

Apuntes de Derecho Sucesorio

III

Atribución de la legítima por actos intervivos (continuación)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

§ 5.º *Computación del caudal, legítima, tercio y quinto después de las leyes de Toro, a través de la doctrina de los autores castellanos.*

Para calar hondo en el problema que vamos a estudiar, debemos situarnos dentro del régimen sucesorio legal castellano cristalizado en las leyes de Toro y captar la interpretación de las mismas, elaborada por los juristas del siglo de oro español.

En la primera parte de estos Apuntes (165) observamos cómo los principios germánicos de Derecho sucesorio, que imperaron en la Alta Edad Media, fueron mezclándose con conceptos romanos, que poco a poco invadieron el Derecho autóctono. Apuntamos, también, la constante labor de los juristas clásicos que configuraron una materia inicialmente germánica con moldes y aleaciones romanos. En la construcción guardaron las proporciones góticas, pero la realizaron con técnica y conceptos romanos.

No debemos olvidar esa realidad histórica si queremos llegar a comprender a los comentaristas de las leyes de Toro. Lo mismo que aplicaron la doctrina romana de la preterición, de la desheredación injusta y de la acción de suplemento de legítima y a las mejoras el concepto romano del prelegado de cuota o de cosa cierta, encajaron en los preceptos del Derecho real los conceptos de colación e imputación elaborados por el Derecho común.

Pero estos conceptos romanos también debieron amoldarse a las proporciones góticas. No se trataba de la imputación a una legítima corta, ni de colacionar a una masa hereditaria que en su mayor parte fuera de libre disposición del causante.

La colación debía llevarse a una masa íntegramente legítima-

ria que abarcaba toda la herencia, excepto el quinto—si el causante hubiera dispuesto de dicha cuota a favores de extraños o de alguno de los descendientes— y el tercio, respecto los descendientes—si el testador hubiese mejorado a alguno de ellos (166)—. De este modo, al no ser la legítima una cuota fija, directamente predeterminada, sino el núcleo restante de una masa de la que sólo se podían detraer cuotas cuantitativamente determinadas—quinto y tercio—, los problemas de computación e imputación quedaban centrados en el cálculo de tercio y quinto, es decir, en el polo jurídico opuesto de la masa hereditaria. La legítima, más que directamente por división de la masa por el módulo legitímario, se determinó indirectamente, por sustracción a la masa del quinto y el tercio previamente calculados.

Hechas estas salvedades vamos a entrar en materia y a examinar, una a una, las siguientes cuestiones: computación del caudal a efectos del cálculo de las legítimas y para cómputo del tercio y el quinto; imputación a la legítima, tercio y quinto; distinción conceptual entre imputación y colación; y la colación, su concepto y objeto.

Comenzaremos por estudiar la *computación de la legítima, del tercio y del quinto*.

Hemos visto que, en Derecho romano, la querrela por inoficiosidad de donaciones o dotes amplió el ámbito de la masa-base computable para el cálculo de la legítima, comprendiendo en ella, además del *relictum*, lo *donatum*.

Antonio Gómez (167) aplicó esta doctrina, de modo que «habitu ad tempus mortis, computando bona quae erant tempore donationis, ut fiat eorum unus cumulus; et habebit donatio in quinto bonorum si fuit facta extraneo: vel in tercio et quinto et legitima si fuit facta filio vel descendenti: et residuum erit legitima aliorum». La razón es «quiae alias si ita non fieret cumulus et computatio, semper possent parentes defraudare filios in vita, si tantum ex bonis quae habet tempore mortis deberetur».

No obstante, el Derecho real plantea importantes dudas y cuestiones. En las leyes de Toro, la ley 25, en relación con las leyes 19 y 23, ofrece serias dudas acerca de la computación de las mejoras de tercio y quinto. La ley 28 quiere aclarar la unicidad del quinto. Y, a través de la ley 17, queda flotando la

(166) Como expresó Palacios Ruvios («Repetitio rubricae et capituli per vestras, de donationibus inter virum et uxorem»—Lyon 1538—, tercera numeración, § 22 «In constituendam tamen dote», núm. 11, fol. 153, col. 3), «hodie omnia bona patris sunt legitima filiorum excepta quinta parte quam poterit cui voluerit donare... excepta etiam tertia parte residui quam uni ex filii potuit prelagare». O, según el tenor de Juan Gutiérrez (*Practicarum Questionum Leges Regias Hispaniae Primae partis Novae Collectionis Regiae*, Salmanticae 1589, Lib. II, Quaest. LXII, núm. 1, pág. 139), «attento iure nostro regio omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto tercio, de quo inter eosdem liberos possunt disponere, et quinto de quo etiam inter extraneos».

(167) *Ad leges Tauri*..., t. XXIX, núm. 35, pág. 101.

ley 214 del Stilo con la cuestión de la prioridad en la deducción del tercio o del quinto.

Una a una vamos a hacer eco de esas cuestiones:

A) *Interpretación de la ley 25 de Toro*: ¿Qué se computa para calcular quinto y tercio de mejora?—La ley 25 de Toro, disponía que: «El tercio y quinto de mejora fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones *proter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos e descendientes traxeren a colación o partición».

Dos cuestiones básicas conviene distinguir para la interpretación de esta ley.

Una: la palabra *saque* («no se saque») ¿se emplea en el sentido de *extraer*, o bien, significando *calcular*? (168).

Es decir, ¿se refiere a la *masa de cálculo* del montante de la mejora, o únicamente a la *masa de extracción* de los bienes con que ha de satisfacerse la mejora?

Otra: la disposición de esta ley, ¿ordena con criterio imperativo el modo de fijar el importe de la mejora o contiene simplemente una norma declarativa supletoria de la voluntad del testador cuando éste no la hubiese expresado claramente?: es decir, ¿contiene una norma coactiva o simplemente interpretativa?

Se trata de dos cuestiones distintas. Pero hay muchos autores que no las separan ni las distinguen. Otros, solamnte, plantean una de las dos y soslayan la otra. Por esta razón y por no ser raro que desde el punto de vista propio discutan unos autores las opiniones de los demás fundadas en presupuestos diferentes, resulta difícil la labor de síntesis y orientación que queremos realizar.

No obstante, la intentaremos. Al efecto, vamos a agrupar en torno a tres posiciones básicas las diversas opiniones de los clásicos castellanos.

Clasificación necesaria, aunque simplista como todas las clasificaciones elementales, sobre todo cuando, como aquí ocurre, se catalogan autores que no se plantearon la cuestión en su totalidad, sino únicamente problemas específicos y concretos.

a) Entre los primeros comentaristas de las leyes de Toro, vemos que Cifuentes (169), Palacios Ruvios (170) y Diego Cas-

(168) El verbo castellano *sacar* (por la palabra *saque* de la ley 25 de Toro), los autores lo traducen al latín por los verbos *subducere*, *deducere* y *extrahere*, cuyo significado oscila desde *calcular* a *extraer*, atribuyéndose, a veces, a éste, un significado puramente contable y otras una efectividad física, material.

(169) Ley XXV, núm. 1, según cita de ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tori...*

(170) «Repetitio cap. Per vestras...», cit., tercera numeración, § 23, núm. 3, fol. 154, ed. 2.ª, y *Glossemata...*, lex XXV, gl. 1, pág. 598: «...quia non reperiantur in eis patrimonio tempore mortis, ut requiritur leges 10 et 23...».

tillo (171), sin perjuicio de esgrimir otros argumentos (172), apoyan principalmente su tesis, en la opinión de que conforme las leyes 19 y 23 de Toro la mejora se ha de deducir y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tenga a la hora de la muerte. Reza la ley 19, como fijando un límite, «con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valuere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte». Y la segunda, hablando de la «mejoría del tercio de sus bienes», advierte que «la tal mejoría haya consideración a lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte». De ese modo la ley 25 sería solamente un corolario de aquellas otras, que disiparía toda duda acerca de si debía entenderse que las donaciones colacionadas formaban parte del caudal hereditario a efectos de calcular el quinto y tercio de mejora.

Tercio y quinto se deducirían, por tanto, del caudal relicto exclusivamente. *No se saquen*, según esta tesis, significaría no sólo «*no se extraigan*» (en sentido factico) sino también «*no se calculen*», es decir, se referiría tanto a la *masa de extracción* como a la *masa de cálculo* de las mejoras. Entendido esto así, se limitaba el concepto jurídico de tercio y quinto al calculado con relación exclusivamente al caudal relicto.

Antonio Gómez (173) y el jesuita Luis de Molina (174) dis-

(171) «Las leyes de Toro glosadas». Utilis et aurea glosa domini Didaci Castelli (Methynnae Campi, 1553). lex XXVI, núm. 1, fol. 118 vto.: «quod melioratio de tertio et quinto extrahitur solum modo de his bonis, quae testator habebat tempore obitus sui, l. 19 et 22...: sed dos et donatio propter nuptias sunt penes filios tempore mortis parentum, et trahuntur ad collationem post mortem illorum, igitur cum non sint in bonis parentum tempore mortis, non defalcatur per donationem factam de tertio et quinto».

(172) Así, PALACIOS RUVIOS (*Gloss...*, lex XXV, gloss. I, pág. 598) emplea otro argumento, que se refiere a la interpretación de *sacar* por *extraer* mas que por *calcular*: «Ratio huius fuit, quia una donatio non defalcatur per aliam.» DIEGO CASTILLO (loc. cit.) repite este argumento y añade que las dotes y donaciones son del donatario y no del causante (argumento que justifica mejor la tercera tesis que referimos, es decir, la interpretativa de la voluntad del causante) y que las dotes y donaciones *propter nuptias* son privilegiadas respecto las otras donaciones (argumento que encaja mejor referido a la tesis que hace equivalente *sacar* y *extraher* materialmente).

(173) *Ad leges Tauri...*, lex XXV, núm. 1 (pág. 172): «... quia melioratio respuit tantum bona quae pater vel mater habe: et possidet tempore mortis, ut cui l. 19 et 23 supra eo: Ergo non possit detrahi de praedicta dote et donatione in collationem adducta, cum tempore mortis non fuerunt patris vel matris, de cuius successione tractatur, sed filii vel filiae conferentis...» Declaración que debe entenderse limitada a las disposiciones mortis causa, atendiendo a lo que el propio ANTONIO GÓMEZ dice en la ley XXIX, núm. 35 (pág. 191), antes transcrito—*ahabitu respectu ad tempus mortis, computando bona quae erant tempore donationis, ut fiat eorum unus cumulus*—, que debe aplicarse para juzgar la oficiosidad de las donaciones inter vivos (así interpreta a Gómez el jesuita Luis de Molina).

(174) LUDOVICUS MOLINA: *De Iustitia*, Tract. II, Disp. 236 (Conchae, 1593): «tertium et quintum in Castella, ut de eis tempore mortis disponere testator possit, intelligenda sunt de solis bonis quae habuerit tempore mortis, exclusis quae in dotes, aut alia deberat in vita» (1.463 C.); «tertium et quintum

tinguían según el tercio y el quinto en cuestión fueran el módulo de las disposiciones mortis causa o de las disposiciones inter vivos. En el primer supuesto los calculaban respecto del caudal relicto únicamente; en el segundo de la acumulación de *relictum* y *donatum* (175).

Un ejemplo, que ofrece Palacios Ruvios (176), contribuirá a aclararnos su posición. Un padre con tres hijos tenía una fortuna de 100. Dotó a su hija con 20. Mejoró a otro hijo con tercio y quinto. E instituyó herederos a los tres por partes iguales.

Palacios Ruvios lo solucionó así: De los 100 se descuentan los 20 dados en dote. Del resto, es decir, de 80 se deduce el quinto y el tercio, que, por tanto, se fijan en 38. El resto, es de 42, se colacionan los 20 de la dote colacionable y la suma se divide entre los tres hijos, tocando así a 21 cada uno.

A este cálculo, opone Tello Fernández (177) otro ejemplo. Pero antes advierte que si las leyes 19 y 23 de Toro se interpretan como pretenden los comentaristas antes citados, la doctrina que estos deducen de la ley 25 debería aplicarse no sólo a las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino también a cualquier donación (178). Un padre tiene 130, dona 10 a un hijo, mejora a otro en el tercio y quinto, y fallece dejando 120. Si tercio y quinto se deducen de 120, resulta que se grava a los legitimarios en más del tercio y del quinto: $56 \div 10$. Si los 10 donados en vida por el padre se descontasen de los 56 de mejora, recibiendo sólo 46 el mejorado en tercio y quinto, resultará que ni 46 es el tercio y quinto de los 120 dejados por el causante a la hora de la muerte, ni 56 lo es de 130.

Las leyes 19 y 23 de Toro, respecto las mejoras, en realidad no decían más que la ley *Cum quaritur*, del *Codex*, título *inoff. testamenti*. (III-XVIII-6), respecto a la legítima romana, cuando disponía que, «si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur». Sin embargo la doctrina de la inoficiosidad de las donaciones implicó la acumulación del *donatum* al *relictum* (179).

ad iudicandum, an quod in vita datum est filiabus et filiis, inofficiosum sit alijs, legitimis illorum contingens, deducitur ex toto bonorum defuncti acervo. adductis datis in vita» (1.464, D.).

(175) ANTONIO GÓMEZ (loc. ult. cit.) apoya su opinión respecto el cómputo de la mejora mortis causa, además que en las citadas leyes 19 y 23 de Toro, en que la «ratio fundamentalis decidendi est, quia postquam pater vel mater dotavit vel donavit, iam exit de patrimonio eius, et adquisitum fuit filio vel filiae recipienti: unde si postea alteri moliorationem facit, videtur de residuis bonis tantum meliorare» (argumento que encaja mejor a la tesis interpretativa de la voluntad del mejorante). El jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. cit., 1.463, C.) insiste en esta misma razón.

(176) *Glossemata*..., lex XXV, glos. XIV y XV, pág. 600.

(177) *Prima pars commentariorum in constitutiones taurinas* (Granatae, 1566), Lex 25.ª, núm. 4, fol. 197 vto.

(178) Op. y lex cits., núm. 1, fol. 195.

(179) Ver RODRIGO SUÁREZ, op. cit. *Declaratio legis regni*, § últ., núm. 26 (pag. 571).

Cierto, como se ha repetido, que en Derecho castellano la legítima no es una cuota fija, sino toda la herencia deducidos tercio y quinto de los bienes dejados por el testador a su fallecimiento.

Pero Ayerbe de Ayora (180) observa si el padre pudo satisfacer en vida íntegramente la legítima a sus hijos, resultaría anómalo que estos mismos hijos tuvieran derecho a una segunda legítima respecto los bienes que restaren al causante a su fallecimiento, y además sería de peor condición el padre que en vida dió a sus hijos sus legítimas, que el que no las dió hasta la muerte.

Por eso, Tello Fernández (181) afirmó que la referencia de las leyes 19 y 23 de Toro al montante de los bienes del causante al tiempo de su muerte, «intelligi debet, nisi bona exirent a patri-monio patris titulo donationis, hoc enim casu de illis extrahenda est melioratio, ne alias defraudetur melioratus».

El verdadero sentido de la referencia de las leyes 19 y 23, al montante de los bienes del causante a su fallecimiento, lo precisa Juan Gutiérrez (182). No disponían que la mejora solamente se determinase en relación a los bienes que el causante dejó a su fallecimiento, sino que fuera a dicho momento al que se atendiera para fijar el valor de los bienes del causante: «dict. l. 19 et 23, et 29, non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quae defunctus reliquit tempore suae mortis, sed quod valor honorum defuncti ad extrahendum tertium et quintum attendendus sit tempore mortis testatoris: quod diversum est».

La tesis de Palacios Ruvios, Cifuentes y Diego Castillo fué sostenida cronológicamente más tarde por Castillo de Sotomayor (183), pero éste aceptó, como excepción, que en el supuesto de que la mejora fuese hecha entre vivos en forma irrevocable pudiera sacarse de las dotes y donaciones posteriores en virtud de lo dispuesto en la ley 17 de Toro (184).

b) La tesis opuesta, es decir, la que no entiende el verbo sacar de la ley 25 por *deducir* o *calcular*, sino simplemente por *detraer* o *extraer* materialmente, fué especialmente defendida por Tello Fernández y Ayerbe de Ayora. Según estos autores la palabra sacar no se referiría a la *masa de cálculo* sino a la *masa de extracción efectiva* de las mejoras.

Tello Fernández opinó que en Derecho real todas las dona-

(180) ANTONIO AYERBE DE AYORA: *Tractatus de Partitionibus bonorum...* (Editio Novissima, Valentia, 1766)—la primera edición de esta obra fué publicada en Granada, 1586—, Pars. II, Quaest. III, núm. 45 (págs. 141 y s.).

(181) Op. cit., lex 25.º, núm. 3, fol. 196 vto.

(182) Op. cit., Lib. II, Quaest. LXII, núm. 1, in fine, pág. 140.

(183) JUAN DEL CASTILLO DE SOTOMAYOR: *Quotidianorum controversiarum juris* (Nonae Editio-Colloniae Allobrogum, 1753), Lib. IV, *Conjecturis et interpretatione ultimarum voluntatum*, cap. XV, núms. 39 y 48 (págs. 126 y 129 y sig.).

(184) Op. y locs. cit., núm. 47 (pág. 128).

ciones se acumulaban a los bienes relictos, conforme se hacía en Derecho común, para calcular del conjunto así la legítima como el tercio y el quinto. V. gr., en el ejemplo que antes hemos referido, respecto de la suma de los 120 de haber relictos más los 10 donados por el causante, es decir, del total de 130, se debía calcular el tercio y quinto, en conjunto 60 (*y pico*), de los que se detraían los 10 de la donación, quedando 50 para el mejorado (185).

La ley 25 —según él— al disponer que no se saquen el tercio y el quinto de mejora de las dotes y demás donaciones que se colacionen, no pretendió sino defender las dotes y donaciones *propter nuptias* de toda reducción por razón de las mejoras que el propio causante ordenara. A su juicio, la *ratio* de la ley 25, estribaba en que las dotes y demás donaciones colacionables se imputaban en la legítima, a la que no podían menguar las mejoras de tercio y quinto (186). Pero, si las dotes y donaciones *propter nuptias* excedían de la legítima, la ley 25 no se aplicaba al exceso en el cual el donatario se entendía mejorado, conforme a la ley 29, ya que tratándose de la colisión de dos mejoras el supuesto estaría fuera de la *ratio* que atribuye a la ley (187). A la reducción de las sucesivas donaciones computables en la mejora, y por tanto con respecto al exceso sobre la legítima de las dotes y donaciones *propter nuptias*, aplica la doctrina común, de que una donación irrevocable no puede disminuirse por otra posterior, pues ello equivaldría a su revocación en parte (188).

Ayerbe de Ayora (189) también entiende equivalente el término *sacar*—de la ley 25— a *extraer materialmente*, y separa del sentido

(185) Op. y lex cit., núm. 4, fol. 198.

(186) Núm. 1 (fol. 195): «Ideo verus intellectus et ratio nostra legis est, quod ista lex loquitur tantum in donationibus quae in legitimam imputantur, ad quas parentes necessario tenebantur. Et sic de his donationibus quae trahuntur ad imputationem vel divisionem, in quibus nulla adest donatio quae veniat computanda in tertio vel quinto, ex eis non extrahitur tertium nec quintum.»

(187) Núm. 1 (fol. 195 vo.): «Ergo lex nostra tantum loquitur quatenus donati imputatur in legitimam, et est aequalis legitimae, vel minor, in exesu vero non loquitur.»

(188) Op. y loc. cit., núms. 2 y 3, fol. 196 y s.

(189) Op. cit., Pars. II, Quaest. III, núms. 5 y 6 (págs. 142 y 143). Previamente (núm. 4, págs. 140 y sig.), plantea el siguiente ejemplo: un padre tiene cuatro hijos y un caudal de 1.500.000 maravedises. En dotes o donaciones *propter nuptias* satisfizo a cada uno de ellos 200.000 maravedises, en conjunto 800.000, quedándose 700.000 que constituían el tercio (400.000) y el quinto (300.000) de sus bienes (es decir, de los 1.500.000 maravedises). Este resto lo dejó a uno solo de los hijos como mejora del tercio y del quinto. Los otros hermanos sostenían que la mejora del tercio y del quinto solamente podía deducirse de los 700.000 maravedises que habían quedado al padre al tiempo de su muerte, de modo que la mejora sólo debía valer en el tercio y quinto de dichos 700.000 maravedises. El mejorado, en cambio, sostuvo que la mejora pudo valer íntegramente en dichos 700.000 maravedises, porque los hermanos ya estaban pagados en su legítima.

Ver también Pars. IV, *Exemplum III* (pág. 334), donde claramente distingue entre «que no se saquen» y que «se dexen de juntar».

de aquél toda significación contable. Así dice, que: «podrá el padre disponer de todo el tercio, y quinto de todos sus bienes, juntando las dotes y donaciones *propter nuptias*, y haciendo todo un cuerpo, no para sacar la mejora que hiciere de las dotes, y donaciones *propter nuptias*; sino podrá disponer entre extraños de su quinto, o por su ánima, y del tercio entre sus hijos. Pero tanto menos podrá disponer del tercio el padre, quanto tuviere dado demás de sus legítimas a sus hijos varones, porque aquello se entiende ser mejora hecha primero al otro hijo a quien hizo la donación *propter nuptias*, dándole más de lo que le cabe de su legítima; y por el contrario, si uviesse dado a sus hijos en donaciones *propter nuptias*, no todo lo que les pertenecía de los bienes del padre, porque no les dió su legítima enteramente de los bienes que entonces tenía, o porque después adquirió más bienes: en tal caso trayendo a colación lo recibido y supliéndoles de los bienes que dexó el padre al tiempo de su muerte lo que les falta de sus legítimas haciendo todo un cuerpo, de todo ello podrá el padre disponer del quinto entre extraños; y del tercio entre sus hijos y descendientes conforme a derecho, y no solamente de los bienes que tiene, y le habían quedado quando murió, como no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias*, como conste de su voluntad que quiere mejorar en lo que puede a uno de sus hijos».

