

# La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria

(A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Profesor de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

**SUMARIO.**—1. Introducción.—2. Los hechos.—3. Fundamentos de derecho.—4. Comentario: A) Colación y legítima; conexión y diferencias. Aplicación a la legítima del cónyuge viudo de las instituciones de defensa de la legítima. B) Fundamentos de la colación. C) Sujetos de la colación. D) Extensión al cónyuge viudo. E) Adjudicación compensatoria. F) Modo de realizar la adjudicación compensatoria. G) Frutos e intereses.

## 1. INTRODUCCION

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989 plantea un interesante supuesto práctico de Derecho de sucesiones al que da solución mediante una justificación teórica que, ya en una primera aproximación, produce cierta perplejidad pues contradice algunos de los postulados que la doctrina tenía por indudables en materia de colación. Por otro lado, también resuelve la Sentencia sobre algunos aspectos de esta institución, en una línea más acorde con la doctrina científica.

Sin perjuicio de la exposición posterior más detenida, el caso es el siguiente: al testador le sobreviven varios descendientes de su primer matrimonio y su segundo cónyuge. En favor de los primeros había realizado donaciones que superan los dos tercios de la masa de computación de la legítima. En el testamento se establece un legado de la totalidad del tercio libre en favor de la viuda.

Lógicamente la viuda pretende recibir completo su legado, y no sólo la cantidad que queda en la herencia. El Tribunal Supremo entiende que para ello tiene derecho a accionar pidiendo la colación de las donaciones hechas a los otros legitimarios, pues considera que la colación se extiende, incluso, a la parte de las donaciones que rebasa la cuota hereditaria que han de recibir los descendientes. Este exceso debe ser restituido por los herederos.

Esta argumentación teórica choca, como he señalado, con varias conclusiones sobre la colación que la doctrina mayoritaria entendía firmes:

En primer lugar, con la afirmación de que para pedir y estar obligado a la colación se ha de tener la cualidad de heredero testamentario o abintestato: en el caso el cónyuge era simple legatario de cuota; en segundo lugar, con la exclusión del conyuge viudo del ámbito subjetivo de la colación; en tercer lugar, con la creencia casi unánime de que la colación no obliga al colacionante que haya recibido por donación más de lo que según su cuota hereditaria le corresponda a restituir a la masa dicho exceso.

Parece, pues, atípico acudir a la figura de la colación para explicar el supuesto. Para defender la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería necesario analizar los tres puntos indicados y demostrar que están mal fundados. Parte de este comuntario se dedicará a debatir si la postura del Tribunal Supremo en esta materia es o no correcta. Además de abordar estas cuestiones, la Sentencia se ocupa de otros aspectos de la colación que resuelve en un sentido compartido por la doctrina común: así, la distinción de la colación respecto de las instituciones de cálculo y defensa de la legítima; el fundamento de la colación; el modo de realizarse (no *in natura* sino por imputación).

Es importante destacar desde el principio que la solución dada por el Tribunal Supremo es probablemente irreprochable, como oportunamente resaltaré, desde el punto de vista de la justicia material: sin embargo, pienso que la justificación teórica podría haberse buscado por otras vías. Creo que no sería erróneo considerar el caso como un ejemplo de colación impropia o voluntaria, más que de colación propia o legal. Colación voluntaria, entendiéndola por doctrina, es la establecida por decisión del causante en un supuesto no expresamente previsto por la ley, o dotándola de unos efectos distintos de los legales. En este caso práctico, los efectos de esta colación atípica vendrían a ser, sustancialmente, los del legado de cosa propia del heredero gravado. Se logra por esta vía, en mi opinión, conservar con nitidez el perfil de la figura jurídica de la colación, a la vez que se atiende a la voluntad testamentaria, que debe ser criterio fundamental de solución.

## 2. LOS HECHOS

Los hechos que se desprenden de los antecedentes y del primer Fundamento de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989 son los que se relatan a continuación.

El litigio se plantea en la sucesión de don Alfonso L., entre su viuda, doña Concepción G. L., y las hijas del testador, nacidas de anteriores nupcias, Aurora y Policarpa y los hijos de una tercera hija, Catalina, que premurió al causante (nietos, por tanto, de éste).

Don Alfonso había fallecido el 18 de febrero de 1975, bajo testamento abierto otorgado el día 18 de abril de 1974 en el que instituía herederos asus hijas y nietos, éstos últimos por estirpe, y legaba a su esposa la nuda propiedad del tercio de libre disposición, además de reconocerle sobre él el usufructo viudal (en la fecha de apertura de la sucesión, y en la del testamento, estaba vigente el artículo 836 que prescribía en su primer párrafo:

«En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición»). Por tanto, la viuda debía recibir el tercio de libre disposición en plena propiedad.

Durante su vida el testador había realizado dos donaciones: una de ellas de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza, de escaso valor, a una Cofradía. La otra donación fue hecha a sus tres hijas citadas, durante la viudedad de su primer matrimonio, y consistió en la nuda propiedad de trece fincas atribuidas en indivisión, de las cuales se reservó el usufructo vitalicio. A la muerte de una de ellas, Catalina, sus hijos (nietos del donante y demandados) suceden a su madre en la cuota indivisa sobre las 13 fincas.

La primera donación es ratificada en el testamento anteriormente mencionado; respecto a la segunda, en dicho testamento se declara la voluntad de que sea colacionable.

Es de destacar igualmente que los litigantes son los únicos legitimarios del testador.

Como quiera que los bienes que restaban a la muerte del testador no bastan para pagar el legado hecho al cónyuge viudo, éste interpone demanda contra las hijas y los nietos del testador por considerar inoficiosas las donaciones realizadas en su favor. Los demandados se oponen a la demanda.

El Juez de Primera Instancia, número 1 de Murcia dicta Sentencia disponiendo que:

- 1) Los bienes donados por el causante a sus hijas son colacionables.
- 2) Se aprecia un exceso de 3.338.053 pesetas sobre las cuotas legítimas de los herederos en su totalidad o en su conjunto, en perjuicio de la actora, que por ello no puede completar el haber que le corresponde percibir del causante.
- 3) Los bienes donados deben reducirse por inoficiosidad en la cantidad suficiente para cubrir dicho exceso.
- 4) Consecuencia de ello deben cancelarse los asientos e inscripciones registrales practicados en favor de los demandados respecto de las fincas a las que afecte la reducción.

En cuanto a los frutos se establece la obligación de restituir los producidos desde la interposición de la demanda.

Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia, las comunes lo serán por mitad.

Los demandados apelaron la Sentencia anterior, y con fecha de 8 de junio de 1987 la Audiencia Territorial de Albacete dictó Sentencia confirmando la del Juez de Primera Instancia.

Por los apelantes se interpone recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

- 1) Violación de la doctrina jurisprudencial referida al litisconsorcio pasivo necesario, puesto que tratándose de inoficiosidad de donaciones se debió demandar a todos los donatarios, y en el caso no se demanda a la Cofradía donataria de la imagen.
- 2) Violación del artículo 820 del Código Civil, por cuanto no se respeta el orden de reducción de disposiciones inoficiosas. Se estima que

según dicho artículo se reducirían primeramente las disposiciones a causa de muerte y después, si fuera necesario, las donaciones *inter vivos*. En el caso debería reducirse primeramente el legado hecho al cónyuge viudo.

3) Violación del artículo 1045 en cuanto a la valoración dada a los bienes objeto de colación.

4) Violación del artículo 1045 en cuanto a que la colación ha de realizarse mediante aportación contable y no mediante la aportación de las mismas cosas donadas.

El Tribunal Supremo dicta Sentencia rechazando los tres primeros motivos del recurso y admitiendo el cuarto. Por lo cual confirma los dos primeros pronunciamientos del Juez de Primera Instancia y rechaza los contenidos bajo los números tercero y cuarto, los cuales sustituye por la condena a pagar en dinero el exceso antes consignado, con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El primer motivo del recurso es de orden puramente procesal, pues por la vía del ordinal 5.º del artículo 1692 de la LEC, se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial referente al litisconsorcio pasivo necesario, ya que, según el recurrente, se ha debido demandar a la Cofradía de Penitencia de Nuestro Padre Jesús Nazareno de Alcantarilla (Murcia), donataria de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza. El principio básico del alegado litisconsorcio, consiste en la obligación de traer a los autos a todas aquellas personas a quienes pueda afectar la resolución que se dicte, en íntima relación con el concepto de la cosa juzgada, y para evitar situaciones de indefensión o fallos contradictorios; pero este supuesto doctrinal no coincide en absoluto con el caso que nos ocupa, según veremos a continuación. En los autos se acciona en base de la pretendida obligación de colacionar que corresponde a los herederos del causante; nadie ha ejercitado la acción que autoriza el artículo 655 del Código Civil, ni se ha discutido siquiera la condición de inoficiosa, en el sentido de violadora de legítimas, que pueda tener la donación de la imagen a la Cofradía, incluso es remotamente probable que el valor de esta donación exceda del importe del tercio de libre disposición. Cosa distinta es que, para determinar el importe de las legítimas, y saber lo que se puede o no recibir por testamento (artículos 636 y 654 del Código Civil) haya de tenerse en cuenta, no sólo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones gratuitas realizadas *inter vivos* (reunión ficticia del *donatum* y el *relictum*), cuyo valor contable representará el activo de la herencia, y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios, no legitimarios o extraños (según determina el párrafo segundo del artículo 818 del Código Civil), pero con la salvedad de que la palabra «colacionables» referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del artículo 1035, y que más bien significa «computables». Computabilidad que viene referida exclusiva-

mente a la operación contable para la determinación de si ha existido inoficiosidad, habida cuenta del importe que corresponde a cada uno de los tres tercios de la herencia, pero que en nada afecta a la obligación de colacionar que sólo puede corresponder «al heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean», pero en ningún caso a los donatarios extraños, como ocurre con la pretendida Cofradía; circunstancias que, juntamente con la interpretación de la voluntad testamentaria, que se analiza en el fundamento siguiente, hacen inviable la excepción y el motivo que la contiene.

**Tercero.**—En el segundo motivo se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 820 del Código Civil, utilizando también el cauce procesal del número 5 del artículo 1692 de la Ley Procesal, y argumentando que el orden legal a seguir en la reducción de disposiciones inoficiosas, actuando en defensa de las legítimas, se hará reduciendo primero las que lo sean por causa de muerte, a prorrata entre ellas, y después las donaciones entre vivos, empezando por las de fecha más reciente; regla que no puede tener aplicación al presente caso, pues la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, como ya se indicó en el anterior motivo, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y 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. En la demanda se postula una declaración respecto a la obligación que tienen los demandados de colacionar los bienes que recibieron por donación del causante de la herencia, en vida de éste, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello según dispone la ley, y en este caso también la voluntad expresa del testador. En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con lo cual, con toda probabilidad, se hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria. Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el artículo 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito, cesando esta obligación (art. 1036) «si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia», todo ello con independencia, claro está, de que la donación deba reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso par-

ticular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones, figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica, que el Código disponga en el artículo 1037 que «No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas»; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues 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, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La posición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora G. L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legitimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto de las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieron los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo.

**Cuarto.**—Los motivos tercero y cuarto los dedica la parte recurrente a denunciar, a través de la idónea vía procesal: la infracción del artículo 1045 del Código Civil, en cuanto entiende que el valor dado a los bienes hereditarios no se corresponde con el que tenían al momento de la donación, pues no se ha deducido el importe del usufructo, y a impugnar los apartados 3.º y 4.º de la Sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en apelación, por decretarse en ellos la traída a la partición de las mismas cosas donadas y no de su valor, con las correspondientes incidencias en las inscripciones registrales. La primera causa de impugnación obligadamente debe desestimarse pues en la Sentencia de primer grado se acepta como hecho probado que «el albacea tuvo suficientemente en cuenta la incidencia del derecho de goce que se reservaba el donante, al restar, al valor total de los bienes, un tanto por ciento atribuible al derecho de usufructo», afirmación que es ratificada en la Sentencia recurrida, y al no combatirse ahora por la vía que señala la Ley de Procedimiento, resulta inamovible. Distinto tratamiento merece la segunda impugnación, pues tanto en la redacción que el artículo 1045 tenía antes de la publicación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, como en la literalidad actual, figura: «que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor», consistiendo la modificación actual solamente, en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación; manteniendo unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para su dueño (artículo 1045, párrafo

2.º), regla completada en los artículos 1047, 1048 y 1049, todos del Código Civil, debiendo entenderse que la toma de menos del donatario, o la atribución compensatoria, incluso cuando exista parte en lo donado que exceda de la cuota del colacionante, como sucede en el caso que estudiamos, las compensaciones tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo repartible, y compensando, en su caso, las diferencias en metálico, pero de ninguna forma mediante la aportación de bienes *in natura*, no contemplada en ningún precepto legal. Y puesto que la declaración básica de la confirmada Sentencia de primer grado sancionaba: «el carácter colacionable de los bienes donados... y la computación de un exceso de 3.338.053,59 pesetas en favor de los demandados, sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su conjunto, y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que le corresponde percibir», resulta obligado ser consecuente con tales declaraciones, atribuyendo, a la cantidad que corresponde percibir a la señora G. L., el carácter de deuda de cantidad, o si se prefiere de deuda de valor; razones que abonan la estimación del cuarto motivo del recurso.

**Quinto.**—Habiéndose estimado el punto al que se refiere el motivo cuarto de los que componían el recurso, resulta obligada la casación y anulación de la Sentencia recurrida, confirmándose el fallo de la Sentencia de primera instancia en lo que respecta a sus dos primeros apartados, y revocando el resto de la misma, que se sustituirá por la condena de los demandados a satisfacer, en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias, a doña Concepción G. L. la suma de 3.338.053, 59 pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, ni en este recurso, y con la devolución del depósito que se constituyó.

#### 4. COMENTARIO

##### **A) Colación y legítima: conexión y diferencias. Aplicación a la legítima del cónyuge viudo de las instituciones de defensa de la legítima**

El deslinde conceptual entre las instituciones de cálculo y protección de la legítima, por un lado, y la colación, por otro, se encuentra resuelto en la Sentencia en los Fundamentos de Derecho 2.º y 3.º antes transcritos, en los que nuestro Tribunal Supremo recoge los resultados y conclusiones de la polémica doctrinal y utiliza las categorías con corrección, y en el sentido de la doctrina común.

La discusión sobre el alcance de estas instituciones del Derecho sucesorio se puede decir que es clásica en nuestra doctrina civilista; no sólo en la posterior al Código sino que, como pone de manifiesto Vallet de Goytisolo, la cuestión fue objeto de controversias entre los juristas clásicos castellanos. A pesar de esto, voy a prescindir de la consideración de la doctrina precedente a la codificación, no por considerarla carente de importancia —lo que no respondería a la realidad— sino por dos motivos: porque en la bibliografía reciente, sobre todo en las obras de Vallet de Goytisolo y en la

de De los Mozos, se encuentran suficientes referencias al tema (1), y porque creo que eso sería llevar demasiado lejos un comentario de Sentencia, siendo más propio de una elaboración más extensa de la materia.

