A este autor vamos a seguir especialmente en la exposición de las líneas que siguen.

En el mismo sentido que el anterior, JORDANO BAREA, «Teoría general del testamento», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. Ignacio Serrano y Serrano*, t. I, Valladolid, 1965, p. 433 (también en *RDN*, XXXVII-XXXVIII, 1962, pp. 57 y ss).

De todas formas, si en principio parece asequible la caracterización del *acto mortis causa*, luego no lo resulta tanto al estudiar distintas figuras concretas, como, por ejemplo, las donaciones *mortis causa*. Tales dificultades se pueden apreciar en las obras anteriormente citadas, así como en aquéllas que tratan de determinar la extensión de los pactos sucesorios.

(3) Más detenidamente sobre los pactos sucesorios, *infra*, D).

Por su parte, el acto de última voluntad se caracteriza sobre todo porque, dirigiéndose a regular relaciones *mortis causa*, expresa la última voluntad del disponente con eficacia jurídica. Voluntad que se califica de última pues, al poder cambiarla el causante cuantas veces desee, se ha de suponer que la última declaración conservada expresaba su última voluntad, ya que en caso contrario lo habría manifestado mediante el otorgamiento de nuevas disposiciones (a diferencia de la institución contractual, en la que la voluntad quedó fijada irrevocablemente). No obstante, en realidad se trata de la «última» voluntad expresada en la forma y con los requisitos que el Derecho exige, de manera que no se puede pretender la ineficacia de las disposiciones del causante con el argumento, incluso demostrable, de que éste cambió de voluntad después del testamento y antes de su muerte. Tal prueba no es admisible, pues dicha voluntad, aun existente, no se ha manifestado por los medios formales a los que el Derecho reconoce relevancia y efectividad. Sólo en este sentido es en el que hay que entender que la voluntad es última (4).

Por tanto, podemos considerar que la calificación *mortis causa* se refiere al aspecto funcional del acto (va a dirigido a regular la continuidad de las relaciones del causante), mientras que la calificación como acto de última voluntad se refiere más limitadamente, dentro de los actos a causa de muerte, al modo en que la manifestación afecta a los terceros: es decir, el acto en principio se considera perfecto respecto del causante, pero *in itinere* respecto de los terceros, los cuales no pueden reclamar la producción de ningún efecto, ni siquiera preliminar, para proteger su débil expectativa (5). El acto de última voluntad por excelencia reconocido por nuestro Ordenamiento es el testamento.

Como contrapunto del acto *mortis causa*, las leyes y la doctrina suelen presentar el llamado acto *inter vivos*. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales, no parece posible llegar a una caracterización positiva de los mismos. Podría considerarse acto de esta clase aquél que se realiza entre sujetos vivientes en el momento de su perfección, vinculándose desde entonces irrevocablemente; no obstante la debilidad de esta conceptualización se manifiesta en que los llamados pactos sucesorios se realizan con efectos irrevocables entre sujetos vivientes, pero para que produzcan efectos después de la muerte del instituyente. Con lo que nos encontraríamos ante un acto que simultáneamente es *inter vivos* y *mortis causa*.

La doctrina más reciente pone de manifiesto la falta de homogeneidad de la contraposición, señalando que en el acto *inter vivos* la califi-

(4) ASÍ, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 51; JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 111 y ss., y «Teoría general del testamento», en *Estudios Serrano*, t. I, Valladolid, 1965, pp. 435 y 436; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, 10.^a ed., Barcelona, 1989, p. 162.

(5) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, pp. 52 y 66 y ss.; JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 33 y ss.

cación se refiere al plano de los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto con relación a dichos sujetos; mientras que en el acto *mortis causa* la calificación se refiere al aspecto funcional del negocio: la regulación de las relaciones del causante que no pueden extinguirse tras su muerte (6). De ahí que cada vez más se tienda a considerar el acto *inter vivos* de un modo puramente negativo: aquél que no es acto de última voluntad. De maheza que la contraposición más rigurosa desde el punto de vista lógico y sistemático sería, no la de actos *inter vivos-mortis causa*, sino la de actos *inter vivos*-actos de última voluntad (7); y, desde otro punto de vista, actos a causa de muerte-actos que no son a causa de muerte.

Enfrentándonos ahora a la dispensa de la colación, parece indudable que nos hallamos ante una disposición *mortis causa* (8), que tiene por objeto regular la composición y distribución del caudal partible entre los coherederos legitimarios, careciendo de sentido y efectos dicha dispensa si no es ante el problema de la distribución del patrimonio del causante a raíz de su fallecimiento. No se puede concebir la dispensa sino en función del vacío jurídico que produce la muerte de una persona, y del necesario reparto de su patrimonio entre los herederos legitimarios. De ahí que la dispensa no produzca ningún efecto preliminar antes de la muerte del *de cuius*, y que su eficacia dependa de la cualidad de heredero aceptante del dispensado (9).

En este sentido, la sentencia de 15 de junio de 1929 señala que la colación «concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia» (10).

(6) Así opinan GIAMPICCOLO, *cit.*, pp. 52 y 53; JORDANO BAREA, «Teoría general...», *cit.*, pp. 433.

(7) GIAMPICCOLO, *cit.*, Milano, 1954, p. 55. Sobre sus pasos, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, pp. 250 y 251; JORDANO BAREA, «Teoría general...», *cit.*, p. 435; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, 10.^a ed., Barcelona, 1989, pp. 161 y 162.

En realidad, la única contraposición lógica a *inter vivos* es *inter mortuos* (y perdón por la obviedad, pero a veces parece que se olvida).

(8) Conforme toda la doctrina que trata el problema de la dispensa: DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 277; FORCHIELLI, *cit.*, p. 247; VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, p. 114. Aunque, como siempre, no falta quien lo niega; así, TAMBURRINO, «Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione», en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 771.

(9) BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, p. 84, configura la facultad de mejorar o de dispensar de colación como «un poder o facultad de ordenación patrimonial sucesoria —no como una facultad de disposición— y que, por tanto, actúa y despliega sus efectos en un momento estático, de organización del patrimonio del causante o, con mayor concreción, de ordenación de los actos dispositivos realizados por el causante en vida o en acto *mortis causa*».

(10) Se trataba de una donación hecha por un padre a su hija, que posteriormente entrega lo donado a su marido en calidad de dote. Fallecida la hija sin descendencia, el donante pretende que el yerno le devuelva lo donado en virtud del «derecho de colación».

B) EL ACTO EN QUE SE PUEDE INSERTAR LA DISPENSA

a) *La dispensa en testamento*

Como acabamos de ver, la dispensa de colación parece que hay considerarla dentro de los actos *mortis causa*. Ello se deriva de que tiene por objeto la distribución del patrimonio del causante para después de su muerte. En el Derecho civil común español sólo se reconoce eficacia de manera general a un acto de este tipo: el testamento (11). De ahí podríamos deducir entonces que la dispensa de colación sólo podría realizarse en testamento.

Por su parte, el art. 1036 del C.c. no es muy claro al respecto, y solamente señala que «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente». El precepto, pues, sólo se refiere a la dispensa realizada por el «donante». Parece, entonces, contemplar únicamente el supuesto de que la dispensa se otorgue en el acto de donación.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la dispensa es un acto que tiene por destino determinar el reparto de los bienes del causante entre los herederos forzosos —por tanto, *mortis causa*— nada parece impedir que el donante calle al respecto en el acto de donación, pero que dispense en testamento posterior. En este sentido, el art. 1038 señala que los nietos han de colacionar en la herencia del abuelo lo recibido de éste, «a menos que el *testador* hubiese dispuesto lo contrario».

Así pues, si la dispensa se contiene en el testamento, nos hallamos ante una disposición testamentaria como cualquier otra sujeta a las reglas y preceptos que regulan el testamento en nuestro Derecho (12).

b) *La dispensa simultánea a la donación*

El art. 1036 C.c. contempla como sujeto activo de la dispensa al «donante». Sin embargo, ello no implica necesariamente que pueda ser hecha la dispensa en la donación, pues bien puede referirse el precepto al «donante», pero como la persona que primero donó y ahora hace testamento. No obstante, parece más lógico que si el legislador hubiese

(11) Si bien hay casos especiales: así, la partición por el testador (art. 1056), o el nombramiento de un contador-partidor (art. 1057), que pueden no venir comprendidos en el testamento.

(12) Por el contrario, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 264 y 265 y nota 58, opina que «la dispensa cuando está contenida en el testamento, constituye un negocio autónomo respecto de las otras disposiciones de última voluntad»; le sigue TAMBURRINO, «Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione», en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 777.

querido excluir la dispensa en el acto de donación habría empleado la expresión «testador» en vez de «donante».

Por otra parte, los antecedentes históricos del precepto son claros en el sentido de que la dispensa podía realizarse en el acto mismo de donación (13).

En tercer lugar, se puede defender la aplicación analógica del art. 825, que admite la mejora en el acto de donación.

Por último, la admisión de la dispensa simultáneamente al contrato de donación tiene un poderosa defensa en la economía negocial (14). Admitiéndose la posibilidad de realizar la dispensa en el acto de donación se evita que el donante-causante tenga que realizar con posterioridad un testamento cuyo único contenido sea tal vez la dispensa.

Admitida la dispensa simultánea a la donación, se plantea entonces el problema de la forma de aquélla. Parece claro que en este caso, por excepción, la dispensa seguirá la forma de la donación.

Normalmente, ello no planteará graves dificultades pues el Código civil también prescribe especiales formalidades para el contrato de donación. Así, en la donación de inmuebles —que será el caso más frecuente de donación dispensada— se exige el otorgamiento de escritura pública (art. 633 C.c.).

No obstante, más complejo es el caso de que la donación sea de un bien mueble, en cuyo caso se puede realizar manualmente, o bien en documento privado (art. 632 C.c.). En estos supuestos se plantea un conflicto entre la especial solemnidad que se exige a las disposiciones *mortis causa*, y la forma de estas donaciones, que no exigen tales formalidades, especialmente en la manual, pues la entrega acompaña a la voluntad de donar. Sin embargo, resulta que la dispensa no produce efectos desde luego, sino sólo para el momento de la apertura de la sucesión y la partición; con lo que la voluntad sucesoria quedará manifestada de modo especialmente inadecuado.

A pesar de ello, creemos que si el art. 1036 admite la dispensa en el acto de donación, habrá de admitirse su validez en la misma forma que la donación. Lo cual, por otra parte, plantea el problema de la dificultad de su prueba.

Además de las donaciones, el art. 1035 ordena traer también a colación lo recibido del causante por «otro título lucrativo»; entendemos, pues, que se ha de colacionar el valor de liberalidades que no son propiamente donaciones, como, por ejemplo, el depósito, mandato gratuito, o cualquiera otra prestación de servicios a título gratuito (siempre

(13) De todas formas, los antecedentes históricos a este respecto hay que valorarlos *cum grano salis*, porque la consideración que las Leyes de Toro hacían de las donaciones a legitimarios era completamente distinta a la del Código civil; sobre esto véase el capítulo I.

(14) Así lo indica también FORCHIELLI, *cit.*, p. 250.

que las mismas no constituyan liberalidades usuales o de costumbre, art. 1041) (15). En cuanto a la forma de su dispensa, también parece que pueden seguir la de la liberalidad principal.

Finalmente, en cuanto a las donaciones disimuladas —aparte de su validez o no— su dispensa habrá de realizarse en testamento posterior, pues si se hacen en el momento mismo de la donación el negocio dejaría de ser disimulado (16).

c) *La dispensa en acto posterior a la donación distinto del testamento*

Una buena parte de la doctrina admite sin especial justificación que la dispensa pueda realizarse después de la donación en un acto distinto del testamento, siempre que reúna las exigencias formales de la donación (17). Parece latir en esta opinión la idea de que, aceptada por el legislador la dispensa en el acto de donación, nada impide que se realice posteriormente con las formalidades de ésta.

Tal criterio es, sin embargo, sumamente discutible. En realidad, para tratar el tema no hay más remedio que remitirnos de nuevo a los principios generales sobre la disposición *mortis causa*, y a las razones por las que el art. 1036 acepta la dispensa simultáneamente a la donación. Principio general en nuestro Derecho sucesorio es que no hay más disposición *mortis causa* de contenido patrimonial que el testamento: para aceptar otro acto de este tipo es necesaria una excepción legal. En el caso de la dispensa, ya hemos señalado que el Código admite la dispensa en la donación por razones de pura economía nego-

(15) En esta línea, la sentencia de 3 de junio de 1965 señala que «la ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión “u otro título gratuito” (*sic*), pero en el concepto de “donación” habrá de comprenderse, tanto las que se llaman “propias” incluidas en el artículo 618 del Código Civil, como las “impropias” que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes»; considerando que se repite literalmente en la sentencia de 25 de mayo de 1992.

(16) MIGNOLI, «Se la dispensa dalla collazione debba essere espressa», *RTDPC*, III, 1948, p. 88.

(17) En este sentido, BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 858; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed. por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 386; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, 5.^a ed., Madrid, 1978, p. 171; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, J.A., *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, p. 170; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, ed. 1988, Barcelona, p. 190; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 272; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, 4.^a ed., Barcelona, 1991, pp. 513 y 514; ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989, p. 41; ROMERO VIEITEZ, *La mejora*, Madrid, 1936, p. 116; VALLET, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 502.