No obstante, Ayerbe de Ayora (190) hizo una concesión a la tesis interpretativa de la voluntad del causante, a cuyo efecto distinguió:

1. Si el padre en su testamento, o escritura de mejora, dijo que mejoraba a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes que tenía y poseía de presente, en cuyo caso la mejora no se extenderá más que a los bienes que tuviera de presente—*non ex defectu potestatis, sed voluntatis*—«porque el mismo se limitó, y no dixo más en la mejora que hizo, ni se extendió a más de los bienes que tenía, y estos bienes no se entienden de lo que tenía enajenado, y dado en dotes, y donaciones *propter nuptias*».

2. Si el padre dijese que mejoraba al hijo en el tercio y quinto de todo aquello en que podía mejorarle de derecho, o en todo aquello a que ascendieran sus bienes, o simplemente dijera que mejoraba a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes. En estos casos, creyó sin sombra de duda «que pudo el padre mejorarle en todo el tercio y quinto de todos los bienes, ansi de los que al presente tiene, como de los que tenía al tiempo que dió las dotes y donaciones...»

Acevedo (191) señala, a la ley 25 de Toro, la misma *ratio* que

(190) Op. pars. y quaest. cits., núm. 4, vers. *in quo puto*, y núm. 5 (pág. 142 intine y 145, col. 1), y núm. 7 (pág. 143 in fine y sig.).

(191) ALPHONSO DE AZEVEDO: *Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Tomus Tertius (Lugduni, 1737), Lib. V. tit. VI, in legem nonam (25 Taur.) núm. 8 (pág. 183): «dotis datio vel donatio propter nuptias in legitimam imputatur ex text. ni l. 29 Tauri... nimirum si ex eis non detrahatur melioratio tertii et quinti, et hac est vera ratio decidendi ad l. nostram

Tello. Porque las dotes y las donaciones *propter nuptias* se imputan a la legítima no se detraen de ellas las mejoras de tercio y quinto. Más, para calcular éstas, cree igualmente que deben acumularse verbalmente incluso las donaciones irrevocables previamente hechas, aunque al ser también éstas imputadas en el tercio o en el quinto no quede al mejorado en tales cuotas sino el residuo de las mismas (192). En cambio, discrepa de Tello, al sostener que en ningún caso deben extraerse las mejoras de tercio y quinto de las dotes y donaciones *propter nuptias*, aunque sean aquéllas posteriores, y éstas excedan de la legítima estricta de la dotada o del donatario (193).

c) En una tercera posición podemos agrupar a aquellos autores, como Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez o Velázquez de Avendaño, que a la disposición de la ley 25 de Toro, en cuanto se refiere a su aspecto de ordenación contable, no la colocan en el ámbito de la potestad del causante sino que la sitúa en el terreno de su presunta voluntad.

Todos ellos admiten, como los del grupo primero, que la afirmación *no se saquen*, de dicha ley, tiene un sentido contable, que afecta al cálculo del montante de la mejora, pero contrariamente estiman que no se trata de un precepto imperativo, sino interpretativo de la voluntad del mejorante.

Es decir, según esta tesis *existirían dos masas de cálculo de las mejoras*. La *masa de cálculo posible*, es decir, permitida por la ley: equivalente a quinto y tercio de la suma de *relictum* y *donatum*. Y la *masa de cálculo a la cual presume la ley que se refirió el causante, si éste expresamente no fijó otra mayor posible al ordenar una mejora de tercio y quinto o de tercio*. A esta segunda masa de cálculo, y no sólo a la masa de extracción, refieren los defensores de esta tercera tesis la disposición de la ley 25 de Toro.

Antes hemos visto también que Ayerbe de Ayora dejó paso abierto a la voluntad del causante. Pero este autor, en el supuesto de que el padre no expresase sino que *mejoraba a su hijo en el tercio de sus bienes*, aceptaba que dicha mejora debía calcularse de la suma de *relictum* y *donatum* (194). En cambio, los juristas que colocamos en este grupo afirman precisamente en el supuesto de tal disposición indeterminada, que la mejora sólo debe calcularse con

rejectionis aliis rationibus Castelli, et, Gomezii, et Pal. Rub. hic. etiamsi Matienzo».

(192) Loc. y lex citis., num. 10 (pág. 184): «computatio prioris donationis irrevocabilis est facienda, et cum bonis relictis a testatore tempore mortis verbaliter consideranda, et hac consideratione facta, extrahitur tertium et quintum, quo quidem extracto, res ipsa donata donatario est tradenda integra, et ea tradita in quod superest de tercio et quinto secundo illi meliorato est tradendum, et haec est vera computatio, nec obstat quod secundum hanc computationem, non consequitur ultimo melioratus totum tertium et quintum...».

(193) Loc. y lex citis., núms. 1 y 2 (pág. 182 y sig.): «quod dotes ac donationes modo essent tertianda neque quintanda, sive antea praecesserit melioratio tertii et quinti sive sequatur».

(194) Op. citis., Pars. II, cap. III, núm. 7 (págs. 143 y sig.).

respecto al *relictum*, aun admitiendo que el causante pudo disponer su deducción del conjunto de *relictum* y *donatum*, y que es posible presumir esa voluntad deduciéndola de las circunstancias que acompañen a la disposición de la mejora.

Rodrigo Suárez (195) aplicó a la interpretación de la ley 25 de Toro las razones siguientes: 1.^a Su analogía con los supuestos de la detracción de la Trebellianica y de la Falcidia. 2.^a La no presumibilidad de que el padre, al testar, se refiriese a bienes que ya habían salido de su patrimonio. 3.^a El hecho de que la dote forma parte del patrimonio de la hija. 4.^a y 5.^a El criterio interpretativo de varios textos del Digesto, de los títulos *De Aur. et argen.*, *De legat.* y *Ad Trebell.*

Observa que «*melioratur filius in tertia, quae respectu filiorum non est legitima, cum poterat pater unum meliorare, et alios excludere, et per consequens illum quem melioravit in tertiam, potuit meliorare in dimidia tertia*». «*Praesumendum est ergo —concluye— cum dixit, melioro in tertia parte bonorum meorum, non se retulisse, nisi ad bona, quae erant in suo patrimonio tempore mortis et sic affuit potestas faciendi, et etiam voluntas, quae coniecturarum ex dictis verbis, igitur*» (196).

Pero frente a esta regla general admitió que el testador podía disponer expresamente que dicho tercio de mejora se dedujera de todo el acervo, «tam de bonis quae ipse dimittit tempore mortis, quam etiam de dotibus ex omnibus aliis, quae ipse dederat filiis suis», pues «cuando el testador así se expresa cesan todas las razones antes dichas para no deducir las mejoras de las dotes y donaciones» (197).

Matienzo, tras de rechazar la *ratio* asignada en la ley 25 de Toro por sus primeros comentaristas, señala la que le parece más exacta. Porque la voluntad del testador no se extiende a lo ignorado e incógnito, en tanto que no le fué posible conocer o adivinar si la hija o hijo que en vida suya recibieron la dote o la donación *propter nuptias* las colacionarían a su muerte (198). Esta presunción de voluntad cesa, según esta interpretación, si la mejora es anterior a la dote o donación *propter nuptias*, por eso proclama que: «*Melioratio tertii et quinti prius facta extrahitur ex dote, vel donatione, quae confertur, quae meliorationem sequitur*» (199).

(195) Op. cit., *Declaratio legis Regni*. § 6 quaeritur. núm. 1 (pág. 548).

(196) Loc. ult. cit. (pág. 549).

(197) Núm. 2 (pág. 549). Ver en la pág. sig. b) y núm. 3 las limitaciones que señala a esta conclusión.

(198) *Comentaria Joannis Matienzo in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (Matuae Carpetanae, 1597). Lib. 5. tit. 6, Ley IX (25 Toro). Gl. I. núm. 4 (fol. 156). Pues, si bien los bienes que se colacionan «intelliguntur, est haereditaria quoad legitimam filiorum, ut circa eam exqualitas servetur: non autem censetur haereditaria ad extendendum voluntatem testatoris melioratis ut melioratio de his extrahetur bonis, quae testator ignorabat post mortem futura haereditaria, cum ad ignorata, vel incostata voluntas nunquam extendatur».

(199) Op. y lex cit., gl. III. núm. 2 (fol. 156).

Esta opinión parece confirmada por las palabras de la ley 25, Esta, como nota Juan Gutiérrez (200), habla del tercio y quinto de mejora *hecha por el testador*. Si estas palabras—dice—no son superfluas o impropias, presuponen manifiestamente que la mejora fué hecha en testamento posterior, y así la dote o donación similar precedieron a aquélla. En otro caso hubiese bastado que la ley dispusiese, omitiendo las palabras antes transcritas, que: *La mejoría de tercio y quinto no se saque de la dote*. Ciertamente que Castillo de Sotomayor (201), apurando la interpretación literal observa que la ley no dice *hecha en testamento*, sino *hecha por el testador*, lo que no prejuzga la forma ni el tiempo de la mejora.

Velázquez de Avendaño (202) concreta perfectamente el sentido interpretativo de la voluntad no determinada expresamente por el causante, al afirmar que: «Limita tamen regulam nostrae lege quando pater expressé constituit quod melioratio deduceretur ex acervo totius haereditatis vel ex omnibus praeteritis seu futuris bonis.»

La distinción hecha por Matienzo, según fuesen las mejoras anteriores o posteriores a las dotes y demás donaciones colacionables, la matizó Angulo (203) atendiendo al carácter revocable o irrevocable de tales mejoras. Tal vez este autor fué el que trató más detenidamente esta materia. Su tesis la procuraremos concretar en las siguientes proposiciones:

1) Ninguna donación irrevocable puede ser disminuída por otra donación posterior (204); en cambio, toda donación revocable debe entenderse revocada por cualquier donación posterior que resulte incompatible con ella (205). Principios que deben aplicarse

(200) Op. cit., Lib. II, Quaest. LXII (pág. 139).

(201) Op. y vol. cit., Lib. IV, Cap. XVI, núm. 47, vers. *Nec obstat*, pag. 129.

(202) LUODOVICUS VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum foelicis recordationes utilisima glosa* (Editio Nova Coloniae Allogrogum 1734 [la primera edición fué publicada en 1588], ad L. XXV, núm. 5 pág. 55). Notemos que este autor, que también estima básico el principio de la no revocabilidad de la donación anterior por las posteriores (núm. 3) y acepta como indudable que la mejora irrevocable anterior se deduce de las dotes posteriores (núm. 2), llega a admitir que el testador puede ordenar la detracción de las mejoras posteriores de las dotes anteriores, no solamente en sentido contable, sino también materialmente, siendo eficaz si el testador lo ordenó así, cuando la hija dotada opta por colacionar la dote (no si se abstiene de la herencia) o si la dote se dió con pacto de reversión (núms. 6 a 9).

(203) ANDREA ANGULO: *Commentaria ad leges Regias meliorationem*, tit. 6, lib. 5 (Madrid, 1592). Lex nona, glosas I y II (págs. 474 y ss.)

(204) Lex nona, glosa secunda, núm. 2 (pág. 479).

(205) Lex nona glossa prima, núm. 2 (págs. 474 y sig.), en relación con la lex prima, glossa quarta, núm. 14 (págs. 89 y sig.). En este comentario de la ley 17 de Toro precisa la *ratio* de su tesis: «Unde quemadmodum si quis donatio sic revocabiliter aut legato equo: donavet postea irrevocabiliter equos suos omnes induceretur revocatio prioris donatione, ex dicta ratione: oeden modo donatus revocabiliter fundus, qui non potest valere in vim tertii et quinti ex d. I. 10 infra. censebitur revocatus per posteriorem generalem meliorationem tertii et quinti, irrevocabilem, quae non potest valere generaliter nisi revocando.»

tanto a las dotes y a las demás donaciones causales como a las donaciones simples (206).

2) En el terreno del Derecho necesario, para calcular las legítimas debe sumarse al caudal relicto el importe de las donaciones simples y causales, incluso si el donatario se abstuviera de la herencia. De lo contrario, es decir, si sólo se atendiese a lo dejado por el causante a su fallecimiento, podrían ser defraudados los legitimarios y perjudicados con donaciones inoficiosas. En cambio, no es de derecho necesario la acumulación de dichas donaciones *ob causam* para calcular el tercio y el quinto, pues separadas estas donaciones del cómputo disminuyen las mejoras de tercio y quinto con el consiguiente aumento de la legítima, que califica de favorable, mientras conceptúa odiosa la mejora (207).

3) Pero el derecho necesario tampoco impide que se acumulen las dotes y donaciones causales o simples para el cálculo de tercio y quinto, puesto que con ello no se lesiona la legítima (208). «*Quod autem non laedantur ex accumulatione donatum simplicium patet ad oculum. Cum donatio simplex prior fit integraliter ex dicto tercio et quinto sic extracto solvenda, iuxta l. seg. (26 de Toro). Et sic nec ipsa minuitur iuxta hunc text, nec melioratio nocet legitimis (209). Quod autem nec legitima laedantur ex accumulatione dotium aut donationum ob causam, vel pro legitima, patet simili-*

(206) *Lex nona*, glossa secunda, núm. 3, págs. 479 in fine y 480.

(207) *Lex y gloss. ult. cit.*, núms. 8 y 18 (págs. 482 y s. y 491 y ss.). *Ver núm. 30* (pág. 499), donde concluye: «*quantum ad metiendas legitimas filiorum, omnia alienata per patrem titulo lucrativo in vita, et in morte, cummulanda sunt, cum bonis relictis tempore mortis ut filiis competat eademmet legitima, quae competavit, si donationes factae non fuissent, ut in Authen. unde si parens, Cod. de inoff. testam. Quo ad deducendum autem tertium et quintum, solum esse consideranda bona relicta tempore mortis, ut in l. 7 supra, non diminuitis, nec agregatis donationibus praecedentibus.*»

(208) *Lex y gloss. ult. cit.*, núms. 9 y 15, págs. 483 y s. y 489 y s.

(209) He ahí un ejemplo que nos ofrece Angulo en el núm. 20 (pág. 494): Un padre tiene un caudal de 400, del que 186 es tercio y quinto y 214 la legítima. Hace una donación simple e irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. Acumulada aquélla idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos siguen valiendo 186 de los que deben deducirse los 50 donados. Y si para el cálculo de dichas cuotas no se acumulan verbalmente los 50, tercio y quinto valdrán 162 y restarán 188 para las legítimas, pero al no bastar esa cantidad para satisfacer a los legitimarios se deberá añadir 26, que faltan, reduciéndose en ellos la mejora. De este modo las legítimas quedarán completadas igualmente en los 214 (= 188 + 26) y la donación simple más la mejora reducida en 26, darán 50 + (162-26) = 186, tercio y quinto íntegros.

Supongamos que la donación anterior a la mejora es de 100.

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos valdrán 186 de los cuales se deducen los 100 de la donación. Si no quiere acumularse idealmente para calcular dichas cuotas, tercio y quinto resultarán 140 y quedarán para las legítimas 160. Pero como la legítima íntegra es 214, habrá que reducir la mejora en los 54 que faltan a la legítima de modo que resultará que tercio y quinto también se llenarán totalmente con la donación y la mejora reducida: 100 + (140-54) = 186.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, correctamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo.

ter. Nam si quidem dos, aut donatio ob causam fuit collata (quia erat minor legitima et filiae intererat conferre, quia non obstante melioratione tertii et quinti posteriori sperabat commodum ex successione) etiam si ea dos immisceatur bonis pro deducendo tercio et quinto: nec ipsa recipit detrimentum, nec melioratio nocet legitimis: ex qua dos collata in partem filiae conferentis imputanda est, et sic pater disponit de tercio et quinto bonorum suorum. Quod si dos vel donatio ob causam esset ampla, et qua contenti filia, vel filius abstinerunt» (210).

4). Aun cuando la mejora posible equivaliera, como hemos visto, al tercio y quinto del conjunto de *relictum* y *donatum*, idealmente acumulados, resulta de la ley 25 de Toro, como regla general, que la mejora ordenada con posterioridad a dotes u otras donaciones precedentes no se debe calcular del importe de éstas. Razones: que al tiempo de mejorar ya habían salido aquellos bienes donados del patrimonio del causante y que la mejora dispuesta como cuota de bienes se refiere a los que pertenezcan al mejorante, no a los que ya no eran suyos, como se deduce analógicamente, referida la mejora al tiempo de presente, de la ley Si ita, del tít. *de auro et argen, lega* del Digesto (XXXIV-II, 7 [8] 211).

5) No obstante—insiste—las mejoras de tercio y quinto no sólo pueden sino que deben, calcularse acumulando dotes y donaciones en los supuestos siguientes:

α) Las irrevocables y anteriores a las dotes y donaciones; éstas deberán acumularse al caudal relicto para el cálculo de tales mejoras (212). Igualmente la donación de cosa o cantidad cierta (que conforme a la ley 25 tiene consideración de mejora) anterior

(210) En el núm. 19 (págs. 493 y s.) ofrece el siguiente ejemplo que abreviado vamos a repetir: Un padre con cuatro hijos tenía un patrimonio de 400. Tercio y quinto ascendían a 182; la legitima 214, aproximadamente. Dió 10 en dote a una hija; restaron 390. Después mejoró a un hijo en tercio y quinto. Si la mejora se deduce de todos los bienes, acumulando la dote, valdrá 186, restando 164. Cantidad suficiente para la dote y legítimas necesarias: la ley, no obstante, dispone en este caso que la mejora sea extraída sin acumular la dote. Así extraída de 390 vale 182. Disminuye en cuatro y en lo mismo aumenta la legitima. Dados 30 la mejora vale 173, disminuye en 13 y en ellos crece la legitima. Dados 60, por tanto más de la legitima necesaria: entonces, aunque la mejora posterior decrezca en la tercera y quinta parte de dichos 60, es decir, en 28, como la hija recibio más que la legitima y ella se abstuvo de la herencia: la legitima de los tres hijos restantes aumenta en 21. Dadas en dote 90, la mejora vale 145, disminuye en 41, la hija recibe 37 más que su legitima y se abstiene: la legitima de los restantes aumenta en cuatro. Dadas en dote 100, así tercio y quinto valdrán 140, a los cuales deben añadirse los 46 en que la dote excede de la legitima rigurosa de la hija que vale 54, y de este modo ni tercio y quinto bajan de los 186 ni los demás hijos no mejorados reciben más que su legitima rigurosa, es decir, 54 ($54 \times 4 = 216$). Si la dote pasase de 100 resultaría inoficiosa, según la Pragmática de Madrid, de que luego hablaremos.

(211) Lex y gloss. ult. cit., núm. 11, vers. *Itaque*, y 14 (págs. 486 y 488 y sig.). Ver también el núm. 30 (pág. 499), antes transcrito.

(212) Núm. 31 (pág. 499): «Ut melioratio praecedens sustineatur et non decrescat, sit que eiusdem quantitatis, cuius fuisset tempore mortis, si dotes seu donationes sequentes factae non fuissent.»

a dotes o donaciones *propter nuptias*, no debe considerarse inoficiosa aunque exceda del tercio y quinto de los bienes relictos, si su importe no es superior al tercio y quinto calculados, añadiendo idealmente las dotes y donaciones al caudal relicto (213).

6) Aquellas mejoras que el testador ordenó que fuesen calculadas acumulando al caudal relicto las dotes y donaciones anteriores a la mejora. Aunque con la limitación de que calculadas en esta forma, no perjudiquen a dichas dotes y donaciones anteriores, es decir no las revoquen ni disminuyan (214).

γ) Las mejoras de cosa o cantidad cierta posteriores a dotes y otras donaciones, aunque excedan del quinto y tercio del *relictum*, pueden sostenerse si no exceden del tercio y quinto de la suma de *relictum* y *donatum*, en cuanto no lesionen las legítimas ni disminuyan las dotes o donaciones precedentes (215).

Es decir, *el tercio y el quinto de mejora se calculan sumando «relictum» y «donatum»*. En cambio, *las mejoras genéricas de tercio o quinto se el causante no dijo otra cosa, sólo se calculan con relación al «relictum»* (216)—al que únicamente se añade la parte en que las dotes fueran inoficiosas (217)—; *pero, de ser la mejora*

(213) Num. 32 (pág. 499 y s.): «Quia cum solum valeat in rationem tertii et quinti: pro metiendo tamen hoc tertio et quinto, et regulanda inofficiositate donationis, non solum dotes, seu donationes sequentes, sed etiam ipsiusmat donationis quantitas accumularetur cum bonis relictis tempore mortis, ut in quantum fieri possi, donatio includatur in tertio, et quinto, et non revocetur.»

(214) Núm. 33 (pág. 500): «Iis enim salvis (ut melioratio extendatur in quantum possit. sine diminutione donationum praecedentium et legitimum filiorum), reliqua in arbitrio patris possitu sunt, et ab eius voluntate pendent.»

(215) Núm. 34: (págs. 500 y sig.): «Cessat enim eo casu ratio, propter quam meliorationem tertii et quinti, et sic quotae bonorum diximus supra restringi, etiam ampliatas legitimis: quod scilicet, tamquam quotae bonorum, non intelliguntur referri ad bona iam donata, licet eis aggregatis legitimae non laederentur. Res enim aut quantitas certa efficacius providet, et volentem extendit, in quantum est necessum pro dispositionis valere, sine detrimento donationum praecedentium et legitimarum, cum in a voluntate pendeat.» A continuación ofrece el siguiente ejemplo: Padre con cuatro hijos y un patrimonio de 400. Da en dote 50 a una hija, y después mejora a un hijo en cosa cierta que vale 186. La donación vale, pues no reduce la dote ni lesiona las legítimas, ya que, colacionada la dote quedan en la herencia 214, es decir, la legítima íntegra de los cuatro hijos.