Nos centramos, pues, en la doctrina posterior a la Codificación Civil española. El punto de partida de la discusión está constituido por la regulación bastante semejante en algunos puntos que contiene nuestro Código, incluso por la aparente confusión en que incurre su texto.

Es una afirmación habitual decir que el Código al referirse a estas materias no distingue suficientemente instituciones que tienen un carácter por completo diverso; en concreto, se dice que el artículo 818.2 emplea en materia de cálculo de la legítima el término incorrecto de donación colacionable, o que los artículos que tratan de la colación hacen referencia continua a la cuestión de la protección de la legítima, lo cual puede llevar a equívocos (p. ej., artículos 1035, 1036, 1037, 1038, 1042 y 1044) (2).

---

(1) Se puede ver por ejemplo Vallet de Goytisolo, últimamente en «Panorama del Derecho de Sucesiones», tomo I, Madrid, 1982, pp. 523 y ss.; tomo II, Madrid, 1984, pp. 765 y ss. Anteriormente, con más amplitud, en «Estudios de Derecho Sucesorio», volumen IV, Madrid, 1982, donde se recogen dos trabajos anteriores del autor publicados en la *Revista de Derecho Privado* y el *Anuario de Derecho Civil*. Igualmente en «Las Legítimas», Madrid, 1974, pp. 460 y ss. En cuanto al segundo autor citado ver su obra «La colación», Madrid, 1965, pp. 97 y ss.

(2) Así por ejemplo: Díez Picazo y Gullón, «Sistema de Derecho Civil», IV, Madrid, 1989, pp. 457 y 578; Royo Martínez, «Derecho Sucesorio *mortis causa*», Sevilla, 1951, p. 355, «pero fuerza es reconocer que el propio Código no las separa y distingue con la nitidez y precisión que fuera de desear»; De Buen, Notas al «Curso elemental de Derecho Civil», de Colín y Capitant, tomo octavo, Madrid, 1928, p. 340, donde se consigna la diferencia de la colación del artículo 818.2, y p. 424: «la colación es una institución que en sus líneas fundamentales aparece muy desdibujada en el Código español... el artículo 1035 como varios de los que le siguen se desvían en parte de la intención manifiesta que los inspira y juegan con el doble sentido de la palabra colación sin distinguir con claridad cuando se refieren a cada uno de ellos»; Fuenmayor, «Estirpe única y representación hereditaria», *Estudios Jurídicos*, IV, 1942, pp. 371 y ss.; id., «Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria», *RGLJ*, 1946, pp. 55 y ss., donde dice de la colación que es «una de las instituciones de régimen más desdichado dentro de nuestro sistema vigente... se confunden a veces —por falta de terminología precisa— la colación, en sentido estricto... con la reunión ficticia del art. 818»; Cossío, «Instituciones de Derecho Civil», tomo II, Madrid, 1988, pp. 622 y ss.; Albaladejo, «Derecho Civil», V, Barcelona, 1979, pp. 412 y s.; id., «Curso de Derecho Civil», V, Barcelona, 1991, pp. 186 y ss.; Lledó Yagüe, «Derecho de sucesiones», volumen I, Bilbao, 1989, pp. 140 y ss.; Puig Brutau, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo V, volumen III, Barcelona, 1983, pp. 116 y ss., y 559 y ss.; Castán Tobeñas, «Derecho Civil español, común y foral», tomo sexto, volumen primero, Madrid, 1978, p. 363: «no separa y distingue el Código los dos sentidos de la colación con la nitidez y precisión que fueran de desear»; Lacruz, «Elementos de Derecho Civil», V, Barcelona, 1988, pp. 190 y 509; Roca Juan, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Albaladejo, tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 5 y ss.; De los Mozos, «La colación», pp. 97 y ss.; Vallet de Goytisolo, «Estudios», IV, pp. 339 y ss., estos dos últimos autores realizan un importante esfuerzo sistematizador de la doctrina española anterior y posterior al Código, recogiendo la postura de cada autor en la materia estudiada.

La doctrina ha explicado estas normas de dos maneras diferentes: o diciendo que la colación es una institución con el mismo sentido y finalidad que las de protección de las legítimas (3), o por el contrario que es necesario distinguir entre ellas puesto que son cosas muy diferentes. Esta segunda postura llegará a la conclusión de que las normas del Código antes citadas son incorrectas o imperfectas (4).

Yo creo que el planteamiento del problema en los anteriores términos, si bien puede llegar a resultados parcialmente satisfactorios, impide calar en el completo significado de la regulación de la colación en nuestro Derecho. Incluso pienso que habría que prestar atención —con más razón en el momento de la evolución doctrinal en que nos encontramos, cuando ya se distingue con claridad entre cálculo de la legítima y colación— a las indudables analogías y a los posibles campos de intersección. Sin entrar a fondo en el problema se pueden hacer al menos tres observaciones.

Una primera es la que realiza Lacruz después de distinguir la colación respecto de las operaciones para el cálculo de la legítima: «Esto no excluye la aplicación de preceptos de la colación a las legítimas y viceversa, cuando se aprecie una clara identidad de razón» (5).

En segundo lugar en la colación aparece un principio general de la partición hereditaria que también se manifiesta en las normas sobre la legítima, y en las que regulan la partición entre coherederos. Se trata del criterio de formación material de los lotes hereditarios guardando la posible igualdad, expresado en los artículos 1061 y 1062 para la partición entre coherederos, y que en materia de colación se manifiesta en los artículos 1047 y 1048 con la peculiaridad de que para formar los lotes se incluyen también los bienes donados y no sólo los relictos. Dentro del ámbito propio de la legítima se suele decir que la regla general de igualdad en los lotes se manifiesta a través del principio de igualación cualitativa, no formulado expresamente en la regulación legal, pero que se deduce por vía de excepción de los artículos 821, 829, 841 y ss. y 1056 (6).

---

(3) Se puede decir que esta línea doctrinal está superada: puede verse magníficamente sistematizada por Vallet en «Estudios», IV, pp. 339 y ss.; id., «Las legítimas», *loc. cit.*

(4) Ver la doctrina recogida en nota 2.

(5) «Derecho de sucesiones», I, Madrid, 1971, p. 287.

(6) Es necesario advertir que la protección cualitativa se estudia en la doctrina con mayor amplitud haciendo referencia sobre todo a la prohibición de imponer gravámenes, condiciones o sustituciones, norma establecida en el artículo 813.2. Así por ejemplo, al estudiar la protección cualitativa de la legítima no hacen referencia a la cuestión de recibir la legítima en bienes de la herencia: Díez Picazo y Gullón, *op. cit.*, pp. 481 y ss.; Lledó, *op. cit.* p. 182; García Bernardo, «La legítima en el Código Civil», Oviedo, 1964, p. 146. Sin embargo, es claro que la protección cualitativa tiene dos aspectos: uno tratado en la norma citada, y otro que se suele enunciar como derecho a recibir la legítima *in natura*, ver en este sentido Lacruz, «Elementos», *cit.*, pp. 514 y ss., consultar también Real Pérez, «Intangibilidad cualitativa de la legítima», Madrid, 1988, pp. 101 y ss.; id., De la Cámara, «Compendio de Derecho sucesorio», Madrid, 1990, pp. 243 y ss. Se ha discutido en la doctrina si la introducción en la reforma del Código Civil de 1981 de los nuevos supuestos de pago en metálico de la legítima ha significado un cambio en la natu-

Como tercera cuestión, me parece que no resuelta por la doctrina, está la de la interrelación de las normas de colación con las de imputación, manifestado en la doctrina bajo el problema del valor que hay que dar a la voluntad de dispensa de colación en orden a la imputación a los diferentes tercios; o al que hay que dar a la voluntad de imputación a un tercio determinado, o a la expresión de realizar una donación en concepto de mejora, en cuanto a la influencia que ello pueda tener sobre la colación o no de esa donación (7).

Vistas cuales son las lagunas que pienso que hay en la postura de la doctrina más común, paso a ver cual ha sido en concreto su desarrollo. Antes hago una advertencia: a pesar del esfuerzo doctrinal en la materia y a pesar de que se consideren como pacíficas las conclusiones sobre esta cuestión, la práctica no deja de ofrecer supuestos en los que la jurisprudencia debe pronunciarse sobre estas conclusiones, lo que supone que éstas quizá no hayan calado en los juristas prácticos, incluyendo a algunos jueces y magistrados. La Sentencia comentada creo que es un buen ejemplo de cómo el Tribunal Supremo tiene que salir al paso de erradas interpretaciones; en efecto no hace falta más que ver el fallo de la Sentencia de instancia, reproducido al comienzo, para apreciar que se confunde en él de la

---

raleza jurídica de la legítima, o si la reforma ha supuesto la desaparición del principio de igualación cualitativa en la misma. Es cierto que ya antes de la reforma se había puesto en duda la vigencia del citado derecho, aunque se puede decir que la opinión, aún viniendo de un importante autor, no alcanzó éxito en el resto de la doctrina (vid. De la Cámara, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», Centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, volumen I, Madrid, 1964, pp. 713 y ss.; id. «Compendio», pp. 251 y ss., donde se hace eco de la falta de acogida de la tesis mantenida en su anterior trabajo a pesar de que sigue creyendo que estaba bien fundamentada). En cualquier caso me parece que el nuevo sistema si bien generaliza una opción ya antes existente, no modifica la estructura del mismo, que sigue basándose en considerar la igualación cualitativa en la legítima como una cuestión dispositiva para el testador (si bien con límites importantes). Lo único que varía en el sistema actual es la amplitud de ese poder de disposición. Sobre la materia pueden verse además: De la Cámara, «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la ley de 13 de mayo de 1981», *Anales RALJ*, 1983, pp. 125 a 171; Vattier Fuenzalida, «El pago en metálico de la legítima de los descendientes», *RDP*, 1983, pp. 453 a 478; Vallet, «Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales RALJ*, 1983, pp. 113 a 124; Suárez Sánchez-Ventura, «Naturaleza de la legítima y pago en metálico», *La Ley*, 1984, pp. 997 a 1032; Pantaleón Prieto, «Comentarios a las reformas del Derecho de familia», volumen II, Madrid, 1984, pp. 1332 y ss.; Real Pérez, «Usufructo universal del cónyuge viudo», Madrid, 1988, pp. 410 y ss.; Domínguez Duelmo, «El pago en metálico de la legítima de los descendientes», Madrid, 1989. Sobre el sistema anterior a la reforma: Vallet, «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes», *ADC*, 1970, pp. 3 y ss.; también es útil, Fuenmayor, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 46 a 77.

(7) Me parece que lo que se pierde de vista en ocasiones es que todas estas cuestiones dependen casi siempre de la voluntad del causante, por lo que no se pueden dar reglas fijas. No es éste el lugar de entrar en un análisis más pormenorizado de las diversas posturas y los errores en que incurrían.

manera más burda colación y reducción por inoficiosidad (8). En la misma línea de clarificación conceptual que la comentada se puede citar la más reciente de 21 de abril de 1990 (9). Tristemente en otras ocasiones es el propio Tribunal Supremo el que da lugar a imprecisiones, quizá por no ser lo suficientemente explícito: por ejemplo en la también reciente Sentencia de 13 de marzo de 1989 (10).

Para el análisis de la evolución doctrinal nada mejor que comenzar de nuevo con una remisión a las obras de Vallet de Goytisolo que recogen de forma exhaustiva la doctrina sobre la materia (11).

---

(8) Hace hincapié en este aspecto clarificador de conceptos jurídicos que realiza el Tribunal Supremo. Maluquer de Motes Bernet, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 20, p. 445.

(9) Dice esta Sentencia en su segundo Fundamento de Derecho que: «La doctrina científica predominante, al interpretar el precepto del artículo 818 del Código Civil, viene entendiendo que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (como pueden ser, entre otras, las remuneratorias, onerosas y modales, usuales, las de frutos y en particular algunas otras entre las que no se encuentran las del supuesto que nos ocupa), y que así se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 808 y 818 del Código Civil, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción, mientras que el segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, estableciendo la base a la que debe aplicarse aquélla, así como la de los artículos 819 y 820, cuya interpretación conjunta con el 818 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos, agregándose, finalmente, que, si tal y como el artículo 636 afirma, ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que puede dar o recibir por testamento, tendremos que convenir que, o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con todo lo relicto o lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma, o bien habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que habría una legítima, mejora y tercio de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado, duplicidad que es desmentida por el artículo 820, 1.º, al disponer que se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento.»

(10) Señala la Sentencia en su tercer Fundamento de Derecho que «parece olvidarse que las diferencias que el Código establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (artículo 1035 del Código Civil), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código Civil». Pienso que el Tribunal Supremo es aquí impreciso porque las donaciones no colacionables también se computan, ya que ésa es la única forma de calcular la medida de la oficiosidad. Sin embargo, creo que no hay nada que reprochar en cuanto a la solución, mi crítica se refiere sólo a la expresión literal que puede originar equívocos.

(11) Vid., por ejemplo, «Las legítimas», pp. 460 y ss., con mayor amplitud en «Estudios», IV, pp. 474 y ss.

En los primeros años de vigencia del código la doctrina ya tuvo ocasión de enzarzarse en polémica sobre el alcance e interpretación de los preceptos referidos al objeto de nuestro estudio.

Mucius Scaevola (12) opinó respecto del párrafo segundo del artículo 818 que para determinar qué son las donaciones colacionables hay que acudir a los artículos 1035 y siguientes, y señala que al patrimonio relicto han de ser añadidos los bienes que salieron del patrimonio del causante y que sean colacionables por naturaleza.

Manresa (13) sostuvo una interesante polémica sobre este punto con Morell y Terry (14). La postura de Manresa, en síntesis, era la siguiente: donaciones colacionables a los efectos del artículo 818,2 son las que señalan los artículos 1035 y siguientes, por tanto, son sólo estas donaciones, es decir, las hechas a los legitimarios, las que se computan a los efectos de calcular la legítima; en ningún caso se computan las donaciones hechas a extraños, éstas simplemente se compararán con el valor obtenido de la manera señalada para ver si lo superan, en cuyo caso deberán ser reducidas. Estas ideas son reiteradas al comentar los artículos referidos a la colación.