Para el Derecho italiano FORCHIELLI, *cit.*, p. 271, admite la dispensa en acto posterior a la donación con plena libertad de forma.

cial: evitar que el causante haya de realizar con posterioridad a la donación un testamento cuyo único contenido sea la dispensa.

Ahora bien, si la dispensa no se dispuso en el acto de donación, el causante ha de realizar un nuevo acto para dispensar. Y en ese caso no se ve la razón por que la dispensa, siendo acto de última voluntad, se puede realizar en forma distinta a la testamentaria. Ha desaparecido el fundamento de economía negocial de la dispensa contenida en la donación, de manera que parece más coherente con los principios generales de nuestro Derecho hereditario que la dispensa ya sólo se puede contener en un testamento (18). En este sentido la ley 3, tít. XV, Part. 6 preveía la dispensa de la donación «quando gela daba, o en su testamento» (19).

C) RELACIONES ENTRE LA DISPENSA Y LA DONACION DISPENSADA

Una vez examinado el acto en el que se puede insertar la dispensa, prosiguiendo metódicamente, la siguiente cuestión que se plantea para determinar la naturaleza de la dispensa es la relación entre la dispensa y la donación (20). Estudiar este problema requiere plantearse las relaciones entre donación y colación, pues, como se ha dicho acertadamente, colación y dispensa no son más que el anverso y el reverso de la misma moneda (21). En principio, podría suponerse que son dos actos tan íntimamente unidos que las vicisitudes de la dispensa no pueden dejar de afectar a la donación, y viceversa. En realidad, la cuestión era planteable en estos términos en nuestro Derecho histórico (y todavía hoy en algunos Ordenamientos modernos, como el francés o el italiano), donde se admitía la colación *in natura*. Es decir, el sometido a colación debía traer a la masa hereditaria los mismos bienes donados, con lo cual era discutible si nos encontrábamos ante una donación revocable, o una donación sometida a una condición resolutoria, si sus

(18) También GARCÍA-BERNARDO, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 181, fundándose en el art. 672.

(19) Por el contrario, el art. 919 del Código francés admite que la dispensa se realice en otro acto posterior, «con la forma de las disposiciones entre vivos o testamentarias». Por aquí puede haber venido la aceptación de nuestra doctrina de una figura que no tiene cabida en nuestro Ordenamiento.

(20) Nos referiremos fundamentalmente a la donación como caso típico de liberalidad que contempla el art. 1035. En cuanto a otras posibles liberalidades como objeto de dispensa, esta cuestión es más bien propia del objeto de colación.

(21) LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, París, 1967, § 309, p. 279.

efectos eran *ex tunc* o *ex nunc*, si la colación se producía automáticamente o más bien creaba una obligación en el donatario, etc. (22).

Sin embargo, el Código civil cambió radicalmente en este punto la configuración de la colación, regulando tan sólo la llamada colación por imputación. Aunque el art. 1035 señala que el colacionante «deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia», claramente dispone el art. 1045 que «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor», de manera que «El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido» (art. 1047). En este sentido, señalaba García Goyena comentando el art. 887 del Proyecto de 1851 que «Este artículo (equivalente al 1045) es el capital de la sección y contiene una novedad importante contraria a la opinion comun de los autores y a casi todos los Códigos» (23).

De esta forma, el Código ha eliminado de raíz todas las discusiones acerca de firmeza de la donación que ha de ser colacionada. De su regulación se deduce con claridad que donación y colación son cuestiones distintas, aunque relacionadas. El hecho de que el donatario haya de colacionar no supone en absoluto que haya adquirido una propiedad sometida a condición resolutoria (24) —cosa que se podría discutir a propósito de la colación en especie—, sino que el bien ha pasado irrevocablemente a su patrimonio, de manera que sus coherederos no tienen en absoluto ningún derecho sobre el bien donado que ya salió del patrimonio del causante. Por ello, lo donado no forma parte en sentido estricto del caudal relicto y no está sujeto a la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia (sentencia de 26 de junio de 1946). En el caso de que la donación colacionable haya defraudado los derechos de los acreedores, éstos disponen de las acciones de protección propias de todo acreedor frente a cualquier donación (especialmente la rescisión por fraude de acreedores). Y en el supuesto de que la donación perjudique la legítima de otros parientes, se producirá la reducción de la misma, pero no *iure collationis*, sino *iure inofficiositatis*.

Por tanto, la dispensa de colación es un negocio dotado de cierta autonomía frente a la liberalidad que tiene como finalidad esencial la composición y distribución del caudal partible entre los coherederos legitimarios del causante-donante una vez que se produzca su fallecimiento (negocio *mortis causa*). Por su parte, la donación es un contrato

(22) Trata ampliamente estos problemas desde el punto de vista del Derecho italiano, que todavía admite la colación *in natura*, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 60 y ss.; para el Derecho francés, LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, París, 1967, §§ 359 y ss., pp. 326 y ss.

(23) *Cit.*, t. II, art. 887, p. 255. También establece la colación del valor el § 2055 BGB.

(24) Esto es lo que interpreta equivocadamente la sentencia, más tarde transcrita, de 21 de marzo de 1902. Por el contrario, la sentencia de 3 de junio de 1965 señala que «la colación no tiende a la impugnación del acto jurídico de transmisión de bienes a que afecta y el que, en principio y normalmente, respeta y tiene por firme».

inter vivos que supone una atribución patrimonial lucrativa como consecuencia de la intención liberal del que lo realiza (art. 1274 C.c.), y que produce plenamente desde luego todos sus efectos, los cuales no pueden ser libremente revocados.

En este sentido, queremos dejar claro que la colación no supone una limitación de la atribución patrimonial operada con la donación, ni la dispensa una liberalidad suplementaria a la donación misma, que la «refuerza» (25). Dispensa y colación sólo afectan a la composición del caudal partible entre los coherederos legitimarios, pero de ningún modo afectan a la donación ya realizada. Ciertamente, la colación tiene como presupuesto a la donación, pero sus efectos se producen *mortis causa* fruto de la condición de heredero aceptante del donatario; por ello, el donatario puede evitar la colación si renuncia a la herencia.

Que donación y dispensa son dos negocios distintos se muestra en el hecho de que requieren un consentimiento propio para cada acto por parte del donante-causante, aunque vayan insertos en el mismo documento. La dispensa no es, como se ha dicho (26), un elemento accidental de la donación como lo sería su carácter modal, pues entonces no se podría entender cómo después de la donación puede el causante dispensar (en el testamento), modificando así la donación previamente realizada, y sin el consentimiento del donatario. De ahí se deduce que, aunque la dispensa fuera un contrato, la aceptación de la sola donación y la renuncia a la dispensa perfeccionaría suficientemente tal donación, pues la dispensa es en sí misma un acto distinto.

Por tanto, la colación no sujeta el bien donado a condición alguna (la cosa ya no es objeto de derecho real o personal alguno), sino que obliga al donatario, en caso de que llegue a aceptar la herencia a título de heredero, a incluir contablemente el valor de la donación entre la masa partible con los herederos legitimarios.

En nuestro Derecho, al menos, la donación es irrevocable en principio, y su objeto pasa definitivamente al patrimonio del donatario, no siendo ya parte del caudal divisible entre los herederos. Lo que sucede es que la colación obliga al gratificado a traer contablemente a la masa un valor que se determina por relación a la donación, y que tiene como presupuesto la donación misma. Pero ésta, en cuanto tal, resulta intangible.

(25) Doctrina bastante común: así, TAMBURRINO. «Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione», en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 765, 766 y 768; FORCHIELLI, *cit.*, p. 248. En Francia, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, VIII, Bruxelles, 1861, n. 226, p. 313; TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, n. 895, p. 863.

Por otra parte, no discutimos ahora que la dispensa sea una liberalidad, sino que sea suplementaria a la donación.

(26) TAMBURRINO, *cit.*, p. 769.

En todo caso, desde un punto de vista meramente económico, podríamos decir que la colación disminuye los efectos de la liberalidad, pero esto no es admisible desde un punto de vista técnico; la donación no está ya técnicamente ligada a la dispensa (la dispensa, en cambio, sí está ligada a la donación, como veremos enseguida).

En definitiva, a nuestro entender, hay que distinguir la donación y la dispensa como actos de naturaleza y finalidad distintas, aunque puedan ser simultáneos y contenidos en un mismo documento. Por ello, ni siquiera en el caso de que la dispensa se decida en el acto de la donación se altera la caracterización de aquélla; no se trata de que la dispensa dispuesta simultáneamente a la donación cambie su naturaleza, sino simplemente de que el Código, por un principio de economía negocial, admite que la dispensa —que en principio, como acto *mortis causa*, sólo podría acordarse en testamento— se pueda realizar a la par que la donación.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la donación y la dispensa sean negocios completamente independientes. Ciertamente, en nuestra opinión, donación y dispensa son actos con naturaleza distinta; pero también es claro que existe cierta conexión jurídica entre los mismos (27)

En realidad, parece que cuando hablamos de donación dispensada nos encontramos ante un supuesto de negocios coligados o conexos, con un ligamen de los se llaman unilaterales (28), pues se da en una sola dirección: la dispensa está ligada a la donación, pero no la donación a la dispensa. De ahí que la donación quede incólume, sea dispensada o no, mientras que la dispensa sí puede quedar afectada por las vicisitudes de la donación.

Quiere esto decir que la donación es plenamente válida y eficaz cualquiera que sea lo que se haya dispuesto respecto de la dispensa, de manera que la validez o invalidez de ésta no puede afectar a aquélla. Por el contrario, la dispensa es un negocio íntimamente ligado a la donación porque ésta es un presupuesto de aquella. No se puede concebir la dispensa si no hay donación a la que dispensar. De manera que si la donación es nula, o resulta revocada, la dispensa aun cuando fuere válida será ineficaz. Por tanto, en este sentido podemos considerar a la dispensa como un negocio accesorio respecto de la donación. La invalidez de la dispensa no afecta a la de la donación, pero la invalidez de la donación lleva consigo la ineficacia de la dispensa.

Así, se pueden plantear diversos supuestos en que dispensada una donación, dicha dispensa quede luego sin efectividad: por ejemplo,

(27) En cambio, para FORCHIELLI, *cit.*, p. 264, «entre dispensa y donación no me-
ria ningún auténtico nexo funcional».

(28) SCOGNAMIGLIO, *Enciclopedia del diritto*, voz «Collegamento negoziale»,
t. VII, 1960, p. 377.

que el dispensado no sea nombrado luego heredero (o se revoque el testamento en que aparecía nombrado como tal); que en el momento de la apertura de la sucesión no haya más legitimario que el donatario; desheredación; renuncia a la sucesión por el donatario legitimario; también el caso de que se dispense de colación a un ascendiente y luego el donante tenga hijos; etc. No se trata en estos casos de que la dispensa sea nula, sino que será ineficaz por faltar los presupuestos de los que depende la aplicación o exclusión de las normas sobre la colación. Pues bien, en todos estos casos, la ineficacia de la dispensa no afectará para nada a la validez y efectividad de la donación.

Además, el régimen de validez y nulidad de una y otra disposición ha de ser necesariamente distinto. La donación se regirá por sus normas generales de invalidez de los contratos, y la dispensa, como disposición *mortis causa* de última voluntad, por la del testamento. Así, por ejemplo, si la declaración de voluntad del donante que dispensa está viciada (art. 1265 C.c.), la donación será anulable en un plazo de cuatro años (art. 1301), mientras que el vicio de la dispensa habrá de valorarse conforme a los vicios de la voluntad testamentaria (arts. 673 y 767), que parecen imponer una nulidad absoluta. De hecho, la donación se puede impugnar durante la vida del donante, mientras que la dispensa, al ser acto de última voluntad, sólo podrá ser impugnada una vez que haya fallecido el causante, pues el beneficiario de la dispensa tiene una mera expectativa en tanto posible heredero, muy distinta del derecho inmediatamente adquirido en cuanto donatario.

Igualmente, la donación y la dispensa de colación tienen regímenes de capacidad distintos. Para hacer una donación de cierta cuantía, el menor de edad necesita la representación o asistencia de los padres (art. 162 C.c.), y éstos, a su vez, necesitarán autorización judicial (art. 166). Sin embargo, la declaración de dispensa no puede ser hecha por los padres de ningún modo pues la testamentifacción es una facultad personalísima, que no admite representación (art. 670); además, en el caso de que el hijo tenga más de 14 años podrá dispensar por sí mismo, pues esa es la edad a partir de la cual se puede testar (art. 663). La situación —de laboratorio— podría darse en el supuesto de matrimonio de dos menores de edad (art. 324), que desean donar al hijo recién nacido con dispensa de colación; en ese caso, la donación necesitaría la asistencia de sus padres, pero la dispensa no (29).

En el caso de que la donación sea válida y la dispensa, por cualquier causa, no, se plantea el problema de la determinación de los efec-

(29) Lo mismo sucedería en el hipotético —e inverosímil— caso de que una sentencia de incapacitación entredijera la facultad de testar, pero no la de contratar (arts. 210 y 665 C.c.).

tos de esa nulidad. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, parece claro que la donación seguirá conservando todo su valor y eficacia, pues la dispensa está subordinada a la donación, pero no viceversa (30).

D) REVOCABILIDAD O IRREVOCABILIDAD DE LA DISPENSA

a) *En general*

Una vez establecida la naturaleza *mortis causa* del acto de dispensa y sus relaciones con la donación dispensada, el siguiente problema que se plantea en torno a su caracterización es determinar si nos encontramos ante un acto de última voluntad o no. Tratando de evitar en la medida de lo posible el método de inversión, vamos a analizar si la dispensa es un acto revocable o no, pues ésta parece ser una de las características definitorias del acto de última voluntad; a partir de ahí podremos ir estableciendo el resto de los caracteres del acto de dispensa.