(216) Es de notar que, según PALACIOS RUVIÓS (*Glossemeta... Lex XXV*, num. XII y XIII, pág. 601) y GUTIÉRREZ (op. cit., I. II. Quaest. LXI, núm. 1, págs. 137 y s.)—que asegura seguir la opinión de CIFUENTES y acepta sus razones—cuanto se dice de la dote entregada debe aplicarse a la dote prometida («in dote promissa, nondum tradita nec soluta»), porque antes de detraerse tercio y quinto, debe deducirse lo que no sea del causante y las demás deudas que éste tuviere, entre las que se cuenta la dote prometida. «quia ad praedictum tertium et quantum deducendum—dice GUTIÉRREZ—prius ex toto acervo detrahitur omne aes alienum, quo deducto, ex reliquo deducitur melioratio tertii et quinti, quod si postea appareant alia debita pro eis tenetur pro rata melioratus in tertio et quinto.» Opinión que siguen, entre otros, ANGULO (op. cit., lex nona, glossa secunda, núm. 22 a 25, págs. 496 y ss.) y CASTILLO DE SOTOMAYOR (op. y vol. citados, Lib. IV, cap. XV, núm. 46, págs. 127 y sig.).

(217) Ver el propio ANGULO, op. cit., lex sexta, gloss. prima, núm. 18 (págs. 395 y sig.) y lex nona, gloss. secunda, núm. 35 (pág. 501).

irrevocable se añade contablemente al «relictum» el importe de las donaciones posteriores a dicha mejora, mas no el de las anteriores.

B) *Interpretación de la ley 28 de Toro. Unidad del quinto, inter vivos y mortis causa.*

Explica Rodrigo Suárez (218) que la glosa magna al vers. 6 *quaero* de la ley 1 Cod., *de inoff. dona.*, planteó la siguiente cuestión: Un padre donó nueve onzas e instituyó herederos a sus hijos en las tres restantes, gravándoles con legados y fideicomisos. ¿Cabía que los hijos reclamasen por inoficiosidad de esos legados y fideicomisos?

Traducida jurídicamente, la cuestión era la siguiente: la donación que no excediera de la parte disponible no podía sufrir la *querela inofficiosae donationis* y, por otra parte, según la ley *Cum quaeritur* (Cod. III-VIII 6), no cabía la *querela inofficiosi testamenti* si se dejaba a los legitimarios la cuota correspondiente de los bienes dejados por el causante a su fallecimiento: ¿tenía, pues, el testador la disponibilidad mortis causa de tres cuartas partes de las tres onzas remanentes?

La glosa lo resolvió negativamente y Rodrigo Suárez suma su opinión a esa negativa: «quod debet filius habere omnes tres uncias integras relicto onere legatorum: et sic non dicitur legitimam habita consideratione ad quartam trium unciarum, quae erant: et remanserunt tempore mortis, sed omnes tres unciae dicuntur tota legitima, et integrae pro legitima debentur filio in totum, habita respectu ad bona, quae erant tempore donationis: quia erant duodecim». La ley *Cum quaeritur* debía completarse e integrarse a través de lo dispuesto en el título *de inofficiosae donationis* «per quem consideratur legitima habendo respectum non solum ad bona quae reperiuntur tempore mortis, sed consideratur retro ad tempus donationis: et debet filio relinqui quarta de bonis patris, habito respectu tempus donationis».

Pero esa duda, certeramente disipada en Derecho común, se presenta más difícil en Derecho real. Precisamente el Fuero Real dió pie a la solución que la glosa había rechazado. La ley 7 del Libro III, Tít. XII, dispuso que quien tuviera descendientes «no pueda dar más de su quinto: e si por aventura más diere la donación nõ vala en aquello que es de más, e vala en aquello pue». Y la ley 9 del Lib. III, Tít. V, ordenó que: «Ningún ome que uviere hijos o nietos o dende ayuso, que ayan de eredar no pueda mandar, ni dar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes: pero si quisiere mejorar a alguno de los hijos o de los nietos puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes sin la quinta sobredicha: que puedan dar por su alma, o en otra parte do quisiere e no a ellos.»

En virtud de ambas leyes, como expresó Palacios Ruvios (219)

(218) Op. cit. «Declaratio legis Regni», § últ. *Ad lectur. L. post rem indicatam*, núms. 23 a 25 (págs. 570 y sig.).

(219) *Glossemata... Lex XXVIII*, gl. 1 (pág. 619).

«dicebant antiqui, quod pater poterat disponere de duobus quintis, unum in vita, alium in morte, quia legis predictae erant sitae in diversis titulis».

La ley 28 de Toro alude a las del Fuero Real y explica que: «La ley del fuero que permite que el que tuviere fiijo o descendiente legitimo pueda hacer donación fasta la quinta parte de sus bienes e no más, e la otra ley del fuero, que asi mesmo permite que puedan mandar teniendo fijos o descendientes legitimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de la una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus fijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte».

Palacios Ruvios (220), no obstante, insistió en que esta ley no impedía que el padre en vida pueda dar a un hijo la quinta parte de sus bienes y a su muerte a otro otra quinta parte, sino que solamente prohibía que a un mismo hijo le fueran otorgadas ambas quintas partes.

Pero el resto de los autores rechazaron esta interpretación y entendieron que la ley 28 de Toro eliminó toda duda y resolvió negativamente la posibilidad de disponer de dos quintos, además del tercio, a favor de los hijos o de más de un quinto a favor de extraños, acumulando lo dejado en vida y lo dispuesto mortis causa. Así opinaron Rodrigo Suárez (221), Gregorio López (222), Tello Fernández (223), Peláez de Mieres (224), Matienzo (225), Angulo (226), Juan Gutiérrez (227), Ayerbe de Ayora (228), Acevedo (229) y Fernández de Retes (230).

Ahora bien: ello no implicaba que el padre no pudiera disponer de dos quintos como mejora a favor de alguno o algunos de

(220) Lex ult. cit., gl. III (pág. 619) y lex XXVI, gls. XVII y XVIII (pág. 609): «Nec obstat lex 28 ... non dicit nec negat. quod possit pater unum filiorum donare quintam partem bonorum in vita, et alteri filiorum a tempore mortis legare aliam quintam et tertiam. Solum prohibet dicta lex, quod virtute dictarum legum forti, non possit pater unis filiorum donare, quintam bonorum unam in vita, et aliam quintam eidem legare in morte, ut sonat verba legis ibi».

(221) Loc. ult. cit., núm. 21, 22 a 26 (págs. 570 y sig.).

(222) Glosa a las palabras «en vida» de la ley 8, tit. IV Quinta Partida (núm. 48, pág. 50 del vol. III, de la ed. Barcelona, 1843).

(223) Op. cit., lex 28, núm. 1 (fol. 221).

(224) MELCHOR PELÁEZ DE MIERES: *Tractatus de maiorstum et meliorationum Hispaniae*, Prima pars. Quaest. LVIII, núm. 26 y 35 (fol. 208 vuelto núm. 1 (fol. 162).

(225) Op. cit. (Granatae 1575) Lib. 5, tit. 6, lex XII (28 Toro). Glos. III, núm. 1 (fol. 162).

(226) Op. cit., lex duodécima, Glossa única, núms. 1 y 2 (pág. 637).

(227) Op. cit., Lib. II, Quaest. LXIX, núm. 1 (pág. 158).

(228) Op. cit., Pars. II, Quaest. VIII, núm. 17 (pág. 150).

(229) Op. y vol. cit., Lib. V, Tit. VI, lex XII (Tauri 28), núm. 1 (página 201).

(230) JOSEPH FERNÁNDEZ DE RETES: *De donationibus academica relectio*, cap. VIII, núm. 16, en «Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici» de GERARDUS MEERMAN (ed. Hegae-Comitum 1753). Tom. VI, pág. 589.

sus hijos o nietos, o disponer de un quinto para su alma, su esposa o extraños y de otro quinto a favor de cualquiera de sus descendientes. No existía obstáculo para ello, puesto que un segundo quinto cabe en el tercio de mejora, y quien puede mejorar en el tercio podrá hacerlo en otro quinto, que es menor al tercio. Cifuentes (231), Tello Fernández (232), Ayerbe de Ayora (233), Matienzo (234), Angulo (235) y Acevedo (236) se expresaron en este sentido. Como concluía Ayora, «la ley 28 de Toro, que le prohíbe (al causante) que pueda disponer de dos quintos, uno en vida y otro en muerte, ha lugar y se entiende entre extraños; pero entre hijos bien puede disponer de dos quintos, pues puede lo más que es tercio y quinto».

C) *Computación de las donaciones módicas y de las remuneratorias*.—El presente problema nos parece que resulta más correcto estudiarlo al tratar de la computación del caudal. Se trata de una cuestión a la par de imputación y de computación. Son objeto del debate unas liberalidades que de ser computadas en el caudal deberán imputarse al quinto—o al quinto y tercio si favorecen a los descendientes—y que, viceversa, de imputarse al quinto—o al quinto y tercio—habrán de computarse para calcular el haber total y, por tanto, para deducir el montante del quinto.

a) La ley 28 de Toro suscitó esta duda: ¿deben computarse en el quinto las donaciones módicas—*donationes minutim*, es decir, *parvae quantitatis*—o bien, sin computarlas puede disponerse íntegramente del quinto para el alma o a favor de extraños o de tercio y quinto a favor de los hijos?

Rodrigo Suárez (237) se inclinó por esta segunda solución «ne parentes extricti ut quodammodo videatur eis interdicta administratio bonorum». Opinión compartida con alguna salvedad por Gregorio López (238).

(231) Comentando la Ley 18 de Toro, núm. 7. según citas de AYERBE DE AYORA Y ANGULO.

(232) Op. cit., Lex 28. num. 1 bin fine, fol. 221.

(233) Op. cit., Pars. II, Quaest. VIII, núm. 17 (pág. 150).

(234) Op. cit., Lib. 5, Tit. 6 Ley XII (28 Toro), Gl. III, núm. 1 (fol. 162).

(235) Op. cit., Lex duodécima. Glossa única, núms. 1, 2, 4, 5, 13 y 14 (págs. 637 y ss.): «Quia pater non potest in vita neque in morte disponere et am nisi de uno quinto inter extraneos» (núm. 2): «...etiam prohibetur dare uni quinq: uni hlio in vita, et alterum in morte tertio et quinto meliorare» (núm 4); ...«quando non est dispositum de tertio: planius utraque dispositio quinto valet» (núm. 13, in fine), «Nec obstaret, quod disponens sit usus nomine quinti: prout nec obstasset, si legasset extraneo tertium, qui legatum valerit usque ad quintum» (núm. 14).

(236) Op. y vol. cit., Lib. V, tit. VI, lex XII (28 Tauri), núm. 1, in fine, y 2 (pág. 201).

(237) Op. cit., *Repetitio legis Regni*, § últ., núm. 27 (pág. 571).

(238) Glosa a las palabras «en vida» de la ley 8. tit. IV. Partida quinta (ed. y vol. cit., pág. 50, núm. 48): «Ciertamente, si los hijos resultaban poco gravados en la legítima, a consecuencia de aquellas donaciones módicas, sería equitativa la solución de Suárez, mayormente, hallándose apoyada por la costumbre. Si el exceso y gravamen eran notables no distinguiera yo el conjunto

Matienzo (239), eclécticamente, distinguió: «*Quintae parti imputantur donationes minutim filiis factae*—al que además se le mejoró con tercio y quinto—*non sic si extraneis.*»

Tello Fernández (240) decididamente optó por la primera solución, porque «de minimis habenda est ratio ut de magnis».

Ayerbe de Ayora (241) intentó concordar las opiniones extremas con esta fórmula: «que la opinión de Rodrigo Xuárez proceda y aya lugar quando el padre hizo las donaciones en tan poca cantidad y a personas tan pobres y beneméritas que no puede passar honestamente, según la qualidad de su persona, sin darles aquello que les dió por menudo en cada año. Pero si las dichas donaciones no fueron muy menudas, ni muy necesarias, sino que honestamente pudiera passar el padre y madre sin darlas, porque su hazienda ni cualidad no le obligaban a ello: en tal caso proceda la opinión de Tello Fernández y que se le descuento al padre del quinto y se saquen del».

Juan Gutiérrez (242) afirmó que si, en rigor, era jurídicamente verdadera la tesis de Tello, cuando el exceso producido por las parvas donaciones era módico resultaba más equitativa la tesis de Rodrigo Suárez, especialmente si la costumbre la corroboraba, pero, con Gregorio López, rechazó toda salvedad cuando la acumulación de las donaciones hechas *minutatim* arrojase una suma considerable.

Y Angulo (243) inclinóse por la no computación de las donaciones módicas, salvando el supuesto de fraude «*parentum dobus consilio*», «*ita ut nec donatio inmodica sit, vel ad finem defraudandi fiat*».

b) El problema de la naturaleza de las donaciones remuneratorias repercute también en esta cuestión, que del Derecho común la recogen los autores castellanos.

de pequeñas donaciones de una donación cuantiosa». (A continuación, en esta misma glosa, se ocupa de la cuestión, examinada por los autores de derecho común, de si se computan los frutos obtenidos por los hijos y producidos con bienes del causante).

(239) Op. cit., Lib. 5. tit. 6. lex XII (28 Toro), Gloss. III, núms. 2 y 3 (fol. 162 in fine y vto.).

(240) Op. cit., lex 28, núm. 4 (fol. 222).

(241) Op. cit., Pars. II, Quaest. XXXV, núms. 31 y 32 (págs. 202 y siguientes). «*Exempli gratia*, las Pascuas y fiestas solemnes dieron a sus criados, que les avian servido, y avian cobrado su servicio, o a sus parientes pobres algunos dineros, o trigo en poca cantidad, como lo suelen hazer los hombres nobles, y ricos con sus criados, que les han servido, y con sus parientes pobres, y otras personas semejantes que, juntándolo todo, lo que dieron en su vida de esta manera, o Misas, que azian decir en cada un año por sus difuntos, o por descargo de sus conciencias, viene a ser gran cantidad: si saldrá esto del quinto de tal manera, que el padre o madre no podrán disponer pro ánima, o entre extraños, de todo el quinto de los bienes presentes, que dexas en tiempo de su muerte, sino solamente del remanente del quinto, sacando primero aquellas donaciones, que hizieron *minutatim* en su vida, como está dicho.»

(242) Op. cit. Lib. II, Quaest. LXVIII, núm. 2 (págs. 157 y sig.).

(243) Op. cit., Lex duodecima, Gloss. única, núm. 26 (pág. 647).

Palacios Ruvios (244), Diego Segura (245) y Diego Castillo (246) sostuvieron que las donaciones remuneratorias no debían computarse en el acervo común, como «*aes alienum*» y, por tanto, no entraban en el cálculo de las legítimas ni se imputaban al quinto y tercio.

Covarruvias (247), por el contrario, sostuvo que las donaciones remuneratorias no podían disminuir las legítimas ni considerarse como cosa ajena y que en Derecho real debían imputarse al quinto y tercio.

El jesuita Luis de Molina (248) parece que se inclinó por la primera opinión que, según él, fué la común doctrina de los autores.

D) *Prioridad en la deducción de tercio y quinto.*—Explica Covarruvias (249) que la herencia líquida debía entenderse dividida conforme al Derecho real en quince partes iguales: de ellas tres correspondían al quinto, cuatro al tercio y las ocho restantes a la legítima.

Claro que esta afirmación debemos referirla solamente al supuesto de que el causante hubiera dispuesto de todo el quinto y todo el tercio, sin alterar el orden normal de su deducción que luego veremos.

Hacemos la primera salvedad con el fin de soslayar el peligroso error de creer que la herencia se halla dividida en compartimientos estancos. Tercio y quinto, como veremos a través de la opinión de los autores, no suponen sino un margen de libertad dispositiva, absoluta en el quinto y limitada a favor de los descendientes en el tercio. Por eso, como acabamos de ver, no disponiéndose del tercio, podía disponerse de dos quintos a favor de los descendientes. Dos quintos que equivaldrían a seis quinceavos si no se trataba de dos disposiciones sucesivas de las que la primera fuera irrevocable, porque en este caso, conforme también hemos visto, el segundo quinto debería calcularse respecto los doce quinceavos que restaban en el momento de su disposición, salvo si el mejorante ordenase lo contrario. Por eso mismo, cuando no se hubiera dispuesto del quinto, el tercio debía

(244) «*Repetitio...*», § 50, núm. 12 (fol. 46): «*Quod donatio remuneratoria non computatur in tertio et quinto de quibus pater potest disponere prout leges regni volunt quia est permutatio vel debiti solutio.*»

(245) En la ley cohaeredi, § cum filiae, ff. de vulg. Fallent. 16 (citado por COVARRUVIAS).

(246) Op. cit., Proemium, fol. 4, vers. «*Ex quo tria singulariter infero.*» «*Primum, quod donatio remuneratoria non computatur in tertia et quinta parte: quam testator potest relinquere in suos et extra: quia si donatio fit propter debitum, potius est solutio debiti quod donatio: et leges quae permittunt donationes in tertia et quinta parte bonorum intelliguntur de liberali et voluntaria donatione, non de illa quae fit ob debitum.*»

(247) DIDACI COVARRUVIAS A LEIVA: *Omnium operum* (Lugduni 1584), T. II, «*11 titulum, De testamentis interpretatio*», «*Ex capite, cum in officiis*», núm. 11 (página 46).

(248) Op. y vol. cit., Disp. 244, col. 1.505.

(249) Op. y vol. cit., Cap. Raynardus, § Tertio, núm. 1 (pág. 104).

calcularse del total—como luego veremos—ascendiendo así a cinco quinceavos. Y si del quinto sólo se hubiese dispuesto parcialmente el tercio debía exceder de los cuatro quinceavos, por no corresponder sólo al tercio de doce, sino al tercio de la diferencia entre los quince y la parte dispuesta del quinto (250).

Decía Covarruvias, como acabamos de referir, que el quinto equivalía a tres quinceavos y el tercio a cuatro quinceavos, eso significaba la detracción preferente del quinto y la extracción del tercio del residuo después de deducido el quinto. Esa regla general resulta de la ley CCXIV del *Stylo*, cuyo último apartado dice: «y es a saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro fuero ni costumbre que sea contra la ley, se sacan primero por razón del alma, el quinto de quanto oviere: y mandarlo ha a quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar a alguno de sus hijos: y mandarle ha el tercio: y así se usa esta ley».

Cristóbal de Paz (251), interpretando restrictivamente esta ley, limita la prelación en la deducción del quinto al supuesto de disponerse a favor del alma o para obras pías. Así lo deduce de las palabras de la ley: «por razón de su alma». La misma opinión parece que fué aceptada por Diego Castillo (252).

En cambio, Palacios Ruvios (253), Antonio Gómez (254), Ayerve de Ayora (255) y el jesuíta Luis de Molina (256) impusieron como común opinión la extensión de esa prioridad de la extracción del quinto, incluso en el supuesto de ser dispuesto a favor de extraños o de algún descendiente. Como dijo el tercero: «quod quintum est proprie haereditas patris libera et de ea potest disponere ad libitum voluntatis, tam pro anima, quam pro extraneis; et si prius deduceretur tertium, et postea quintum gravaretur pater, quia non posset disponere de toto quinto bonorum suorum,

(250) Así con toda claridad lo explicó AYERVE DE AYORA (Op. cit. Pars. II Quaest. V, núm. 10, págs. 145 y sig.): «Item advertendum est, que si el padre mejoro a un hijo en el tercio de sus buches y no hizo mejora del quinto a él, ni a otro, entonces se sacará el tercio para el hijo mejorado de todos los bienes que deseó el padre, sacando primero el montón, y cuerpo de bienes hasta el alcance del quinto, todos los gastos del entierro e mandas, pías y graciosas que se han de sacar del quinto, conforme la ley de Toro: y lo que sobrare del quinto se partirá prorrata, entre el hijo mejorado en el tercio y todos los hermanos, hijos y herederos del difunto.»

(251) CHRISTOPHORO DE PAZ, «Scholia ad Leges Regias Styli» (Madridi, 1608), Lex CCXIV, núm. 6 (pág. 628): «Ex quibus sane verbis manifesté demonstrantur tertium meliorationis prius detrahendum, si non animae pio que opere quintum relinqueretur.»

(252) Op. cit., Lex XXVI, núm. 2 (fol. 119): «Et hoc favore animae, in cuius favorem stylus curiae habet, quod ipsa prius deducetur.»

(253) «Repetitio cap. P. r vestras...», tercera núm., § 22, núm. 13, vers. *Ratio quare* (fol. 153, col. 4.ª): «Tamquam legitima est (tertia respectu extraneorum) prius detrahenda» (toda la legitima). Restaba, por tanto, el quinto separado de la legitima. De ésta debía extraerse el tercio.

(254) «Ad legem Tauri...», Lex XVII, núm. 2 (pág. 123).

(255) Op. cit., Pars. II, Quaest. V, núm. 9 (pág. 145).

(256) Op. cit., Tract. II, Disp. 236, col. 1463 A.

ut ei permititur a lege, quia minus est in quinto si prius deduceretur tertium, quod est contra voluntatem, et dispositionem dictate legis fori, tit. 5, l. 9, lib. 3 fori. Idcirco primo deducendum est quintum integrum ne pater gavetur, postea vero tertium, quod est legitima omnia filiorum».