En contra de los dos ilustres comentaristas se pronunció el ya citado Morell y Terry que señaló que los preceptos de los artículos 818 y 1035 se movían en órbitas distintas y que no servían para interpretarse mutuamente. En resumen señala que en el artículo 818,2 hay que tener en cuenta todas las donaciones efectuadas por el causante, incluidas las realizadas a extraños; en cambio en los artículos referidos a la colación en sentido estricto sólo se tienen en cuenta las realizadas en favor de los legitimarios. Su postura supone afirmar que el término colación debe ser entendido de dos formas según en qué materia nos encontremos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo pronto se inclina por esta última opción en Sentencias de 4 de mayo de 1899 (15) y 16 de junio de

---

(12) «Código Civil», tomo XIV, cuarta edición, Madrid, 1944, art. 818, p. 457.

(13) «Comentarios al Código Civil español», tomo 6, vol. 1, art. 818, octava edición, Madrid, 1973; id., tomo 7, art. 1035, séptima edición, Madrid, 1955; id., «Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas», *RGLJ*, vol. 99, 1901, pp. 331 a 352.

(14) «Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima», *RGLJ*, vol. 98 y 99, pp. 288 a 307 y 320 a 330.

(15) «El derecho de los herederos forzosos a que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable a la cuota hereditaria de libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo a personas extrañas, expresamente declarado en los artículos 818 y 819, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior, puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, o sean las hechas con perjuicio de la legítima debida a los herederos forzosos, que había de quedar a salvo aún para después de la muerte del donante, preciso era computar el importe de lo donado, cargándolo a la cuota hereditaria de libre disposición, para que a su vez quedara a salvo la cuota destinada a legítima.»

(16) «Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para

1902 (16), así como en la Memoria anual del Tribunal Supremo de 1902 (17).

La doctrina científica fue adoptando poco a poco esta opinión que se puede calificar hoy como unánime y sin discusión (18); sin embargo, esporádicamente aflora cierta confusión; sea por falta de claridad en los conceptos, sea simplemente por no utilizar una terminología adecuada, como en el caso de la Sentencia de 13 de marzo de 1989.

Un aspecto que ha sido poco tratado por la doctrina, lógicamente tampoco es éste el lugar para tratarlo por extenso, es la aplicación de las instituciones de defensa de la legítima al caso del cónyuge viudo. En este tema nos encontramos con algún problema motivado por la especialísima naturaleza jurídica de la legítima viudal. El cálculo de la masa no presenta ninguna dificultad especial: se realizará según dispone el artículo 818 del Código Civil; pero sí supone algún problema la determinación de la cuantía de la legítima. En una consideración apresurada podría parecer que la cuantía de la legítima, y por tanto, la medida de la inoficiosidad, está constituida por la cuota de la masa de cálculo en que consista en el caso concreto el usu-

---

computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa, para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas, en su caso, en el tercio libre o en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de la libertad de testar condicionado por las legítimas.

Que empleada la palabra colación por el artículo 1035 del Código Civil en el primer sentido, según su texto mismo lo revela... (esto constituye un error de la Sentencia)... es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiese, salvo el caso de inoficiosidad, lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescindiera de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde correspondiera... para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades.»

(17) Dice, por ejemplo, esta última que: «Basta con la lectura atenta de los mismos (arts. 818 y 1035) para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos, y por eso es por lo que, sin determinarlo bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea, el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de intangibilidad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1035 y 1037? ¿sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?... No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición.» (La cita al tomo de Vallet, «Estudios», IV, pp. 364 y ss.)

(18) Puede verse en las obras más recientes: Díez Picazo y Gullón, «Sistema», IV, pp. 456 y 578; De la Cámara Álvarez, «Compendio», *cit.*, pp. 169 y 240; Lacruz, «Elementos», V, *cit.*, pp. 190 y 509; Rivas Martínez, «Derecho de sucesiones, común y foral», tomo II, Madrid, 1987, pp. 105 y ss; Roca Juan, «Comentarios», *cit.*, pp. 5 y ss.; Puig Brutau, «Fundamentos», V, 3.º, pp. 116 y ss., y 559 y ss.

fructo (un tercio en el caso de concurrir con hijos, la mitad si concurre con ascendientes, etc.). Así, por ejemplo, en el caso de que el cónyuge concurriera con hijos podría sostenerse que el causante no puede disponer, en plena propiedad y en perjuicio del cónyuge, por encima de dos tercios de la masa, porque en caso contrario el cónyuge tendría la posibilidad de reducir las disposiciones que lesionaran su cuota usufructuaria. Se trataría de una acción de reducción de disposiciones inoficiosas sólo en cuanto al usufructo.

Sin embargo, hay que preguntarse: ¿existe, en el caso del cónyuge viudo, una correlación tan estrecha entre la cuantía de la legítima y acción de reducción como en el caso de los demás legitimarios? La cuestión no es tan sencilla, puesto que responder afirmativamente a esta pregunta conlleva una serie de consecuencias que me parece que no se compaginan bien con la total regulación del Código sobre la legítima viudal. El ejemplo antes citado manifiesta a las claras que la materia no es demasiado sencilla. La respuesta comienza a aclararse si nos planteamos si el viudo tiene derecho en todo caso a recibir su legítima en usufructo. Parece claro que no, ya que incluso los herederos pueden conmutar el valor del usufructo por otros bienes (art. 839); incluso se pregunta la doctrina, y da diferentes soluciones, si puede el testador obligar al cónyuge viudo a la conmutación (19). Aunque la cuestión es discutible, probablemente no haya ningún obstáculo.

Puede añadirse a las anteriores consideraciones que el testador puede imponer la imputación a la legítima viudal de las donaciones o legados, aún los que consistan en bienes en plena propiedad, hechos en favor del viudo; aunque esta conclusión es también discutida en la doctrina, pienso que no hay ninguna dificultad para admitirla (20).

Queda, pues, esbozado que el derecho del cónyuge al usufructo no es, en realidad, más que una de las posibles formas en que su legítima puede quedar satisfecha, ya que existe la posibilidad de que otros interesados opten por satisfacerla de otro modo. Consecuencia de esto será que el viudo no tenga en todos los casos un derecho a impugnar los actos lesivos de su usufructo. Incluso podría decirse que rara vez lo tendrá.

Por tanto, creo que para calificar de inoficiosa una donación que lesione la legítima viudal hay que tener en cuenta, además de la cuota de usufructo, el valor que a éste se le pueda dar en el caso concreto, pues la medi-

---

(19) Se puede ver sobre esto: Lacruz, «Elementos», V, p. 505; Vallet, «Panorama», I, pp. 583 y ss.; Maside Miranda, «Legítima del cónyuge supérstite», Madrid, 1989, pp. 175 y ss.; Cárcaba Fernández, «Reflexiones sobre al conmutación del usufructo viudal», *RGLJ*, 1986, p. 583; López Beltrán de Heredia, «La conmutación de la legítima», Madrid, 1989, pp. 143 y ss.

(20) Se muestra en contra Lacruz: «Elementos», V, p. 505, que piensa que el viudo siempre tiene el derecho de pedir el usufructo viudal, excepto cuando los herederos se lo conmuten; de la misma opinión, hoy, De la Cámara, «Compendio», pp. 178 y ss. En cambio otros autores piensan que el testador puede imponer al cónyuge la imputación: así Vallet, «Panorama», II, pp. 820 y ss.; Fuenmayor, «Acumulación», *cit.*, p. 75. Este último autor se refiere solamente a la imputación de los legados, puesto que en la fecha de su trabajo no estaban permitidas las donaciones entre cónyuges.

da de la inoficiosidad viene dada en los distintos casos por uno u otro de estos parámetros (21). Pienso también que en ocasiones quedará en manos de los herederos evitar la inoficiosidad de las disposiciones del causante, pues los medios de pago de la legítima previstos en el artículo 839 estarán siempre a su alcance, incluso cuando el causante haya dispuesto de todos los bienes (por eso acabo de decir que es muy raro que pueda tener derecho alguna vez a reducir en cuanto al usufructo las disposiciones del causante).

Probablemente consideraciones de este tipo son las que tiene presente el Tribunal Supremo cuando afirma en el tercer Fundamento de Derecho: «En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con lo cual, con toda probabilidad, se hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria.» Lógicamente con los pocos datos fácticos que suministra la Sentencia sobre este punto no es fácil determinar a qué se refiere exactamente el Tribunal Supremo con esta afirmación, sin embargo, sí se puede deducir que para él no existe un derecho general del viudo a recibir la legítima en usufructo, puesto que no puede atacar por inoficiosidad los actos del causante contrarios a él.

## B) Fundamento de la colación

Llegados a este lugar es oportuno hacer referencia al fundamento de la colación, que es uno de los puntos sobre los que el Tribunal Supremo se extiende, ya que es una de las formas más claras de hacerse una idea correcta de la institución regulada en los artículos 1035 y siguientes.

Lacruz señala que «la doctrina le atribuye un fundamento doble: de una parte, la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en la herencia le correspondería; de otra, la voluntad del legislador que quiere, objetivamente, que todos los herederos forzosos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar. Pero aquella presunción no se plasma como tal en la regla que ordena la colación, y que es de Derecho dispositivo: es más bien la idea que inspiró al legislador al establecer la colación» (22). La sistematización de Lacruz creo que responde con corrección

---

(21) Como dice López Beltrán de Heredia, «La conmutación de la legítima», Madrid, 1989, pp. 143 y ss.: «La legítima del cónyuge consiste, en principio, en una cuota de la herencia en usufructo. El valor que representa ese derecho de usufructo, en la herencia del causante, se ha de tener en cuenta para fijar el importe de la legítima, pero su satisfacción admite siempre otras fórmulas.» Esto es independiente de que se entienda que existe en favor del cónyuge viudo un llamamiento legal al usufructo, como pone de manifiesto De la Cámara, *loc. cit.*

(22) «Elementos», V, p. 189.

a las posturas que sobre este tema se han sostenido por la doctrina, no sólo española sino en el derecho comparado, especialmente en Italia (23). En cualquier caso se suelen distinguir en una sistemática más pormenorizada, un mayor número de teorías.

Inspirándome en la doctrina más común señalo como teorías sobre el fundamento de la colación, las siguientes:

1) Voluntad presunta del causante. Se trata de una teoría que tiene un fundamento romanista como señala De los Mozos (24). El contenido de la voluntad presunta se considera por algunos autores mantener la igualdad entre los coherederos; por otros la idea de que el causante al verificar la donación, esta pensando en realizar un anticipo a cuenta de la herencia. Con lo cual esta teoría puede presentarse con elementos propios de alguna de las que enuncio a continuación.

2) Igualdad entre los descendientes. Se dice por los partidarios de esta teoría que el legislador, en principio, quiere la igualdad entre los herederos obligados a colacionar. Hay que precisar que en nuestro sistema la colación se refiere a todos los herederos forzosos, no sólo a los descendientes.

3) Interés familiar. Se considera que existe en el fundamento de la colación un interés familiar superior que justifica la institución de la colación. Dentro de este grupo de autores se engloban los que piensan que la colación es una institución de defensa de la legítima.

4) La donación sujeta a colación tiene carácter de anticipo hereditario.

De los Mozos, comentando las diversas teorías expuestas, señala que: «todas ellas, si bien unas de forma más próxima que otras, ponen en claro los principios que laten en el planteamiento de esta regulación» (25). La propia Sentencia señala varias de estas teorías en su tercer Fundamento de Derecho, en términos que parecen un eco de los utilizados por el último autor citado: «la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones [de esta primera teoría así expuesta dice de los Mozos que alude al fundamento de equidad que se manifiesta en el origen de la institución], por presumirse

(23) Para una sistematización de la doctrina italiana sobre la materia del fundamento de la colación puede verse el artículo de Gazzara en la voz *Collazione c) diritto civile*, en la «Enciclopedia del diritto»; para obras posteriores ver la monografía de Visalli, «La collazione», Padova, 1988; Azzariti, «Le successioni e le donazioni», Padova, 1982, pp. 670 y ss.; Forchielli, voz «Divisione» en *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna, 1978, pp. 216 y ss. Las posturas de la doctrina italiana se reflejan en la española en diversos autores.

(24) *Op. cit.*, p. 154. Sin embargo Windscheid, «Diritto delle Pandette», trad. italiana, Torino, 1925, p. 352, afirma: «La collazione è in generale destinata a rimuovere una non equa disparità che altrimenti esisterebbe fra i coeredi.» En cualquier caso no es oportuno hacer aquí un estudio exhaustivo de la evolución del concepto de colación en Derecho Romano. Sí es importante señalar que la institución se configura con los rasgos que nos resultan familiares en la época posclásica. A esta época se refieren los juicios de Longo (voz *Collazione a) Diritto romano* en «Enciclopedia», *cit.*, pp. 212 y ss.) y Vismara (*ibid.* b) *Diritto intermedio*, pp. 317 y ss.).

(25) *Op. cit.*, pp. 165 y 166.

que el causante no quiso la desigualdad de trato [de este fundamento dice el autor antes citado que se adapta bien al juego dispositivo de la colación], de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria» [de esta teoría dirá De los Mozos que pone de relieve la estructura funcional de la colación] (26). Y añade el mismo autor: «Todas ellas... pueden ser valederas en este plano de los principios... en cambio, no sirven para apoyar un fundamento técnico que responda tanto a la *ratio legis* como a su adaptación a la variedad de situaciones que ofrece la concreta regulación positiva.» Entiende que la colación supone: «una modificación en la formación de las cuotas sucesorias, que se produce cuando hay herederos forzosos y alguno de ellos ha recibido donaciones del causante... Establece, únicamente, una ordenación típica de las disposiciones del causante en la que se toma en cuenta, para la formación de las cuotas, no solamente el *relictum*, sino también el *donatum*». Señala que para ello hay que considerar la colación como la ordenación legal de las disposiciones del causante con arreglo a comportamientos ideales sin limitar las facultades de disposición del propio causante; fundamento que también aparece en la Sentencia cuando hace referencia al carácter dispositivo de las normas sobre colación (27).

La doctrina científica se encuentra sistematizada en la obra de De los Mozos, por lo cual no entraré de lleno en ese tema; por el contrario resulta más interesante conocer cual ha sido la postura del Tribunal Supremo en ocasiones en las que se ha referido al fundamento de la colación.

La primera ocasión en el tiempo, de las que he detectado, en que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre este aspecto del fundamento es en la Sentencia de 16 de junio de 1902 donde se señala que el fundamento filosófico de esta institución es «mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos». Se puede observar, por un lado, cómo se habla sólo de colación de descendientes (lo que es una reminiscencia del régimen jurídico anterior al Código) (28); por otro, que se hace referencia a la igualdad cuando es más correcto, como ya puso de manifiesto Lacruz, hacer referencia a proporcionalidad, puesto que la colación puede ahondar, en ocasiones, las diferencias o desigualdades entre los legitimarios (29).

La de 22 de enero de 1963 se inclina más bien por considerar que la colación se basa en que las donaciones son anticipos a cuenta de lo que pueda corresponder en la herencia. En la de 3 de junio de 1965 se pone de manifiesto de nuevo la finalidad igualatoria. También incide en esta visión la de 19 de junio de 1978, haciendo referencia además a la protección de la legítima que por esta vía se consigue.