La doctrina considera de modo unánime que si la dispensa se realiza en testamento, aquélla es perfectamente revocable como cualquier otra declaración testamentaria. El problema se plantea si la dispensa se realiza simultáneamente a la donación.

Existen al respecto distintas posiciones que vamos a tratar de sistematizar:

* la mayoría de los autores se manifiestan a favor de la revocabilidad absoluta de la dispensa, sea cual sea el acto en el que se haya insertado: donación o testamento (31). Se señalan como argumentos en pro de ello, que:

(30) Desde un punto de vista meramente escolástico —escolástico porque los efectos están claros cualquiera que sea la clasificación—, podríamos plantearnos ¿Es éste un caso de nulidad parcial del negocio? La cuestión es dudosa, máxime si tenemos en cuenta que la expresión «nulidad parcial» se utiliza en distintos sentidos. Parece, no obstante, que al ser donación y dispensa dos negocios de naturaleza distinta, que requieren un consentimiento independiente, no nos encontramos en sentido estricto ante una nulidad parcial: la dispensa no es un elemento accidental de la donación, sino un negocio distinto.

Para el supuesto de que el consentimiento recayera, no sobre la donación y la dispensa, sino sobre la «donación con dispensa», véase lo que se dice a continuación a propósito de la dispensa irrevocable.

(31) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 117; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 858; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed., por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 386; MANRESA, *Código civil español*, t. VII, 4.^a ed., Madrid, 1914, p. 603; SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2439; URIARTE, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil», *RCDI*, V, 1929, p. 333.

— por una parte, la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio (32). Además, en el mismo sentido, se señala como argumento de analogía que si la mejora es en general revocable (art. 827), también ha de serlo la dispensa de colación (33);

— por otra, «no parece que sea lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir al donatario —mientras no le prive de su legítima—, la cuota de su institución, logrando con ello el mismo resultado» (34).

* otro sector opina que si la dispensa se realiza en el acto de donación, ésta es irrevocable, de manera que luego no puede ordenarse en el testamento que se colacione la liberalidad (35). Como razón de ello se alega que:

— éste era el criterio del Derecho histórico español anterior al Código civil (36).

— el donatario aceptante normalmente quiso la donación dispensada como un todo, es decir, donación con dispensa, con lo que no puede luego una de las partes revocar parcialmente el acto.

— aunque se trate de un pacto sucesorio, sería ésta una excepción a la prohibición general del art. 1271 C.c. (37): «se trata de un pacto sucesorio con igual fundamento que los demás, la familia, concretada en este caso a los legitimarios, en aras a la cual se sacrifica la libertad de testar, ya que en homenaje a ella, fundamentalmente, se confiere» (38).

* un tercer grupo manifiesta un criterio intermedio. Según esta opinión, «Como la dispensa es un mecanismo de regulación del fenómeno sucesorio, se puede entender que el donante conserva plena libertad para regular su sucesión de la manera que estime conveniente y

(32) ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989, p. 42.

(33) DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 386.

(34) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, p. 784; también en *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 503. El mismo argumento esgrimen ROCA JUAN, *op. et. loc. cit.*; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, 4.^a ed., Barcelona, 1991, p. 514; MONTÉS PENADÉS y otros, *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, p. 623.

(35) ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1979, p. 413, nota 1.

(36) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 182; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 274.

(37) GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual*, Madrid, 1902, p. 132; ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, p. 355 (sin embargo, este mismo autor cambia de opinión en las *Notas al Tratado de Derecho civil*, V, 1, de Enneccerus-Kipp-Wolff, Barcelona, 1951, p. 212); SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI, 1, 2.^a ed., Madrid, 1910, p. 109.

(38) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 182.

que, por tanto, puede revocar libremente *a posteriori* aquella dispensa. Pero se puede argüir que la dispensa formó parte del negocio lucrativo y que éste fue aceptado por el donatario como un conjunto global, por lo cual la revocación de la dispensa significa una sustancial alteración de la base de aquel negocio. Se acepta la donación porque subsistía la expectativa del beneficio hereditario (se recibirá más). De esta suerte, si se admite la revocación de la dispensa parece que habrá que admitir la renuncia por el donatario a la donación» (39).

En cuanto a la jurisprudencia, la sentencia de 21 de marzo de 1902 se mostró favorable a la irrevocabilidad de la dispensa contenida en el contrato de donación. Señala que «si bien en la cláusula 12.^a del testamento impuso Doña Dolores Jiménez á sus hijos y nieta la obligación de colacionar lo que por dote ó donación hubieran recibido de la testadora ó de su difunto esposo, ... había ya anteriormente manifestado la testadora, al donar en 2 de octubre de 1891 á su hija Doña Francisca una casa sita en San Pedro de Cascante —á la que se refieren las particiones—, que la donación era pura é irrevocable, para que la donataria pudiera disponer sin restricción ni obligación de colacionar; y aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de la colación por la misma testadora, que pudiendo así irrevocablemente disponerlo mientras la donación no fuese inoficiosa, como no podía serlo en el presente caso, nada alteró expresamente con respecto á tal excepción» (40).

Por su parte, la sentencia de 13 de marzo de 1989 mantuvo el criterio contrario. La testadora donó unas fincas a dos de sus hijas con dispensa expresa de colación; sin embargo, en el testamento dispuso que tales donaciones se imputaran primero a la legítima estricta de las donatarias. Impugnada esta cláusula testamentaria, el Tribunal Supremo rechaza el recurso (si bien con un razonamiento auténticamente ininteligible).

Para dilucidar esta cuestión es ineludible hacer una breve referencia al origen y sentido actual que tiene la prohibición de los contratos sucesorios. El problema de la extensión y límites de estos pactos es un tema que ha sido objeto de escasa atención doctrinal en España, a diferencia de lo que sucede en otros países, especialmente Francia.

(39) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 4.^a ed., Madrid, 1988, p. 548.

(40) También se indica por algunos autores como reveladora de este criterio la sentencia de 15 de junio de 1929. Sin embargo, en el caso lo que se discutía era la revocabilidad de una donación colacionable antes de la muerte del causante, y debido a que la donataria falleció sin descendencia: ante ello, lógicamente, el Tribunal Supremo señala que la donación no es un acto libremente revocable.

Suele señalarse como razón justificadora de esta prohibición en los códigos latinos del siglo pasado, el llamado *votum captandae mortis*, es decir, el temor de que el instituido contractualmente pueda desear la muerte del instituyente para así heredarlo antes. Una segunda justificación que se alega es que los codificadores deseaban seguir fielmente el principio romano de que la voluntad testamentaria es mudable hasta la muerte: *voluntas ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum*.

Sin embargo, parece que la razón que influyó más decisivamente en la prohibición de los pactos sucesorios fue el deseo de acabar con los viejos resabios de la sociedad señorial. El modo más usual por el cual se perpetuaban los feudos y mayorazgos era normalmente el pacto sucesorio en contrato de matrimonio por el que se nombraba irrevocablemente al primogénito como único sucesor y continuador de la estirpe familiar (41). Correlativamente, eran frecuentes los pactos por los que las hijas, al contraer matrimonio y recibir su dote, renunciaban a la parte que por ley les pudiera corresponder en la herencia paterna (42). Eran éstos los mecanismos empleados para el mantenimiento de la nobleza y del sistema feudal.

Cuando advino la Revolución francesa, uno de sus postulados ideológicos básicos era la igualdad absoluta entre los ciudadanos, y la desaparición de los estamentos medievales. Y un medio que se consi-

(41) Para el Derecho francés, véase OURLIAC y DE MALAFOSSE, *Histoire de droit privé*, t. III, París, 1968, pp. 508 y ss. y 401 y ss.; GRENIER, *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites, suivant les principes du Code civil*, t. I, 3.^a ed., Clermont-Ferrand, 1826, pp. 80 y ss., especialmente la p. 84; DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XI, Bruxelles, 1867, § 271, p. 326; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 8.^a ed., París, 1921, § 3161, p. 826; DONNIER, «Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux», *R.Tr.D.C.*, t. LIX, 1956, p. 628; TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, § 605, p. 588; MALURIE, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, París, 1989, § 563, p. 277.

La misma situación se daba también en la Italia medieval. *Cfr.*, STOLFI, Nicola, *Diritto civile*, t. VI, Torino, 1934, pp. 96 y 97, y NANI, *Storia del diritto privato italiano*, ed. a cura de Ruffini, Torino, 1902, pp. 592 y ss.

(42) Decía CHABOT en su Comunicación oficial al Tribunalado que «la totalidad de las sucesiones correspondía a los varones; la dote menor, un simple ramo de rosas componía la legítima de las hijas» (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, reimpr. de la ed. 1827, Osnabrück, 1968, p. 181). Véase sobre esta cuestión, OURLIAC y DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. III, París, 1968, pp. 489 y ss.; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 8.^a ed., París, 1921, § 1014, p. 340; MALURIE, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, París, 1989, § 563, p. 277.

Los mismo sucedía en la Italia precodicial, donde el juramento por el que la dotada renunciaba a sus derechos legítimos se llamó cautela de Maranta; BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, p. 134, y 60 y 61; LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, 1.^a parte, Milano, 1960, pp. 215 y 216; NANI, *Storia del diritto privato italiano*, ed. a cura de Ruffini, Torino, 1902, pp. 547 y 548.

deró estratégico para conseguirlo fue imponer una amplia cuota legítima y la división igualitaria del caudal entre los herederos forzosos. Al tiempo, la legislación revolucionaria, y luego el Código civil francés (art. 1130), rechazaron los pactos sucesorios pues éstos eran el medio habitualmente utilizado por la nobleza para perpetuar su nombre y su patrimonio. Así, el tribuno Mouricault, en la discusión parlamentaria, defendía el art. 1130 del *Code* (equivalente a nuestro art. 1271) señalando que «Es una prohibición justa, porque sin ella uno de los principales objetivos de nuestra legislación actual sería fácilmente eludido; la mayor parte de las convenciones sobre las sucesiones futuras tienen por finalidad ir contra la igualdad de las particiones» (43).

En España, durante toda la Edad Moderna, también fueron de frecuentísima aplicación los pactos sucesorios para favorecer la vinculación y la acumulación de bienes. Ante esta situación, el rechazo revolucionario francés por tales pactos fue también recogido en el Proyecto de 1851, y luego por el Código civil de 1889 (44). Así, el art. 1271.2 establece que «Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056». Aunque la norma se centre sobre todo en la aprobación de la división que admite el art. 1056 —que no es en sentido estricto un pacto sucesorio—, parece claro que su sentido fundamental es seguir prohibiendo todo pacto sucesorio, salvo el que esté excepcionalmente admitido (45).

Ahora bien, no señala la ley en qué consiste propiamente un pacto sucesorio, y determinarlo se convierte hoy día en cuestión especialmente acuciante porque ha desaparecido la *occassio legis* que dio lugar

(43) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, reimpr. de la ed. 1827. Osnabrück, 1968. Con la misma finalidad el art. 791 prohibió la renuncia anticipada a una sucesión, y el art. 1600 la venta de una herencia futura. Pueden verse continuas referencias al problema de los pactos sucesorios y su relación con la primogenitura en las intervenciones en la discusión parlamentaria de la parte de Sucesiones del Código civil francés: FENET, t. XII, especialmente las palabras de Chabot de l'Allier, pp. 181 y ss.

Respondiendo al mismo problema, establecía la disposición transitoria 22 del Código italiano de 1865 que «las disposiciones del nuevo Código contenidas en el título de las sucesiones, son también aplicables a las hembras ya dotadas o casadas y a sus descendientes, y no tendrán efecto las renunciaciones que hubieran hecho en el acto dotal o de otro modo, de conformidad con las leyes anteriores, tanto si éstas excluyen a las hembras de la sucesión, cuanto si las admiten con los varones».

(44) Sobre esto, *vid.* el capítulo primero.

(45) Conforme, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 183: «el art. 1271 se dirige conocidamente (y ello se ve claro en su equivalente, art. 1284 del proyecto 1882-88) a prohibir los pactos sucesorios y no a permitirlos».

a su aparición, de manera que no hay más remedio que configurarlo de un modo puramente objetivo, sin tener en cuenta las razones que motivaron su surgimiento.

Esta determinación no es nada sencilla, pues existen casos en que la calificación aparece especialmente difícil, debido a que, como se ha dicho acertadamente, el concepto de *acto mortis causa* es en muchos supuestos «impreciso y huidizo» (46). Recogiendo las aportaciones de la doctrina que ha estudiado el tema más detenidamente podemos señalar como requisitos característicos de los llamados pactos institutivos:

— en primer lugar, que exista un pacto de carácter irrevocable, en el que sea parte el futuro causante; o bien, simplemente, una declaración unilateral irrevocable (47).

— en segundo lugar, que el objeto del pacto o declaración sea una sucesión aún no abierta.

— en tercer lugar, que la adquisición del derecho sobre el que recaiga el pacto o declaración se produzca por obra de la sucesión hereditaria.

Visto lo anterior, volvemos a plantearnos ¿Cabe incluir la dispensa de colación irrevocable dentro de los pactos prohibidos por recaer sobre la sucesión futura?

— Comenzaremos por analizar si la dispensa es una disposición que recae sobre una sucesión no abierta y si supone la adquisición de algún derecho *iure successionis*.