Ahora bien, como quinto y tercio no eran compartimientos cerrados, sino límites del poder dispositivo del padre, cupo la posibilidad de detraer el tercio para mejorar a los hijos con prioridad al quinto. La diferencia práctica, matemáticamente expresada, según se detrajera primero el quinto o el tercio, era la siguiente: Deduciendo primero el quinto, éste equivalía a tres quinceavos y el tercio a cuatro quinceavos. Deducido primero el tercio, éste equivalía a cinco quinceavos y el quinto a dos quinceavos. La cuantía de la legítima estricta, en uno y en otro caso, no varía de los ocho quinceavos (257).

Angulo (258), siguiendo la opinión de Cifuentes (259), así lo aceptó no sólo en caso de expresarse dicha voluntad, sino incluso cuando pudiera conjeturarse. Cifuentes, según refiere Diego Gómez (260), razonaba de este modo: La ley 17 permitió al padre mejorar a un hijo en el tercio de todos su bienes. Luego el padre pudo ordenar que la mejora del tercio se dedujera de todos sus bienes. Tanto más cuanto que la prioridad de la deducción del quinto respecto del tercio fué dispuesta en favor del mismo padre para que mayor fuera el quinto, disponible *pro anima* o en legados pios. Favor al que el padre pudo renunciar ordenando que el tercio se detrajera con prioridad al quinto.

La más importante de las conjeturas a favor de la preferente deducción del tercio correspondió al supuesto de mejora irrevocable del tercio verificada antes de haberse dispuesto del quinto.

Angulo (261) aplicó a este supuesto la doctrina de que ninguna donación perfecta e irrevocable puede ser disminuída por otra donación posterior ni por legados. De ese modo, la ley 214 del Stylo sólo se podía referir, sin resultar supérflua, al supuesto de que una y otra disposición, de tercio y quinto, fuese hecha en el mismo testamento o contrato, aunque la mejora del tercio se ordenara en una cláusula anterior a la que dispusiera del tercio. A

(257) El jesuita Luis de Molina (Disp. cit., col. 1462 D y 1463 A) explica esa diferencia aplicándola prácticamente a una herencia de 12.000 aureos.

(258) Op. cit., Lex nona, Gloss. secunda, núm. 44 (págs. 504 y sig.).

(259) Lex 25 circa finem, citado por ANGULO y por DIEGO GÓMEZ en las adiciones a los comentarios a las leyes de Toro de su abuelo, Antonio Gómez, ad legem XVII, 2 (pág. 61).

(260) Loc. cit. en la nota anterior.

(261) Loc. ult. cit., núms. 42 a 47 (págs. 503 a 507) Esa doctrina la entendió aplicable no sólo a la mejora de cuota sin asignación de cosa o cantidad, sino también a la mejora de cuota con asignación de cosa o cantidad ciertas (núm. 44 y 45). En cambio, careció de interés en la mejora de cosa o cantidad cierta, sin asignación a cuota determinada, pues en este caso la mejora en lo que excediere del tercio debe imputarse al quinto, conforme resulta de la ley 26 de Toro.

igual resultado llegó, también, a través de su interpretación de la ley 25 de Toro: «Unde cum tertium sit prius irrevocabiliter donatum, nec reperiat inter bona defuncti tempore mortis: lex vetat, quintum postea datum inde extrahi».

§ 6.º *Imputación a la legítima al tercio y al quinto según las leyes de Toro.*

A) *Distinción teórica entre colación e imputación.*—Los clásicos castellanos recogen la doctrina de los autores de Derecho común, que fijaron las diferencias que mediaban entre ambos conceptos a través de la exégesis más o menos literal de los textos del Corpus Iuris.

No olvidemos que los textos no ofrecen una doctrina general de la imputación sino que fragmentariamente se refieren a ella aplicándola como remedio en ciertas situaciones patológicas. El Derecho común ordenó estos supuestos y dedujo las reglas aplicables a todos ellos, pero sin elevarse con su síntesis más allá de esos de los estados patológicos que lo motivaron.

Parladorio (262) en labor de resumen coloca frente a frente sus definiciones de colación e imputación. «*Collatio* est rei propriae in comune latio ab haerede facta, rem hacienda, ut res collata locum in divisione haereditatis sortiatur» (263) «*Imputatio* est remedium introductum a jure ad excludendam querelam inofficiosi testamenti, per quod filius, cui minus legitima portione relictum est, potest agere ad legitimae supplementum, imputando in ea quod sibi a patre datum est» (264).

(262) JOANNIS YAÑEZ PARLADORII: «Quotidianarum differentiarum sesquicenturia», en «Opera Juridica». (Coloniae-Allobrogum, 1741), Diff. CXLIX, números 2 y 5 (pág. 391).

(263) ANTONIO GÓMEZ: (*Ad leges Tauri...*, cit., lex XXIX, núm. 1, páginas 174 y sig.) había señalado las distintas acepciones de la palabra colación: beneficio eclesiástico, «munerum publicorum impositio», división entre los hijos y contribución con bienes propios a la masa partible, que es la acepción que ahora interesa, definida por este autor en estos términos: «*Collatio est rei propriae in commune latio, pro haereditariis portionibus dividenda.*»

(264) ANTONIO GÓMEZ: (Op. y loc. últ. cit., núm. 38, págs. 192 y s.) había señalado que la imputación (notemos que ANTONIO GÓMEZ en lugar del término imputación emplea la expresión «computatione quae fit in legitima filiorum», que define diciendo: «Est alicuius rei vel quantitatis donatae in legitima vel partem eius assumptio») solo era aplicable a los siguientes casos:

1.º En el antiguo Derecho, anterior a Justiniano, cuando un ascendiente dejaba a alguno de sus descendientes menos de lo que por legítima le correspondiera, en cuyo caso la imputación a su legítima de los bienes donados en vida por el padre podía excluir la *querela*.

2.º En el Derecho nuevo, posterior a Justiniano, cuando el ascendiente dejaba a título de herencia menos de lo que por legítima correspondía a un descendiente, en cuyo supuesto la imputación a su legítima de lo recibido en vida por donación del ascendiente podía excluir el derecho al suplemento, o reducir su montante.

3.º Cuando la institución se hiciera exclusivamente en la legítima «quia similiter tunc computabit in ea bona tibi donata a patre vel matre, in vita, et

Siguiendo a Baldo, expuso Diego Castillo (265) que colación e imputación diferían *origine, forma, et natura*, añadiendo Parladorio (266) que «*differunt etiam usu*». Concretamente se señalaban las siguientes diferencias:

a) La imputación tenía lugar solamente en la sucesión testada no así en la intestada, aunque el causante hubiese otorgado codicilo; la colación, en cambio, jugaba tanto en la sucesión intestada como en la testada a partir de la reforma de Justiniano (267).

b) La imputación debía realizarse no sólo cuando el hijo o descendientes legitimario sucediese con otros descendientes, sino incluso sucediendo con extraños, mientras la colación sólo tenía lugar entre hijos y descendientes (268) que sucedían como herederos a un ascendiente del que eran legitimarios (269).

c) La imputación fué introducida, en parte a favor de los hijos, para que éstos no fuesen privados de su legítima, y, en parte a favor de los ascendientes, para evitar la invalidación de sus voluntades o la exigencia de un suplemento cuando con disposiciones imputables a la legítima del reclamante se hubiese satisfecho total o parcialmente dicha *portio debita*. La colación, en cambio, fué introducida antiguamente para remediar la injusticia que en la sucesión *iure praetorio* del *pater* suponía la distinta situación jurídica de los hijos en potestad y los emancipados, y posterior-

sufficiant ad legitimam, nihil plus petere poterit: si verò non sufficiant petet residuum virtute testamenti et institutionis».

4.º Cuando el hijo que hubiese sido desheredado con expresión de causa, que luego no pudiera probarse, ejercitara la querrela, debía imputarse a su legítima los bienes que el testador le hubiese donado en vida, neutralizándose así la eficacia de la querrela en todo o en la parte recibida.

5.º Si el padre o la madre instituyeron heredero al hijo o hija en la donación o dote que le hubiesen hecho, en cuyo caso si su importe no cubría la legítima podía el hijo, o la hija, reclamar el suplemento.

6.º De ser el legitimario instituido heredero universal pero gravado de restitución, en cuyo caso podía detraer íntegramente la legítima, que no podía ser gravada pero a la que se debían imputar la dote y donaciones recibidas por el legitimario del ascendiente causante.

(265) Op. cit., lex XXV, núm. 2, fol. 118 vto.

(266) Op. y diff. ult. cit., núm. 9 (pág. 391).

(267) Ver DIEGO CASTILLO, op. cit., lex XXIX, núm. 30, fol. 132; ANTONIO GÓMEZ, op. ult. cit., ad legem XXIX, núm. 39, pág. 185; PARLADORIO, op. diff., pág. cit.

(268) PALACIOS RUVIOS: (*Glossmata Legum Tauri*, en «Opera Varia». Antuerpiae 1616, lex XXV, gl. LXIII, pág. 607 y gl. XLIV, pág. 603); ANTONIO GÓMEZ: (Loc. ult. cit.); PARLADORIO: (Loc. ult. cit.) En cuanto a la no aplicación de la colación a la sucesión conjunta de descendiente con ascendientes colaterales o extraños, ver también DIEGO CASTILLO: (Op. cit. lex XXIX, número 10, Infertur, fol. 133, vto.) y DÍAZ DE MONTALVO: (Glosa primera a la ley III, T. VI al Fuero Real, vol. cit., pág. 149 vto., glosa b), que declara: «quod si donavi amico meo, quam postea heredem institui cum filio meo, quod non tenetur conferre».

(269) Ver ANTONIO GÓMEZ: (Op. y lex. ults. cit., núm. 5, vers. Unum tamen, pág. 176).

mente se aplicó para evitar la discordia entre los hijos («propter tollendam aliorum discordiam») (270),

Vázquez de Menchaca (271) destacó esta antítesis entre imputación y colación, en cuanto a sus respectivos fines, al señalar: que la imputación juega bajo el presupuesto de que el testador no quiso dejar a su hijo más que la pequeña porción que le asignó, mientras la colación tiende a salvaguardar la igualdad entre los hijos que se presupone quiso el causante.

d) Según explicó Palacios Ruvios (272), sólo cabía imputación de donaciones cuando el testador no hubiese dejado al descendiente donatario su legítima íntegra a título de herencia y libre de gravamen. La colación, en cambio, suponía que los hijos fueran herederos y que aceptasen la herencia, aunque fuesen instituidos en cuota superior a su legítima (273).

Aplicación de esta doctrina ofrece la ley 29 de Toro. En su primer apartado señala esta ley el deber de colacionar que tiene el heredero descendiente que aceptó la herencia. En los siguientes plantea la imputación y reducción que, en su caso, deberá sufrir dicho descendiente donatario si repudió la herencia. Fernández de Retés (274) explicó así esta alternativa: «Quod si filius, filiae contenti rebus donatis abstineant a bonis paternis, vel hereditatem repudent, nolintque cum fratribus succedere, sive ab intestato sive

(270) Ver PARLADORIO: Op., diff. y pág. ult. cits., núm. 8.

(271) FERNANDI VAZQUII PINCIANI MENCHACENSIS: «De successione et ultimis voluntatibus creatione, progressu, effectuque et resolutione». «Tractatus tertiae partis: De successione resolutione». (Coloniae Allobrogum 1612), lib. II, § XIX, núm. 6 (pág. 114). A su juicio: «Finis utilitas que imputationes est triplex: Prima, ut excludatur querela... Secunda, ut excludatur ius, agendi ad supplementum... Tertia, quae in istis resultat, ut servetur voluntas testatoris, quae certa erat et indubitata: nam qui testamentum fecit, et minusculam portionem filio reliquit, plene voluit cum amplius non habere.» En cambio, «finis uti itaque collationis est, ut servetur aequalitas inter fratres».

(272) «Glossematta...», cit., lex XXIV, gls. XXIX y XXX (pág. 602) «acc que: «nam iste casu, cum filiae fuerit integra legitima relicta, computabitur dotem in legitimam» (gl. XXIX), y, en cambio, «quando pater non relinquit integram legitimam filiae, tunc enim dos imputatur in legitimam, quantum ad hoc, ut olim excluderet querela et hodie a iure agendi ad supplementum, quia hoc tendit in favorem testamenti, secus tamen est ubi reliquitur integra legitima, quia tunc cessat dictus favor».

(273) VÁZQUEZ DE MENCHACA: (De Successionum resolutione: Tractatus tertiae partis, cit., Lib. III, «In lege Quoniam novella 1. de inoff. testam.», núm 7, pág. 156), con referencia al Derecho Romano, señala la siguiente alternativa: a) «quando qui, quare dote aut donationem propter nuptias accepit, succedere voluit, in cuyo caso, «si tali acervo facto (quod testamento relictum fuerat cum dote vel donatione propter nuptias) aliquid est ultra legitimam, id quidem conferendum est cum reliquis bonis eius, de cuius successione agitur»: y b) «si abstinere maluit dote, vel donatione tali contentus, liberam esse erit nec ad conferendum tenebitur. Verum si ea res vel donatio inofficiosa sit (quod facto cumulo ipsius dotis vel donatinis cum bonis, quae mortis tempore defunctus reliquit...), ...fiet donationis vel dotis diminutio, donec legitimae aliorum fratrum repleantur. Onne vero residuum permoneat apud eum qui talem donationem, aut dotem acceperit autem res sint in legitimam imputandae».

(274) Op. y vol. cits., cap. X, núm. 10, pág. 599.

ex testamento; tunc non est locus collationi; praecipua sibi retinent donata: nisi ex alio capite donatio moderanda sit; nempe quia sit inofficiosa: quo in casu filius donatarius tenetur excessum refundere fratribus, propter inofficiositatis, non jure collationis.»

e) El *periculum* del bien imputado correspondía al imputante, mientras el *periculum* del bien colacionado repercutía en la masa; es decir, era sufrido por los herederos forzosos a prorrata (275).

f) Todo cuanto se imputaba se consideraba adjudicado al imputante, mientras que lo colacionado se adjudicaba en la división de los bienes comunes (276). Claro que esta antítesis se diluía a través de la colación por compensación en valor o toma de menos, ya admitida en el Derecho romano, como vimos.

g) También recogieron los clásicos castellanos, aunque con reservas, la regla tomada en la ley 20, Codex VI-XX «quia omnia quae in legitima imputantur, conferuntur; sed non omnia quae conferuntur in legitiman imputantur». Antonio Gómez (277), ante la observación de que legados, mandas y donaciones confirmadas por la muerte del donante se imputan pero, sin embargo, no se colacionan, dice que dicha regla sólo debe entenderse aplicable cuando nada se haya dispuesto acerca de la colación, pero no para los supuestos en que expresamente la ley hubiera excluido la colación (278).

En la práctica también la mayoría de los clásicos distinguieron perfectamente ambas figuras a través del espíritu y de la letra de la ley 29 de Toro. Citaremos a Antonio Gómez (279), Andrés Angulo (280), Tello Fernández (281), Velázquez de Avendaño (282),

(275) Ver DIEGO DEL CASTILLO: Op. y lex cit., núm. 30 (fol. 136).

(276) Ver también DIEGO DEL CASTILLO: (loc. ult. cit.).

(277) «Ad leges Tauri...». I. XXIX, núm. 39 (pág. 185).

(278) Ver las excepciones que señala PALACIOS RUVIOS en su citada Glosse-mata..., cit., lex XXIX, gls. XXXVII y ss. (pág. 604).

(279) Op. y lex ult. cit., en el núm. 12 se ocupa de la colación de las donaciones *ob causam*, mientras en los núms. 32 y 55. trata de la imputación de dichas donaciones sucesivamente la legítima, quinto y tercio cuando el donatario se abstiene de la herencia.

(280) Op. cit., Lex nona, glossa prima, núm. 19. págs. 493 y ss. Plantea una serie escalonada de ejemplos, en los que una de las hijas se supone, sucesivamente, que percibe como dote un valor X, X₁, X₂, X₃, etc. y en todos los casos en que ese valor excede de la legítima de la dotada se presupone por ANGULO que esta hija se abstiene de la herencia y, entonces, el exceso de la dote respecto a la legítima lo imputa al quinto y tercio.

Notemos, no obstante, que ANGULO emplea alguna vez el verbo *conferre* y el sustantivo *collatio* en sentido gramatical referidos a la imputación en la legítima (v. gr., lex septima, Gloss. prima, núm. 36, págs. 434 y ss. de la citada obra).

(281) Op. cit., lex XXVI et XXIX, pr., fol. 200. donde destacó esta alternativa de la ley XXIX: «tenetur trahere ad collationem et divisionem... sed si vult, potest repudiare haereditatem et retinere bona dummodo non excedant legitiman et tertium et quintum».

(282) Op. cit., ed. L. XXIX, Glossa III, núm. 4, pág. 65. y Glosa V, números 1 y 2, pág. 71.

el jesuíta Luis de Molina (283), Juan García Saavedra (284) y Fernández de Retés (285), entre otros muchos, que deslindan claramente el supuesto del primer apartado de la ley, que ordena la colación de la dote y demás donaciones causales, sin distinguir su cuantía, y los siguientes apartados, que para el supuesto de abstenerse el donatario de la herencia del donante excluyen la colación de tal donación, pero imponen su imputación sucesivamente a la legítima del donatario, al quinto y tercio y su reducción en lo que resultare excesiva.

No obstante, varias circunstancias facilitaban la confusión en la práctica de estas figuras.

En primer lugar, el hecho de que normalmente se disponía a título de herencia de la legítima, que abarcaba la mayor parte del caudal, y de que se distribuyesen el tercio y el quinto a través de legados y donaciones, facilitó la confusión entre colación e imputación a la legítima (286).

(283) Op. y vol. cit., Disp. 238, vol. 1.480 C y D: «filiam teneri conferre dotem sibi datam aut promissam, intelligendum id est, si partem habere velit in haereditariae paterna. Si namque contenta esse vult sua dote et aliis a parentibus in vita sibi donatis, non tenetur illam conferre».

(284) JUAN GARCÍA DE SAAVEDRA: «Tractatus de donatione remuneratoria». (Amstelledami 1668), núm. 46, vers. *Intellige* (página 30): «Intellige tamen oportet in casu d. l. 29... donationem ob causam sustineri in legitima et deinde in tertio et quinto, si is qui donatione accepit, et contentus nihil amplius volet de mortui parentis, tunc recte conjunctis bonis, fit divisio, donatioque illa ob causam sustinetur in legitima, et deinde in tertio et quinto, et ita intelligat ipsamet l. 29 verbis expressis, ita ut inofficiosa sit, si legitimam excedat et insuper tertium et quintum, ac tunc sint imputatio, sine qua constare non potest. ..., an sit inofficiosa, si vero ea donationes contentus non sit tunc quidem omnia confert, et procedit d. l. illud ut nihil curandum sit de imputatione, et sunt aperte verba d. l. 29 in principio.» Es decir, según se conformase el donatario con la donación y se abstuviera de la herencia, o, por el contrario, no conformándose, reclamase la herencia, respectivamente, se aplicaban bien los ulteriores apartados de la ley 29, actuando la imputación a legítima, tercio y quinto previstos en ellos, o el apartado inicial de dicha ley, y entonces se colacionaría totalmente la donación.

(285) Op. vol. y loc. últ. cit.

(286) Algún autor, entre los que separan perfectamente el supuesto de colación del supuesto de imputación, ofrece alguna vez pávulo a la confusión. Así, MATIENZO («Commentariae Joannis Matienzo. in librum quintum collectionis legum Hispaniae»—Mantuae Carpentanae, 1597— lib. 5, tit. 8, Ley III, Gl. I, núm. 7, fol. 207) distingue con toda precisión: «Ecce est in electione donatarii donata conferre, vel in legitimam imputare, non ergo cogitur praecise conferre quia in alternativis, debitoris est electio... atque ideo eligit potius computationem, si res donata excedit legitimam, quam colationem...» Y, en cambio, varios folios antes había deslizado (lib. cit., tit. 6, Ley X, Gl. II, núm. 2, fol. 157) esta afirmación: «Donationem simplicem filio factam non imputari in legitimam, nec conferri iure nostro, nisi in eo quod excedit tertium et quintum» ¿Quiso decir, realmente, con esa frase que en su exceso respecto tercio y quinto la donación simple se imputaba a la legítima y se colacionaba?, o bien, ¿fue tan sólo una imprecisión de expresión, no habiendo pretendido sino significar que la donación simple no se colacionaba en cuantía alguna y que sólo se imputaba a la legítima cuando excedía de tercio y quinto? Nos inclinamos a creer esto último: por la cita que el mismo MATIENZO hace de GREGORIO LÓPEZ, por el enunciado que pone a su epígrafe transcrito y por

En segundo término, era fácil que la rutina involucrase prácticamente el primer apartado de la ley 29 de Toro con los siguientes de la misma, por ser normal que el hijo o hija favorecidos con donación *propter nuptias* o dote, superiores a su participación hereditaria, se abstuvieran de la herencia, saltándose así automáticamente el primer supuesto, cuando ello ocurría, y tendiéndose a involucrar en el concepto genérico de colación, junto con la verdadera colación de las donaciones causales, inferiores o superiores al haber del donatario, la imputación a la legítima de tales donaciones, hasta el montante de aquélla, cuando el donatario repudió la herencia por ser éstas superiores a su haber.