---

(26) Las citas de De los Mozos corresponden a la p. 166.

(27) *Op. cit.*, p. 167.

(28) Sin embargo, recientemente Alvarez-Caperochipi sostiene que la colación sólo procede entre los legitimarios descendientes, y no entre los ascendientes. Así era históricamente, sin embargo, no se puede deducir, eso mismo y para hoy, de los artículos 1035 y 1039. Vid. «Curso de Derecho hereditario», Madrid, 1990, p. 115.

(29) *Op. cit.*, p. 190.

La de 19 de julio de 1982 aborda el tema al realizar las afirmaciones siguientes: «la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella». Es decir, se aborda el tema desde un punto de vista objetivo, y no subjetivo como hacía la jurisprudencia anterior, lo cual supone un paso importante en la comprensión completa de la figura.

Con este análisis creo que queda de manifiesto que la Sentencia comentada, junto con la anterior, son las que de manera más acabada se ocupan del tema, al hacer referencia tanto a las motivaciones del legislador al establecer la normativa de la colación, como al modo de funcionamiento, y al fundamento propiamente dicho de la misma.

En el fondo, el ordenamiento establece la regulación de la colación por estimarla justa y de interés general, aunque no hasta el punto de establecer una norma imperativa. Se estima más equitativo a la hora de repartir los bienes considerar también los donados en vida, en tanto que el testador no disponga otra cosa. Quizá haya pesado en el legislador la creencia de que, entre legitimarios, no es suficiente indicio de la voluntad de desigualar el realizar donaciones en vida, por lo que éstas han de contabilizarse a la hora del cálculo de las cuotas y de la distribución de los bienes entre los legitimarios. De todas formas es dudoso que este fundamento de la actuación del legislador aparezca sólo cuando intervienen legitimarios y no en el caso de cualquier heredero. En cualquier caso, el comportamiento ideal que ordena la colación no se extiende a esos otros sujetos lo cual deja claro que la regulación de la colación está muy influida por la evolución histórica; tampoco se puede olvidar, a estos efectos, que la idea que inspira la colación tiene su sentido más pleno precisamente dentro de los legitimarios: por ello la opción legislativa parece que tiene suficiente justificación.

### **C) Sujetos de la colación**

Hasta aquí he analizado aspectos de la Sentencia resueltos con criterios que son plenamente compartidos por la totalidad de la doctrina actual. En este momento comienzo a examinar los puntos que se separan de la misma doctrina común, y que por ello pueden resultar más atractivos o llamativos. El análisis de la cuestión me llevará en algún punto a sugerir un replanteamiento de las conclusiones comunes, en otros habrá que discrepar de la postura del Tribunal Supremo, no en cuanto al resultado práctico, repito, pero sí en cuanto a la vía teórica utilizada para justificarlo.

En la introducción a este trabajo señalaba que el Tribunal Supremo considera, al menos en la literalidad de la Sentencia, que el supuesto planteado constituye un caso de colación típica; también dije que quizá se podía dudar de esa afirmación por cuanto el Tribunal Supremo se separaba de algunas notas que son consideradas como propias de la colación, en este caso todo lo más se podría considerar el caso como de colación impropia o voluntaria.

Es claro que en el caso se expresa una voluntad testamentaria inequívoca de que se colacionen determinadas donaciones. Sin referirme de momento a las circunstancias concretas del caso, esta voluntad expresa de colacionar puede tener diversos significados:

1) Si se manifiesta en una hipótesis de colación en sus presupuestos ordinarios y típicos esta voluntad sólo tendrá la virtualidad de excluir toda duda sobre si procede o no la colación, ya que aunque no se dispusiera nada, la colación, en principio, tendría lugar. Así, por ejemplo, el testador que manifestara que las donaciones que hizo en vida a sus hijos instituidos herederos fueran colacionables.

2) Puede ordenar la colación en supuestos distintos de los típicos, como si la ordenara, por ejemplo, en el caso de que los herederos obligados no fueran legitimarios. En este caso los efectos que se producirían serían los ordinarios de la colación legal, pero respecto de sujetos distintos de los previstos por la ley.

3) Puede ordenar la colación añadiendo algún efecto no previsto por la ley, como si dispusiera que la colación se realizara *in natura*.

4) Finalmente, la voluntad de colación puede implicar los dos anteriores elementos.

En los próximos epígrafes la cuestión se tratará bajo este prisma, es decir, si los efectos que se producen en el supuesto estudiado derivan de la regulación típica de la colación, o proceden más bien en cuanto que son queridos por el testador, pero sin ninguna relación con la regulación legal de la colación. Ello impondrá lógicamente el atento examen de cuál es la voluntad real de éste. Hechas estas advertencias paso a ver en concreto la materia anunciada en el encabezamiento de este apartado: sujetos de la colación.

En el supuesto contemplado por la Sentencia la persona beneficiada por la colación, prescindamos de momento de que se trata del cónyuge viudo, es un legitimario, pero no está instituido heredero. La disposición testamentaria en favor del cónyuge creo que sin dificultad debe calificarse de legado de parte alícuota, ya que el testador distingue perfectamente la disposición en favor de sus descendientes (institución de herederos) y en favor del cónyuge (legado). El propio Tribunal Supremo califica repetidas veces de legataria a la viuda (especialmente en el Tercer Fundamento de Derecho, *in fine*), lógicamente hay que entender este legado como de parte alí-

---

(30) La doctrina admite sin problemas la posibilidad de este legado en nuestro Derecho, a pesar de no estar regulado en el Código. Así, a título de ejemplo: Vallet, «Panorama», I, pp. 199 y ss.; Lacruz, «Elementos», V, pp. 33 y ss.; Albaladejo, «Curso», V, pp. 21 y ss. La Jurisprudencia también lo admite; ciertamente, en algunos casos para referirse a instituciones en usufructo: así, por ejemplo en las Sentencias de 11 de enero de 1950 y 11 de febrero de 1956; igualmente la Resolución DGRN de 30 de junio de 1956. Pero otros casos se refieren a disposiciones parecidas a las del caso: Sentencia de 11 de febrero de 1903, 15 de enero de 1918 (en este caso la solución se impone para evitar los efectos tan radicales del antiguo artículo 814), 22 de enero de 1963 (referida además al concreto problema de la colación), y la Resolución de 12 de

cuota (30). Esto bastaría para que, en principio, si nos atenemos a la conclusión doctrinal generalmente admitida, quedara excluido de la colación.

En efecto, la doctrina dominante suele sostener que la colación, tanto en su aspecto pasivo como en el activo, sólo se refiere a los herederos forzosos, pero entendiendo esta expresión en un sentido estricto, es decir, como herederos forzosos que sucedan a título hereditario. La postura anterior se sostiene por casi la totalidad de la doctrina que se ocupa del tema (31) y puede verse consignada en las diversas obras de Vallet (32). Igualmente Lacruz (33) sostiene que sólo están obligados a colacionar y pueden beneficiarse de la colación los legitimarios que sean herederos, para ello se basa en el sentido general del Código (no sé a que se refiere con esto; si es al sentido de la expresión heredero forzoso, la conclusión

junio de 1963. No obsta a la interpretación que sostengo el que la Sentencia de 10 de abril de 1986 entienda como institución de heredero la cláusula «lego el tercio de mejora y el de libre disposición», porque las conclusiones en esta materia se derivan de la interpretación de la voluntad en el caso concreto. Además, en el caso lo que se discutía era si existía llamamiento a cuota, o legados específicos con cargo a esos tercios (porque el testador había hecho partición de los bienes), y era indiferente calificar la cláusula de institución de heredero o de legado de cuota.

(31) Además de la doctrina científica, se puede afirmar que en la jurisprudencia la mayoría de los supuestos que se han enjuiciado correspondían a casos en los que los litigantes por razón de la colación eran coherederos. Así sucede en la Sentencia de 21 de marzo de 1898: los litigantes son hermanos y nietos que suceden en representación de su padre en una herencia abintestato. Igualmente sucede en la Sentencia de 31 de diciembre de 1909 en un caso de herederos testamentarios y también legitimarios. En la Sentencia de 12 de mayo de 1925 se trata un supuesto de herencia intestada, en la cual suceden los hijos del causante. La no obligación de colación viene motivada por el hecho de haber recibido igual cantidad cada uno de los hijos. En realidad el supuesto no era de colación, puesto que las cantidades habían sido tomadas de la herencia ya abierta. Herederos testamentarios eran los hijos del testador contemplados por la Sentencia de 31 de marzo de 1936, en el caso no ha lugar la colación por no demostrarse la existencia de las donaciones. La de 3 de junio de 1965 se refiere también a un caso de herederos. Igualmente sucede en la de 29 de septiembre de 1966, en la de 19 de junio de 1978 y en la de 19 de julio de 1982.

(32) Últimamente en «Panorama», II, pp. 782 y ss. «Si... hemos aceptado que el fundamento de la colación se halla en la voluntad presunta del causante, de que lo donado se considere como un anticipo de la cuota hereditaria del donatario, es evidente que la efectividad de la colación precisa que le corresponda a éste una cuota hereditaria, es decir, a título de heredero. No basta ser denominado heredero forzoso, conforme al Código Civil, hace, además, falta serlo efectivamente... el legitimario legatario no será, por tanto, sujeto activo ni pasivo de la colación... Los instituidos en cosa cierta tampoco deben colacionar ni beneficiarse con la colación de los demás herederos forzosos.» Previamente, en el tomo I de esta misma obra, pp. 201 y ss., al tratar de los efectos del legado de parte alícuota no hace referencia a la colación.

(33) «Elementos», V, p. 191. Sin embargo, en una obra anterior había matizado algo esta opinión, pues sostenía que el legitimario que por voluntad del testador se reduzca a su cuota podrá ser sujeto pasivo de la colación, pero nunca activo (piensa que ningún interés tendrá en ello), vid. «Derecho de sucesiones. Parte general», Barcelona, 1961, p. 572.

sería la contraria pues el Código, según la propia postura de Lacruz, emplea esta expresión en sentido no técnico), los antecedentes históricos del mismo, y la literalidad de sus preceptos que hacen referencia a la cuenta de partición (art. 1035) y a los coherederos (art. 1050). La misma postura es la sostenida por De los Mozos (34), Real Pérez (35), Roca Juan (36), García Bernardo (37), Albaladejo (38).

Realmente esta posición restrictiva no se encuentra fundamentada de forma suficiente por la doctrina. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el argumento histórico debe ser usado con mucha prudencia en instituciones que han sufrido un fuerte cambio de planteamiento con la codificación. Por eso creo que no se le puede dar valor decisivo. En cuanto a los argumentos literales se puede señalar que son especialmente peligrosos en materia de Derecho de sucesiones como esos mismos autores y la común doctrina tiene de sobra comprobado (precisamente si se suele entender que el Código —así en el artículo 806— no utiliza la expresión heredero forzoso en sentido técnico, pues el legitimario no es necesariamente heredero, tiene poca fuerza argumentar en el artículo 1035 sobre la base del argumento literal, si no es apoyado por otros). Creo que la interpretación y la toma de postura se debe producir después de ponderar el sentido y finalidad de las instituciones. La opinión tradicional me parece que olvida que aunque es necesario para que proceda la colación la existencia de más de un legitimario, no hace falta que sean efectivamente herederos, puesto que fuera de ese caso también puede existir un interés atendible por parte del legitimario, y que el fundamento de la colación se puede descubrir también en algún otro caso.

Se suele decir, con razón, que la colación supone la formación de una masa de cálculo, distinta del mero *relictum* y de la masa de cálculo de la legítima, sobre la que se calcularán las cuotas que corresponden a los legitimarios. Por tanto, pienso que lo decisivo no debe ser que los legitimarios en cuestión sean nombrados herederos sino que sean llamados a una cuota (39). Creo además que ésta puede ser una consecuencia que fácilmente se deriva de la voluntad del testador, con más claridad aún en el caso de que la cuota legada esté expresada sobre la masa de cálculo de la legítima.

---

(34) *Op. cit.*, pp. 204 y ss. Sin embargo, más adelante (p. 206) sostiene la misma opinión que Lacruz sostenía en la última obra citada. Creo que limitarse al supuesto literal que expresan Lacruz y De los Mozos no tiene razón de ser, puesto que es posible pensar en que el legitimario beneficiado por un legado de parte alícuota reciba más que lo que le corresponda por legítima. Me parece preferible la opinión más amplia que sostengo en el texto.

(35) «Intangibilidad», *cit.*, p. 126.

(36) «Comentarios», *cit.*, pp. 17 y ss.

(37) *Op. cit.*, p. 176.

(38) «Curso», pp. 187 y ss.

(39) La doctrina precisa acertadamente que en el legado de parte alícuota la cuota viene referida a una *pars honorum*, o simplemente a una cuota sobre el remanente una vez pagadas las deudas. En este sentido, por ejemplo, Albaladejo en «Curso», V, pp. 21 y ss.; Vallet, «Panorama», I, pp. 199 y ss.

ma, pues en este caso se manifiesta una voluntad de incluir las donaciones *inter vivos* en el cálculo de la cuota, lo cual puede ser indiciario de que también se deben incluir a la hora de satisfacer el legado.

Además la doctrina anterior suele olvidar o no hacer referencia a una serie de decisiones jurisprudenciales en las que la colación se extiende a los legatarios de parte alícuota (40). Por tanto, me parece indudable, por las razones teóricas que he apuntado, confirmadas además por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el legatario de cuota debe ser equiparado, a estos efectos, al heredero (41).

Todo esto sin querer entrar en la cuestión de si todo legitimario, por el solo hecho de serlo, tiene el título de heredero, pues si se resuelve afirmativamente, esta postura vendría a constituir un modo distinto de llegar a la misma conclusión, aunque evidentemente suponga negar la posibilidad de que el legitimario sea alguna vez legatario de parte alícuota; lo único que supondría es hacer innecesaria la institución de heredero en favor del legitimario para que esté incluido dentro de los sujetos de la colación (42).