Cierto sector doctrinal opina que la dispensa irrevocable no es propiamente un pacto sucesorio, y, por lo tanto, no cae bajo el efecto de la prohibición. Según esta posición, el bien donado objeto de dispensa ha salido ya irrevocablemente del patrimonio del donante-causante, y por tanto el objeto de la convención no es parte de la sucesión (48); la dispensa no vincula para nada la regulación y destino de los bienes del *de cuius* para después de su muerte. En este sentido, se señala por la doctrina francesa que «tal convención no hace nacer ningún derecho en beneficio del gratificado. Con toda evidencia, no se trata, retomando la célebre fórmula de la Corte de Casación, de una “estipulación que tiene por objeto atribuir un derecho privativo sobre todo o parte de una

(46) DE GIORGI, María Vita, voz «Patto successorio», en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXII, Milano, 1982, p. 536.

(47) Sobre la consideración de la declaración unilateral irrevocable como supuesto englobado en la prohibición, TERRÉ-LEQUETTE, *cit.*, n. 611, p. 593.

(48) LEUCK, *cit.*, p. 299; LUCAS, «Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif», *RTDC*, LXXIV, 1976, pp. 470 y 471.

LACRUZ, *cit.*, p. 408, rechaza que la dispensa regulada en el art. 1036 se incluya entre los pactos sucesorios, pero no está claro si es porque considera a la dispensa siempre revocable o porque su irrevocabilidad no cae bajo la prohibición del art. 1271 (esta última parece la opinión más probable).

sucesión no abierta” pues la transferencia de la propiedad resulta del acto entre vivos. Incluso ampliando esta definición para considerar toda convención atributiva de un derecho eventual en una sucesión futura, no se ve en qué consistiría el derecho conferido al gratificado. Los copartícipes tendrían ciertamente el derecho de exigir la colación a la apertura de la sucesión, pero, *vis a vis* con el donatario, el único efecto de la convención creadora de la colación es poner a su cargo una obligación para el caso en que viniese a la sucesión. Y no ha sido jamás sostenido que la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura impedía al *de cuius* presunto hacer nacer un crédito en beneficio de la sucesión» (49).

Vamos a tratar de analizar por partes la opinión expuesta. Evidentemente, en el caso de donación dispensada hay un aspecto de contrato entre vivos que no tiene nada de sucesorio: el bien donado ha salido ya irrevocablemente del patrimonio del donante y no pertenece en absoluto al caudal relicto. Por otra parte, al considerarse el caso típico de contrato sucesorio aquél en que el causante instituye irrevocablemente a una persona como heredero, la dispensa no sería un pacto de ese tipo pues el dispensado puede luego ser nombrado o no heredero en el testamento.

Ahora bien, que la colación tiene un aspecto sucesorio se desprende con claridad del simple hecho de que no es lo mismo una donación colacionable o dispensada. Este último atributo de colacionable o dispensada es lo que atañe al Derecho sucesorio. Y cuando se dice que la colación no plantea una cuestión sucesoria porque si el donatario renuncia a la sucesión no ha colacionar nada, el argumento lleva en sí mismo su contradicción. El donatario no ha de colacionar si rechaza la sucesión porque se trata de una cuestión sucesoria; nada más lógico.

En el fondo, la confusión de la doctrina que opina que un pacto colaticio no es un pacto sucesorio radica en considerar que el objeto del pacto de dispensa es el bien donado, y esto es, a nuestro juicio, erróneo. El verdadero objeto del acuerdo (o disposición unilateral, lo mismo da a estos efectos) no es el bien en sí mismo considerado, sino la composición del caudal partible entre los coherederos legítimos una vez que haya fallecido el donante.

Para profundizar en el problema no hay más remedio que volver a aludir al desenvolvimiento de la colación desde un punto de vista funcional. Si el donante ordena la colación o calla sobre ella ¿se ha de restituir el mismo bien donado, o se ha de imputar sólo su valor, o bien surge además una obligación en el colacionante y un correlativo crédito en los coherederos legítimos?

(49) LUCAS, «Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif», *RTDC*, LXXIV, 1976, pp. 470 y 471.

En nuestra opinión las cosas suceden del siguiente modo: en principio, toda liberalidad *inter vivos* realizada por el causante a un legítimo habría de quedar totalmente desvinculada del problema de su sucesión hereditaria, con lo que el donante no podría regular nada sobre ella para el momento de la partición. Sin embargo, merced a la estrecha relación que tienen las donaciones con la distribución *mortis causa* del patrimonio del causante (50), el Ordenamiento impone el efecto exorbitante de que el valor de toda liberalidad *inter vivos* hecha a un legítimo heredero ha de repartirse contablemente con sus colegitimarios coherederos; la ley, pues, aumenta la masa repartible entre los coherederos legítimos añadiendo el valor de lo donado (arts. 1035, 1045 y 1047), así como el de los frutos que la cosa produzca desde la apertura de la sucesión (art. 1049).

Pues bien, frente a este claro régimen legal, el art. 1036 admite que el causante pueda dispensar de la colación; o sea, que el valor de dicha liberalidad no se reparta entre los legítimos. En ese caso, parece indudable que el testador dispone sobre la composición del caudal repartible entre sus coherederos legítimos; es decir, está regulando una sucesión no abierta y otorgando un derecho (el de no colacionar) que se adquiere *iure successionis*.

— Conforme al esquema expuesto, la segunda cuestión a examinar es si la dispensa de colación irrevocable (aceptada por el dispensado) es propiamente un pacto. A simple vista esto no ofrece dificultad alguna; el causante se obliga irrevocablemente a no modificar la distribución del valor de lo donado para el momento de la apertura de la sucesión.

Frente a este razonamiento se ha dicho que la dispensa no puede ser considerada nunca un pacto pues el causante siempre tiene la facultad de modificar posteriormente sus disposiciones testamentarias de manera que la dispensa de colación quede sin efecto práctico alguno; o sea, instituyendo al donatario en una cuota inferior que al resto de los colegitimarios. Este argumento no nos parece convincente.

En primer lugar, creemos que, a pesar de esa posibilidad de reducir la cuota del donatario, la voluntad del causante queda en algún modo vinculada, pues ya no podrá mantener el testamento anteriormente establecido para conseguir el mismo efecto, sino que habrá de modificar sus disposiciones testamentarias.

En segundo lugar, en el supuesto de que el causante haya dispuesto en vida de la mayor parte de sus bienes en favor de sus hijos, si la declaración es irrevocable no podrá ya «neutralizar» el efecto de una do-

(50) Sobre esta cuestión ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *cit.*, p. 233, y HÉBRAUD, «Des contrats passés entre un futur “de cujus” et son héritier présomptif”, en *Mélanges offerts à R. Savatier*. París. 1965, pp. 341 y ss.

nación de gran valor, pues no habrá bienes suficientes en el caudal relicto para compensar mediante el testamento a los colegitimarios del beneficiado *inter vivos* (51).

Por otra parte, siendo el efecto natural de la dispensa la imputación al tercio libre (52), si se considerara la dispensa un acto irrevocable, parece que el causante se comprometería a atribuir la liberalidad a la parte libre, de manera que luego habría de realizar otras atribuciones gratuitas para llenar la cuota legitimaria del dispensado. Es decir, lo que no puede hacer el causante es prometer irrevocablemente una desigualación en favor del legitimario con cargo al tercio libre, y luego disponer en testamento de manera que haya de imputarse la liberalidad a la cuota legítima. El caso sería similar a la mejora irrevocable (art. 827), en cuyo caso lo donado con ese carácter ya no puede destinarse a satisfacer la legítima estricta del mejorado.

Finalmente, aun cuando la dispensa irrevocable no fuera propiamente un pacto, en el sentido de vincular la voluntad de dos partes, estaría igualmente prohibida por el Ordenamiento, pues la voluntad del causante es siempre mudable hasta la muerte, aunque éste se haya comprometido a lo contrario. En este sentido, señala el art. 737 C.c. que «Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». De manera que si el causante dispensa irrevocablemente se está privando de una facultad *mortis causa* que la ley le ha concedido hasta el momento de su muerte (*voluntas ambulatorias est usque ad vitae supremum exitum*), por lo que irremisiblemente tendríamos que considerar tal acuerdo irrevocable como pacto sucesorio prohibido por el art. 1271 (53).

Asimismo, la posible aceptación de la dispensa por el donatario sería irrelevante, pues conforme al art. 991 «Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y su derecho a la herencia» (*viventi nulla est hereditas*). Exigencia también conectada con la prohibición de los pactos sucesorios (54).

(51) Pensemos en el siguiente caso: un padre va regalando sus bienes a sus hijos, conforme éstos se van independizando, estableciendo la dispensa de colación para cada uno de las liberalidades, al objeto de evitar posteriores disputas entre los hermanos. Cuando se casa el último hijo, la cuantía de los bienes que conserva el padre es mínima con relación al caudal computable. Sin embargo, más tarde, se produce una alteración sustancial del valor de uno de los bienes donados que beneficia extraordinariamente al donatario respecto de sus hermanos. Ante esta situación, el causante no puede evitar el beneficio del hijo mediante el testamento, sino tan sólo atenuarlo, pues la masa relicta será muy escasa. En tal caso, si admitimos que la dispensa es revocable, el causante podría revocar todas sus dispensas anteriormente concedidas para mantener la igualdad entre los hermanos. En cambio, si la dispensa fuera irrevocable, no podría conseguir este efecto.

(52) Según hemos visto en el capítulo II.

(53) Por las mismas razones sería ineficaz el acuerdo irrevocable de colacionar.

(54) GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. I, Madrid, 1989, art. 991, p. 89; LACRUZ, *cit.*, pp. 404 y 405, nota 1.

Aparte de estas consideraciones de orden general acerca del carácter de pacto sucesorio de la dispensa de colación aceptada, hay otra poderosa razón para considerar dicho acuerdo como prohibido. El art. 827 C.c. señala que «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero». El supuesto contemplado en este artículo guarda cierta semejanza con la dispensa de colación. También en el caso de donación con calificación de mejora hay un bien que ha salido irrevocablemente del patrimonio del causante, y respecto del cual ya no podrá lógicamente disponer en el testamento. Ahora bien, lo que sí puede en un testamento posterior es cambiar la imputación realizada respecto del valor del bien donado. De manera que puede decidir después el donante-causante que la donación en concepto de mejora se impute a la legítima estricta del donatario (sentencia de 4 de julio de 1908).

Y la razón de esta posibilidad de alteración de la imputación de la liberalidad parece que se debe precisamente a que la mejora irrevocable se habría de calificar como pacto sobre la sucesión futura. Pacto que no alcanzaría al *quantum* global de la masa hereditaria, pero sí a la distribución de la masa repartible entre los coherederos legitimarios y al *quantum* de la cuota de cada cual.

Por su parte, la dispensa supone en principio imputación al tercio libre, como ya hemos visto. De manera que, efectivamente, si la dispensa de colación fuera irrevocable, supondría una vinculación del causante en cuanto a la distribución de su herencia en virtud de una donación *inter vivos*.

Añádase a ello que, como ya dijimos anteriormente, bajo la vigencia de las Leyes de Toro la contraposición legal y doctrinal no era colación o dispensa, sino colación o mejora. En este sentido, el art. 657 del Proyecto de 1851 (equivalente al actual 825) imponía en el caso de donación con calificación de mejora que «para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible á favor de extraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas». Lo cual pone nuevamente de manifiesto la semejanza entre donación con calificación de mejora y la dispensa de colación.

En definitiva, creemos que la dispensa de colación es un acto que el art. 1036 admite que se realice simultáneamente a la donación por un principio de economía negocial, que evita que el donante tenga que hacer un nuevo testamento cuyo contenido sea únicamente quizás la dispensa. Ahora bien, esto es un supuesto excepcional en nuestro Derecho que sólo admite de forma general como negocio *mortis causa* el testamento. Y lo único que aparece más o menos claro en el art. 1036 C.c. es la excepcionalidad del acto en que se puede insertar la declaración *mortis causa* que constituye la dispensa (la donación, y no necesariamente el testamento). Pero en ningún lugar aparece que esa excepcionalidad se extienda al carácter de contrato sucesorio que tendría la dispensa irrevocable.

El criterio general del Código, sentado en el art. 1271, es rechazar todo pacto sucesorio salvo los expresamente admitidos. Y al ser el objeto de la dispensa de colación una cuestión sucesoria, hay que entender que su irrevocabilidad incurriría en la prohibición de los pactos sucesorios, por el hecho de referirse a una sucesión no abierta y adquirirse la ventaja patrimonial *iure successionis*.

Frente a ello, alegar que si el legislador hubiera querido excluir este pacto sucesorio, lo habría señalado expresamente (55), es jugar con el razonamiento *a contrario*, que como es sabido, ofrece escasa seguridad. Probablemente, al menos en Derecho español, la cuestión no está regulada porque el legislador no se la planteó. Y si una concreta cuestión no está regulada, el criterio interpretativo general es acudir a los principios básicos que inspiran la institución; y éstos son, en nuestro Derecho sucesorio común, que no se admiten los pactos sucesorios, y que el testamento (único acto *mortis causa* que se regula de forma general) es siempre revocable. Por tanto, siendo la dispensa una decisión con efectos para después de la muerte, y a causa exclusiva de la muerte, hay que considerarla siempre revocable.

b) *Revocabilidad de la dispensa acordada en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*

No obstante lo señalado hasta aquí, es discutible si se puede dispensar de colación irrevocablemente en ciertos supuestos excepcionales.