En tal error parece que incidió Parladorio (287), que también,

lo que mas adelante dice expresando la misma idea. El texto de GREGORIO LÓPEZ (Gl. a las palabras *recibiria en su parte*, de la Ley 3, tit. IV, Partida quinta) decía: «Hodie tamen per l. 26 in *Ordin Taurinis*, cum filius videatur per donationem melioratus, non tenebitur conferre, neque computare in eo, quod tertium et quintum bonorum non excedit» (GREGORIO LÓPEZ no refiere, pues, a *conferre*, sino únicamente a *computare* la limitación del inciso *in eo quod excedit*. Notemos, además, que este comentarista distingue claramente el juego de la colación y el de la imputación a la legítima, como se comprueba plenamente en su comentario a la ley 4, tit. XV de la Sexta Partida. Esta ley dispuso que la donación simple que hiciera el padre al hijo que se hallaba bajo su potestad no debía colacionarse, a no ser que este mismo hijo exigiera la colación de donaciones causales hechas a otros hijos; pero que, «si el padre fiziese tan grand donación al uno de sus hijos, que los otros sus hermanos non pudiessen aver la su parte legitima, en lo al que fincasse, dezimos, que estonce deuen menguar tanto de la donación, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legitima que deven aver». Y GREGORIO LÓPEZ, al glosar las palabras *por que se guarde egualdad* de esta ley, plantea la cuestión de si el donatario simple podrá ser obligado a colacionar, si él no lo exigiere del donatario causal, y limita la solución afirmativa al supuesto de que, aquél, quiera suceder: pues «renunciando a la herencia, la colación no tiene lugar, según PAULO DE CASTRO, DECIO, en dicha Ley—20, § 1, Cod. de collat.—y a tenor de la Ley 29 de Toro»). El enunciado correspondiente al transcrito texto de MATENZO, núm. 2, Gl. II, ant. cit. dice: «Donatio simplex filio facta non confertur, nec imputatur in legitimam nisi quatenus excedit tertium at quintum, iure regio.» Y en el núm. 8 de la Gl. I, la Ley III, título 8 del mismo libro 5, dice MATENZO que las donaciones simples (fol. 207), «iure tamen regio noviori... nec confertur, nec imputatur in legitimam nisi quatenus excedit tertiam et quintam bonorum partem, in qua melioratus esse censetur... et reliquum computabit in legitimam, et si excecero reddet caeteris filius tanquam inofficiosum». (También aquí la limitación «nisi quatenus excedit tertiam et quintam bonorum partem» es referida a «nec imputatur» y no a «nec confertur».)

(287) Op. y Diff. cit. (págs. 392 y ss.). Este autor dice (Diff. cit., § I, numero 1, fol. 393) que: «simplex donatio non confertur, nisi quatenus Trientis et Quincuncis summam excesserit», y que (§ III, núm. 1, pág. 394): «Donatio ob causam pone, dotis, aut donationis propter nuptias; confertur atque imputatur in legitimam; et si quid superest, imputandum est in melioratione Trientis, et Quincuncis.» Es decir, confundió la colación con la imputación a la legítima, y, por otra parte, no destacó que, según la ley 29, la donación causal o bien se colacionaba íntegramente—en supuesto de aceptarse la herencia—o, por el contrario, se imputaba en la forma expresada si el donatario se abstenia.

en otro lugar (288), utiliza la palabra colación en el sentido, puramente gramatical, de llevar a la masa, con lo cual involucra con la colación, estrictamente dicha en términos jurídicos, la restitución a los herederos forzosos de aquella parte de las donaciones que resultare inoficiosa. Imprecisión técnica que contrasta con la exactitud de Retés, en su texto últimamente citado, cuando explica que «*filius donatarius tenetur excessum refundere fratribus propter inofficiositatis, non jure collationis*».

Junto a este error de confundir la colación con la imputación a la legítima, parece que no faltó, aunque con carácter excepcional, quien confundió la colación con la imputación en general (error muy frecuente en el siglo XIX, como veremos). Esa excepción la sufrió, al parecer, Héctor Rodríguez, catedrático de la Universidad de Salamanca. Comentándolo, dice Parladorio (289): «*cuius opinionem in causa, cui Hector ipse patrocinabatur, memini ergo exhibitam fuisse ab Auditoribus in Regio Vallisoletano praetorio cum litis relatio fieret*».

B) *Imputación de las donaciones a la legítima o a las mejoras de tercio y quinto*.—Hemos visto con qué rigor romanista distinguían nuestros mejores clásicos entre colación e imputación. Ese rigor lo vemos patentizado por Palacios Ruvios (290) cuando dice que las dotes y donaciones que conforme la ley 29 de Toro debían colacionarse, no se imputaban a la legítima, porque ésta debía ser atribuída a título de institución, y que, por tanto, podía querrellarse la hija dotada o el hijo donatario (si su dote no se le había atribuído a título de heredero) (291), no imputándose por ello la donación a la legítima, sino que, invalidada la institución, se colacionaba *ab intestato*.

Es decir, se sigue manteniendo la imputación como una pieza aplicable en aquellos supuestos patológicos en los que, mediante ella, se evitaba o limitaba la *actio ad supplementum*. Pero ya no para excluir la *querrela*, que era inevitable si la legítima en todo o en parte no se había otorgado a título de institución.

No obstante, parece que en la práctica el concepto de imputación comienza a ampliarse hacia un significado genérico que exce-

(288) Cp. y Diff. cit., pr., núm. 9, pág. 392, cuando dice que: «*si filius que donationem ob causam suscepit, repudiaverit paternam haereditatem, et contentus fuerit, cum donatione ob causam, non tenebitur invitus conferre, nisi ipsa lex 29 Tarw, declarat, donatio fuerit inofficiosa*». Habla, por tanto, PARLADORIO, de colación de lo inoficioso, con exactitud gramatical, pero con imprecisión técnico-jurídica.

(289) Diff. ult. cit., § 1, núm. 5, pág. 393.

(290) «Glossemata...». Lex XXV, Gloss. LXII (pág. 606 *in fine* y 607): «... hodie dos et donatio propter nupter nuptias non imputantur in legitimam: qua legitima debet relinqui titulo institutionis, licet debeat conferri, non impediuntur quominus filia dotata, vel filius cui est facta donatio propter nuptias, possit querellare testamentum».

(291) Ver. v. gt., RODRIGO SUÁREZ, op. cit., *Repetitio legis regni*, § 6 *quaeritur*, núm. 2, pág. 549.

de de aquellas aplicaciones particulares y casuísticas a que los comentaristas restringían su aplicación en Derecho común.

El supuesto patológico que en Derecho romano exigía la actuación de la imputación, pasa a ser—como hemos visto—de general aplicación al ensancharse la legítima y ser desdoblada en legítima rigurosa y tercio de mejora. Basta que se haya dispuesto una donación no colacionable a favor de un descendiente para que surja siempre el problema de su imputación en la legítima, en el tercio o en el quinto.

Como hemos visto al examinar la ley 25 de Toro, desde el punto de vista de Tello Fernández y de Ayerve de Ayora, por una parte, y de Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, etc., de otra, para calcular las legítimas se debía hacer una previa computación de *relictum* y *donatum*, y las donaciones computadas debían contabilizarse; según lo dispuesto en las leyes 26 y 29 de Toro, sea en la legítima, en el tercio o en el quinto. Las mejoras de tercio y quinto podían resultar proporcionalmente mayores o menores según cual fuere su base; es decir, según abarcaron totalmente el tercio y el quinto disponibles, o solamente se limitaran al tercio y quinto del caudal relicto. Ello obligaba a una contabilización en las partidas disponibles e indisponibles de la herencia, que si no coincidía con la imputación, en la concepción de los autores de Derecho común, tampoco podía confundirse con la colación. Era operación más amplia que la que fijaba el ámbito de la colación. Es decir, no sólo determinaba el total de la masa partible entre los herederos forzosos, no incluidas las donaciones no colacionables y deducidos los legados imputables a tercio y quinto, sino que, además, en caso de no aceptación de la herencia por el donatario, servía para calcular la parte de las donaciones *ob causam* imputable a la legítima y su exceso imputable a tercio y quinto. Esa operación contable de computación, con su correspondiente imputación, lo mismo jugaba respecto a la legítima que con referencia al tercio y al quinto, por lo que puede deducirse que la expresada imputación contable a las legítimas no era de naturaleza distinta que la imputación a tercio y quinto.

Surge, así, un concepto más general no expresado dogmáticamente por nuestros clásicos, pero realmente practicado por ellos (292). Este es de gran interés actual para precisar el concepto de imputación vigente en nuestro Código civil.

El viejo concepto casuístico, restringido y terapéutico, puede

(292) Así se comprueba, v. gr., en los ejemplos que nos ofrece ANGULO en los núms. 18, 19 y 20 de su Gloss. segunda, lex nona (op. cit., págs. 483 y ss). que en parte hemos referido en notas anteriores. En ellos se observa cómo realiza el cálculo de la legítima rigurosa y, por tanto, de tercio y quinto disponibles, diferentes del cálculo de la masa partible por igual entre los herederos forzosos y de las mejoras efectivas de tercio y quinto. El primer cálculo contable, cuyo fin primordial fué la salvaguardia de las legítimas, señalaba un límite corrector, de las donaciones inoficiosas y de las dotes excesivas.

ser agrupado en un concepto más general. Entendiendo que éste consiste en la imputación contable a una de las cuotas ideales de la masa hereditaria de todas y cada una de las donaciones que fueron computadas para conocer el montante. Su fin es comprobar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones y conocer que el valor en bienes relictos debe aplicarse para completar las legítimas totalmente.

Hecha esta observación, vamos a examinar los supuestos de imputación, en el amplio sentido que acabamos de prefijar, deslindando, primero, la imputación a la legítima y la imputación como mejora, y tratando, después, de estudiar los problemas de imputación preferente a quinto y a tercio.

a) *Imputación con mejora e imputación a la legítima.*—Las leyes 26 y 29 de Toro—ésta en sus apartados segundo a último, pues el objeto del primer apartado es la colación—se ocuparon de esta cuestión, resolviéndola en estos términos:

Ley 26: «Si el padre o la madre, en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún contrato entre vivos, hicieren alguna donación a alguno de sus hijos, o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entendiéndose que le mejoran en el tercio e quinto de sus bienes, e que la tal donación se cuenta en el dicho tercio e quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a él ni a otro no pueda mejorar más de lo que más fuere el valor del dicho tercio e quinto, e si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio e quinto e legítima de lo que debían haber de los bienes que su padre e madre e abuelos e no en más.»

Ley 29: «Cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traher en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recebido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar (*apartado relativo a la colación*). Pero si se quisiera apartar de la herencia que lo pueden hacer, salvo si la dote o donación fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieron, ansi los hijos e descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas e sus maridos en lo que toca a las dotes: puesto que sea durante el matrimonio a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí. E para decir si la tal dote es inoficiosa se mire a lo que escede de su legítima de tercio y quinto de mejora...» (*apartados referentes a la imputación*).

La última afirmación respecto de las dotes fué modificada por la Pragmática dada en Madrid por Carlos I en 1534, de la que hemos de hablar.

Palacios Ruvios, en su *Repetitio Cap. Per vestras* (293), en-

(293) Párrafo 22, de la tercera numeración, núm. 13, fol. 153 vto.: «Intellige etiam predictam legem XXVI. quando talis donatio esset facta in

tendió que todas las donaciones, pese a lo dispuesto en la ley 26, debían imputarse a la legítima en el montante a que ésta ascendiera. Porque hasta dicho montante «más que donar el padre satisfice una deuda». A su juicio, las donaciones sólo se entendían como mejora en cuanto excedieran de la legítima.

Pero, ante la refutación de Cifuentes (294), el mismo Palacios Ruvios, en sus Glosas a las leyes de Toro (295), rectificó esa afirmación, aceptando la tesis que luego siguieron Rodrigo Suárez (296), Covarruvias (297), Antonio Gómez (298), Gregorio López (299), Tello Fernández (300), Peláez de Mieres (301), Matien-

quantitate legitime filio debita et ultra nam in eo quod est legitima magis videtur pater debitum solvere quam donare cum legitima filii in bonis patris sit quasi debita filio... in alio ergo quod legitimam excedit donatio videtur heri melioratio.»

(294) Comentario a la ley 25, *in fine*, y a la ley 29, núm. 1 (según cita de JUAN GUTIÉRREZ).

(295) «Glossemata...», Lex XXVI, Gl. X, pág. 608, y Lex XXIX, Gl. VII, página 620; gl. XXVII, pág. 622. De la ley 26 dice: «Videtur ergo sentire ista lex, quod donatio simplex facta a patre vel matre, filio emancipato vel in potestate, non debeat imputari in legitimam, sed in tertia et quinta parte bonorum videatur filius melioratus imputetur. Et eo casu videtur sentire, quod nec etiam debeat talis donatio conferri, cum dicit quod debeat imputari in tertia et quinta bonorum.» De la ley 29, dice: «dos et donatio propter nuptias, primo imputantur in legitimam. Et quod excedit legitimam, imputatur in tertia et quinta bonorum... secus in aliis donationibus simplicibus, quia primo imputatur in tertia et quinta bonorum, et quod superest, imputatur in legitimam. supra 26.»

(296) Op. cit., *Declaratio legis regni*, § 5 *quæro*, núm. 9, págs. 545 y ss. Si bien afirma que lo dispuesto para la colación en la ley 29 no debía referirse a la imputación, «quia dicta lex solummodo loquitur de collatione, non autem de imputatione in legitimam, et non sequitur hæc consequentia, conferuntur ergo imputatur, licet e contra sic imputatur eroge conferuntur»

(297) Op. y vol. cit., Cap. Raynaldus, § secundus, núm. 8, pág. 103: «donatio causa dotis vel donationis propter nuptias quatenus legitimam portionem non excedit in legitimam imputatur, excessus vero in tertiam et quintam bonorum partem Regia l. 29 Taur. Hæc quidem donationes, quæ simpliciter fiunt, et quæ iure Cesareo in legitimam non imputarentur, in tertiam et quintam partem iure Regio imputantur, non in legitimam portionem Regia 26 Taur... qua sancitum est, donationem simplici factam a patre filio, non in legitimam, sed in tertiam et quintam partem imputari: et ideo censi constitutam filio meliorationem: etiam si hoc expressim a patre donante, non dicitur.»

(298) «Ad leges Tauri...», lex XXIX, núm. 30, pág. 189: «talis donatio simplex nullo modo computentur nec conferantur, sed sit præcipuam, et in ea tota videatur filius melioratus, et in super habeat legitimam.»

(299) Glosa a las palabras *en su parte* de la ley 3, tit. IV, Quinta Partida (ed. Barcelona, 1843, vol. cit., pág. 39, núm. 18): «por la ley 26 de Toro el hijo se reputa mejorado por la donación; así que no debe llevarla a colación, ni imputársele a su parte mientras no exceda al tercio y al quinto; y así debe entenderse la ley 29 del mismo Ordenamiento.»

(300) Op. cit., lex 26 et 29, núm. 2 (fols. 200 vto. y 2 201): «omnes donationes ob causam conferuntur et imputantur, nisi pater expresserit contrarium... ahoc verbo dono, in donationibus simplicibus dicitur meliorasse sin autem fuerit excessiva, relinquuntur imputabitur in legitimam. Itaque data in hac donatione non computantur nec conferuntur, nisi pater hoc expresserit.»

(301) Op. cit., *Praefatio* núm. 8 (fol. 6).

zo (302), el doctor Luis de Molina (303), Juan Gutiérrez (304), Angulo (305), el jesuita Luis de Molina (306), Juan García Saavedra (307), Parladorio (308), etc.

Común opinión que distinguía las donaciones simples, a las que aplicaba la ley 26, y las donaciones *ob causam*, a las que se refería la ley 29. La expresión de esta ley «e las otras donaciones», escrita a continuación de «la dote en la donación *propter nuptias*» se entendió referida a las de naturaleza similar a estas (309).

Por tanto, el orden de imputación referido a las donaciones simple era: mejora de tercio y quinto y legítima; mientras el de

(302) Op. cit., lib. 5. tit. 6, ley X (26 Toro), Gl. II, núm. 2 (fol. 157): «Ex quo intertur, donationem simplicem filio factam non imputari in legitimam nec conferri iure nostro regio, nisi in eo quod excedit tertium ex quintum», y lib. 5, tit. 8 Ley III, Gl. I (fol. 206 vto).

(303) D. D. LUDOVICI DE MOLINA: *De Primogeniarum Hispanorum origine ac natura* (nova editio, Lugduni, 1749), lib. I. cap. VIII, núm. 19, pág. 71.

(304) Op. cit. lib. II, Quaest. L. XIV, núms. 2 y 3 pág. 144.

(305) Op. cit., lex decima, Glossa prima, núms. 1 y 2, págs. 529 y ss.: «Donatio facta a parentibus intelligitur esse melioratio, et in tertio et quinto computatur: ita, ut pater amplius, nisi de residuo tertii et quinti disponere non possit. Et si quid amplius donatio continet in legitimam imputandum est, et ex lex 26 Taur.» (núm. 1). «Modo donatio sit simplex. Nam si esset donatio ob causam non censeretur date loco meliorationis (nisi id actum esset) sed imputaretur in legitimam, quamvis si excederet legitimam excessus sit in tertium et quintum imputandus» (núm. 2).

(306) Op. y vol. cit., Disp., 243, col. 1.502 D: «Quod si tertium et quintum excedat, incrementum computandum esse in legitima. Si vero excedat legitimam, et tertium ac quintum, tunc quoad incrementum esse inofficiosam et invalidam.»

(307) «Tractatus de donatione remuneratoria» (Amsteladami, 1668), número 45, vers. *Ego vero*, págs. 29 y ss.: «Ego vero considero, nostro iure maximam esse differentiam inter simplicem donationem, et donationem ob causam; namque illa simplex non confertur, et valet in tertio et quinto praecipua L. 26 Taur... donatio ob causam confertur L. 29 Taur...»

(308) Op. cit., Dif. CL, núm. 8, pág. 392: «... constat, utriusque legis Regiae concordia, hoc enim aperte volunt, ut donationes simplices prius imputantur in meliorationem trientis et quinquencis.»

(309) No faltaron otras interpretaciones que intentaron concordar las leyes 26 y 29.

Así, JACOBO VALDÉS, en sus adiciones a RODRIGO SUÁREZ (op. cit., *Declaratio Legis regni*, § 5 *quæro*, D. pág. 548), expone la duda de si la ley 26 se refería exclusivamente al supuesto de que el donatario no aceptara la herencia, mientras el primer apartado de la ley 29 recogería el supuesto de aceptación; pero estima que de ser así carecería de sentido que la ley 25 hablara de «las otras donaciones que truxeren a colación», pues bastaría que dijera las otras donaciones.

VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO (op. cit., L. XXIX, Glossa III, núm. 5, págs. 64 y s.) niega la oposición entre ambas leyes, partiendo de que se refieren a dos supuestos distintos de la alternativa existente según «ut filius eam conferre voluerit» o «sin verò voluerit repudiare haereditate».

JOSÉ FERNÁNDEZ DE RETES (op. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599) rotundamente admite que, de aceptarse la herencia por el hijo donatario, debía colacionar todas las donaciones «sive ob causam donatio sit, sive simplex et puras». La ley 26, según esa tesis, sólo podía aplicarse, por tanto, en caso de abstenerse o repudiar la herencia del donante.

las *ob causam* inversamente era: legítima y mejora de tercio y quinto. Claro que, conforme aceptan los autores citados, cabía que el causante alterara esa regla, ordenando la imputación a la legítima de alguna donación simple o la imputación a la mejora de una donación *ob causam*—excepto tratándose de la dote, a partir de la Pragmática de 1543—. Incluso, tratándose de donaciones simples iguales a la legítima, presumió Antonio Gómez (310), siguiendo la opinión de Bartolo, que debía entenderse tácitamente ordenada su imputación a la legítima. Opinión de la que discrepa Angulo (311).

En verdad, el apartado primero de la ley 29, planteaba una cuestión de colación, no de imputación. Se trataba de colacionar a la masa partible entre los herederos forzosos; masa que podía exceder de la legítima rigurosa (312) y en la que cabía, en este caso, como luego veremos, una institución desigual.

Pero esta ley 29, desde su apartado segundo, abandona el supuesto de la colación, que no cabe en caso de repudiación de la herencia, y penetra en el ámbito de la imputación, imprescindible para fijar la inoficiosidad de dotes y donaciones.

b) *Imputación de las donaciones dispuestas a favor del hijo único del causante*.—La ley 26, al referirse a las donaciones que deben reputarse como mejora de tercio y quinto, habla de las que hicieren los padres *a alguno de sus hijos*. Estas palabras subrayadas no escaparon a la perspicacia de Angulo. De ellas resulta, a su juicio (313), que la ley 26 se refirió al supuesto de ser varios los hijos del donante, escapándose de su *ratio* el caso de haber un solo hijo. La finalidad de la ley se dirigía, a su entender, a señalar el carácter asignado a la donación de mejora para un hijo con respecto a sus hermanos; finalidad que desaparecía si el donatario era hijo único del donante.

De no aceptarse este criterio, resultaría que el padre de un solo hijo perdería toda posibilidad de disponer *mortis causa* ni siquiera por su alma, en caso de haber donado a su dicho hijo por un valor que agotase el quinto de sus bienes, sin haber predeterminado expresamente su imputación a la legítima (314).

(310) *Ad leges Tauri...*, L. XXIX, núm. 28, pág. 187. *in fine*, y ss.

(311) Op. cit., Lex décima, Glossa prima, núms. 10 y 11, págs. 535 y ss.

(312) Así ocurría siempre que no se hubiera dispuesto totalmente de tercio y quinto del acervo formado por *relictum* y *donatum*. Sea por haberse dispuesto únicamente de tercio y quinto de lo relicto o simplemente por no haberse agotado con las mejoras el montante de las cuotas disponibles.

(313) Op. cit., Lex décima, Glossa secunda, núms. 1 y 15, págs. 538 y 542.