En resumen se puede decir que aunque las referencias del Código a la cuenta de partición (art. 1035), a coherederos (1047 y 1050) y la misma colocación sistemática de los preceptos (dentro del Capítulo VI «De la

(40) En la Sentencia de 28 de noviembre de 1899 los colacionantes eran hermanos, uno instituido heredero y los demás legatarios de la cuota legítima. La de 30 de marzo de 1949 se refiere a un testamento en el que la herencia se reparte en legados de parte alícuota en favor de descendientes, reducidos a su legítima estricta, y se instituye a otro hijo en el remanente. Ambos grupos vienen obligados a colacionar. De todas formas son Sentencias con poco interés, ya que no se discute en ellas la naturaleza de la atribución. Sin embargo, en la Sentencia de 22 de enero de 1963 el núcleo de la discusión se centra precisamente sobre la naturaleza de la atribución, y sobre la obligación de colacionar que tienen los legatarios de cuota. El caso se refiere a algunos legitimarios instituidos herederos y otros que son legatarios de parte alícuota. Es cierto que esta Sentencia ha sido criticada por entender necesario para la designación de heredero la doble exigencia de estar llamado a título universal y mediante la utilización del *nomen heredis* (criterio cumulativo defendido por Roca Sastre). Sin embargo, a pesar de la consideración crítica que puede merecer lo anterior, más adelante (Considerando 5.º) destaca que deben ser de aplicación a este tipo de legado aquellos preceptos «cuyo fin inmediato es el conocimiento para el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». Creo que esta doctrina, a pesar de su deficiente formulación no cae bajo la crítica que se puede hacer al resto de la Sentencia. En el próximo epígrafe citaré alguna Sentencia que apoya sólo relativamente a la anterior, aunque referidas al problema específico del cónyuge viudo.

(41) Es la opinión que sostiene De la Cámara, «Compendio», p. 399.

(42) La única referencia que encuentro a la colación en los trabajos de Peña y Bernaldo de Quirós se contienen en «La naturaleza de la legítima», *ADC*, 1985, p. 895: «La regla de igualación —proporcional— entre los herederos, en cuanto a las especies mismas en que se concreta cada lote, viene reflejada también en los arts. 1047 y 1048 del Código Civil en relación con la colación.» Sin embargo, en ningún lugar expresa que todo legitimario sea sujeto de la colación, aunque creo que es consecuencia lógica de su teoría.

colación y partición»), pueden llevar a hacer pensar que la colación se limita a los legitimarios que sean efectivamente herederos, en realidad en una consideración detenida de los efectos y de la completa regulación se descubren algunos supuestos en los cuales no se entiende bien por qué ha de limitarse de forma tan estricta el campo de actuación subjetiva de la colación. La conclusión sería que puede haber colación cuando se produzca un llamamiento a una cuota, sin que se concreten los bienes sobre los que recae. Así por ejemplo, no existirá colación cuando haya una institución en cosa cierta, o cuando el testador haga partición de sus bienes (conclusiones en las que está de acuerdo la doctrina), pero además sí habrá colación en los casos en que se llame a una cuota sea o no en concepto de heredero.

#### D) Extensión al cónyuge viudo

La Sentencia considera que el cónyuge viudo está legitimado para pedir la colación. Lógicamente el Tribunal Supremo puede considerar que procede la colación por la conclusión que hemos obtenido del anterior epígrafe: están sujetos a colación y pueden beneficiarse de ella todos aquéllos a los que el testador deje una cuota sobre una masa de bienes.

Es interesante analizar la posición del cónyuge viudo en la materia de la colación haciendo referencia a la totalidad de los supuestos en los que se puede plantear la cuestión, y teniendo en cuenta las modificaciones que la Ley 11/1981 de 13 de mayo haya podido producir en este tema.

La doctrina (43) ha venido negando que el cónyuge viudo venga obligado a traer a colación por varios motivos, alguno de los cuales después de

---

(43) De los Mozos, *op. cit.*, p. 208; Vallet, «Panorama», II, Madrid, 1984, p. 779; Roca Juan, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; García Bernardo, *op. cit.*, p. 177; Marín López, notas a la revisión del Código Civil, de Mucius Scaevola, p. 163; Albaladejo, «Derecho Civil», *cit.*, p. 415, n.º 4, haciendo referencia a la prohibición de donaciones entre los cónyuges; en «Curso», *cit.*, pp. 187 y ss., ya sólo hace referencia a que no tiene carácter de heredero; Castán Toboñas, *op. cit.*, p. 372. Sin embargo, Fuenmayor admite que el cónyuge viudo puede ser sujeto de la colación, basándose en el art. 1037. De todas formas considera que esta solución legal no tiene demasiado fundamento. Añade que piensa que es una sutileza, el argumento de estimarlo excluido por no ser heredero el cónyuge viudo. Lógicamente Fuenmayor se plantea el supuesto de la colación de legados, ya que en la fecha de su trabajo no se podía plantear el caso de las donaciones, por estar prohibidas (vid., «Acumulación», *cit.*, pp. 75 y ss.). En realidad el problema que plantea Fuenmayor es de imputación de un legado a la cuota usufructuaria, y no de colación. Creo además que este autor confunde colación e imputación (vid. *op. cit.*, pp. 66 y 67, y los ejemplos que allí se contienen), lo cual no es nada difícil, por la implicación y fuerte relación que existe entre estos conceptos. Pienso que de la norma del artículo 1037 poco puede sacarse en orden a la determinación de los sujetos de la colación, pues se trataría en todo caso (si se entiende que este artículo es propiamente de colación, lo cual se discute) de un supuesto atípico que sólo tendrá lugar cuando se imponga expresamente, y entonces, probablemente, la voluntad en cuanto a los sujetos también quede clara, pudiendo ir más allá, incluso, que las previsiones legales. Renuncio, pues, a sacar conclusiones por este camino.

la reforma del año 1981 ya no se pueden invocar. Se decía en concreto, que no se podía plantear la cuestión por estar prohibidas las donaciones entre cónyuges con carácter general, y que las que no estaban prohibidas, las usuales o de costumbre, no se traen a colación en ningún caso (cfr. artículo 1334 en su redacción original y 1041). Hoy este argumento no se puede sostener, pues el reformado artículo 1323 permite las donaciones entre cónyuges.

Sigue teniendo fuerza actualmente el argumento de no ser el cónyuge viudo, como legitimario, heredero sino legatario. Algunos autores precisan más añadiendo que la colación sólo se realiza entre legitimarios del mismo grupo, quedando excluido, por tanto, el cónyuge viudo, que forma él sólo un grupo. Sin embargo vamos a ver cómo este criterio de que la colación sólo se realiza entre legitimarios del mismo grupo, fue puesto en duda por algunos autores en cuanto a la legítima de los hijos naturales. Esto me parece que es significativo, pues puede demostrar que la postura doctrinal en este punto tiene fundamentos más débiles. Paso ahora a exponer las principales posiciones de la doctrina sobre este tema. Hago la advertencia de que muchos de los autores que tratan la aplicación de este criterio al caso de los hijos naturales aplican las conclusiones al caso del cónyuge viudo, por lo que no resulta ocioso detenerse en el análisis de esas opiniones.

Es Morell el autor que inicia la doctrina que se puede calificar como común: «Si tal es el fundamento de la institución (anteriormente ha señalado que el fundamento de la colación es la presumible voluntad igualatoria del causante dentro de las diferentes clases, es decir de los hijos legítimos entre sí, y de los naturales entre sí), es claro que el artículo 1035 se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase, y que la colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo entre sí, y no con los demás de un grupo distintos.» A continuación señala que «el cónyuge viudo que forma por sí solo un grupo de herederos forzosos, así como no ha de colacionar, ni ha podido recibir donaciones del difunto como anticipo de legítima durante el matrimonio, tampoco ha de aprovecharse de la colación a que se obligue a los coherederos forzosos de otro grupo» (44). Se podría atribuir a esta opinión el defecto de entender que la colación está fundada en la voluntad presunta, pues difícilmente correspondería con la real cuando se instituyen herederos concurrentes a hijos de diferente grupo. Precisamente esta consideración es la que hace dudar a Vallet de Goytisolo de si en este caso (y sólo en ese, en los demás supuestos Vallet comparte plenamente la opinión de Morell) procedería la colación entre los legitimarios de diferente grupo. Sin embargo, no se pronuncia sobre la solución (45).

De los Mozos estudia el tema con mucho detenimiento, y critica las dudas de Vallet, que considera producto de estimar fundada la colación en la voluntad presunta del causante. El señala que: «esta *concurrencia* a que alude el artículo 1035 del Código Civil ha sido interpretada por la doctrina, entendiendo se refiere entre herederos forzosos de la misma clase, y que la colación ha de

---

(44) *Op. cit.*, . 115.

(45) «Apuntes de Derecho sucesorio», *ADC*, 1955, p. 412.

tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo, pero no respecto de los de un grupo distinto». Esto es así, añade luego, aunque los hijos naturales o el cónyuge viudo hayan sido instituidos herederos, porque el testador «lo mismo que no puede modificar las cuotas legitimarias de cada uno, tampoco puede mezclar entre sí los grupos que ha configurado la ley». En nota considera la norma que establece las clases o grupos de legitimarios como *ordenativa*, es decir de las que configuran las líneas generales o supuestos de aplicación de la ley. A esto añade los antecedentes históricos del Código, y los principios fundamentadores de la decisión del legislador al ordenar la colación. Sin embargo, a Lacruz, refiriéndose a la sucesión de los hijos naturales cuando concurren con legítimos, le parece «muy discutible que un obstáculo de tipo dogmático (precisamente está hablando de argumentos como los expuestos) pueda eliminar un instituto que, según las finalidades del legislador, parece aplicable aquí». Inmediatamente antes había excluido de la colación al cónyuge «fundamentalmente, porque (...) en cuanto legitimario no es heredero» (46).

Quizá la misma duda que manifiesta Lacruz en el caso de los hijos naturales instituidos herederos se podría aplicar al caso del cónyuge que estuviera instituido heredero: cabría entonces sostener que puede ser sujeto de la colación. Es lo que opina Real Pérez, aunque reconoce que la cuestión merece un estudio más detenido (47); lógicamente, según lo que se dijo en el anterior epígrafe, habría que entender que igualmente es posible la colación cuando exista un llamamiento a una cuota por título diferente al de heredero (48).

Sin embargo, es claro que por la propia naturaleza de la legítima viudal, no es posible la colación en los supuestos en que los derechos sucesorios se reduzcan a ésta, o incluso cuando reciba más, pero sin que su derecho quede referido a una cuota. El caso más claro sería el de la sucesión intestada, en él el conyuge conserva sus derechos a la legítima, sin embargo, no es heredero, ni puede pensarse que esté sujeto a colación. Es útil para comprender mejor esto recordar de nuevo las consideraciones que hice anteriormente sobre la peculiar forma de funcionamiento de la legítima viudal. Recuerdo aquí que el derecho legitimario del cónyuge no implica concurrencia sobre el haber hereditario como el que existe entre heredero-

---

(46) «Derecho de Sucesiones», I, p. 289.

(47) «Usufructo», *cit.*, pp. 488 y 489. En contra de que en este caso el viudo sea sujeto de la colación, expresamente, Roca Juan, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

(48) Hay jurisprudencia que puede apoyar esta postura: la de 25 de febrero de 1916 parece que admite como sujeto de la colación al cónyuge viudo, aunque como el pleito se refiere a varias cuestiones y éste litiga «por sí, y en representación de su hija», no es posible sacar ninguna consecuencia segura. En la de 4 de julio de 1908, se legitima para pedir la colación al cónyuge viudo que era legatario del tercio libre, además de legitimar a los hijos, herederos testamentarios. La de 3 de abril de 1936 parece admitir a la viuda como interesada en la petición de colación, igualmente se refiere a un caso en el que era legataria de la parte libre. Ya veremos, sin embargo, que esta Sentencia es algo incorrecta e imprecisa, porque en realidad la cuestión se reduce a un caso de inoficiosidad. Además era imposible que hubiera colación porque la única heredera había repudiado la herencia. Expondré con más detalle estas dos últimas Sentencias en el siguiente epígrafe.

ros y legatarios de parte alícuota. Es decir que no existe el patrón, igualitario o proporcional, típico o legal que justifica en los otros casos la colación. De los Mozos, incidiendo en la misma idea, añade: «se viene a unir otro factor, que se encuentra en los principios que militan en el fundamento mismo de la colación, aquellos principios que decíamos no sirven para configurarla técnicamente, pero que aparecen como anteriores a la formulación legal y a la estructuración de la norma, en un estado anterior, revelando el *íter* lógico seguido por el legislador, y conforme a los cuales, parece extraña toda confusión entre las distintas clases de legitimarios» (48 bis).

En definitiva, parece extraño también que la colación del cónyuge exija la manifestación de voluntad en el sentido de instituirlo heredero para que tenga lugar. La colación, en sus presupuestos típicos no exige ninguna voluntad testamentaria del donante; en cambio, para que hubiera colación en favor del cónyuge sería necesaria la voluntad de instituirlo heredero o legatario de cuota, ¿y de esta voluntad debemos inferir que procede la colación?: no parece, pues el mismo fundamento tendría admitir por este solo hecho la colación de los extraños. Creo, en consecuencia, que la postura de Real Pérez (como la de Lacruz en su día) supone sacar de la ley una consecuencia no contemplada ni querida por ésta. Pienso que la hipótesis que plantea esta autora nos lleva fuera de la colación propia o legal, y nos conduce más bien al ámbito de la colación impropia o voluntaria. En conclusión: el cónyuge viudo no es sujeto de la colación legal, lo que no impide que pueda ser sujeto de colación impropia (impuesta por el testador, y en ese sentido voluntaria).

Aunque no acepte que por regla general haya que estimar sujeto de la colación al viudo, es necesario estudiar el caso concreto que estoy examinando para observar si por vía voluntaria se ha introducido esta mayor amplitud subjetiva. Es decir, el aspecto de la voluntad del testador que me interesa destacar es el alcance e interpretación que se puede dar a la exigencia expresa de colación de las donaciones que realiza el testador en el testamento. De la realidad del caso se desprende que si a la voluntad de que se colacionen las donaciones se le da el alcance que la doctrina suele dar a la colación, dicha voluntad queda desprovista de significado. No me refiero al hecho de que en todo caso en que expresamente no se diga lo contrario las donaciones sean colacionables (esto hace que una disposición expresa sobre la obligación de colacionar, parezca sin contenido real). Lo que quiero decir es que en el caso la donación de las fincas se había realizado de forma conjunta a las tres hijas, con lo cual realmente no había producido desigualdad entre ellas, por tanto, la cláusula de colación, teniendo en cuenta también la inexistencia de legitimarios del mismo grupo, no produciría ningún efecto (49).

---

(48 bis) Op. cit, p. 212, nota 26.

(49) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1925 se afirma que la colación no procedía cuando todos los legitimarios habían recibido la misma cantidad. En realidad el supuesto que planteaba la Sentencia no era de colación puesto que las cantidades recibidas no lo habían sido en concepto de donación sino que habían sido tomadas de la herencia ya abierta.

Esta voluntad expresa de colacionar, a la que por otro lado se le da gran importancia en la Sentencia, debe ser interpretada de una forma que le permita producir efectos, pues no se debe pensar que el testador pretendiera que fuera ineficaz (50). Lo que puede significar, y me parece que es la única forma de que tenga algún valor, es que obligue a extender los efectos de la colación al supuesto del cónyuge viudo. Por tanto, si se mantienen las conclusiones a las que he llegado anteriormente, la cuestión clave es la interpretación de la voluntad testamentaria, que pienso que abogaría por la extensión de la colación al cónyuge viudo. Se trataría entonces de justificar por la vía de la colación voluntaria, lo que estimo que no puede hacerse a través de los presupuestos legales ordinarios.