El art. 827 C.c. admite la mejora irrevocable en el caso de que se haga en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero (56). Se puede plantear entonces si por analogía con esta disposición es posible en capitulaciones matrimoniales hacer una donación y dispensar irrevocablemente su colación (57).

Si atendemos a los antecedentes históricos, observamos que la ley XVII de las de Toro se refería expresamente tan sólo a la mejora irrevocable del tercio sin aludir al llamado quinto de libre disposición. Sin

(55) Así, FORCHIELLI, *cit.*, p. 257.

(56) En cuanto a la configuración de este pacto, su fundamento y casos de irrevocabilidad, *vid.*, BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, pp. 87 y ss.

(57) Así lo admiten, sin más justificación, BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 858; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, I, 9.^a ed., por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, p. 386; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, p. 405; DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 273; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, V, III, Madrid, 1965, p. 260; SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1036, p. 2439; VALLET, *cit.*, p. 503.

embargo, la doctrina en general admitió que la disposición irrevocable abarcara tanto al tercio de mejora como al quinto libre (58). Ahora bien, los comentaristas de las leyes de Toro admitieron que se vinculara el tercio y quinto porque toda su reglamentación estaba pensada para mantener en lo posible los derechos de primogenitura y permitir la constitución de mayorazgos. De manera que, aunque en principio y de forma casi nominal no se admitían los pactos sucesorios, estos eran frecuentes con ocasión del matrimonio del hijo mayor, tanto para beneficiar a éste como para asegurar a la mujer casada y su familia que el matrimonio era «conveniente».

En cuanto al Proyecto de 1851, su criterio general fue rechazar los pactos sucesorios (art. 994) porque una de sus bases doctrinales era promover la desvinculación y la desaparición de la nobleza territorial. Sin embargo, necesario es reconocer que ese principio inicial fue luego atenuado para lograr un régimen de transacción con los defensores de los pactos sucesorios y la libertad testamentaria de las provincias forales; de manera que se admitieron ciertos pactos con ocasión del matrimonio, que era precisamente el caso más frecuente en el antiguo Derecho.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, el art. 656 del Proyecto admitía la mejora irrevocable con cargo al quinto de libre disposición: «El quinto disponible á favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia á la doble porcion, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo *cuando hubiere dispuesto antes é irrevocablemente del primero*». También, el art. 657 (equivalente al actual 825) establecía en un segundo párrafo que «Además, para ser válida la declaración (de mejorar por contrato entre vivos), ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible-á favor de extraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas».

Sin embargo, como ya hemos explicado en el capítulo II, parece más bien que el Código civil ha eliminado intencionadamente todas las referencias que el Proyecto de 1851 hacía de forma conjunta a la

(58) Si bien el causante siempre podía disponer de lo necesario para gastos de entierro, misas, etc. ANGULO. *Comentaria ad leges Regias meliorationum*, tít. 6. libr. 5. Madrid, 1592, ley I, glosa 2, n. 3, pp. 53 y 54; AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutionis, Quintum librum Novae Recopilationis complectens*. Salamanca, 1591, lib. 5, tít. 6, ley I, ns. 18 y 19, fols. 132 y 133; BAEZA, *De non meliorandis dotis rationis filiabus*, cap. I, ns. 27 y 28, en *Opera Omnia*. Madrid, 1592, fol. 7; PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*. Lyon, 1785, parte I, quaest. 28, ns. 7 y ss., pp. 235 y ss. Lo acepta AYERVE DE AYORA, *Tractatus partitionum bonorum communium*, Granada, 1586, II, XIV, fols. 87 a 89, si la mejora del quinto es por causa onerosa o por contrato celebrado con un tercero.

En contra de la acumulación irrevocable, Antonio GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, ley XVII, 10, fol. 70.

mejora y a la parte de libre disposición (59). Ello quizá se deba a que como ya había desaparecido la intención de lograr la unidad legislativa en materia sucesoria, no había por qué recoger el criterio de los Derechos forales de aceptar con ocasión del matrimonio del hijo la vinculación sucesoria de la práctica totalidad del patrimonio de los padres.

Por tanto, como la dispensa de colación supone en última instancia una imputación al tercio libre, su irrevocabilidad parece que supondría una ampliación del ámbito del pacto sucesorio del art. 827 C.c.; o sea, una excepción al art. 1271 no contemplada en la ley.

Por todo ello, creemos que hay que rechazar la irrevocabilidad de la dispensa de colación en caso de haber sido hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero, no siendo aplicable analógicamente el art. 827 C.c.

Además, no tiene la misma relevancia vincular el tercio de mejora que el de libre disposición, pues en el caso de que se disponga irrevocablemente de este último, el causante renuncia prácticamente, como ya hacía notar Antonio Gómez, a su facultad dispositiva *mortis causa* (60).

c) *Revocabilidad de la dispensa cuando donación y dispensa se han aceptado indisolublemente*

El segundo supuesto en que podría plantearse la posibilidad de una dispensa de colación irrevocable es aquél en el que donación y dispen-

(59) Además de los reseñados arts. 656 y 657, el art. 660 del Proyecto del 51 establecía que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos», comentando GARCÍA GOYENA (t. II, *cit.*, p. 106): «Téngase presente el artículo 657, y lo en él expuesto. La voluntad expresa del mejorante debe guardarse en cuanto no lastime los derechos de los herederos forzosos. Si no constare, debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos, y quiso más bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer a favor de extraños: no alcanzando el quinto, es de necesidad que se recurra á la doble porción que es la parte disponible cuando existen herederos forzosos».

Asimismo, el art. 661 (equivalente al actual 829) tenía un segundo párrafo, según el que «Lo determinado en este artículo comprende también la mejora del quinto hecho á favor de un extraño». Este párrafo fue igualmente suprimido por el Código de 1889.

(60) *Cit.*, ley XVII, 2, fol. 68; AYERBE DE AYORA, *cit.*, II, IV, fol. 78; AZEVEDO, *cit.*, lib. 5, tít. 6, núm. 18, fols. 132 y 133.

En la misma línea, señala LACRUZ, *cit.*, ed. 1988, p. 476, respecto de la promesa de no mejorar del art. 826 que «Se plantea la duda de si la promesa de igualdad se refiere, como en el Derecho histórico..., también a la parte libre, o sólo a la mejora, lo cual es cuestión de interpretación de la voluntad de los contratantes, pues el art. 826, de acuerdo con sus antecedentes, parece referirse asimismo al tercio libre: no porque éste se pueda en algún modo considerar como mejora, sino porque el Cc. extiende a él, fuera ya del campo de las legítimas, la permisión de este pacto sucesorio. La conclusión no es del todo segura, pues hay más razones para autorizar el compromiso de no alterar las provisiones legitimarias de la ley, que para permitir al causante privarse acaso de su entero margen de libertad de disponer».

sa estuvieran tan íntimamente ligadas en la voluntad de las partes (especialmente del donatario) que podría invocarse la irrevocabilidad de la dispensa en atención a que se ha querido el negocio como un todo y no por partes.

En la doctrina se ha planteado este problema especialmente a propósito de la mejora contractual que no está incluida en los casos de irrevocabilidad del art. 827. En opinión de algún autor (61) «hay un supuesto al menos en que la mejora es irrevocable, fuera de los supuestos mencionados en el artículo 827 del Código civil, a saber: el supuesto de irrevocabilidad convencional o contractual, es decir, aquél en que la cualidad de mejora imputada al negocio jurídico gratuito traslativo de la propiedad es parte de éste o está tan unido a éste que la concorde unidad de voluntades entre mejorante y mejorado no se hubiera producido sin la imputación de tal cualidad; o, si se quiere con otras palabras, en aquellos supuestos en los que la voluntad negocial, el consentimiento, recae no sólo sobre el negocio jurídico patrimonial, en sí, no sólo sobre la donación, sino también sobre el carácter de mejora imputado a la donación».

No podemos estar de acuerdo con esta postura. Los antecedentes históricos —a los que apela el autor citado— no son válidos para interpretar esta cuestión porque ya hemos señalado repetidamente a lo largo de este trabajo que el sistema de las Leyes de Toro estaba concebido para permitir la vinculación del causante excepto en la parte de la legítima estricta, con el fin de facilitar la constitución de los mayorazgos y el mantenimiento del esplendor de las familias, siendo los contratos sucesorios con ocasión del matrimonio el medio común para lograrlo; precisamente el Código cambió conscientemente el sistema anterior por enemistad con las vinculaciones.

Ciertamente las partes pueden haber causalizado la mejora (o la dispensa de colación, en nuestro caso) en el contrato de donación, de forma que no habrían querido la liberalidad sino con la dispensa (62). Ahora bien, el problema es cómo valora la ley esa configuración de la donación, con mejora o dispensa; y parece claro que en nuestro Derecho el deseo de querer la dispensa al par que la donación no es valorada en el sentido de haber de mantenerse aquélla, sino en el sentido de que ese elemento de la aceptación es irrelevante. Ya se deduce con claridad del art. 827 que el Ordenamiento no concede relevancia a la calificación irrevocable de mejora salvo en los casos excepcionalmente admitidos (63)

(61) BLASCO GASCÓ, *cit.*, p. 90.

(62) FORCHIELLI, *cit.*, p. 276, hace depender precisamente de la voluntad de las partes todo el problema del carácter unilateral o bilateral de la dispensa, su revocabilidad o irrevocabilidad.

(63) En la sentencia de 4 de julio de 1908 se planteó el siguiente caso: una hija demandó judicialmente a su padre que le dotara. A raíz de la demanda —y aunque no

Lo contrario supondría dejar prácticamente sin efecto la revocabilidad general de la mejora, pues, desde luego, lo lógico es que el donatario desee la mejora con carácter irrevocable. Así que el caso hay que tratarlo con criterio similar al supuesto en el que el testador se obligase a no modificar una disposición testamentaria que hubiese sido aceptada por el instituido en vida de aquél. Ni la voluntad de no revocar es relevante (art. 737), ni tampoco la aceptación por el instituido (art. 991).

Finalmente, en cuanto al desamparo en que quedaría la expectativa del mejorado (o dispensado), es oportuno recordar la debilidad causal de los negocios gratuitos, máxime en el círculo de los legitimarios (64).

En todo caso, lo que podría discutirse es si, al no dar relevancia el Código a la aceptación de la dispensa, pudiera ser nulo y sin efectos el negocio en su totalidad, incluida la donación. Ahí es donde se encuentra el verdadero problema. Ahora bien, en tal caso se plantea cuál podría ser el interés del donatario que justificara no querer la donación si no es con dispensa. Consistiendo en principio la colación en una aportación contable (arts. 1045 y 1047), la donación no quedaría alterada en sus efectos, con lo que difícilmente se podría justificar el interés del donatario de no querer la donación si no es con dispensa.

No obstante, si admitimos que cuando la donación exceda del valor de la cuota del instituido (que acepta la herencia), éste ha de restituir a los coherederos legitimarios el exceso (65), en ese caso se podría argüir que, desde un plano práctico, la donación pierde en parte sus efectos económicos, pues ha de restituir el donatario una parte de su valor. En esas condiciones, si el donante hizo primero la donación con dispensa y luego dispone la colación, parece que la modificación de esa condición accesoria permitiría al donatario revocar su aceptación, pues ha aparecido una especie de carga a la donación que no existía en el momento de aceptarla.

Sin embargo, creemos que la anterior postura supondría una nueva —aunque sutil— confusión entre el objeto de la donación y el de la dispensa. El deber de colacionar y, en su caso, el de restituir a la masa el exceso sobre la cuota, tiene como presupuesto la existencia de una

constituyó una transacción en sentido estricto—, el padre y la hija otorgaron escritura de constitución de dote, señalando el concedente que si el valor de la dote excedía de la legítima estricta, se entendería mejorada la hija. Posteriormente, en testamento, el padre revocó la mejora, y declaró mejorar entonces a otros legitimarios. Ante el recurso de casación interpuesto por la hija, alegando que la mejora era irrevocable, el Tribunal Supremo contestó que «los términos del precepto del art. 827 ... no consienten más casos de excepción legal para la revocabilidad de las mejoras que los dos únicos expresados en el mismo»; añadiendo: «sin que la ley consienta pacto alguno entre padres é hijos opuesto á lo establecido por un fundamento superior á la voluntad de las partes en materia de sucesiones».

(64) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, reimpr., Madrid, 1985, § 321, pp. 263 y 264.

(65) Así lo impone la sentencia de 17 de marzo de 1989, fund. 4.

donación válida y eficaz, pues, como ya hemos señalado, existe un ligamen unilateral entre la colación y la liberalidad. Sin embargo, la circunstancia determinante de la colación es la cualidad de heredero aceptante de la sucesión; el deber de colación no es una disminución de la liberalidad recibida *inter vivos*, sino una carga impuesta en una disposición de última voluntad y que será efectiva si el donatario acepta la herencia. Por ello, el donatario puede evitar siempre la colación si repudia la herencia.

Así que no se puede hablar en sentido estricto de donación en la que la dispensa sea un elemento causal de la misma (desde el punto de vista de su valoración por el Ordenamiento), sino en todo caso de aceptación de donación sometida a la condición de una determinada disposición sucesoria (la dispensa). Respecto de esta situación podríamos distinguir dos supuestos:

— el donante no señala nada sobre la irrevocabilidad de la dispensa. En tal caso, la aceptación del donatario sometiéndola a la condición de la irrevocabilidad de la dispensa no perfeccionaría la donación pues la aceptación no concordaría con la oferta (art. 1262); y aunque se admita que la donación se perfeccionaría, la condición de la irrevocabilidad de la dispensa sería irrelevante.