(314) El criterio favorable a la plena disponibilidad del quinto lo deduce ANGULO (núm. 19, pág. 544) de la disposición de la ley 214 del *Stylo*, de que antes nos hemos ocupado. También lo apoya en la ley 17 de Toro, que, al hablar de la irrevocabilidad de las mejoras hechas con entrega de bienes—como también observa ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri...*, L. XVII, número 10, pág. 126)—, «cum misterio nostra lex tantum loquitur in tertio, et non in quinto» (ver el estudio que de esta cuestión de la revocabilidad o irre-

Por todo ello, entendió Angulo (315), que por Derecho real, toda donación a un hijo único debía imputarse a su legítima, no entendiéndose hecha con cargo al quinto, y que, por tanto, el padre conservaba a libre disposición del quinto, «non solum per donationem, sed etiam per testamentum, et non solum de quinto bonorum restantium (quamvis simplex dispositio quinti ad illa solum referetur, ut in lege praecedenti), sed etiam bonorum omnium, cumulata donatione, si pater exprimat». Y, dando un paso más, afirmó que si posteriormente naciera otro hijo del donante, la donación se revocaría en cuanto la legítima de éste, y, en todo caso, debía colacionarse (316).

c) *La imputación entre tercio y quinto.*—He aquí este problema, conforme lo plantea Ayerve de Ayora (317): «Si el padre hizo alguna donación simple a alguno de sus hijos de alguna heredad, o viña, o otra cosa de sus bienes, que en tal caso es visto mejorarle en ello, siendo donación simple conforme a la ley 26 de Toro: si en este caso será visto mejorarle en el quinto, o en el tercio de sus bienes, si cabía la dicha donación en el quinto.»

Anteriormente, Palacios Ruvios (318) había ya resuelto que la mejora debía imputarse primero al tercio que al quinto «favore animae» y, también, «quia tertia respectu extraneorum est legitima filiorum: quamvis inter ipsos filios sit prelegatum: unde tamquam legitiman est prius detrahenda».

La primera razón no convenció a Ayerve de Ayora, pues observó que cesaría si el quinto se legase íntegramente a un extraño. A su juicio, el fundamento de dicha solución brotaba del principio de que el testador «in dubio censetur dare, vel legare, id quod minus est, et gravare se quam minus potest, et id egisse quod quisque prudens, et diligens homo faceret». Si lo donado se aplicase al quinto, se cerraría su facultad de testar o disponer libremente de dicha cuota, única disponible a favor del alma, causas pías y extraños.

También Diego Castillo (319), Angulo (320) y Acevedo (321)

vocabilidad de esas mejoras en cuanto el quinto hace ANGULO, op. cit., Lex prima, Gloss. secunda, núms. 1, 2 y 3, págs. 50 y ss.).

(315) Op. cit., Lex décima, Gloss. secunda, núms. 9 y 20, págs. 541 y 545 y ss.

(316) Glos. últ. cit., núms. 21 y 22, pág. 546.

(317) Op. cit., Pars. II, Quaest. IV, núm. 8, pág. 144.

(318) *Repetitio rubr. et cap. Per vestras...*, cit., tercera numeración, § 22, número 13, fol. 153

(319) Op. cit., Lex décima, Gloss. quarta núm. 4 pág. 562: «Nam si quidam fuit donatio simplex facta filio huic, vel alio, indistincte ad tertium referenda est: et si maioris sit quantitatis, suplenda ex quinto, sive quantum sit relictum eidem, cui tertium, sive alii.»

(320) Op. cit., Lex XXVI, núm. 2, fol. 119, donde se apoya en la razón dada por PALACIOS RUVIOS.

(321) Op. y vol. cit., lib. V., tit. VI, Lex V (Tauri 26), núm. 23, página 128: «... et eo quod prius in tertio, quod in quinto numeratur talis donatio sed quia potius praesumitur testatorem vellem implere voluntatem in totum, et sic in eo quod, plus est, numeranda prius est et per consequens prius in tertio quam in quinto».

participaron en la opinión de que la mejora—cuando el causante no ordenó expresamente su imputación—debía imputarse primero al tercio que al quinto.

La letra de las leyes 26 y 29 de Toro enumera el tercio antes que el quinto, al decir que la donación simple *se cuente en él dicho tercio, e quanto de sus bienes en lo que cupiere*, y que para juzgar si una dote es inoficiosa *se mire a lo que excede de su legitima de tercio e quinto de mejora* (322).

c) *Determinación del momento en que debía juzgarse la oficiosidad o la inoficiosidad de las donaciones.*—Hemos visto que en Derecho romano la inoficiosidad de una donación debía juzgarse con relación al momento en que se otorgó, si bien la inoficiosidad originaria podía quedar corregida si al fallecimiento del donante no resultaba inoficiosa por ulterior aumento de su fortuna. También vimos que la ley 9, tít. IV de la Quinta Partida atendió a ambos momentos para juzgar de la inoficiosidad. Ahora nos corresponde detenernos ante los dos últimos versículos de la ley 29 de Toro, que rezan así:

«E para se decir la tal dote inoficiosa se mire a lo que esceda de su legitima de tercio e quinto de mejora, en caso que el que la dió podía facer la dicha mejora cuando fizo la dicha donación, habiendo consideración al valor de los bienes del que dió, o prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, o mandada, o al tiempo de su muerte del que dió la dicha dote, o la prometió, do más quisiere escoger aquel a quien fué la dicha dote prometida, o mandada. Pero las otras donaciones que se fizieren a los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas se haya consideración a lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.»

Entre las cuestiones más destacadas planteadas por este texto, podemos distinguir las relativas a la dote y las referentes a las otras donaciones:

a) *Problemas que plantea la valoración de las donaciones y del haber relicto, a efectos del cálculo de las legítimas y del tercio y quinto.*—A esta materia, por lo que a las mejoras se refiere, debe aducirse lo que dispone la ley 23 de Toro en su apartado segundo: «Que la tal mejora aya consideración a lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo la dicha mejora». También la ley 19, al señalar la tasa de la mejora la refirió «a lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte».

No ofrece duda alguna que el valor de los bienes del causante debía ser referido al día de su muerte para calcular la legítima, tercio y quinto.

Pero como a este caudal y para dicho cálculo debían sumarse

(322) SANCHO LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit. Ley 26, núms. 46 a 49, página 469), siglos más tarde, aún arguye esta circunstancia en pro de la solución expresada de imputar las mejoras al tercio antes que al quinto.

las donaciones simples y ob causam hechas por el causante, se planteó el instante en que debían valorarse para realizar dicha suma.

Angulo (323) respondió: 1.º, que lo donado a cuenta de la legítima o con carácter revocable como mejora debía valorarse al tiempo de la muerte si bien restando el aumento debido a industria del donatario y sumando la disminución causada por culpa del mismo. Es decir, según reglas de la colación.

2.º Que lo donado irrevocablemente a cuenta de la mejora sea mejora de cuotas o de cosa cierta, debía ser valorado con arreglo a lo que valiera al tiempo de la donación, de modo que los aumentos de valor aun no debidos a industria del donatario beneficiarían a éste y el riesgo de la pérdida o de la desvalorización incluso fortuito del bien donado no reduciría la base de cálculo de las legítimas.

La razón de estos diferentes criterios se hallaba, de una parte, en la actualidad de la enajenación, en el segundo caso, y de otra en la naturaleza en cierto modo condicionada de la donación, en los supuestos del primer caso, tratándose de las mejoras revocables, o en el carácter anticipadamente relicto de las donaciones imputables a la legítima. Angulo, apoyó jurídicamente esta tesis en la *Authentica de immensis donat*, § 1.º (extracto de la Novella 92, c 1) recogida en el Codex III-XXVIII, que por sus primeras palabras se titula «Unde et si parens». Para el supuesto de donación actual y no imputable a la legítima, según Angulo, dicha *Authentica* entendió que para el cómputo de las legítimas (de la Falcidia en la letra de la *Authentica*) los bienes donados debían considerarse «alienata per patren titulo lucrativo» y, al efecto, valorados al tiempo de la donación (en lo que modificó las precedentes disposiciones).

b) *Cuestiones referentes a la valoración del caudal relicto para juzgar de la oficiosidad de la dote.*—Se plantearon las siguientes:

1.º La relativa a quien corresponde la elección del tiempo en que debe juzgarse la oficiosidad o inoficiosidad de la dote. Diego Castillo (324) la dejó expuesta sin resolverla. Antonio Gómez (325), Velázquez de Avendaño (326) y Angulo (327) atribuyeron al marido esa *facultas eligendi*, basándose en las palabras de la ley, que dicen: «do más quisiera escoger aquel a quien fué la dicha dote prometida o mandada».

2.º La referente a si el nacimiento de otros hijos del dotante después de otorgada la dote, podía influir en el ejercicio de la

(323) Op. cit., Lex séptima, Gloss. prima, núm. 36, págs. 434 y ss.

(324) Op. cit., Lex XXIX, núm. 38 vers. *Sed quaero* fol. 137.

(325) *Ad leges Tauri*..., Lex XXIX, núm. 35, vers. *Tertio infero*, vers. «Sed hodie nostra Lex 29», pág. 192.

(326) Op. cit., L. XXIX, Gloss. V, núm. 5, pág. 71.

(327) Op. cit., Lex séptima, Gloss. prima, núm. 23 pág. 420, y Lex décima, Gloss. quinta, núm. 8, pág. 368.

opción. Juan Bernardo Díaz de Lugo (328) opinó que en este caso no era aplicable la ley 29 de Toro, sino la ley 8, tít. IV de la Quinta Partida. Gregorio López (329) en principio disintió de esta opinión, pero la entendió sostenible «cuando el padre desconfiando de tener otros hijos, diera a la hija una dote mucho mayor de la que correspondiera para el marido que había escogido y no sería fuera de razón que la dote se revocase en cuanto al exceso». Ayerve de Ayora (330) afirmó que, sin perjuicio de la opción correspondiente a la hija, los hijos después nacidos debían recibir íntegra su legítima.

La Pragmática de Madrid de 1534, inserta en la l. 1, tít. II, libro V de la Nueva Recopilación y en la ley 1, tít. 2, lib. 5.º de la Novísima, prohibió que las hijas fuesen mejoradas expresa o tácitamente en contrato entre vivos por razón de dote. Ello suscitó otros problemas relacionados a su intersección con la ley 29 de Toro (331).

1) ¿Cuál debió ser el límite que esta ley quiso fijar a las dotes?: ¿El importe de la legítima estricta de las hijas?, ¿la parte viril que les correspondería en toda la herencia?, ¿esta misma participación en el haber una vez deducido el quinto que el causante dispusiere?, ¿o, deduciendo, además del quinto las mejoras dispuestas por el causante?

Ayerve de Ayora (332) aceptó la última solución: «Dispositio ergo praedictae legis *de Madrid*, habebit locum, quando filia meliorata est tácita, vel expresse in tertio, vel in quinto, vel aliqua parte eorum nomine dotis, ita quod ipsa aliquid plus ferat ex bonis patris, vel parentum quam exteri frates, non quando aequaliter parens bona sua divisit inter filios, quod verum puto cum aliqua lege hoc non inveniatur prohibitum.»

En cambio, Angulo (333) opinó que la hija mejorada sólo debía restituir las partes del tercio y del quinto correspondientes a otros hermanos, pero no su parte viril en dichas cuotas.

2) La citada Pragmática, ¿derogó también la ley 29 de Toro en cuanto la opción concedida a la dotada o su marido de elegir el momento en que debía juzgarse su inficiosa? Es decir, la dote que fué oficiosa al otorgarse ¿debía reducirse, conforme a la

(328) En sus reglas y variaciones, letra *d*), regla 141, según cita de GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a las palabras *es otro*, de la Ley 8, tít. IV, Partida quinta (ver. la ed. Barcelona, 1843, vol. III, págs. 47 y 48, núm. 40).

(329) Glosa citada en la nota anterior.

(330) Op. cit., Pars. III, Quaest. XXVIII, núm. 100, págs. 276 y ss.

(331) El más detenido estudio de la Pragmática de Madrid puede verse en la obra de BAEZA: *In Caroli Quinti Augusti Hispaniae Regni Illustris Constitutionem in Madritensi conventu editam quae de meliorandis filiabus dotis ratione loquitur narratio per Gasparem Baezan*, Granatae, 1566.

(332) Op. cit., Pars. III, Quaest. XXVII, núms. 85 a 91, págs. 266 y ss.

(333) Op. cit., Lex sexta, Gloss. prima, núm. 18, págs. 395 y ss., y Lex décima, Glosa quinta, núm. 3, pág. 567.

Pragmática de Madrid, si posteriormente disminuído el caudal paterno hubiese resultado inoficiosa con relación al caudal relicto por el propio causante?

Baeza (334) y Velázquez de Avendaño (335) presupusieron la vigencia en este punto de la ley 29 de Toro. Ayerve de Ayora (336) expresamente afirma dicha Pragmática no derogó aquella opción. Y, también, Angulo (337) y Acevedo (338) opinaron que dicha opción persistía.

§ 7.º *La colación después de las leyes de Toro según los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.*

Los tres últimos apartados de la ley 29 de Toro se refieren —como hemos dicho— a la imputación de las dotes y demás donaciones colacionables, en el supuesto de que el donatario no acepte la herencia. En cambio, el apartado primero plantea claramente una cuestión de colación propiamente dicha.

Cierto que podía ocurrir—y era frecuente que así ocurriera— que la masa hereditaria partible entre los herederos forzosos equivaliera a la legítima estricta, de modo que el resultado de la colación, verificada a través de la toma de menos, fuese idéntico al que se obtendría a través de la que hemos llamado imputación en sentido amplio, y que en adelante llamaremos a secas imputación.

No obstante, cabía que no sucediera así. Podría ocurrir que la masa hereditaria, deducidos legados y mandas y sumadas las donaciones colacionables, es decir, la masa partible entre los herederos, excediera de la legítima rigurosa y, en este supuesto, era posible que estos no heredaran por partes iguales. En tales casos las dos operaciones debían discurrir separándose por caminos distintos, actuando la computación y la imputación como operación correctora de la colación cuando con sólo ésta habría perjuicio en alguna legítima.

Vamos a ver, ahora, cuál fué el régimen de la colación en el Derecho de Castilla bajo el imperio de las leyes de Toro.

a) *Personas que debían colacionar y que se beneficiaban de la colación de los demás (ille qui petit collationem et ille a quo petitur).*—Los juristas castellanos recogen la doctrina romana, ocupándose de las mismas cuestiones planteadas por los autores de Derecho común. Resumiéndolas Antonio Gómez (339) concreta: «quod omnes descendentes, quibus ab intestato debetur legi-

(334) Op. cit., cap. 31, núms. 87 y ss., págs. 151 vto. y ss.

(335) Op. cit., L. XXIX, gloss. V, núms. 4 y s., pág. 71.

(336) Op. cit., Pars. III, Quaest XXVII, núm. 92 (pág. 271 y sig.).

(337) Op. cit., lex Sexta, Gloss. prima, núm. 17 (pág. 395) y Lex Séptima, gloss. prima., núm. 23 (págs. 425 y sig.).

(338) Op. y vol. cit., Lib. V, tit. VIII, ley III (Tauri 29), núm. 18, página 249.

(339) Op. cit., lex XXIX, núm. 6 (pág. 176).

tima, conferunt inter se succedendo ascendentibus, nulla differentia facta sexus vel gradus, emancipatione vel patriae potestatis: et nulla alia persona tenetur conferre».

He ahí, por tanto, desmenuzados los requisitos:

1.º Ser descendiente al que el causante debiera dejar la legítima (340). Por tanto, el descendiente debía suceder «tamquam liberi, ex primo capite» (341).

Por esa razón, «cum eis non debeantur legitima»—ver ley IX de Toro—, no debían colacionar los hijos naturales, «modo succedant soli interse, modo cum aliis legitimis per dictam regulam» (342). En cambio, por dicho *ratio*, debían colacionar los legitimados—«quia est filius et descendens et debetur ei legitima» (343)—por lo menos los legitimados por subsiguiente matrimonio (344).

Siguiendo esa regla, los adoptados por un ascendiente natural suyo debían colacionar en la herencia del adoptante (345), y en cambio se sostuvo que los adoptados por un extraño debían colacionar en la herencia del padre carnal, pero no, en cambio, en la del adoptante que tuviera hijos carnales (346).

Pero los corolarios más interesantes de aquella regla se referían a la colación por parte de los nietos.

Los nietos, cuando sucedían al abuelo en representación—*lato sensu*—del padre o madre, debían colacionar lo que este hubiese tenido que colacionar en la herencia de aquél (347).

(340) Ver ANTONIO GÓMEZ, op y lex últ. cit., núm. 31, requisitos *primo y quinto* (pág. 190); VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., Tertia partis, Lib. II, § XVIII, núm. 44, pág. III; LUIS DE MOLINA, S. J., op. cit., Tract. II, Disp. 237, col. 1.469; ANTONIO PICHARDO DE VINUESA: *Comentariorum in IV Institutionem Instimianearum libros*. (Editio última, Lugduni 1671), T. II, Lib. IV, Tit. VI, art. II, núm. 14 (pág. 180).

(341) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit. *Primum requisitum*, pág. 189 in fine y sig.

(342) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., vers. *Duodécimo infero* (págs. 178 in fine y sig.); PICHARDO, loc. últ. cit., núm. 16.

(343) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., y pág. vers. *Septimo infero* (pág. 177 in fine y sig.); LUIS DE MOLINA, S. J., Disp. últ. cit., col. 1.468 in fine y sig. in princip.

(344) Ver la ley XII de Toro, y la glosa 68 de ANTONIO GÓMEZ a esa ley (pág. 105).

(345) Ver ANTONIO GÓMEZ, op. y loc. últ. cit., vers. «Sexto infero», donde se apoya en las glosas de Bartolo y Paulo de Castro. VÁZQUEZ DE MENCHACA (loc. últ. cit.) afirmó debía ser colacionado, «vel forte a patre adoptivo datum esset filio adoptivo, vel filio arrogato: in quibus casibus, e's legitima debetur, qui ab intestato vel ex testamento instituti sunt».

(346) Ver GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «muriesse sin testamento» de la ley 8, tit. XVI, P. IV (núm. 21, pág. 1.070 ed. cit., T. II) y PICHARDO, loc. últ. cit., núm. 18.

(347) Ver ANTONIO GÓMEZ (loc. últ. cit., Vers. *Octavo infero*, pág. 178), que explica, «cuius ratio est quia cum tales nepotes succedant repraesentativae loco et portione parentum defunctorum» y «quia ius collationis, tam active quam passivae transmittitur ab haeredes». Así como GREGORIO LÓPEZ (glosa a las pala-

Debían colacionar igualmente los nietos aquello colacionable por naturaleza que el abuelo les hubiese dado directamente después de la muerte del padre o madre, intermedio (348).

No colacionaban, en cambio, los nietos cuando heredaban al abuelo, viviendo el padre, pues entonces sucedían *tamquam extranei* (349).

Tampoco colacionaban en la sucesión del abuelo lo que los nietos hubiesen recibido de sus padres (350).

Más dudoso fué si debía colacionarse en la herencia del padre, las dotes que los abuelos hicieran a sus nietas en potestad. Entre los autores de Derecho común, se distinguió, en este caso, según la donación se hubiese realizado por el abuelo en consideración a la nieta o en contemplación del padre (351). Pero la distinción carecía de interés en Derecho real, pues el hijo salía de la patria potestad al contraer matrimonio—«el hijo o hija casado e velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre», dispuso la ley 47 de Toro—, por lo cual la nieta no podía estar bajo la potestad del abuelo (352).

2.º Suceder a título de herencia, sea testada o intestada.

A título de herencia «título universalis tamquam haeres», dice Antonio Gómez (353). No así sucediendo a título singular—«se-

bras *se deve contar* de la ley 3. Tit. XV. T. VI. núm. 24. pág. 734. T. III ed. cit.) que se apoya en las palabras de la ley 20 de Toro, *ellos e sus herederos*. Ver también VÁZQUEZ DE MENCHACA (§ XIX últ. cit., núm. 53, pág. 113) y el jesuita LUIS DE MOLINA (Disput. últ. cit., col. 1.409. D).

(348) ANTONIO GÓMEZ (vers. *Nono infero*, pág. 178) entiende que en este su puesto «indistincte tenetur conferre modo succedat cum patris vel avunculis, amitis vel maternis, modo cum aliis nepotibus ex alio filio mortuo: quia ea debetur legitima, et tam videtur avus dedisse ex causa et ratione avi licet debeat succedere repraesentativae ex persona patris praedefunctis».

Ver también ANGULO (op. cit., lex nona, glos. tertia, núm. 3, pág. 514) y el jesuita LUIS DE MOLINA (op., vol. y Disp. últ. cits., col. 1.470 A).

Lo dado por el abuelo antes de la muerte del padre sólo debía colacionarse si lo dió «contemplationi patris» no si lo dió «contemplatione filii» (es decir del nieto del donante), según explican PARLADORIO (op. cit., Diff. CL, § III, num. 6 y 7, pág. 394) y LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., col. 1.475 B, C) O. en otra expresión del mismo MOLINA (Disp. últ. cit., A), «quod ante mortem patris accepisset immediata ab avo, si patris intuitu esset ei collatum, secus si intuitu ipsius nepotibus».

(349) ANTONIO GÓMEZ (vers. *Décimo infero*, pág. 178), expresa que ocurría así, tanto si fueron instituidos junto con los hijos, como si instituido el único hijo en la legitima los nietos fueron instituidos herederos universales, en cuyo caso tampoco debían colacionar entre sí. Ver también PICHARDO (cap. y loc. última cits., núm. 17, pág. 180; el jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., columna 1.469 A, B) y ACEVEDO (op. y vol. cits., Lib. V, T. VIII, Ley III, Tauri 29, núm. 9, pág. 248).