Lo que ya no es tan claro es que la voluntad de colación llegue hasta el establecimiento de una consecuencia que la mayoría de la doctrina piensa que no existe (la restitución del exceso sobre la cuota). Pero esto es ya una cuestión diferente que será objeto de estudio en el próximo epígrafe.

### E) Adjudicación compensatoria

Es frecuente al hablar de este tema utilizar una terminología, que si bien no puede calificarse de incorrecta, sí puede dar lugar a equívocos, por lo cual creo que es mejor evitarla: me refiero a la utilización del término compensación para referirse a la adjudicación compensatoria que es uno de los efectos de la colación. Pienso que hablar de compensación puede llevar a confusión con la figura del mismo nombre que se estudia como modo de extinción de las obligaciones. Es además una terminología no contemplada por la ley. Por ello, estimo preferible la utilización de adjudicación compensatoria, atribución compensatoria (como dice la Sentencia objeto de comentario), o también igualación que es el término utilizado por la ley al referirse al efecto del que estoy tratando (art. 1048).

El supuesto que se plantea la Sentencia es el del donatario que ha recibido por donación más de lo que le corresponde heredar. A este problema respondía Lacruz diciendo que «de la estructura y el conjunto de la regulación del instituto se desprende que el donatario nada tomará del *relictum*, pero nada habrá de pagar a los coherederos (...). Es decir, que la colación se queda sin hacer por el resto; el coheredero que debía colacionar no parti-

---

(50) Como señala Jordano Barea en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen 1.º-A, Madrid, 1990, pp. 237 y ss., es criterio utilizado habitualmente por la Jurisprudencia, en materia de interpretación de testamento, el llamado principio de conservación, que se contiene para los contratos en el artículo 1284. Cita en apoyo de esta afirmación las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la de 26 de junio de 1951 y la de 11 de abril de 1958.

cipa en absoluto en la comunidad hereditaria, y los otros coherederos legítimos reparten entre sí los bienes asignados al grupo como si el colacionante no existiera» (51).

Sin embargo, la Sentencia comentada establece la devolución a la masa del exceso (no inoficioso) sobre la cuota del colacionante. La novedad del tratamiento directo por el Tribunal Supremo de esta cuestión es absoluta; si bien había sido discutido por la doctrina científica, aunque puede decirse que no estaba resuelto por ésta (52).

(51) «Elementos», p. 196.

(52) A la ausencia de jurisprudencia sobre la materia se refiere De la Cámara, «Compendio», *cit.*, p. 388. Aunque es cierto que la jurisprudencia no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, en varios litigios que han llegado al Tribunal Supremo se planteaba el problema, sin que, por distintos motivos tuviera oportunidad de tomar postura. El primer supuesto que he detectado es el resuelto por la Sentencia de 4 de julio de 1908. En el caso la demandada había recibido de su padre, causante de la herencia, diversos bienes en concepto de dote con el carácter de anticipo de legítima. En cuanto dichos bienes excediesen de lo que por legítima acreditara, se considerarían mejora, según disposición de la escritura de constitución de la dote. Posteriormente, el causante contrae nuevas nupcias de las que nacen nuevos hijos; consecuencia de la nueva situación, otorga testamento en el que revoca la mejora anterior, y reparte sus bienes entre sus hijos del segundo matrimonio mejorándolos en el tercio. Dispone además que la hija dotada traiga a la masa común lo recibido por dote que exceda de su legítima estricta. La Audiencia Territorial de La Coruña estimó que como quiera que los bienes recibidos por dote por la demandada superaban su legítima estricta, estaba obligada a «colacionar a la masa común, no los mismos bienes, sino el verdadero valor que tenían al tiempo de constitución de la dote» y a «devolver en partición el exceso del valor de las partidas de bienes... en lo que pase de su legítima corta o rigurosa». El recurso de casación se planteó en torno a la posibilidad de revocar la mejora que se hizo en favor de la demandada, y en cuanto al tema de la valoración de los bienes. Por ello el Tribunal Supremo no entra directamente en la cuestión que nos interesa, aunque confirma la Sentencia de la Audiencia, además confirma que al caso son de aplicación los preceptos de la colación. Ciertamente esta Sentencia no demuestra nada, pues existía una evidéntísima voluntad testamentaria de que se devolviera a la masa, con lo cual realmente puede sostenerse que el caso no es de colación legal sino voluntaria. Otro elemento interesante de esta sentencia fue citado anteriormente: el cónyuge viudo era legatario del tercio libre, y se le reconocía derecho a recibirlo íntegro, aunque para ello los herederos deban restituir a la masa el exceso sobre su cuota.

El segundo supuesto es el resuelto por Sentencia de 3 de abril de 1936, caso muy similar al de la Sentencia que comento. El causante, padre de la demandada y viudo de su primer matrimonio, hizo a su única hija, en vida, cuantiosas donaciones de tal forma que a su muerte prácticamente no le quedaban bienes. El causante contrajo matrimonio *in articulo mortis* con la demandante, a la que lega en plena propiedad el tercio libre de su herencia, en testamento en el que instituye universal heredera a su única hija citada anteriormente. El cónyuge viudo reclamó la invalidez de las donaciones de forma subsidiaria por diversos motivos, uno de ellos por entender que el donatario se reservó la facultad de disponer del tercio libre, subsidiariamente por ser inoficiosas las donaciones. Este último motivo es el acogido, tras denegación en las dos instancias, por el Tribunal Supremo. Es obvio por la lectura del caso que éste era el único motivo del recurso que podía ser acogido por el Tribunal Supremo, por estar los restantes deficientemente fundamentados. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera aplicable al caso

Sobre la cuestión se habían producido disparidad de opiniones recogidas casi todas por Vallet en varios de sus trabajos (53). La polémica más conocida es la que sostuvieron a principios del siglo Calderón Neira (54) y Morell y Terry (55). Este último autor sostenía que para que el objetivo de la colación se cumpliera era preciso que las donaciones que excedieran de la cuota del colacionante se redujeran en lo necesario para que los otros coherederos recibieran íntegra su cuota. Para él esto era una consecuencia lógica del sistema de la colación. Calderón reaccionó contra esta postura pues consideraba que «el donatario tiene dos títulos para guardarse el valor, un título que es el de heredero y otro el de donatario, y agotado el valor del uno, queda el valor del otro. Para ser alcanzado el legitimario, se precisaría demostrar previamente que una vez agotada su vocación hereditaria, caduca o se resuelve su título de donatario, que es precisamente lo que se trata de demostrar. De modo que este razonamiento no sería más que una petición de principio» (56). Yo pienso que esta opinión olvida la posibilidad de que la donación tenga límites, ya sean legales ya sean voluntarios, y que, por tanto, no es tan claro que se tenga derecho a la totalidad del valor del objeto donado si la donación nace con la carga de ser colacionable, entendiéndose este carácter colacionable en los términos en que lo entiende Morell.

A propósito del comentario de esta polémica expone Vallet (57) su postura. que resume en su última obra:

---

los artículos 1035 y siguientes, aunque no los aplica efectivamente. De todas formas, la colación era imposible en este caso porque la hija había repudiado la herencia. Además, me parece que el Tribunal Supremo confunde colación con protección de la legítima cuando se refiere al contenido de los artículos 1035 y ss., por lo cual no se puede sacar ninguna conclusión válida de esta Sentencia.

Otro supuesto en el que también aparece el problema del exceso es el contemplado por la Sentencia de 30 de marzo de 1949. El problema se plantea en un caso de aprobación judicial de partición en la que las cuestiones controvertidas eran: el modo de valoración de las donaciones colacionables hechas a los legitimarios, y la procedencia del alcance de la colación sostenido en el cuaderno particional (se sostenía que los excesos sobre las cuotas hereditarias debían ser abonados en metálico). Como la Sentencia de la Audiencia de Sevilla deniega la aprobación del cuaderno particional basándose, además de en la improcedencia de la adjudicación compensatoria por el exceso, en otros motivos de por sí suficientes para la falta de legalidad, el Tribunal Supremo tampoco entró en la interpretación del efecto que aquí nos interesa.

Finalmente, la Resolución DGRN, de 25 de agosto de 1925, parece considerar que de la colación pueden derivarse efectos perjudiciales. Por eso estima que el padre puede repudiar la herencia de sus hijos, en representación de éstos.

(53) Por ejemplo en sus «Apuntes de Derecho sucesorio», Madrid, 1955, pp. 307 a 612; recogido en el volumen IV de sus «Estudios», *cit.*, pp. 113 y ss.; recientemente en «Panorama», II, pp. 800 y ss.

(54) «La colación en el Código Civil», *RGLJ*, n.º 111, 1907, pp. 119 y ss.

(55) «Colación especial exigida en el artículo 1035 del Código Civil», *RGLJ*, 1906, pp. 27 a 45 y 113 a 132.

(56) *Op. cit.*, p. 126.

(57) «Panorama», II, *cit.*, pp. 801 y ss.

«[...] es cierto que el artículo 1047 nada dice acerca del destino del exceso de valor que (*sic*) las donaciones colacionables sobre la cuota hereditaria del colacionante, y que ningún precepto del mismo Código ordena la reducción de las donaciones no inoficiosas pero que excedan de la cuota del colacionante. Sin embargo, Morell señaló (58) que el artículo 1035 ordena, al colacionante, traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiere recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo... en la cuenta de la partición. Por ello, entiende «que la donación íntegra se agrega a la masa hereditaria, y que teniendo por base esa suma se fija la porción correspondiente a cada heredero. Por tanto, si el donatario sólo ha de percibir la parte que le corresponde en el reparto o partición, y sus coherederos han de tener derecho a exigir íntegra su participación, necesario es que cuando la donación exceda al importe de la cuota hereditaria (legítima y no legítima), este colacione materialmente el exceso, o entregue en metálico a sus coherederos la diferencia...».

Y sigue Vallet: «Si acepta la herencia necesariamente se somete a colacionar. Si no quiere colacionar, puede repudiar la herencia. La donación no se revoca en uno ni en otro caso, ni en todo ni el exceso.» El único efecto sería el nacimiento de la obligación de aportar a la masa el equivalente de ese exceso. Además, de la razón aportada por Morell, Vallet señala que los artículos 1035 y 1045, que son los que establecen el régimen fundamental de la colación, no limitan ésta al montante de la cuota. Por otro lado, se muestra en desacuerdo con la última conclusión de Morell: en ningún caso, para Vallet, vendrá obligado el colacionante a restituir materialmente el exceso, y ello por el sistema general de colación en valor y no *in natura*.

Vallet piensa que para que exista la obligación de restituir el exceso es necesario que el colacionante haya aceptado la herencia pura y simplemente puesto que entiende que se trata de responder a una obligación *ultra vires hereditatis*, obligación que califica de legado legalmente presunto de cosa del heredero colacionante (59).

Hay que reconocer que la mayor parte de la doctrina se opone a la postura de Vallet y Morell y sostiene que no es posible pedir la adjudicación compensatoria por el exceso no inoficioso, así por ejemplo, Lacruz (60), De los Mozos (61), Puig Brutau (62), Díez Picazo y Gullón (63), García Bernardo (64), Roca Sastre (65), Real Pérez (66), Roca Juan (67) y Albala-

(58) La cita de Morell está tomada de su trabajo ya citado, pp. 131 y ss.

(59) Considerando de esta forma la restitución, no parece tan descabellado que Morell diga que se pueda realizar tanto *in natura* como en dinero porque esa es la consecuencia de calificarla de legado de cosa del heredero, sujeto, por tanto, al art. 863.

(60) «Derecho de sucesiones. Parte general», Barcelona, 1961, pp. 585 y ss.

(61) Op. cit., pp. 298 y ss.

(62) Op. cit., pp. 576 y ss.

(63) Op. cit., p. 583.

(64) Op. cit., pp. 177 y ss.

(65) Notas al «Derecho de sucesiones» de Kipp, segunda edición, p. 312.

(66) «Intangibilidad», cit., p. 128.

(67) Op. cit., pp. 63 y ss.

dejo (68). De la Cámara (69) reconoce que la cuestión es compleja y discutible, pero no se inclina por ninguna opción. Favorable a la postura de Vallet en todos sus puntos, además de los autores que él cita, se muestra últimamente Rivas Martínez (70). No es fácil interpretar la opinión de Cossío, que habla de la posibilidad de que mediante la colación se proceda a reducir una donación inoficiosa (71).

Los argumentos que utiliza De los Mozos (72), sustancialmente compartidos por toda la doctrina anteriormente citada, para oponerse a la tesis de Vallet y Morell son: en primer lugar, en materia de tanta importancia el Código debía ser más explícito si de verdad pretendiera establecer la obligación de adjudicación compensatoria por el exceso. Es evidente, como reconocen los propios Vallet y Morell que el Código no impone de manera expresa esta obligación, y por contra es bastante explícito cuando ordena devoluciones (cfr. arts. 820, 821, 1056,1, etc.). En segundo lugar, rechaza la argumentación histórica como elemento interpretativo en una cuestión que ha sufrido una profunda revisión con la codificación. En concreto piensa que hay un «evidente paralelismo entre la forma de practicarse la colación y el alcance de sus efectos» en el sentido de que la colación por imputación se limita a la toma de menos, mientras que la aportación del exceso es un efecto propio de la colación *in natura*, precisamente en la evolución histórica se ha pasado de un sistema de colación *in natura* a un sistema de colación por imputación (73).

Además de las razones institucionales y legales que utiliza Vallet, creo que es posible apoyar su tesis en un motivo de conveniencia. Este sería otorgar al causante un mayor margen de maniobra con el destino de sus bienes sin quedar bloqueado por normas rígidas. Así el causante, en vida,

(68) «Curso», *cit.*, p. 191.

(69) «Compendio», *cit.*, p. 388.

(70) *Op. cit.*, p. 747.

(71) *Op. cit.*, pp. 622 y ss. Una posible interpretación sería la del siguiente ejemplo: Un causante tiene tres descendientes herederos forzosos, instituye herederos por partes iguales a todos ellos. En vida ha donado por valor de 55 a uno de ellos. La masa de cálculo de la legítima es 90. La legítima individual es 20. En la masa sólo quedan 35, con lo cual no es posible pagar la legítima de los dos que no han recibido nada. La donación es inoficiosa por valor de cinco. Si este autor estima que la colación implica devolución del exceso, no será necesario reducir la donación, pues el donatario deberá aportar a sus coherederos 25 en total.

Sin embargo, también se puede interpretar que lo que pensaba Cossío era que las normas de la colación se aplican antes que las de reducción de donaciones, sin que se pronunciara sobre la anterior cuestión.