— el donante se compromete explícitamente al hacer la donación a no revocar la dispensa, y el donatario acepta. En este supuesto, el causante se compromete a no revocar una disposición sucesoria, lo que conforme al art. 737 C.c. («Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas») es ineficaz, siendo, por tanto, la dispensa libremente revocable. Además, en cualquier caso, la aceptación de la dispensa supone la aceptación de un beneficio *mortis causa* antes de la apertura de la sucesión, lo que es ineficaz (art. 991). Sin embargo, en este supuesto quizá sí sea nula la donación (vid. arts. 1115 y 1116 C.c.).

E) NATURALEZA DE LA DISPENSA: CONCLUSION

De lo dicho hasta aquí hemos de deducir que la dispensa es una disposición *mortis causa* esencialmente revocable (luego, de última voluntad) y de carácter patrimonial. Y siendo la revocabilidad el carácter esencial de los actos de última voluntad en nuestro Derecho, parece que en principio habrán de aplicarse a ella los caracteres del testamento, acto de última voluntad de carácter patrimonial por

excelencia, y único de los de esta clase regulado de forma general en el Código civil (66).

— se trata de un acto unilateral. Es el donante-causante el que únicamente realiza la distribución *mortis causa* del valor de la donación no declarada colacionable. La aceptación del dispensado antes de la muerte del causante no produce, como ya hemos visto, efecto alguno (art. 991). Y la aceptación tras la apertura de la sucesión es en realidad una aceptación de la condición de heredero (que necesariamente ha de tenerse para que pueda jugar la colación y su dispensa), que como señala toda la doctrina, no tiene nada que ver con la aceptación contractual.

— unipersonal, conforme se desprende del art. 669 C.c.

— personalísimo. Parece claro que, conforme a los principios generales del testamento, también la dispensa es un acto que corresponde exclusivamente al causante, no pudiendo delegar esta facultad en persona alguna (art. 670 C.c.). No obstante, parece aplicable el art. 831.

— no recepticio; aunque en el caso de la dispensa junto con la donación el donatario, lógicamente, conocerá el hecho de la dispensa. Pero, aun así, de este conocimiento no se derivará efecto jurídico alguno.

— ¿gratuidad? ¿liberalidad? Finalmente, se discute por la doctrina si la dispensa es una liberalidad o no en favor del dispensado.

Ante todo, conviene dejar claro que, en nuestra opinión, la dispensa no es una liberalidad *complementaria* a la donación. A esto nos hemos referido ya a propósito de las relaciones entre donación y dispensa.

En cuanto a la cuestión de si la dispensa es una liberalidad en sí misma considerada, parece necesario señalar que, desde luego, no es una liberalidad al modo como ésta se entiende en los negocios *inter vivos*. A los actos *mortis causa* no se le pueden aplicar los mismos esquemas de gratuidad y onerosidad de los negocios entre vivos. Por un lado, hay que tener en cuenta que la sucesión hereditaria se va a producir necesariamente, de forma que lo único que hace el causante es dirigirla en un sentido distinto al marcado supletoriamente por la ley (67);

(66) No obstante, advierte GIAMPICCOLO, *cit.*, p. 71, que hay que evitar una gratuita asimilación del acto de última voluntad a la disciplina del negocio testamentario, pues no se trata de dos figuras idénticas; si bien no se desconoce, obviamente, el peso que en la reconstrucción de la disciplina de aquél puede ejercer el tipo testamentario, en cuanto que es objeto de una particular disciplina por el Derecho positivo.

(67) Como indica GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, traduc. esp. por Blasco Gascó y Prats Albentosa, p. 540, entre el testamento y la donación existe una diferencia sustancial «resultante del hecho de que la muerte está destinada a abrir la sucesión: el donante puede decidir si dona o no dona, además de decidir a quién dona; el testador, en cambio, manifiesta la propia liberalidad únicamente porque deroga, mediante el testamento, el orden de sucesión legítima y, en los límites de la cuota disponible, decide a quién se atribuirán sus bienes».

por otro, y con relación a lo anterior, el testamento es siempre una disposición unilateral en el sentido de que el testador no se despoja de algo que correlativamente recibe el adquirente, sino que sólo tiene efectos para una de las partes; en nuestro caso, el heredero favorecido con la dispensa. Esto la diferencia del contrato de donación, en el que se producen efectos en ambas partes; una pierde algo que otra recibe; ello no sucede en la disposición por causa de muerte.

Hechas estas consideraciones previas, no parece existir inconveniente en considerar la dispensa como una ventaja patrimonial (68) o liberalidad *mortis causa* en favor del dispensado. Esta conclusión se deriva del hecho de que la colación supone una carga de la condición de heredero que el Código establece en perjuicio del donatario aceptante de la herencia; si, entonces, el causante libera al donatario de esa carga hereditaria, resulta evidente que nos encontramos ante una indudable ventaja patrimonial con respecto al régimen supletorio que establece la ley.

En definitiva, parece que la dispensa de colación es una disposición de última voluntad (por tanto, revocable) determinante de la cuantía del caudal partible entre los coherederos legitimarios, y que por ello reúne los caracteres generales de las disposiciones testamentarias, con algunas excepciones, en especial en lo que se refiere a la forma (69).

II. FORMA DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD DE DISPENSA: NECESIDAD DE QUE SEA EXPRESA

Una de las cuestiones más difíciles a propósito de la dispensa de la colación es que, según el art. 1036, para que tenga efecto es necesario que el donante «así lo hubiese dispuesto expresamente».

(68) Esta es la terminología que propone MIGNOLI. *op. et. loc. cit.*; «ventaja patrimonial» que no se puede incluir técnicamente en la noción de liberalidad.

No obstante, algunos autores italianos, siguiendo los pasos de cierta antigua doctrina alemana, consideran la colación como una liberalidad en favor de los coherederos, constitutiva de un legado *ex lege*. Además de que ello es rechazado por los autores más modernos (SKIBBE, *cit.*, p. 621; PALANDT-EDENHOFER, *cit.*, p. 1911), esta opinión nos parece una manifestación más del gusto de la doctrina por incluir toda institución jurídica en otra de mayor alcance, tendiendo así al constructivismo y la abstracción. Desde nuestro punto de vista, no es necesario explicar la colación acudiendo al concepto de legado. De modo más simple, se puede decir que la colación es la colación, y esto basta. El mismo FORCHIELLI, *cit.*, p. 149, después de adherirse a la doctrina citada, reconoce que «son tantas y tales las peculiaridades de estructura y de disciplina de la relación colaticia respecto a la estructura y disciplina del legado normal, que bien pocos de los principios normativos del legado aparecen efectivamente aplicables a la relación *ex collatione*».

(69) GIAMPICOLO, *cit.*, p. 6, y JORDANO BAREA, «Teoría...», *cit.*, p. 437, consideran que la dispensa es una típica disposición testamentaria, pues para que hablemos de disposición anómala testamentaria es necesario que dicha disposición no sea complementaria de la institución de heredero o legatario.

La mayoría de la doctrina suele rebajar en gran medida la exigencia de la disposición expresa partiendo de una ya antigua opinión formulada por De Diego y Navarro Palencia, a propósito de la regulación romana de la colación vigente en Cataluña. Ciertamente, según estos autores, la Novela XVIII exigía la colación salvo que *expressim* se dispensara; «Ahora bien, el conjunto de la ley, el espíritu de la disposición entera está en esto: del silencio del testador sobre la colación sólo es lógico concluir la incertidumbre de su voluntad sobre ella (*quoniam incertum est*, etc.); por consiguiente, la contraposición a esa incertidumbre de voluntad es la certidumbre de esta voluntad, la cual certidumbre debe ser la regla para la exclusión de la colación. El *expressim* no se contrapone a *non expressim* o a *directa literaliter*, etc., en este caso, sino a *incertum*, y por tanto, toda su significación no consiste en requerir una manifestación verbal, directa, explícita de dispensa de colación, sino que debe quedar reducida a exigir una manifestación de voluntad positiva, realmente expresada, tanto por palabras cuanto por acciones concluyentes o inequívocas» (70).

Independientemente de cuál fuera el significado del «*expressim*» de la legislación justiniana, creemos que tal interpretación no casa con el sentido de nuestra actual legislación. El origen y la razón de la dispensa expresa no se encuentra en el Derecho histórico, sino en el proceso codificador; a ello ya nos hemos referido en la primera parte del presente trabajo. En esta línea, parece oportuno recordar que «el sentido filológico no vincula; se ha dicho con razón: *grammatici non sunt supra Caesarem*; la letra de la ley es un medio para conocer el mandato y nunca un pretexto o causa para que no se cumpla el verdadero sentido de la ley» (71).

El art. 843 del Código civil francés estableció la colación como norma general, exigiendo que la dispensa de la misma fuese realizada «*expressément*». La intención de esta exigencia era la de mantener en la medida de lo posible la igualdad entre los legitimarios. Decía Chabot de L'Allier en su Comunicación oficial al Tribunado que se establecía la colación como regla general «porque ella es, en efecto, la más equitativa, porque es conforme al principio de igualdad al que es necesario tender constantemente a establecer en todas las sucesiones, y que,

(70) DE DIEGO y NAVARRO PALENCIA, «Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común», *R.D.Pr.*, t. I, 1913-14, p. 297. En la misma línea se manifiestan, con cita de los anteriores, BONET RAMÓN, *cit.*, V, p. 858; ESPÍN, *cit.*, V, p. 171; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, pp. 169 y 170; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 571; DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 269 y 270; PUIG BRUTAU, *cit.*, V, 3, 4.^a ed., p. 514; VALLET DE GUYTSOLO, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 501. Igualmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1979, p. 413, nota 2: «Como tantas otras veces..., creo que "expresamente" significa que conste que la dispensa ha sido "verdaderamente" querida».

(71) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, 2.^a ed., Madrid, 1949, p. 468.

en fin ... la presunción de la voluntad del difunto es en favor de la colación cuando ella no ha sido *formalmente* dispensada»; añadiendo Jaubert que la voluntad de dispensar «se debe leer en la disposición misma» (72).

En cuanto a nuestro proceso codificador, ya hemos señalado repetidas veces en estas líneas que la igualdad de los colegitimarios era el ideal de legislador, con el fin de favorecer la desvinculación y la división de la propiedad territorial. El art. 882 del Proyecto isabelino establecía que «El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser expresa». Y comentaba a continuación García Goyena que «Exigiendo que la dispensa haya de ser expresa, se cortan casi todas las cuestiones que voluntariamente han suscitado los intérpretes: además, se guarda consecuencia con lo dispuesto en el artículo 657» (73). Este último artículo, como ya sabemos, cambió el criterio anterior de las Leyes de Toro al disponer que toda donación *inter vivos* no se reputaba mejora «si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar» (74); y a ello añadía el comentarista que «lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación ó pago á cuenta de aquélla (la legítima); en esto á nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador» (75). Además, ello «Es también conforme á lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen á colación, si no hay dispensa expresa» (76).

Finalmente, es de destacar que el art. 828 del Código, en contra de lo dispuesto en el Proyecto, dispone que la manda o legado hecho en testamento tampoco se considera mejora «sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre»: nueva manifestación del deseo de mantener en la medida de lo posible la igualdad entre los legitimarios.

De todo lo expuesto hasta aquí cabe colegir que la inserción del término «expresamente» en el art. 1036 no es en absoluto casual, ni un mero recurso estilístico sin eficacia práctica. En el Código existe un

(72) FENET. *cit.*, t. XII, pp. 203 y 590.

(73) *Cit.*, t. II, p. 252.

(74) El Código civil ha retocado levemente este artículo, sustituyendo «formalmente» por «de una manera expresa».

(75) P. 105.

(76) *Ibidem.*

ideal de mantenimiento de la igualdad entre los legitimarios, siendo necesario para evitarlo una disposición «expresa» del causante (77).

Por ello, no podemos estar de acuerdo con las opiniones primeramente expuestas que consideran que el término «expresamente» no tiene mayor trascendencia, y que lo único importante es que tal dispensa sea cierta. Desde luego, la dispensa ha de ser cierta, verdadera, pero es que ello es exigible a la hora de interpretar cualquier manifestación de voluntad; si no existe certeza —moral— acerca de la voluntad del manifestante, no podemos considerar tal declaración como efectivamente realizada. Desde este punto de vista, la exigencia de que la dispensa sea expresa no añadiría nada a los requisitos propios de toda declaración de voluntad. Ahora bien, si queremos dar contenido a los términos de la ley, está claro que dispensa «expresa» supone algo más que mera certeza en la voluntad de dispensar.

(77) Hace una interpretación completamente distinta de la aquí mantenida VALLET DE GOYTISOLO. «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición». *AAMN*, t. VIII, 1954, p. 20 (también en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XI, 2.^a ed., Madrid, 1982, p. 329 y ss.): «¿Es cierto que la ley quiere la igualdad? Sin duda que sí, tratándose del tercio de legítima estricta. Pero en el ámbito del tercio de mejora, no hay ninguna base para sostener igual afirmación. A la ley le es indiferente que se distribuya por igual o desigualmente entre los descendientes. Así resulta del artículo 823. Por tanto, si no hay regla general no puede haber excepción. Además, precisamente, en el Derecho castellano histórico, se presume siempre que todo legado y la mayor parte de las especies de donación se otorgaban con carácter de mejora. Lo que indica que la mejora no tenía tal carácter excepcional. Y no olvidemos que, conforme nos explicó Alonso Martínez, alma de nuestro Código civil ... fue "la tendencia de dicho Código a ensanchar la órbita de la libertad de testar"».