(350) Ver ANGULO, op. cit., lex nona, gloss. tertia, núm. 4 (pág. 514).

(351) Ver ANTONIO GÓMEZ, lex cit., núm. 41 (pág. 195).

(352) Ver GREGORIO LÓPEZ (glosa últ. cit.) y BAEZA (op. cit., cap. VII, número 21, fol. 40 vto.); ANGULO (op. cit. lex nona, gloss. tertia, núms. 5 y 7, págs. 514 y sig.); ACEVEDO (op. y vol. cits., Lib. V, Tit. VIII, ley III, Tauri 29, núm. 2, pág. 247) y PARLADORIO (op. cit. Diff. CL § III, núm. 5, pág. 394).

(353) Op. cit., lex XXIX, núm. 5 (pág. 176) y núm. 31. «Secundum requi-

cus vero si succedat título particulari»—cuando optara el legítimo por aceptar el legado. Como expresó Pichardo (354), «si filius aliquis título legati aut fideicommissi aliquid habeat, aut patri suo succedat, conferre non tenebitur» (355).

Por tanto, como expresó Vázquez de Menchaca (356), no se daba la colación, «quando unus successit título singulari, alius título universalis».

En cambio, no importaba que la herencia fuese diferida por testamento o *ab intestato* (357), incluso «etiam inter fratres diverso iure succedentes erit admitienda» (358), es decir, también tenía lugar entre hermanos que sucedieran uno testamentariamente y el otro *ab intestato* (359).

La institución en cosa cierta también fué examinada a efectos de la colación. Entendió Antonio Gómez (360) que si algún hijo «sit institutus in aliqua re certa, aliis fratribus haeredibus institutus universaliter», no debía colacionar aquél lo que el padre le hubiese donado en vida, ya que no sucedía a título universal sino singular. Al contrario, si todos los hijos fueron instituidos en diversas cosas ciertas, entendió que debían colacionar lo que el padre les hubiese donado, «quia iam succedunt filii universaliter et in omnibus, et por omnia habentur pro universalibus haeredibus quo ad extrinsecos effectus, licet quo ad ipsam rem videatur legatarius» (361).

3.º Heredar conjuntamente con otros descendientes que reunan igualmente los anteriores requisitos (362).

situm» (pág. 190). También en este sentido, LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. última cit., col. 1.472 B).

(354) Op. y vol. cit., Lib. IV, Tit. VI, Art. II, núm. 25, vers. *Unum tamen* (pág. 181).

(355) O, como expresó el jesuita Molina «Quoniam si parens defunctus tituli legati aliquid in ultimo voluntate ei relinquit, potest illud petere et obtinere de acervo honorum defuncti, neque tamen tenetur conferre».

(356) Op. pars. y lib. ult. cit., § XIX, núm. 54, pág. 113.

(357) Ver VÁZQUEZ DE MENCHACA (§ últ. cit., núm. 19, pág. 109); LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. últ. cit., col. 1.473 B); FERNÁNDEZ DE RETES (op. y volumen cit., «De donat», Cap. X, núm. 10, pág. 599); PICHARDO (loc. últ. citada, núm. 26, pág. 181).

(358) PICHARDO (loc. últ. cit.). Ver especialmente lo que dice VÁZQUEZ DE MENCHACA respecto al Derecho romano antiguo y nuevo, recogiendo y discutiendo la opinión de los autores de Derecho común (§ últ. cit., núms. 54, 55 y 56, pag. 113).

(359) Supuesto posible, como vimos en la primera parte de estos Apuntes (An. Dr. Civ. IV-1, págs. 461 in fine y ss. notas 151 a 159).

(360) Vers. «Secundum requisitum», últ. cit.

(361) Lex. cit., núm. 5, vers. *Sed hoc non obstante* (pág. 176).

(362) Ver ANTONIO GÓMEZ (lex últ. cit., núm. 39, pág. 185): «Computatio habet locum modo succedat filius cum aliis filiis et descendantibus, modo cum extraneis: collatio vero tantum habet locum inter filios et descendentes». LUIS DE MOLINA, S. J. (op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.479 B), «nisi parens expri (op. cit., Diff. CXLIX, núm. 9, pág. 391): «Collatio vero tantum modo habet locum, quando liberi inter se succedunt». PICHARDO (art. últ. cit., núm. 1,

Se discutió si la colación solamente debía tener lugar cuando los hijos fueran herederos por partes iguales. Gregorio López (363) recoge la siguiente cuestión planteada por Rafael Fulgosio:

«Supóngase que el padre, habiendo dado una dote crecida a la hija, la instituyó en una pequeña parte, nombrado herederos de todo lo restante a los demás hijos: ¿deberá en este caso la hija traer a colación la dote, si quiere percibir dicha parte?» La respuesta de Fulgosio, según la recoge Gregorio López, es ésta: «que si pudiese presumirse que el haberla instituido el padre en tan pequeña parte fué por consideración a lo crecido de la dote no tendrá lugar la colación, arg. 1, 29, § 1 D. *jam. excisc.*; empero si no constare la intención del testador en este punto, la colación es indispensable, a no ser que la hija quiera renunciar a la herencia...»

Matienzo (364), sin distinguir, afirmó: «Collationique locus erit, etiamsi in testamento filii sint inequaliter instituti».

Antonio Gómez (365) analizó el argumento de que en caso de institución desigual resultaba evidente la intención de los padres de no conservar la igualdad entre sus hijos, y lo rechazó, «quia pater bene voluit inaequalitatem servare inter filios in ipso testamento et institutione: non vero in bonis et rebus donatis in eius vita: et aequalitas inter fratres servanda quam iura attendunt debet intelligi tantum quo ad ipsa donata in vita, ut illa teneatur uterque; filius ad invicem conferre, non quo ad relicta in testamento vel última voluntate, nec quo ad hoc ut in portionibus quae conferuntur sit aequalitas».

¿Quiso significar Gómez, con estas palabras, que la distribución de las donaciones colacionadas debía hacerse en proporción a sus cuotas hereditarias o, por el contrario, por partes iguales entre los hijos, aunque estos hubiesen sido instituidos desigualmente? Esta solución segunda sería contraria a lo dispuesto en el *Codex III-XXXVIII*, 12; pero parece corresponder mejor a la *ratio* que señaló rotundamente Antonio Gómez a la colación «propter aequalitatem inter fratres servandam, et invidiam et discordiam inter eos evitandam» (366). Pero como, en realidad, respetadas las legítimas debía acatarse la voluntad del causante, aunque desigualara los hijos, pudo decirse que «nihil interesse, an inter fratres exurget inaequalitas an non exirget», copiando palabras de Parladorio (367).

pag. 179): «Tantum collationem locum habere inter descendentes eius, de citius haereditate agitur».

(363) Glosa a las palabras «se deve contar», de la ley 3. tit. XV, Partida Sexta (gl. 24 al cit. tit., ap. 4.º, pág. 734 del vol. II, ed. cit.).

(364) Op. cit. Lib. 5. Tit. 8. Ley III, Gl. I. núm. 2 (fol. 206 vto.)

(365) Lex últ. cit. núm. 5 (págs. 176 y sig.).

(366) Núm. 2 (pág. 175 y sig.) en el que dedica varios párrafos para narrar los males causados por la envidia, según los relatos bíblicos y clásicos.

(367) Op. cit., *diff.* CL, § I, núm. 4 (pág. 393).

Por otra parte, el mismo Antonio Gómez (368), al definir la colación, afirmó que «collatio est rei propriae in commune latio, pro hereditariis portionibus dividenda»; es decir, para ser dividida en proporción a las cuotas hereditarias.

Vázquez de Menchaca (369), apoyándose en los párrafos *Si ex dodrante* y *Toties* (Dig. XXXVII-VI, 1, §§ 3.º y 5.º), sostuvo que la colación debía verificarse no en la proporción hereditaria, sino en la del daño causado. En consecuencia, definió de este modo la colación: «Collatio est sua rei universa vel particularis comunicatio vera vel aequipollens facta ex necessitate causativa pro modo damni dati». Es decir, substancialmente substituyó la colación *pro portionibus haereditariis* por la *pro modo damni dati*.

Pichardo (370), en cambio, defendió resueltamente que en caso de institución desigual lo colacionado debía repartirse a prorrata de las participaciones hereditarias respectivas. «Igitur in hoc casu pro portionibus haereditariis collatio fiet... Et inde si quidan ex filiis institutus sit in legitima et tertio et quinto, et alius vel dote, vel donationem propter nuptias conferat, prorata filii meliorati, illa dote, aut donatione augebitur portio» (371). En este

(368) Op. y lex últ. cits., núm. 1 (pág. 174).

(369) Op., pars., Lib y § últ. cits. núms. 23 y 6, pág. 109: El primero de los dos textos, en que apoya su tesis MENCHACA, dice así: «Si ex dodrante fui institutus filius, qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipientem contra tabulas pro quadrante tantum bona sua collaturum.» Se trataba, pues, de un supuesto de la *collatio emancipati*: el emancipado había obtenido la mitad de la herencia por la *bonorum possessio contra tabulas* en perjuicio de un extraño, instituido en un cuarto, y de otro hijo *in potestate* del causante instituido en tres cuartas partes y que en virtud de la reclamación del emancipado sólo recibiría la mitad. El dictamen de Ulpiano, que dice seguir la opinión de Pomponio, afirma que el emancipado sólo colacionaría sus propios bienes en la proporción de una cuarta parte porque al hermano le quitó sólo la parte de la herencia.

Al argumento de MENCHACA, puede ponerse no sólo la tacha de que las leyes «*Si ex dodrante*» y «*Toties*» se referían a la *collatio emancipati*, para la que este texto suponía una equitativa limitación, que pierde fundamento para la «*collatio descendatum*», sino también el reparo de la posterior vigencia de la constitución de Justiniano, aplicable a la nueva colación, recogida en el Codex III-XXXVIII, 12. Además, la ley «*Toties*» determinó cuándo debía tener lugar la colación («quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est interventus emancipati»), pero sin señalar la proporción en que debía colacionarse. Detalle que no escapa a la crítica de Pichardo (op. y vol. cit. Lib. IV, tit. VI, art. 1, núm. 3, pág. 178).

(370) Op. y vol. cits., Lib. IV, tit. VI, art. II, núm. 28 (pág. 181).

(371) El propio PICHARDO, en el número 29, planteó si la ley 25 de Toro sería obstáculo a esa afirmación. Si la mejora de tercio y quinto no pudieran deducirse de las dotes y donaciones *propter nuptias*, la colación de éstas no podría favorecer a los instituidos en tercio y quinto. De esta cuestión nos hemos ocupado anteriormente, comprobando que se trataba de una disposición de carácter interpretativo de la voluntad del causante. Pero, aparte de ello, algún autor, como ACEVEDO (op. y vol. cits., Lib. V, Tit. VI, Ley IX, Tauri 26, número 3, pág. 183), siguiendo el planteamiento de Segura (en l. *unam ex familia*, sed si fundum, núm. 29 de leg. 2, según cita de ACEVEDO), examinó si la regla de la ley 25 era igualmente aplicable al supuesto en que la mejora fuese

caso la colación no tenía otro límite que el de la oficiosidad de la institución, es decir, el límite de la legítima del colacionante instituido en porción menor.

A su juicio, «nec obstat hoc casu cessare rationem inducendae collationis scilicet ut aequajitas inter filis observatur», porque «est enim patri liberum disponendi inter filios arbitrium, dum tamen eorum legitimas non minuat, adestque expresa illius voluntas, ut alius plus altero accipiat».

4.º No haber sido excusado por el causante del deber de colacionar (372).

Sin embargo, después de la Pragmática de Madrid de 1534, al prohibirse mejorar con la dote, la dispensa de colación quedó limitada en cuanto a la dote, en los límites que anteriormente hemos visto.

Aunque técnicamente esa regla más que a la colación propiamente dicha, corresponde a la reducción de la dote, indudablemente repercute en ella.

5.º Llegar a heredar efectivamente. Es decir, no ha de colacionar el descendiente que repudió la herencia de su causante... «requisitum est—dice Antonio Gómez (373)—quod filius vel descendens qui debet conferre velit succedere: quia alias si vult se

ordenada a título de herencia. Su solución fué afirmativa por estimar que la mejora era siempre *quota bonorum* y no *quota hereditatis*. En cambio, JACOBO VALDÉS, en sus adiciones a la obra de RODRIGO SUÁREZ (op. cit., «Repetitionis...», «Declaratio legis regni», § 6 *quaeritur*, ad. Valdesi, pág. 550), observa: «et dicta lex 25, intelligenda est ubi filius titulo legati melioratur, tunc enim non augetur dote, nec fit collatio proportionibus hereditariis... «limita tamen, quod si filius esset institutus in legitima, tertio et quinto titulo institutionis, tunc si soror confert dotem, augetur legitima filii dote: quia debet fieri aequalitas in collatione proportionibus hereditariis». Criterio compartido por PICHARDO (artículo cit., núm. 30). «unde cum in hec portione (legitima, tertium et quintum) filius sit institutus, consequens est augmentum ex omnibus bonis, quae conferuntur».

(372) Ver PALACIOS RUVIOS («Glossemata...» lex XXIX, gl. IX. *limitat*. 2.º «Quando pater in testamento prohibet collationem fieri»: COVARRUVIAS (op. y vol. cit., Cap. Reynaldus, § secundo, núm. 8, pág. 105). «Quod si donatio causa dotis aut propter nuptias facta fuerit titulo meliorationis expressae, non erit confenda: siquidem tertia et quinta partes non conferunt»; TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., Lex 26 et 29, núm. 2, fol. 200 vto.)—«omnes donationes ob causam conferuntur et imputantur, nisi pater expresserit contrarium»—; PARLADORIO (op. cit., Diff. CL, § IV, núm. 10, pág. 396): «Iam illud manifesto juris est, cessare collationem, quando pater in donando, aut postea, dixerit ut filius conferre non teneatur; modo ejus voluntatis iure adversa non sit»; LUIS DE MOLINA, S. J. (op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.479 B). «nisi parens exprimat contrarium».

(373) Op. y lex últ. cit., núms. 32, 33 y 34 (págs. 190 y s.). Ver también VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. pars. lib. y § últ. cit., núm. 16, pág. 109); el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y Disp. últ. cit., col. 1.480 C); FERNÁNDEZ DE RETES (op. y vol. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599); JUAN GARCÍA SAAVEDRA (op. citado y núm. 6. vers. *Intellige*, pág. 30); PICHARDO (op y vol. cit., Lib. IV. tit. VI. art. 11, núm. 20 (pág. 181).

abstinare et renuntiare successioni patris, vel matris, vel ascendentis, non tenetur conferre».

La ley 29 de Toro confirmó esta doctrina en su segundo apartado, que, como excepción a la regla de colación contenida en el apartado primero, contempla el supuesto en que los descendientes donatarios «se quisieren apartar de la herencia que lo puedan hacer».

Gregorio López (374) dedujo que, «si la hija fuese mejorada en el tercio y quinto y aceptare la mejora, renunciando a la herencia, parece que no deberá traer a colación la dote», porque «en efecto, el que renuncia a la herencia de nada responde, ni puede pedírsele cosa alguna mientras queden salvas las legítimas».

b) *Bienes que debían colacionarse*.—La ley 29 de Toro, como hemos visto, habla de «la dote y donación *propter nuptias* e las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar».

Aclarado que las donaciones a colacionar deben proceder del causante de cuya sucesión se trata, y no ofreciendo problema alguno interpretativo el concepto de la *dote*, se planteó la valoración de la expresión donación *propter nuptias*, así como la determinación de cuáles eran las *otras donaciones* a que dicha ley se refería.

1. El concepto estricto de donación *propter nuptias* es harto restringido. Antonio Gómez (375) lo expresó con estas palabras: «quod donatio ante nuptias vel propter nuptias est illa, quam maritus, pater, vel alius pro eo expresé facit uxori propter matrimonium in recompensam dotis, et eius maiorem cautelam et securitarem, quae efficitur uxoris constante matrimonio, et eo soluto revertitur ad maritum».

Bajo ese concepto la colación alcanzaría solamente a las donaciones que el padre, en atención a su hijo, hiciera a la esposa de éste por razón de su matrimonio y que disuelto el matrimonio deberían revertir a dicho hijo (376). Es decir, según palabras de Tello

(374) Apartado penúltimo de su glosa a las palabras «que la dote», de la ley 3. tit. XV, Sexta Partida (gl. 24 del tit. cit., ed. cit., págs. 734 in fine y sig.).

(375) «Ad leges Tauri...» lex L, núm. 9 (pág. 456).

(376) La ley 1. tit. XI de la Partida cuarta, hace equivalente la donación llamada en latin *donatio propter nuptias* y la que dicen en España propiamente *arras*. No obstante el concepto de las *arras*, según el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real (III-II, 1, 2 y 5) y Leyes de Toro no coincidía con el de la donación *propter nuptias* del *Codex*. Así lo observaron RODRIGO XUÁREZ (Repetitio ad legem 1 Forumlegi, vers. *pome quod tempore*); GREGORIO LÓPEZ (glosas a la palabra *arras* de la ley 1, tit. XI, p. 4, y a las palabras *lo que quisiese* de la ley 7, h. t. núms. 7 y 44 de dicho título, págs. 995, sig. y 1.014 de la ed. cit., vol. II); ANTONIO GÓMEZ: («Ad leges Tauri...», lex XXIX, número 12, vers. «Sed in nostro Regno», pág. 45) y ANGULO (op. cit., lex nona, gloss. text.: núm. 12, pág. 516), etc. Además de otras diferencias, es la más evidente que mientras en las donaciones *propter nuptias* el marido conserva el

Fernández (377), «quando pater pro filio dabit mulieri donationem propter nuptias», el hijo debía colacionar esas donaciones en la herencia de su padre.

Pero en contra del criterio restrictivo de Tello (378) y Acevedo (379), se observó que no era razonable considerar que la ley 29 de Toro sólo se refiriera a las donaciones *propter nuptias* en el sentido estricto que a esta denominación asignó Justiniano. Dichas donaciones ya habían caído en desuso mucho antes de promulgarse las leyes de Toro, como confesó el propio Tello (380). Por esa razón, Cifuentes (381), Segura (382), Palacios Ruvios (383), Covarruvias (384), Antonio Gómez (385), Ayerve de Ayora (386), Juan Gutiérrez (387), Luis de Molina, S. J. (388), Parladorio (389) comprendieron en la expresión de la ley 29—donación *propter nuptias*—toda donación por causa de matrimonio otorgada por el causante a su hijo o descendiente varón. Con mayor precisión algu-

dominio y lo donado vuelve a él una vez disuelto el matrimonio, en cambio, en las arras gótico-castellanas la mujer adquiere su propiedad y no revierten al marido al disolverse el matrimonio.

(377) Op. cit., lex 26 et 29, núm. 5 (fol. 203).

(378) «Quod omnis donatio quae in causam matrimonii sint, est simplex, et non imputatur, et exinde quaevis donatio de qua exprese in iure non fuerit dispositum, quod sit ob causam, quia lex nostra tantum loquitur in propria donatione propter nuptias, quo fit uxori» (núm. 5, cit. fol. 203 vto.). En cambio, observa que las leyes 17 y 22 se refieren a las donaciones por causa de matrimonio al hablar de donaciones *por vía de casamiento*.

(379) Op y vol. cit., lib. V, tit. VI, lex XI (Tauri 27), núms. 5 y 6 (página 201). Por eso deduce «et sic in quinto imputandae sunt arrhae».

(380) Núm. 5, últ. cit., fol. 202 vto.

(381) Ad lex XVII, núm. 5 (según cita de Ayerve).

(382) Ley *unum ex famil.* § *sed et si fundum*, ff. de legat. 2, fol. 25, col. 4 (cita de AYERVE DE AYORA).

(383) «Glossemata...», lex XVII, gl. XLV, pág. 253.

(384) Op. vol. cit., Cap. Reynaldus § secundo, núm. 7 (pág. 103) donde observa: «Sed quod verba haec propter nuptias possint latius quedam significatione adsumi Azo etenim in *Summa C. de donat: ante nupt.* scribit improprie sponsalitia largitatem quandoque dici donationem propter nuptias».

(385) «Ad leges Tauri...», lex XXIX, núm. 13, vers. «Secundo infero» (página 181), donde afirma: «Quod donatio propter nuptias vel ante nuptias, vel sponsalitia largitas, vel arrha, quam pater vel mater dederit pro filio vel descendente debet conferri, quia censetur donatio facta ob causa matrimonii, sicut ipsa dos».

(386) Op. cit., Pars. II, Quaest. XIII, núms. 29, 30 y 31 (pág. 158 y 159): «cum donatio propter nuptias de qua iura antiqua loquebantur, iam non sit in usu, ut tenet Faber... et Pau. de Castr..., et hodie communiter dicitur donatio propter nuptias quam pater facit filio suo in causam matrimonii (núm. 30)... Maxime quod dicta L. 29 de Toro aperte loquitur de donatione ob causam matrimonii factam, quia dicit de donatione facta filio ab illo de cuius successione agitur, non de donatione propter nuptias de iure communi, quam filius non recipiebat, sed uxori dabatur, ad securitatem dotis; ergo si de hac loquitur quae aequiparatur dati, et est conferenda sicut dos, et hodie dicitur donatio facta filio ob causam matrimonii» (núm. 31).

(387) Op. cit., lib. II, Quaest. LXV, núms. 5 y 6 (pág. 148).

(388) Op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.478 D y 1.479 A.