(72) *Loc. cit.* Muchos de sus argumentos tomados de Lacruz, *loc. ult. cit.* Sin embargo De los Mozos da poca importancia al papel del artículo 1036 que Lacruz considera que es el argumento más serio en pro de la tesis sostenida por Vallet, aunque consideraba que este artículo estaba aislado dentro de la sistemática del Código (cfr. página 586). Ya vimos cómo este artículo parecía que justificaba la interpretación de Vallet en la RDGRN de 25 de agosto de 1925 antes citada.

(73) *Op. cit.*, p. 182.

puede ir distribuyendo sus propiedades mediante donaciones, sin preocuparse, de momento, del estado final de distribución, pues sabe que a su muerte mediante la colación se corregirán estas desigualdades; con esta interpretación la única posibilidad desigualatoria es la que queda en manos del causante mediante la oportuna dispensa de colación; en ningún caso se producirá esta desigualación como consecuencia automática de la donación. De todas formas puede parecer que lo anterior contradice el carácter por lo común irrevocable de las donaciones (74), ya que por un acto posterior del donante (el testamento, acto de última voluntad) pierde eficacia la donación. Sin embargo, como dije antes, esta objeción decae si se considera que la donación en el momento de nacer está sujeta a la carga o a la condición de ser traída a colación en el caso de que se acepte la herencia. Ciertamente el donatario siempre podría repudiar la herencia para así no tener que colacionar el exceso.

De cualquier forma creo que los argumentos en favor y en contra no son especialmente concluyentes, y ninguna de las opiniones es descabellada. En todo caso, en la duda, me parece más aceptable y seguro no introducir una limitación tan fuerte de los efectos de las donaciones, cuando esta misma consecuencia se puede conseguir por disposición del donante (mediante el establecimiento de una condición o de una carga). En este caso, todavía cabe preguntarse por el papel que pueda tener la norma del artículo 647 sobre revocación de donaciones por incumplimiento de carga (75). La duda se plantea si el causante hizo la donación con el carácter expreso de colacionable: pues entonces, el no colacionar ¿no es incumplir una carga impuesta al donatario? Quizá pudiera pensarse que fallecido el donante, el heredero, como continuador de su personalidad y en tanto que heredero, podría instar la revocación de la donación por este motivo (76). Está claro que si la obligación de colacionar, con este efecto añadido, no se establece en el momento de la donación no seguirá este régimen. Me refiero, por ejemplo, al caso en que la colación con este alcance

---

(74) Así expresamente, Alvarez-Caperochipi. «Curso», p. 116. Para la cuestión del sentido del carácter irrevocable de las donaciones, vid. Cristóbal Montes, «El principio de irrevocabilidad de las donaciones». *RGLJ*, 1969, pp. 699 y ss.

(75) Aunque el precepto habla de condición la doctrina estima que ello es una imprecisión terminológica pues en realidad se está hablando de carga. Vid. por todos, Díez Picazo-Gullón, «Sistema de Derecho Civil», volumen II, Madrid, 1989, p. 348 «no estamos en presencia de condiciones (suspensivas o resolutorias) en sentido técnico, porque entonces no hace falta conceder al donante ninguna facultad... El incumplimiento de la condición planteará un problema de ineficacia, pero no de revocación». En el mismo sentido Albaladejo en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo VIII, vol. 2, Madrid, 1986, pp. 15 y ss.

(76) Al tema se dedica atención en la Sentencia de 26 de junio de 1946. En el supuesto el padre y causante de la herencia había donado con el carácter expreso de anticipo de legítima y con la obligación de colacionar, una serie de bienes a sus hijos menores. Acabado el óbito, los hijos y donatarios repudian la herencia paterna, procediéndose a la apertura de la sucesión intestada. Pasado un tiempo de la muerte del donante, los acreedores de éste, cuyos créditos habían quedado insatisfechos, pretenden

se establezca en el testamento. Una disposición de este último tipo será algo parecido al legado de cosa propia del heredero o legatario gravado, por lo cual no puede estimarse prohibida. Sería éste uno de los ejemplos de lo que la doctrina conoce como colación voluntaria; es decir, colación con efectos diferentes a los que la ley establece. Realmente si los efectos que se dan a esta colación voluntaria no son los previstos en la ley, entonces verdaderamente emplear esta denominación podría considerarse innecesario o impropio. Señala a este respecto De los Mozos que la colación voluntaria sólo impropriamente puede considerarse colación (77). Parte de la doctrina italiana que ha estudiado la materia con cierto detenimiento ha considerado que cuando se extiende la colación a una donación no sujeta legalmente a ella, o se determinan efectos diferentes para la colación, en definitiva lo que se está haciendo es realizar una donación condicional o sujeta a una carga, pero entonces la obligación de colacionar ha de imponerse en el mismo acto de la donación, puesto que lo contrario sería atacar un acto plenamente válido (78). Sin embargo, parece más aceptable la tesis que considera admisible imponer la colación posteriormente a la donación siempre que se haga en testamento, basándose en que el testador puede gravar con las cargas que desee a sus sucesores, incluso ordenar legados de cosa propia del heredero, y por tanto, puede establecer también la colación (79). En el caso de la Sentencia, si entendemos que se ha impuesto la obligación de restituir por el exceso (cuestión que veremos a continuación), no se puede entender que la cláusula de colación sea una condición o carga de la donación misma, puesto que se realiza muy posteriormente, sino, por el contrario, una obligación impuesta a los herederos más parecida a un legado

---

atacar las donaciones por entender que al haberse otorgado con el carácter de colacionables y de anticipo de legítima estaban sujetas a condición, siendo ésta la de aceptar la herencia como presupuesto necesario para colacionar. El Tribunal Supremo establece en sus considerandos que: «no puede estimarse que sujeta (se refiere a la cláusula de la donación) esta donación a ninguna condición ni modalidad diferente a su ordenación legal, que tenga que cumplirse para que los donatarios puedan entrar en el disfrute y posesión del derecho de nuda propiedad que desde aquel momento les cede... siendo más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató de que quedara fuera de duda que con la donación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudieran corresponder a sus hijos como herederos legitimarios, advertencia que realmente, dado lo dispuesto en el Código Civil era innecesaria». Me interesa destacar que el considerando, aunque parece que llega a una conclusión contraria a la posibilidad de revocación, en realidad lo que hace es interpretar la voluntad del donante, con lo cual está reconociendo que el problema del alcance de una cláusula de este tipo se plantea en sede de interpretación de voluntad, y no en sede de contenido objetivo de las instituciones.

Recuérdese, por otra parte, que aunque se discute si los herederos adquieren la acción de revocación de donaciones de su causante, en este caso sería evidente que la podrían ejercer, ya que la carga se debe cumplir cuando el donante ya no puede revocar. Vid. Díez Picazo-Gullón, «Sistema», volumen II, p. 349.

(77) *Op. cit.*, pp. 284 y ss.

(78) Así se manifiestan Azzariti, *op. cit.*, pp. 706 y Visalli, *op. cit.*, pp. 112 y ss.

(79) Es la opinión de Forchielli, *op. cit.*, pp. 302 y ss., y la doctrina que allí cita.

ordenado en favor del cónyuge viudo, y que recae sobre cosa propia del heredero.

Hemos llegado a la conclusión, desde luego discutible, de que el efecto restitutorio no es consecuencia del régimen legal de la colación; también hemos concluido que, en cualquier caso, puede ser impuesto por el causante. Por tanto, la cuestión que hay que analizar en la Sentencia es si de la interpretación de la voluntad del causante se deduce que se pretendía este efecto, lo cual es algo complejo toda vez que no se impone de una manera clara y rotunda.

Hay que tener en cuenta, en orden a la correcta interpretación de la voluntad, que el supuesto fáctico muestra una situación que en una consideración objetiva podía ser de conflicto ya que, en principio, han de concurrir a la sucesión los hijos del causante (de su primer matrimonio) y el segundo cónyuge. De hecho, el Código tenía en cuenta esta posibilidad y establecía, en su artículo 836, párrafo primero, que el usufructo, en este caso, recayera sobre el tercio libre (80). El testador, movido por el mismo deseo de evitar conflictos, lega la nuda propiedad del tercio libre, con lo cual elimina la concurrencia. Lógicamente, me parece, el testador está pensando en que el cónyuge reciba la totalidad del tercio libre, y no sólo una parte. Además me parece que la disposición testamentaria excluye que se quiera lesionar el usufructo del tercio. Desde luego creo que ante voluntad tan categórica ni los propios herederos pueden conmutar el usufructo del cónyuge.

En definitiva, pienso que interpretando la voluntad testamentaria se llegaría a resultados similares sustancialmente al legado de cosa propia del heredero o legatario; en el supuesto, de cosa de las dos hijas supervivientes y los nietos que representan a la premuerta, o incluso de un legado de dinero (art. 886). Es evidente que lo anterior, al moverse en un campo interpretativo que no tiene demasiado tratamiento en la Sentencia, es inseguro; de todas formas el que las tres Sentencias que recaen en el asunto coincidan en afirmar el derecho del cónyuge a algo más que lo relicto, me parece que es un fuerte indicio de que existe un fundamento claro en la voluntad del

---

(80) Art. 836 (redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958): «En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición.» El originario artículo 839 disponía: «En el caso de concurrir hijos de dos o más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.» La jurisprudencia y la doctrina interpretaron que el sentido de este artículo era el de impedir la concurrencia del viudo con hijos de su cónyuge, con independencia de que existieran o no hijos comunes (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, y las que allí cita). Sin embargo, el legislador aprovechó la Ley del 58 para reformarlo. Los motivos de la derogación del precepto en la reforma de mayo del 81 los tratan: Miguel en «Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», volumen II, Madrid, 1984, pp. 1319 y ss., y Rey Portolés en «Comentario a *vuela pluma* de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», *RCDI*, 1982, pp. 1537 y ss.

testador para un efecto de este tipo. En definitiva, la interpretación posiblemente más correcta sea la de un legado que tendría estos términos: «lego a mi esposa la nuda propiedad del tercio de libre disposición, y en cuanto no se pueda cubrir, la cantidad que para ello falte a cargo de mis herederos» (81), o estos otros: «lego a mi esposa el tercio de libre disposición con cargo a la herencia, y en cuanto ésta no alcance con cargo a los bienes donados a mis legitimarios» (82). Evidentemente, establecer estas fórmulas hubiera estado a mano del testador, y no parece que lo haya hecho, pero aunque no se haya establecido esta fórmula expresa, ¿no es lo más adecuado pensar que la solución a la que llega el Tribunal Supremo corresponde a la voluntad del testador? (83). Es cierto que se puede alegar en contra de esta solución que los datos en favor del alcance restitutorio deben ser más inequívocos, pues si no se llegaría a una situación práctica en la que sería indiferente considerar que la restitución derive de la ley o de la voluntad.

---

(81) Aunque la solución a la que llega el Tribunal Supremo correspondería a una cláusula como ésta, no es, en realidad, demasiado claro que la verdadera voluntad del testador sea que su esposa reciba el legado en dinero.

(82) Destaco que según la interpretación más común, en este caso los herederos podrían optar por cumplir el legado mediante la entrega de las mismas cosas legadas o mediante entrega de su estimación en dinero. En contra de esta opinión común se muestra Vallet en «Panorama», I, pp. 186 y ss.

(83) Se me puede achacar que en toda la argumentación sobre el artículo 863 he escamoteado una cuestión importantísima de su interpretación que incide en los efectos que estamos considerando. Me refiero a la discusión doctrinal en el punto de la necesidad o no de que el testador conociera la ajenidad de la cosa para la validez del legado contemplado en el artículo 863. La doctrina se divide en varias posturas: de un lado, los partidarios de considerar necesario este conocimiento por pensar que el 863 es un caso que se puede incluir en la categoría más genérica de legado de cosa ajena. De esta opinión son Díez Picazo y Gullón («Sistema», IV, p. 422) y Lacruz («Elementos», *cit.*, p. 326). Esta postura suele argumentar también con una constatación histórica: en el Proyecto de García Goyena el equivalente al actual artículo 863 decía: «El legatario de una cosa propia del heredero o del legatario encargado de darla a un tercero, será válido, aun cuando el testador ignorase su verdadera pertenencia» (art. 680). Se piensa que la supresión del último inciso implica que se ha de seguir el régimen general del legado de cosa ajena.

Contra esto se argumenta, por parte de la segunda postura, que de un lado la supresión del inciso citado no modifica el sentido del artículo en cuestión, que los precedentes históricos señalan que la posición favorable a la validez en todo caso es la correcta, y que no tiene sentido desde un punto de vista sistemático considerar que los requisitos de los arts. 861 y 862 se apliquen también al 863. En favor de esta tesis se muestran: Roca Sastre (*op. cit.*, p. 564); De la Cámara («Compendio», *cit.*, p. 113); Rivas Martínez (*op. cit.*, p. 335); Vallet («Panorama», tomo I, p. 186); Albaladejo («Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo XII, volumen 1.º, Madrid, 1981, pp. 76 y ss.), con abundantes referencias a otras opiniones y amplia argumentación. Recientemente la opinión de Albaladejo ha sido matizada por González Pacanowska. «El legado de cosa ajena», Madrid, 1985, pp. 187 y ss. Señala esta autora que para la validez del legado de cosa del heredero o legatario no se precisa que el testador sepa que la cosa es ajena; aunque sí que sea clara la voluntad de establecer una obligación a cargo del heredero o legatario.

En efecto, en todos los casos en que el importe de las donaciones exceda de la cuota y se haya dispuesto de la totalidad de la herencia, existe una voluntad testamentaria que sólo puede cumplirse si se restituye. Sin embargo, no en todos los casos en los que se den los presupuestos anteriores aparecerá la obligación de restituir el exceso. Lo que ocurre es que la cuestión como dije antes es puramente de interpretación de la voluntad, y con los escasos datos que ofrece la Sentencia es difícil hacer una valoración más profunda de la voluntad.

Una cuestión en absoluto secundaria es la que se refiere a si los herederos pudieron sustraerse a la colación impropia, aceptando a beneficio de inventario. El tema ya ha sido mencionado, en concreto al exponer la opinión de Vallet. Este autor, consecuente con su postura de considerar la restitución como un legado (legalmente presunto), entiende que el heredero queda libre de esta carga si acepta la herencia a beneficio de inventario. Esta opinión de Vallet fue combatida por Lacruz con argumentos después utilizados por De los Mozos. Dice Lacruz: «no se ve cómo el heredero pueda aceptar la herencia, y sin embargo, dejar a salvo lo recibido por donación del causante. Vallet de Goytisolo entiende que basta, para ello, aceptar a beneficio de inventario, pero el inventario y el proceso de liquidación son garantías que el heredero presta a los legatarios y a los acreedores de la herencia, a fin de mantener incólume su propio patrimonio, mediante la demostración de que nada se ha sustraído al caudal hereditario, y carece de sentido frente a los coherederos» (84). Precisamente la postura que mantengo de no considerar la obligación de restituir como un efecto de la colación propia, sino una obligación que se puede imponer en el testamento, significa que la tesis de Vallet recupera su sentido, según se deduce de las propias palabras de Lacruz, pues el beneficiario de esta colación impropia recibe el exceso a título de legado más que a título de herencia.