No podemos compartir la opinión de este insigne autor. A lo largo de todo el trabajo citado se apoya singularmente en la regulación de la mejora por las Leyes de Toro. Ello no parece metódicamente correcto; creemos haber dejado ya suficientemente claro que la regulación del Derecho antiguo pretendía favorecer los mayorazgos y vinculaciones, cosa que se propuso evitar precisamente la Codificación. Sin embargo, este reputado tratadista no hace referencia a ese problema, a nuestro juicio indispensable para interpretar correctamente las normas que estudiamos.

En cuanto a que el Código civil amplió notablemente la libertad de testar, ello es evidente. Pero también hemos señalado en la primera parte de este trabajo que legítima e igualdad no son realidades necesariamente paralelas (así, Derechos forales aragoneses y vizcaíno). A pesar de la limitación de la cuota legitimaria, el resto del sistema del Código permaneció incólume, y, por tanto, favorecedor de la igualdad salvo disposición «expresa» en contrario, especialmente en cuanto a las disposiciones *inter vivos*, lo que además concuerda con la enemiga hacia los pactos sucesorios. Y no sólo ello, sino que el art. 828 dio una nueva «vuelta de tuerca» a la cuestión, pues frente a la norma del Proyecto que reputaba mejora lo dejado en testamento, aquel artículo estableció de nuevo la necesidad de que la mejora en testamento sea expresa, a no ser que el legado no quepa en el tercio libre. Igualmente, el art. 829 limitó la mejora en cosa cierta al tercio de mejora y a la legítima estricta, sin poder extenderse al tercio libre.

En el mismo sentido que las normas anteriores, la sustitución fideicomisaria —que es otra institución con resabios feudales— también ha de establecerse «de una manera expresa, ya dándole este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» (art. 785.1 C.c.).

Así pues, podemos concluir que el art. 1036 exige con toda nitidez que la dispensa sea expresa. Sin embargo, el problema se plantea a la hora de determinar qué sentido puede tener el término «expreso» en este caso concreto, máxime si se tiene en cuenta que en la doctrina no hay acuerdo acerca de su significado general, especialmente por contraposición a lo tácito.

No es este el lugar adecuado para hacer un estudio profundo sobre las diferencias entre lo expreso y lo tácito. Trataremos, no obstante, de realizar una cierta aproximación que pueda servir al intérprete de una concreta disposición testamentaria referida a este tema (78).

Ante todo, parece conveniente distinguir entre declaraciones de voluntad y otros comportamientos que no son declaraciones en sentido estricto. Sólo ha de considerarse declaración aquella manifestación dirigida a comunicar una voluntad determinada, y mediante los medios que socialmente se consideran como usuales para ello. En este sentido toda declaración sería expresa (79).

Por otra parte, hay una serie de comportamientos sociales que en un momento dado pueden revelar una voluntad determinada. Dentro de estos comportamientos hay algunos que, conforme a la valoración común, suponen una voluntad determinada no exteriorizada por los medios naturalmente destinados a ello (no declarada) y a los cuales se les atribuye una relevancia jurídica idéntica a la declaración o consentimiento: son los llamados *facta concludentia*. Estos casos serían los que se suelen llamar declaraciones tácitas (ejemplos legales de lo anterior, los arts. 999, 1935 y 1938 C.c.).

La anterior distinción —normalmente utilizada para poner de manifiesto los principios de responsabilidad y confianza en el ámbito contractual— no es útil a los efectos que ahora nos interesan. Si declaración tácita es aquella que consiste en un comportamiento no declarativo en sentido estricto, pero que supone indefectiblemente una determinada voluntad, la dispensa de colación nunca podría ser tácita, pues el único modo de manifestar una disposición de última voluntad es una declaración en sentido estricto (normalmente un testamento), sin que sea posible disponer *mortis causa* mediante esos *facta concludentia* (80). En tal caso, estaríamos ante una voluntad no declarada formalmente y, por tanto, irrelevante.

(78) Los términos en que está planteado el problema son tan conocidos que nos ahorraremos hacer citas constantes a la numerosísima literatura sobre el mismo. Por todos, puede verse FERRERO, «*Dichiarazione espressa*», «*dichiarazione tacita*» e *autonomia privata*, Torino, 1974.

(79) Por supuesto, la declaración ha de ser interpretada, por muy clara que esté.

(80) Cosa distinta es que, realizada una declaración en testamento, puedan ayudar a interpretar su sentido otras circunstancias extrínsecas al mismo; ahora bien, partiendo siempre de que ha existido la declaración. Vid. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 94 a 98, y SALVADOR CODERCH, «Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, pp. 292 a 295.

Sin embargo, la distinción expreso o tácito se plantea en las leyes con otro significado distinto del anterior. A veces, distingue la ley expreso y tácito para referirse a casos que son todos de declaración, es decir, de una manifestación realizada por los medios que socialmente se consideran aptos para realizarla (normalmente, por escrito o verbalmente). En este supuesto, la base de la distinción no puede estar en la existencia o no de declaración, pues partimos de que tal declaración existe (81).

Cierto sector de la doctrina, y también los Tribunales, establecen como criterio determinante de la distinción en estos casos el que haya una mayor o menor claridad en la declaración respecto del contenido de la voluntad del declarante (82). Esta posición, a nuestro modo de ver, tiene graves objeciones ¿Dónde está el límite de esa claridad, de esa certeza, entre lo expreso y lo tácito? Desde un punto de vista lógico-formal esto es imposible de determinar, pues en tal caso expreso y tácito serían conceptos puramente valorativos sobre los cuales no se podría sentar una regla fija. Cuando el Juez interpreta una declaración como reveladora de cierta voluntad, lo hace así porque ha adquirido la certeza moral de que eso es lo que quiso el declarante, no siendo en realidad admisible decir que el Juez interpreta la voluntad en un sentido, *aunque dude*. Si realmente duda, no puede dotar de eficacia a tal declaración. Lo que sucede es que el proceso por el que el Juez llega a su convencimiento puede ser más o menos complejo; pero una vez que llega a una conclusión es irrelevante si el proceso para ello ha sido más o menos largo o complicado (83).

Para distinguir entre declaraciones expresas y tácitas hay que buscar un criterio lo más formal y lógico posible, a fin de evitar que la apreciación quede en cada caso al exclusivo arbitrio del Juzgador.

En nuestra opinión, para aclarar qué significa «expresamente» en el art. 1036, hay que partir de la consideración de que esa exigencia es

(81) Desde luego, no se nos oculta que hablar de «declaración tácita» es una contradicción *in terminis*, pues en latín «tacere» significa «callar».

(82) Esta es la postura que finalmente adopta FERRERO, *cit.*, pp. 77 y 78: «para integrar el modo de ser “expreso” requerido, será necesario que un comportamiento ofrezca una cumplida expresión y, consecuentemente, suficiente certeza acerca de una determinada autoregulación, pero teniendo presente que esta exactitud (*compiutezza*) de la expresión y esta suficiencia de la certeza no pueden ser definidas de forma general; se relacionan y dependen de la *ratio* de las normas singulares». Igualmente, para DURMA, *La notificación de la voluntad. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*. París, 1930, § 229, p. 250, «*Es la falta de certidumbre lo que caracteriza la manifestación tácita*» (la cursiva es del autor).

(83) Cuando un Juez penal juzga la existencia de un delito, a nadie se le oculta que suele existir un período de duda hasta que llega al convencimiento de que el hecho se produjo; ahora bien, está claro que ese proceso de duda no es elemento conceptual del Derecho.

atinente a la forma. A la forma, no en el sentido que habitualmente se entiende, de medio o canal —en la terminología lingüística moderna— a través del que se transmite el mensaje (verbal, escrito), sino forma en el sentido del código o signos que se han de emplear para comunicar el pensamiento; lo que cierto sector de la doctrina ha llamado a veces «forma intrínseca» de la declaración (84).

Partiendo de lo anterior, hay dos maneras de interpretar el término «expresamente» en el art. 1036 C.c.:

— lo más sencillo sería considerar que «expreso» significa que el causante ha de emplear forzosamente las palabras «dispensa» (o cualquiera de las formas verbales de «dispensar») y «colación» (o una de las formas del verbo «colacionar»). Así, «dispenso de la colación de lo que doné a mi hijo X»; o bien, «quede mi hijo X dispensado del deber de colacionar lo que le regalé»; etc. No obstante, aunque esta solución sea la más sencilla, nos parece excesiva y tampoco creemos que el legislador tuviera intención de ser tan riguroso. En esta línea, cuando el art. 785 exige que las sustituciones fideicomisarias sean expresas, considera que son tales «ya dándoles este nombre, ya imponiendo la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero».

— por el contrario, a veces distingue la doctrina lo expreso de lo tácito, según que se realice una declaración «directa», dirigida a manifestar una determinada voluntad, o bien se realice una declaración «indirecta», con otra finalidad, pero que también presuponga esa voluntad. Es decir, para que se considere expresa ha de tratarse de una declaración *ad hoc*; o, como a veces señala la doctrina italiana, una «*apposita*» declaración. No siendo, por tanto, eficaz la voluntad manifestada de modo colateral o accesorio a otra declaración cuya finalidad sea transmitir otra voluntad.

Esta nos parece la dirección correcta en que hay que interpretar la exigencia de que la dispensa de colación conste «expresamente». El causante ha de realizar una declaración cuya finalidad esencial sea precisamente la dispensa; finalidad que, al menos en este caso concreto, habrá de valorarse de modo objetivo (85).

Consecuentemente, parece también que la dispensa ha de referirse específicamente a cada una de las donaciones que se quiere dispensar, sin que sea válida una dispensa de carácter genérico respecto de todas

(84) DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*. Bruxelles-París, 1935, p. 46, nota 3.

Sin llamarla de esta manera, se refiere a este tipo de exigencia CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*. Padova, 1969, pp. 9 y 10.

(85) En esto nos apartamos de la tradicional doctrina que para distinguir entre declaración directa e indirecta apela exclusivamente a la intención del declarante.

las donaciones realizadas; lo contrario da lugar a dudas y oscuridades opuestas a la exigencia del carácter expreso (86).

Ello no implica fórmulas sacramentales, pudiendo valer la dispensa mediante términos que manifiesten la intención de desigualar (cfr. art. 785.1 C.c.); así, por ejemplo, «deseo que el donatario no reparta el valor de la donación con sus coherederos legitimarios». En el mismo sentido de excluir el formalismo exagerado, tampoco creemos que haga falta que la dispensa conste en cláusula aparte dentro de la donación o testamento.

También habrá de considerarse dispensa expresa cualquier disposición que, por su misma naturaleza, excluya el valor de lo donado del caudal partible entre los coherederos legitimarios. Por ejemplo, mejora, imputación al tercio libre (87); o inclusión de lo donado en el lote del donatario, en el caso de partición por el testador (art. 1056). En realidad, parece más bien que estas órdenes de imputación se anteponen, desplazándolo, al juego de la colación o su dispensa.

Por el contrario, creemos que no sería expresa si, no existiendo declaración al respecto, la dispensa pudiera inducirse del conjunto de las disposiciones testamentarias; por ejemplo, si el causante instituye al donatario en una cuota menor que al resto de sus hermanos, coincidiendo la disminución con la cuantía de la donación; está claro que, en ese caso, la dispensa no es expresa. Asimismo, no habría dispensa si, con posterioridad a una donación, el testador hace partición de sus bienes sin incluir lo donado en el lote del donatario (88). Tampoco sería expresa si se pretendiera acudir a presunciones o a pruebas testimoniales o extrínsecas al propio documento (89).

Por último, un supuesto que ha dado lugar a un cierto debate en la doctrinas francesa e italiana es el de las donaciones disimuladas. Algún autor considera que la realización de una donación disimulada supone

(86) Esta es la consulta que se plantea y resuelve, en contra de nuestro criterio, por F.A. y J.B., «Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1036 del Código civil», *RDJ*, XXVII, 1943, pp. 724 y ss. Una cláusula del testamento discutido rezaba así: «Manifiesta el testador que quiere que ninguno de sus hijos colacione nada a la herencia del mismo por los bienes dados o donados en vida de éste»; el problema subsiguiente es que con posterioridad al testamento el testador hizo nuevas donaciones pecuniarias a uno de sus hijos, encontrándose luego los recibos de las mismas entre los papeles privados de aquél. Se discute entonces si las nuevas donaciones estaban sujetas a colación, y si no lo estaban ¿por qué guardó el causante los recibos de estas últimas y no de las anteriores? En nuestra opinión estos problemas se cortan de raíz exigiendo siempre que la dispensa sea expresa respecto de cada donación realizada.

(87) Sobre esto, *vid.* el capítulo II. C).

(88) En contra, DE LOS MOZOS, *cit.*, pp. 281 y 282.

(89) Conforme, MIGNOLI, *cit.*, p. 88.

implícitamente una dispensa de colación (90). Desde luego, no compartimos este punto de vista para nuestro Derecho. Obviando el hecho de que la jurisprudencia suele considerar nulas estas donaciones, se puede argüir que, como la dispensa ha de ser expresa, si nada se señala en la donación disimulada respecto de ella, no podemos considerarla expresa (91); y si se declara la dispensa, la donación deja de ser disimulada. Ya hemos señalado en la primera parte de este trabajo que el art. 1036 no es una norma interpretativa de la voluntad del causante, sino una norma dispositiva, lo que es muy distinto.

Por otra parte, a nadie se le oculta que una gran parte de las donaciones entre padres e hijos son disimuladas por cuestiones puramente fiscales, sin que tenga nada que ver la simulación con la voluntad de excluir la colación.

En fin, como se ve, la exigencia de la dispensa expresa supone un freno a la doctrina general según la que, partiendo de la declaración testamentaria, hay que investigar al máximo la voluntad real del testador (art. 675 C.c.). No se nos oculta que esta interpretación del art. 1036 puede dar lugar en determinados casos a ejecutar el testamento en un sentido hasta contrario a la voluntad del testador (92); lo cual tampoco es tan extraordinario, pues también en otras ocasiones se exigen requisitos de forma extrínseca sin los que no es eficaz la declaración, aunque la voluntad del declarante esté clara en ese sentido.

Reconocemos, no obstante, que tal vez eso no sea a veces lo más justo desde el punto de vista del caso concreto y de la voluntad del causante (93), pudiendo defenderse que lo único importante es que el Juzgador

(90) CASULLI. «La dispensa dalla collazione delle liberalità palliate con la forma del contratto oneroso o per interposizione di persona», *Riv. dir. civ.*, XXXIII, 1941, pp. 19 y ss.; por su parte, ROCA JUAN, *cit.*, pp. 40 y 41, FORCHIELLI, *cit.*, p. 296, y VISALLI, *cit.*, p. 119, admiten también la dispensa en estos casos si se demuestra que la simulación tenía como finalidad provocar la dispensa. En Francia, *vid.* TERRÉ-LEQUETTE. *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, n. 895, p. 864.

(91) Véase sobre ello, la sentencia de 23 de septiembre de 1989, fund. 3. También es interesante el caso de la sentencia de 28 de febrero de 1966, en la que la testadora ordena colacionar ciertas liberalidades, y calla sobre otras disimuladas bajo compraventa.

(92) En la sentencia de 30 de marzo de 1949 se plantea el caso de que unos padres hacen conjuntamente a sus tres hijos «donación *inter vivos*» de todos sus bienes, dividiéndolos en tres lotes que en realidad son ostensiblemente de distinto valor. Planteada a la muerte de los donantes la colación, el Tribunal Supremo la acepta sin ningún problema, aunque probablemente la intención de los padres (en especial, en el caso, del padre) fuera otra.

(93) Por ello, se ha podido decir que «en la ley se manifiesta un renacimiento, en la jurisprudencia una decadencia, del formalismo»; FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», en *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, París, 1950, p. 111.

llegue al convencimiento de que ha existido determinada voluntad, sin atender al modo de manifestación; pero esa es una consideración de *lege ferenda* (94).

Sin embargo, frente a esta interpretación tan estricta que defendemos, podría argumentarse que, al haber cambiado la situación social —*occasio legis*— que explica su origen (desvinculación), debería hacerse una consideración más flexible del mandato legal. No obstante, creemos que la función social de la herencia (art. 33 C.E.) y el deseo social de igualdad, sentido hoy más que nunca, postulan por el mantenimiento de esa interpretación estricta. No hay que entender las normas del Código civil que propenden a la igualdad como meramente circunstanciales, de manera que, lograda la desvinculación, pierden su razón de ser. La igualdad, además de medio de desvinculación, tiene un valor en sí misma; por ello, aunque el Código redujo la cuota legítima del Proyecto de 1851, mantuvo el deseo igualatorio, que incluso se acentuó (art. 828, supresión del párrafo 2 del art. 657 del Proyecto y concordantes).

III. REVOCACION DE LA DISPENSA

Por último, vamos a referirnos a la revocación de la dispensa, cuestión que, además de su valor propio, nos ayudará indirectamente a fijar con mayor claridad la naturaleza de la propia dispensa.

a) *El acto en que se puede insertar la revocación*

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, la dispensa es un acto esencialmente revocable como toda disposición de última voluntad. Ahora bien, es discutible cuál ha de ser la forma del acto de revocación, si necesariamente la del testamento, o bien puede ser la de la donación dispensada.

Se dice que la revocación de los actos de última voluntad no testamentarios puede hacerse en la misma forma que el acto revocado (95). Esta afirmación parece válida como criterio general. Así, por ejemplo, si los padres pueden designar tutor en documento público notarial (art. 223), nada se opone a que tal designación se pueda revocar en otro documento notarial.

Sin embargo, creemos que la situación es distinta en el caso de la revocación de la dispensa de la colación. Para valorar este problema

(94) Cfr. FERRERO, *cit.*, p. 77.

(95) GIAMPICCOLO, *cit.*, pp. 148 a 150.

hay que examinar cuál es el fundamento por el que se admite que se realice una disposición de última voluntad fuera del testamento. En el supuesto referido del nombramiento del tutor parece que se debe a que el legislador no considera imprescindible el rígido formalismo del negocio testamentario (96); con lo que no ofrece dificultad que la revocación se realice sin tal formalismo. Por el contrario, en el caso de la dispensa de colación ya hemos señalado anteriormente que su inserción en la donación se justifica simplemente por un principio de economía negocial, para no obligar al donante a realizar un testamento posterior con la única finalidad de la dispensa. Ahora bien, en el caso de la revocación de la dispensa, el fundamento de economía negocial desaparece, de manera que, siendo el testamento el acto que por excelencia regula la distribución de los bienes del causante tras su muerte, y teniendo carácter excepcional la admisión de cualquier otro acto patrimonial de última voluntad en nuestro Derecho, creemos que la revocación de la dispensa ha de incluirse necesariamente en un testamento. Lo contrario carecería de justificación.

b) *Relaciones entre dispensa y testamento: su recíproco efecto revocatorio*

Anteriormente, hemos analizado las relaciones entre donación y dispensa; vayamos ahora con las relaciones entre dispensa y testamento. Tres casos se pueden plantear:

- que exista un testamento y una donación dispensada posterior a aquél.
- que se dispense de colación en la donación, y luego el causante otorgue un testamento posterior.
- que se otorgue la dispensa en testamento, y luego se revoque éste.

1) La dispensa simultánea a la donación y posterior al testamento está claro que revoca el testamento en cuanto a lo referido a la dispensa, especialmente si en el primer testamento se ha dispuesto concretamente del destino del bien que luego se ha donado (por ejemplo, por un legado, art. 869.2). Al ser ambas disposiciones recayentes parcialmente sobre la misma materia, y ambas de última voluntad, hay que tratarlas como cualquier supuesto de pluralidad de disposiciones de última voluntad recayentes sobre la misma materia. Por tanto, se ha de considerar que la dispensa y el testamento se revocan recíprocamente en cuanto a la cuestión de la dispensa. Si uno u otro acto (donación o testamento) hacen referencia a la dispensa, prevalecerá la última declaración, de acuerdo con la teoría general (art. 739 C.c.).

(96) Sobre las razones de puro azar parlamentario que llevaron a la admisión del documento público notarial, véase LETEDEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. IV, 2.^a ed., Madrid, 1985, p. 266.

2) Si se hace testamento con posterioridad a la dispensa, podría pensarse que la dispensa queda sin efecto si el testador no la declara expresamente a salvo, por la fuerza expansiva que tiene el testamento sobre toda la sucesión *mortis causa*, especialmente en cuanto a las cuestiones patrimoniales (art. 667 C.c.) (97). En esta línea, el art. 739 C.c. dispone que «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo en parte».

Frente a lo anterior, cabe oponer, sin embargo, un argumento que parece inclinar por la solución de la pervivencia de la dispensa, salvo que el testamento posterior haga referencia a la colación: la dispensa contenida en el acto de donación no es un testamento, sino una disposición de última voluntad distinta de aquél. Por ello, lo que hay que entender conforme al tenor del artículo citado es que un testamento posterior sólo deroga el testamento anterior, pero no todas las disposiciones de última voluntad anteriores. Es decir, para que subsista la dispensa de colación no es necesario que el testador declare expresamente que el testamento no revoca la dispensa; sería necesaria una expresión más explícita en este sentido, como, por ejemplo, «revoco todas mis disposiciones sucesorias anteriores».

Consecuentemente, si, además de la dispensa, el causante ha otorgado testamento posterior que no se refiere a aquélla, no hay que entender que nos encontramos ante una disposición derogatoria de la anterior, sino ante dos actos distintos que regulan la sucesión del difunto, si bien la dispensa se contrae a una cuestión determinada —la distribución del valor de la donación hecha al legitimario— mientras que el testamento se puede referir a todas las cuestiones que plantee la sucesión del *de cuius* (incluida la de la colación). Por ello, ambas disposiciones habrá que entenderlas, en principio, como complementarias a la hora de averiguar la voluntad del causante en cuanto al conjunto de su sucesión hereditaria. Así sucederá en el caso más frecuente en la práctica de que el testamento posterior sólo establezca institución de herederos en cuotas determinadas en favor de los hijos del causante.

No obstante, lo anterior es «en principio». Es indudable que de la coexistencia de dos disposiciones de última voluntad (dispensa y testamento) se derivarán a veces dificultades interpretativas. Al igual que

(97) Opina Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *RDN*, XXVII, 1960, pp. 93 y 94, que «la pervivencia de un testamento codicilar anterior una vez otorgado un testamento pleno posterior, no cabe dentro de la idea de compatibilidad por disparidad de la extensión objetiva, ya que el testamento posterior, al poseer proyección universal, impide la pervivencia del testamento anterior, que sólo puede salvarse si el testador así lo declara en el último testamento».

un testamento posterior puede interpretarse en el sentido de que tácitamente mantiene la vigencia de otro anterior (98), también puede interpretarse que el testador tácitamente ha manifestado su voluntad de dejar sin efecto la dispensa, aunque no se refiera a ella expresamente en el testamento. Así, especialmente, en el caso de una partición posterior hecha por el causante, sea en testamento o en un acto aparte de los que el art. 1056 llama impropriadamente «inter vivos»; si el testador, al hacer la partición y señalar los bienes concretos que integran la cuota del donatario, incluye lo donado con dispensa como parte de su lote, hay que interpretar que implícitamente deroga su dispensa contenida en el acto de donación.

En realidad, hay que entender que el testamento es el eje sobre el que gira la voluntad sucesoria del causante, aunque el Ordenamiento admita otros actos a causa de muerte. Por ello, si bien el testamento no deroga ineludiblemente la dispensa anterior, sí es necesario que el testador disponga en el testamento de forma que sus disposiciones sean compatibles con aquella dispensa; parece, pues, que nos encontramos ante una disposición principal (testamento) y otra subordinada (dispensa).

Por otra parte, si realizada una dispensa en el acto de donación, después el testamento declara simplemente que sigue en vigor la dispensa anterior, parece que el testamento no «absorbe» necesariamente a la dispensa, sino que seguimos encontrándonos ante dos disposiciones de última voluntad con su propio régimen jurídico; de manera que, revocado luego el testamento, la dispensa habría de considerarse vigente (99). Por el contrario, si el testador dispensa en el testamento sin referirse para nada a la dispensa anterior, la solución es más difícil; podría pensarse entonces que a partir de ese momento la dispensa pierde su parcial autonomía, y se «incorpora» al régimen propio del testamento. Con lo que, a partir de ese momento, la revocación del testamento supondría la revocación de la dispensa misma.

No obstante, singularmente conflictivo, a este respecto, puede ser el caso de que el causante done con dispensa, luego realice un testamento en el que nombra al donatario legatario (satisfaciendo así su legítima) y no heredero (con lo que ya la dispensa queda sin efecto por falta de uno de sus presupuestos); y más tarde vuelva a hacer otro testamento donde lo nombra heredero ¿Permanece la dispensa? Recono-

(98) Así lo entiende generalmente la doctrina, a pesar de las dudas que podría suscitar el tenor literal del art. 739; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. IX, vol. 2, Madrid, 1983, pp. 403 y 404; DÍEZ-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *cit.*, pp. 88 a 90; PASTOR RIDRUEJO, Félix, *La revocación del testamento*, Barcelona, 1964, p. 217.

(99) En esta línea, señala DÍEZ-PICAZO, *cit.*, p. 83, que «La declaración de subsistencia (del testamento anterior) conduce a una pluralidad de testamentos y no a un único testamento formado *per relationem*».

ciendo la dificultad del caso, nos inclinamos por que la fuerza atractiva del primer testamento sobre la sucesión del causante elimina la dispensa, de manera que si posteriormente lo vuelve a nombrar heredero dicha dispensa ya no tendrá efecto, salvo que el causante la deje expresamente subsistente. No creemos que en tal caso la dispensa quede en suspenso y recobre luego su fuerza por el nuevo nombramiento del donatario como heredero (arg. art. 739.2 C.c.)

3) Si la dispensa se otorga en testamento, aquélla se convierte en una disposición testamentaria como cualquiera otra, de manera que la vigencia de la dispensa seguirá las vicisitudes del testamento.

Como conclusión de este apartado, podemos decir que la dispensa en el acto de donación no es testamento, porque no cumple sus requisitos formales, pero su finalidad es exactamente la misma que la del testamento (regular la continuidad de las relaciones jurídicas del *de cuius*), aunque contraída a un punto concreto: la distribución entre los coherederos legitimarios del valor de la donación hecha por el causante. Por el contrario, la dispensa contenida en el testamento es una disposición testamentaria como cualquiera otra.