Es preciso considerar para comprender adecuadamente lo anterior que el modo de aceptación condiciona la responsabilidad del heredero frente a los legatarios. Es opinión casi unánime que la aceptación pura y simple de la herencia tiene como efecto la responsabilidad *ultra vires* también en cuanto a los legados (85). Vallet opina, en contra de esta doctrina, que la responsabilidad *ultra vires* por legados es consecuencia de una presunción de fraude (ocultación de bienes), pero presunción *iuris tantum* (86). En cualquier caso probablemente la dificultad de probar que no hubo fraude

---

También se podría objetar que en el caso de la Sentencia comentada el legado no es de cosa determinada, lo cual según la doctrina es requisito para el legado que estamos considerando. La objeción me parece que tiene poco peso.

(84) «Derecho de Sucesiones. Parte general», Barcelona, 1961, p. 586.

(85) Así: Lacruz, «Elementos», p. 110; Albaladejo, «Curso», p. 116; De la Cámara, «Compendio», p. 110; Peña y Bernaldo de Quirós, «La herencia y las deudas del causante», Madrid, 1967, pp. 161 y ss.; Pérez Sauquillo, «Responsabilidad del heredero respecto a los legados», *AAMN*, VI, 1952, p. 242. En contra se muestra Roca Sastre, «Notas», p. 412.

(86) «Panorama», II, pp. 502 y ss.

hace que las consecuencias prácticas puedan ser parecidas a las que se seguirían de inclinarse por la opinión común. En definitiva, cuando el heredero acepta a beneficio de inventario no está obligado a entregar legados más allá de las fuerzas de su cuota: por eso no puede estar obligado a restituir el exceso sobre su cuota.

La Sentencia no hace referencia a la forma de aceptación. Es posible que la herencia fuera aceptada pura y simplemente. Desde luego no sería una vía de solución correcta la apuntada por la Sentencia de que lo recibido por donaciones colacionables tiene carácter hereditario: «en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias» dice literalmente el quinto Fundamento de Derecho. Esta conclusión es inaceptable pero impediría que se planteara el problema: si se admite que lo recibido por donación tiene carácter hereditario (como parece que dice la Sentencia), cuando se aceptara a beneficio de inventario también se debería restituir al exceso, puesto que siempre se podría responder con la cuota «hereditaria» (cuota hereditaria que estaría formada exclusivamente por bienes no hereditarios) (87). En cualquier caso, privados de los datos de hecho necesarios, carece de interés seguir profundizando en la cuestión.

Pienso que la consideración de este tipo de razones, de orden práctico, puede haber pesado en el ánimo del Tribunal Supremo al dictar su Sentencia.

---

(87) La doctrina también rechaza que lo recibido por donación, aunque esté sujeta a colación, tenga carácter hereditario. Así, por ejemplo: Gítrama González, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo XIV, volumen 1.º, Madrid, 1989, pp. 393 y ss.; Vallet, «Panorama», II, pp. 806 y ss.; De los Mozos, *op. cit.*, pp. 310 y ss.; Lacruz, «Derecho de Sucesiones», I, pp. 296 y ss. Sin embargo, todos estos autores, con la excepción de Vallet, al afirmar esto están pensando en algo muy distinto a lo que consideramos aquí: lo que pretenden es evitar que los acreedores puedan dirigirse para cobrar sus créditos contra los bienes donados y colacionados, cuando el heredero ha aceptado a beneficio de inventario. Podría argumentarse, en favor de la solución de la Sentencia, que el caso no es similar y que pudiera haber datos que aconsejaran dar una solución diferente. En concreto: como primer argumento podría sostenerse que si el testador emplea el término colación parece que se está queriendo remitir a las normas de esta figura, entre las cuales está el art. 1036, que si bien permite evitar la colación repudiando la herencia, no hace referencia a la posibilidad de lograr el mismo efecto aceptando a beneficio de inventario. Contra esto se puede decir que esta norma está pensando en los supuestos de colación legal, y no en efectos que se introduzcan por disposición expresa del causante, y que sean distintos de los legales.

Como segundo argumento en favor de la Sentencia, podría alegarse que la razón de que los acreedores no puedan dirigirse contra los bienes colacionados es que no tienen derecho a considerar dentro de la cuota de su deudor (heredero) lo recibido por estos a título de donación; pero en el caso de la Sentencia se trata de un «acreedor» que es sujeto de la colación, y cuyo crédito nace precisamente de realizar las operaciones de ésta.

A pesar de todo ello, la especial naturaleza de la colación voluntaria o impropia que estoy estudiando dificulta la admisión de la anterior argumentación, pues aunque la colación legal supone que la formación de las cuotas entre los colacionantes se realiza teniendo en cuenta las donaciones, y aunque se admitiera que entre los colacionan-

cia, aunque es de destacar que no utiliza en ningún momento argumentaciones del tenor de las expuestas anteriormente; parece más bien que el Tribunal Supremo entiende que en la colación legal y típica los efectos se extienden incluso al exceso sobre la cuota. La pregunta que conviene hacerse aquí es si el Tribunal Supremo habría decidido en el mismo sentido en que lo hizo si no hubiera habido cláusula expresa de colación, y una voluntad de que la totalidad del tercio libre correspondiera a la viuda y de evitar los posibles conflictos derivados del usufructo. Esta es la pregunta más importante, pues su respuesta permitiría saber si se interpreta que en el caso de la Sentencia los efectos que se producen derivan de la voluntad del causante, o de la ley (aunque fuera en el caso de la colación una ley que pretende recoger una voluntad típica).

En último término me parece necesario destacar que la solución dada por el Tribunal Supremo, atendidas las circunstancias del caso puede estimarse justa, y conforme con la presumible voluntad del testador.

Para terminar este epígrafe creo que es útil señalar brevemente los diversos supuestos prácticos que se pueden plantear de exceso sobre la cuota. En el caso del cónyuge viudo, la posibilidad de adjudicación compensatoria con el alcance restitutorio estudiado se puede plantear en supuestos en los cuales el cónyuge sea legatario de una cuota que no puede recibir por estar ya distribuida mediante donaciones a los otros legitimarios, o bien cuando sea heredero. En el supuesto de los demás legitimarios el tema se planteará en los mismos casos. Respecto de estos últimos hay que tener en cuenta que se pueden presentar casos de exceso sobre la cuota que constituyan supuestos de inoficiosidad que se regirán por sus normas propias (88).

## F) Modo de realizar la adjudicación compensatoria

Otro de los temas que plantea la Sentencia es el relativo al modo de realizar la adjudicación compensatoria en este caso de exceso sobre la cuota. Dos soluciones podrían darse al problema: la adjudicación compensatoria ha de hacerse aportando los mismos bienes donados, o bien ha de

---

tes normales dichas donaciones tienen carácter hereditario; esto no significaría necesariamente que en el caso de una colación voluntaria que establezca efectos no previstos en la ley (como es el caso) se pueda sostener lo mismo, pues en este caso esta afirmación tiene una consecuencia muy diferente. En concreto esta diferencia sería que las donaciones queden sujetas relativamente (sólo frente a los beneficiarios de la colación) a un sistema de responsabilidad diferente al configurado legalmente. En conclusión, si bien el testador puede imponer el efecto restitutorio que aparece en el caso estudiado, no me parece que esto modifique un postulado esencial del sistema de sucesión *mortis causa*, como es que el heredero aceptante a beneficio de inventario no puede ver agregado a sus bienes propios por los acreedores de la herencia.

(88) Real Pérez, sin embargo, piensa que quizá en estos casos sean de aplicación las normas de la colación con preferencia a las de la reducción de donaciones inoficiosas, vid. «Intangibilidad», *cit.*, pp. 131 y ss.

realizarse mediante entrega del exceso en metálico. Es esta segunda solución la que se conjuga mejor con la forma de actuar de la colación en nuestro ordenamiento como se establece en el artículo 1045 (89). La Sentencia señala siguiendo esta línea que la adjudicación compensatoria constituye una deuda de valor, afirmación hecha ya por Vallet (90), por tanto, no se trata de una restitución *in natura* como puede ser la derivada de la reducción de donaciones inoficiosas (91), lo que supone también que no estamos ante una pérdida de eficacia de la donación como señalaba algún autor (92). Por eso establece la Sentencia del Tribunal Supremo, anulando en esto la de instancia, que la devolución no ha de hacerse con los mismos bienes donados y que, por tanto, no procede la cancelación de los asientos registrales practicados. Todas estas conclusiones derivan lógicamente de que el Tribunal Supremo considera que está ante un caso de colación legal. En cambio hemos concluido anteriormente que el efecto restitutorio no era consecuencia de la ley sino de la voluntad del testador. Esto impone indagar si la solución de la colación típica y legal es aplicable a este caso.

En principio parece que sólo si el testador dispone una solución diferente hay que modificar la regla general de la ley. Sin embargo, dada la analogía del supuesto práctico con el regulado en el artículo 863 cabe dudar si no sería preferible la solución establecida en éste: es decir, entrega del exceso *in natura* o en dinero a la libre elección del gravado (93).

Por otro lado, la Sentencia puede salir al paso de una posición recientemente sostenida (94), según la cual la reducción de una donación inoficiosa

(89) Vid. Núñez Lagos, «La colación: historia y crítica de los problemas de valoración», *RGLJ*, 1946, p. 726, y en el mismo sentido cualquiera de las obras sobre la colación y los manuales de Derecho sucesorio citados anteriormente. Todos, con la excepción de Morell que ya vimos, coinciden en afirmar que la colación en nuestro derecho se produce por imputación y no mediante aportación a la masa de las mismas cosas donadas.

(90) Vid. últimamente, «Panorama», II, p. 808.

(91) Así, por ejemplo, Lacruz, «Elementos», *cit.*, pp. 540 y ss.

(92) Así parecía considerarlo Calderón Neira, *op. cit.*, pp. 126 y ss., el planteamiento es aceptado por Vallet («Estudios», *cit.*, pp. 532 y 540), que piensa que la adjudicación compensatoria estudiada repercute sobre la estructura de la donación, esta postura resulta sorprendente dentro de la tesis de Vallet, puesto que él sostiene que a lo único que obliga la colación en este caso es a la atribución del exceso en dinero. Llega a afirmar que este efecto de la colación constituye un legado legalmente presunto de cosa propia del heredero. Si no se acepta que el efecto restitutorio derive de la ley en realidad habrá un verdadero legado si esta carga se impone en testamento, o, si la obligación fue impuesta al realizarse la donación, una donación condicional (con la condición de que se colacione) o una donación modal (con la carga de colacionar). Recientemente, Alvarez-Caperochipi, «Curso», *cit.*, p. 116, entiende que la solución del caso por esta Sentencia no es admisible porque va contra la irrevocabilidad de las donaciones, y contra el orden de reducción del art. 820 del Código Civil.

(93) Respecto de la solución de este artículo, Vallet sostiene en solitario contra toda la doctrina que el gravado no tiene la facultad que parece que este artículo establece, sino que ha de entregar normalmente el objeto legado. Vid. «Panorama», I, páginas 186 y ss.

cuando estaba sujeta a colación, no se realizaba *in natura* sino siguiendo las normas propias de la colación (atribución de metálico). Aparte de que esta opinión es dudosa, la Sentencia al separar los supuestos de colación de los de reducción de disposiciones inoficiosas creo que tiene presente la dualidad de regímenes. Lo que sucede es que la Sentencia no considera posible que en el caso se esté planteando un problema de inoficiosidad, por lo cual difícilmente se puede considerar que resuelva el problema en un sentido o en otro.

### G) Frutos e intereses

El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los intereses en la Sentencia comentada llama la atención de forma poderosa, y, a primera vista, podría parecer consecuencia de un imperdonable descuido, ya que cae en error en una materia no conflictiva en la ley ni en la doctrina. Además, la materia puede ser lo suficientemente importante en la práctica.

Se suele entender que los efectos de la colación incluyen según el artículo 1049 los frutos producidos desde la apertura de la sucesión. Bien es cierto que este artículo suscita algunas dudas por su carácter incompleto pero en lo anterior no cabe ninguna duda (95). Sin embargo, la Sentencia condena a satisfacer los intereses desde la interposición de la demanda utilizando así la solución establecida para la reducción de donaciones en los artículos 654 y 651, según la interpretación común (96).

La crítica anterior si bien es válida en el plano de la teoría, quizá en el supuesto práctico no lo sea tanto. En efecto, hay que tener en cuenta que en los términos del recurso de casación influyen poderosamente las declaraciones del Juez de Instancia en el sentido de tratarse de un supuesto de inoficiosidad. Los recurrentes articulan su recurso en base a considerar el supuesto como de inoficiosidad, por eso el tema de los intereses no se plantea, cuanto más que el recurso no se interpone por la viuda, que era la que podía estar interesada en que se le pagaran los intereses según las reglas de la colación. Por eso al pronunciamiento sobre los intereses no se le debe dar mayor relevancia que la que tiene: ser reflejo de la inadecuada decisión de la Sentencia de instancia, y de la concreta forma de presentar el recurso, motivada o no por dicha confusión judicial. Probablemente, si la viuda hubiera intentado por vía del recurso conseguir una modificación de la condena en intereses, lo hubiera conseguido, por ser la materia como dije pacífica en la doctrina.

Una vez sentado lo anterior parece que tiene poco sentido discutir sobre la decisión del Tribunal Supremo por cuanto la decisión está forzada por el planteamiento procesal del problema y no puede utilizarse para extraer

---

(94) Real Pérez, «Usufructo universal del cónyuge viudo», Madrid, 1988, p. 494, vid. también nota 88, con referencia a otra obra de la misma autora.

(95) Vid. Lacruz, «Elementos», p. 195; De los Mozos, *op. cit.*, p. 293.

(96) Vid. Lacruz, «Elementos», p. 539; Vallet, «Panorama», I, p. 668.

mayores consecuencias. De todas formas, algo se puede decir. En primer lugar, si la colación deriva de la voluntad del testador solamente, es lógico pensar que también en este punto serían de preferente aplicación las reglas que hubiera establecido el testador (lo que está de acuerdo con la norma del artículo 884). En segundo lugar, si la disposición testamentaria es sustancialmente un legado podría sostenerse que la solución en cuanto a los frutos e intereses, si el testador nada dispuso, debe fundarse en las normas del Código referidas a los legados. En concreto, me parece que se trataría de interpretar y aplicar el artículo 884, que precisamente no deja claro qué ocurre cuando el testador nada dispone sobre el particular (97).

---

(97) Para esto, ver Albaladejo, «Comentarios», tomo XII. 1.º, pp. 305 y ss.