(389) Op. cit., Dif. CL, § III, núm. 16 (pág. 351).

nos autores, como Velázquez de Avendaño (390), Angulo (391), Matienzo (392), Pichardo (393) y Castillo de Sotomayor (394), exigieron como requisito para su colación que dicha donación por razón de matrimonio se hiciera *causa contrahendi cum certa* o, más específicamente, *ob causam matrimonii certi, cum tertia persona certa contracti*. Especialmente, Angulo requirió para que las donaciones por causa de matrimonio fueran colacionables, «ut datius matrimonium inveniatur sed in specie causa contrahendi cum certa, quando non est facta de tertio aut quinto, aut per expressum titulum meliorationis».

Precedente a tener muy en cuenta para entender latamente la donación *propter nuptias* de que habla la ley 29 de Toro fué la ley 14 del Lib. III, Tít. VI del Fuero Real (395), que sin limitación alguna ordenó la colación de lo donado por el padre o la madre a sus hijos en casamiento.

2) Anteriormente hemos visto cómo la mayoría de los autores entendieron que las palabras de la ley *e las otras donaciones* se referían a las demás donaciones *ob causam*.

Tan sólo Fernández de Retes (396) fué excepción y opinó que en Derecho real todas las donaciones eran colacionables—«e las otras» abarcaría así «todas las demás»—si el donatario aceptaba la herencia del causante donante.

Aceptada la común opinión, hace falta determinar lo que se entendió por donaciones *ob causam*.

Varios criterios de los ofrecidos por los autores de Derecho común fueron adoptados por nuestros juristas.

(390) Op. cit., L. XXIX, gloss. II, núm. 4, pág. 64.

(391) Op. cit. lex. nona, Gloss. tertia, núm. 20 a 25 (págs. 519 y ss.).

(392) Op. cit., lib. 5, tit. 6, ley IX, gl. II, núms. 1 y 2 (fol. 150) en relación con la ley 1, h. t., gl. VIII, núms. 7 y 8 (fol. 156). Su doctrina, que distingue perfectamente la donación *propter nuptias* romana de la «donatio a parentibus filio facta ob causam matrimonii cum certa persona contrahendi», puede concretarse transcribiendo estas afirmaciones: «Non enim legis illae (se refiere a las 29 y 25 de Toro) loqui potuerunt de donatione propter nuptias antiqua... quia illae donationes recesserunt ab usu». ...«atque ideo necessario fatendum est donationem ob causam matrimonii a parentibus filio factam successisse in locum donationis propter nuptias, licet proprie non sit propter nuptias». Y, adelantándose a una posible objeción concluye: «Nec oberit quod in multis differant quia dos et donatio propter nuptias equiparantur, licet in multis differant».

(393) Op. y vol. cit., libr. IV, tit. VI, art. III, núms. 45 y 46 (pág. 185).

(394) Op. y vol. cit., lib. IV, cap. XV, núm. 45 (pág. 127).

(395) Puede consultarse en: «El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey don Alfonso IX: Glossado por el egregio doctor Alonso Diaz de Montalvo». (Salamanca, 1569), fol. 149 vto. Ver las glosas b) y c), repletas de citas del Derecho romano.

(396) Op. y vol. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599, donde proclama que el hijo donatario que acepta la herencia de su padre y le sucede conjuntamente con sus demás hermanos, «nihil sibi praecipuum retinet; sed donata confert, sive ob causam donatio sit, sive simplex et pura, in quo a jure communi recessum est; nam apud Nos, si filius vult se immiscere paterna hereditati, vel eam adire, donatio a patre nullam inducit meliorationum».

Rodrigo Suárez 397), con criterio rígido, consideró únicamente como donaciones *ob causam*, aquellas que el padre venía jurídicamente obligado a realizar—«ad quam pater de necessario a iure est obligatus»—. Pero, frente a esta opinión, se esgrimió que ni las madres estaban obligadas a dotar a sus hijas, ni los padres a donar a sus hijos, *propter nuptias*, y sin embargo la dote materna y la donación *propter nuptias* eran consideradas, como donaciones *ob causam*, objeto de colación (398).

β) Tello Fernández (399) modificó la regla anterior en el sentido de entender *ob causam* aquellas donaciones a cuya realización los padres pudieran ser jurídicamente compelidos—«in casibus, in quibus de iure parentes possunt compelli»—y todas aquellas otras a las que no podían ser compelidos, pero que debían imputarse por disposición del Derecho—«et in omnibus casibus etiam quibus parentes a iure compelli non possunt, si iure tamen sint expresse quod imputentur».

γ) Juan García de Saavedra (400) y el jesuita Luis de Molina (401) mantuvieron un criterio menos positivista y, a la vez, más amplio. La ley 29 no se refería a cualquier donación *ob causam*, sino a las necesarias, de «necessitate impulsiva, decente, et conveniente» (García Saavedra); es decir, «nempe quando aliquid donatur filio ad aliquid necessarium, utile illi, aut pium» (Molina). Como sigue explicando el primero: «denique causa debet esse necessaria necessitate vel legis, ut dos; vel natura, ut datum ad alimenta; vel honestate, ut militia; vel quia conveniat, ut datum, ut in matrimonium eatur». Es decir, aquellas «quod causa sit necessaria necessitate vel naturae, vel honestatis, vel moris, vel consuetudines..., quia haec necessitatae, quam vis non sit coactiva, satis superque cogit, ne videatur donans liberaliter donasse» (402).

Naturalmente que, según cuál fuera el criterio conceptual aceptado, resultaba distinta la enumeración de las *otras donaciones* colacionables. Así se discutió si debían ser colacionados la donación dada por el ingreso en religión de un hijo o hija (403), las expen-

(397) Op. cit., en «Declaratio legis regnia, § 5 *quero*, núm. 10 (pág. 546).

(398) Ver TELLO FERNÁNDEZ: Op. cit., lex 26 et 29, núm. 4 (fol. 202), así como VALDÉS en sus adiciones a RODRIGO SUÁREZ (loc. ult. cit., D), pág. 546).

(399) Loc. ult. cit., núm. 4 (fol. 202 vto.).

(400) Op. cit., núm. 47 (págs. 30 y s.) y núm. 49, vers. *Sit item verissimum* (pág. 35).

(401) Op. y vol. cit., Disp. 238, cols. 1.478 D y 1.479 A.

(402) Desde este punto de vista entendió GARCÍA SAAVEDRA lo dispuesto por la ley 29 de Toro. La expresión donación *propter nuptias* podía entenderse en sentido estricto: es decir, referida a la figura ya en desuso, mientras que en las *otras donaciones*, a las que aludía esa ley, cabían las demás donaciones por causa de matrimonio (núm. 49, vers. *Quid autem*, págs. 33 y sig.).

(403) Afirmaron que debían colacionarse COVARRUVIAS (op. y vol. cit., capítulo Raynaldus, § secundus, núm. 7, pág. 103), JUAN GUTIÉRREZ (op. citado, lib. II, Quaest XXV, págs. 146 y ss.), AYERVE DE AYORA (op. cit., Pars. II, Quaest XIII, núms. 27 a 37, págs. 15 y ss.), el jesuita LUIS DE MOLINA (op., volumen y Disp. ult. cit., col. 1.485 B y C). La opinión contraria, que fué sostenida por FABRO, la siguieron TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex 26 et 29,

sas para dar estudios a los hijos, lo dado por el padre para redimir al hijo cautivo las penas pecuniarias que los padres pagaron por el hijo, las donaciones *ad emendam militiam, dignitatis causam* o *propter bene merita* (404).

3) Respecto a las donaciones remuneratorias, García de Saavedra (405) se inclinó por su colación, ya que según su interpretación de la expresión «e las otras donaciones»—de la ley 29—estaban comprendidas entre ellas. En cambio, Gregorio López (406), apoyándose en la autoridad de Baldo, afirmó que la donación remuneratoria debía considerarse como adquisición adventicia en cuanto a su colación y, por tanto, no tenía que colacionarse. También Palacios Ruvios (407), Diego Castillo (408), Antonio Gómez (409) y el jesuita Luis de Molina (410) defendieron su no colación.

4) Las donaciones simples en principio no debían ser colacionadas (411), según la común opinión, de la que, según hemos visto, sólo discrepó Fernández de Retes. No obstante, se discutió si

número 6, fol. 204), ANTONIO GÓMEZ (*Ad legem Tawri...*, l. XXIX, núm. 21, vers. *Ex quo sub infero*, pág. 185, MATIENZO (op. cit., lib. 5, tit. 8, ley III, gl. II, núm. 14, fol. 208), ANGULO (op. cit., lex nona, gloss. IV, núm. 16, página 523), PICHARDO (op. y vol. cits., lib. IV, tit. VI, art. III, núm. 47, página 185).

(404) Ver ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tawri...*, lex XXIX, núms. 14 a 23, páginas 181 y ss.), VÁZQUEZ DE MENCHACA (op., pars., lib. y § últ. cits., números 30 y ss., págs. 110 y s.), VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO (op. cit., l. XXIX, gl. III, núm. 13, pág. 66), AYERVE DE AYORA (op. cit., Pars. II, Quaest. XIII, números 38 y ss., págs. 161 y ss.), LUIS DE MOLINA, S. J. (op. y vol. cits., Disp. 238, col. 1.476 A, y especialmente Disps. 240 y 241, vols. 1.489 y ss.), PICHARDO (op. y vol. cits., lib. IV, tit. VI, art. III, núms. 48 y ss., págs. 185 y ss.), PARLADORIO (op. cit., Diff. CL, § III, núms. 10 y ss., págs. 394 y ss.), GARCÍA SAAVEDRA (*De expensis et meliorationibus comentarius*, Amstalaedami, 1668, cap. IV, págs. 88 y ss.).

(405) «De donazione remuneratorie» cit., núm. 50, pág. 35.

(406) Glosa a las palabras *non las revocare* de la ley 4, tit. XV, Sexta Partida (ed. y vol. cits., núm. 29, pág. 736), vers. final.

(407) *Glossemaia...*, cit., lex XXIX, gl. X, pág. 621.

(408) *Ad leges Tawri...*, lex XXIX, núm. 23, págs. 185 y ss.: «quod in hoc ista donatio remuneratoria est privilegiata, ut non conferatur».

(409) Op. cit., *Proemium*, fol. 4, vers. «Ex quo tria singulariter inferre»: «Secundo inferitur, quod talis donatio remuneratoria non confertur si debitum probetur vel meritum.» Recordamos que Diego Castillo no sólo considera no colacionables las donaciones remuneratorias, sino que ni siquiera las considera computables al caudal, y, por tanto, entiende que el hijo que las recibe las percibe «ultra tertium et quintum bonorum».

(410) Op. y vol. cits., Disp. 244, cols. 1.503 y 1.504. En cuanto al exceso de la liberalidad respecto del servicio remunerado, entiende que tampoco deben ser colacionados por considerar dicho exceso como donación simple.

(411) La *ratio* de la no colación de las donaciones simples ya no pudo ser la que fué señalada en el Derecho común por los autores, al subrayar que las donaciones simples hechas por el padre a sus hijos en potestad sólo se confirmaban al morir el padre donante (ver el texto de CUYATIO, que hemos transcrito en la nota 132). La ley 17 de Toro presupuso un régimen totalmente distinto, en el que las donaciones del padre a hijos en potestad no sólo eran válidas, sino también irrevocables, si se habían hecho con en-

subsistían las excepciones a esta regla señaladas en Derecho romano. Es decir, cuando el padre ordenaba expresamente su colación, y si unos hijos tuvieran que colacionar donaciones *ob causam* y los otros hubieran recibido donaciones simples.

2 La eficacia de la disposición del padre donante en orden a la colación de las donaciones simples es analizada por Antonio Gómez (412) y Parladorio (413). Distinguían las donaciones simples, válidas en el acto, que no podían revocarse, y aquellas otras que sólo se confirmaban si moría el donante sin haberlas revocado. Respecto a las primeras, entendieron que el donante sólo pudo imponer su colación al otorgarlas, mas no después—«non vero postea ex intervallo; quia iam est quaesitum ius»—. En cambio, en el segundo caso, «potevit pater quoquinque tempore usquae ad mortem dicere et protestari vel confertur».

3 La colación excepcional de las donaciones simples cuando otros hijos colacionaron donaciones causales *an non exurgat inter fratres inaequalitas*, es mantenida en opinión de Gregorio López (414) y Antonio Gómez (415). En cambio, la mayoría de los autores castellanos no recogen esta excepción (416). Pichardo (417)

trega de los bienes donados. El fundamento de la no colación de las donaciones simples lo halla entonces la doctrina en la circunstancia de realizarlas los padres por mera liberalidad, no por necesidad del hijo, ni por deber legal o moral de los padres. V. gr., el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.479 A y B) explica que son las donaciones simples «quando aliquid mera liberaliter donatur, ita quod praecipua causa motiva non est necessitas filii, aut emolumentum quod vult eum consequi, sed praecipua causa est exercere in eum eam liberatatem, sive moveatur ex peculiare affectione et amore, quia illum prosequitur sive ex obsequiis ab illo susceptis, sive precibus alicuius au: alia simili motiva ac impulsiva causa, ad exercendum in eo talem liberalitatem». La diferencia en esta materia entre el Derecho común y el Derecho real, después de las leyes de Toro, la expresa claramente el mismo autor en su Disp. 243, en especial, col. 1.501 D y col. 1.502.

(412) *Ad leges Tauri...*, lex XXIX, núm. 27, pág. 189.

(413) Op. cit., Diff. CL, § II, núm. 3, pág. 393.

(414) Glosa a las palabras *igualdad*, de la ley 4, tit. XV, Partida Sexta (numero 31, pág. 736, vol. III, ed. cit.). Apoyándose en el inciso de dicha ley «E esto es porque se guarde igualdad entre ellos», dice: «Hase tomado esto de la cit. l. 20, l. de collat. Aparece la desigualdad cuando a un hijo se le hizo donación simple y al otro con causa; inicu, pues, sería entonces que al segundo se le precisara a verificar la colación. Ahora, si uno de los hijos obtuvo una donación simple y al otro nada se le dió por el padre, no resulta desigualdad de no verificarse la colación. De la misma suerte, si uno de los hijos recibió una donación simple, y otra con causa, y el otro obtuvo sólo una con causa, los dos conferirán, cada uno la donación con causa, y no entrará en cuenta la simple sin que por esto resulte desigualdad.» Ver también esa doctrina referida al Derecho común y a las Partidas por LUIS MOLINA, S. J. (op. y vol. cit., Disp. 243, cols. 1.499 A y 1.500 A y D).

(415) *Ad leges Tauri...*, l. XXIX, núm. 26, pág. 187.

(416) Así, después de destacar dicha excepción del Derecho común, la omiten al ocuparse del Derecho real; v. gr., LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. y loc. cit.) y MATTIENZO (op. cit., l. 5, t. 8, lex III, gl. I, núms. 7 y 8, fol. 207).

(417) Op. y vol. cit., lib. IV, tit. VI, art. III, núm. 20, pág. 183.

«expresó rotundamente que «cosequens est simplices donationes conferendas nunquam esse, iuxta communem opinione, quam utique ex d. l. 26 Taur». Y Parladorio (418), entrando concretamente en esta cuestión, precisó: «hodie omissis iis vetustatis ambagibus, simpliciter, sed indistincta tenendum est, donationem simplicem conferendam non esse...: et nihil interesse, an inter fratres exurgat inaequalitas, an non exurgat; extat hujus rei ratio; nam cum lex 26 Taur. definiat, donationem simplicem, intellectum ibi factam fuisse meliorationis titulo; per consequens velle videtur, ut nullo casu conferatur».

c) *Forma en que debía verificarse la colación.*—Siguen señalándose los mismos modos de colacionar admitidos en el Corpus: 1.º, *per liberationem*, cuando lo que deba colacionarse estuviera prometido, pero no tradido ni pagado; 2.º, *in medium adducendo*; es decir, aportándolo *in natura*, si estaba tradido y satisfecho, y 3.º, *tantum minus accipiendo*; es decir, mediante toma de menos, en igual supuesto de haberse pagado y tradido (419).

Para verificar la colación debe determinarse el momento al que ha de referirse la valoración de los bienes a colacionar.

La ley 29 de Toro contiene una disposición que determina el momento en que debía juzgarse la inoficiosidad de las dotes y donaciones *propter nuptias*. Pero es otro el problema que ahora debemos considerar. No se trata de juzgar la oficiosidad o inoficiosidad, «habiendo consideración al valor de los bienes del que dió, o prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, o mandada o al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, o la prometió...» El problema con que ahora nos enfrentamos no se refiere al examen de la inoficiosidad; no se trata de sacar la proporción en uno y otro momento entre el caudal del donante y los bienes donados. Se trata de un problema de colación y sólo se intenta saber qué valor debe ser colacionado. La ley 29 de Toro plantea una alternativa al donatario *ob causam*: colacionar o no aceptar la herencia. En caso de optar por esa segunda posibilidad, es para lo que señala las reglas por las que debe juzgarse la inoficiosidad de lo dado. Para el primer supuesto, es decir, para el caso de colacionarse lo donado sin plantearse problema alguno de inoficiosidad, la ley 29 no contiene regla alguna para determinar a qué momento debía atenderse para fijar el valor a colacionar.

Para solucionarlo, los clásicos castellanos acudieron al Derecho común, mas no lograron ponerse de acuerdo.

A qué valor debía atenderse: ¿al que tenían los bienes donados en el instante de la muerte del causante o al que tuvieron en la fecha de la donación?

(418) Op. cit., Diff. CL, § I, núm. 4, pág. 393.

(419) Ver ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex últ. cit., núm. 36, página 192; GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras «se debe contar», de la ley 3, tit. XV, P. 6.ª; PICHARDO (op. y vol. cit., lib. IV, tit. VI, art. IV, páginas 187 y ss.).

Esta distinción, entre la colación del valor que lo donado tuviera al fallecer el causante, y la colación de la estimación que a lo donado se dió en el acto del otorgamiento de la donación, se desfigura cuando la estimación de lo donado supuso una verdadera venta, como en el supuesto de la dote estimada. En efecto, el yerno adquiriría el pleno dominio de la dote y su esposa (la hija del donante) sólo tenía un crédito, contra él, a vencer el día de la disolución del matrimonio. No es de extrañar, por tanto, que en este caso Antonio Gómez (420) entendiera que la hija sólo debía colacionar la estimación, «modo valor fundi creverit, modo non, quia illa [la estimación] tantum videtur data in dotem». Pero esta solución no resuelve más que aparentemente el problema antes planteado. El valor nominal del crédito de la mujer, al quedar su dote traducida en moneda, será el mismo al hacerse la estimación que al fallecer el causante. Sin embargo, el crédito puede haber perdido su valor efectivo por insolvencia del marido, con lo cual sigue planteada la cuestión que examinamos. ¿Debe colacionar la mujer —por toma de menos— el valor de la estimación, a pesar de que, para ella, dicho valor al disolverse el matrimonio se haya perdido por insolvencia del marido? Es decir: ¿debe atenderse al valor de la estimación—que puede diferir del valor real que los bienes dados en dote tenían al entregarse (421)—o al valor efectivo que al fallecer el causante su hija hubiese percibido o debiera percibir de su marido al disolverse el matrimonio? Gregorio López (422), recogiendo la opinión de Baldo Novello, acepta esta última solución y excluye la colación en caso de insolvencia del marido.

No tratándose de dote estimada, *venditionis causa*, la cuestión aparece más patente.

Gregorio López (423), siguiendo la opinión de Paulo de Castro, y de Soccino, dice que: «Si el predio dotal hubiese aumentado de valor por el mero cambio de los tiempos, deberá traerse a colación, por todo su valor actual, deducidas las mejoras..., así como deberá también conferirse por el valor que tenga y no más

(420) *Ad leges Tauri...*, l. XXIX, núm. 13, pág. 181.

(421) DIEGO GÓMEZ, en sus adiciones a los Comentarios a las leyes de Toro de su abuelo ANTONIO GÓMEZ (ley XXIX, Ad. num. 36, pág. 197), llega a negar que la estimación acordada entre suegro y yerno pueda ser eficaz a efectos de la colación, «et si res dotaes datae sint aestimatae ea aestimatione quae faciat emptionem, nam nihilominus debent conferri res ipsae, non earum aestimatio, si filia e: caeteri fratres aestimatione non consenserunt, nec enim aestimatio facta inter socerum et generum, potuit filiae praevindicare, argument. text. in l. si unus, § ante omnia, ff. de pactis, neque reliquis fratribus, qui ex ipsarum, rerum collatione possunt affectionem praetendere». Claro que esa opinión parece olvidar el carácter oneroso que con respecto al yerno tiene la constitución de la dote, «quia constante matrimonio —escribió ANTONIO GÓMEZ (lex XXIX, núm. 34, vers. «Primo», pág. 191)— dos pertinet marito ex causa onerosa... et constat quod pater vel mater vel quilibet debitor potest bona sua alienare titulo oneroso, et iam in fraudem filiorum vel creditorum, quando recipiens non participavit de fraude».

(422) Glosa últ. cit., apartado segundo, pág. 734, ed. y vol. últ. cit.

(423) Glosa ult. cit., pág. 734, ed. y vol. cit.

caso de que hubiere disminuído de precio por igual causa... Empero si el predio recibió aumento de valor, a causa de plantaciones que en él se hicieron, y por una cantidad mayor que la que se gastó para este objeto, ese aumento no queda sujeto a colación, porque se reputa adventicio» (424).

Esta opinión fué aceptada por Peláez de Mieres (425) y Diego Gómez (426). El primero, sintetizándola, distingue los aumentos *intrínsecos* de valor—es decir, producidos «ex sola mutatione temporis»—, que considera colacionables: «secundum tempus mortis patris vel matris», y los aumentos *extrínsecos*—es decir, «non solum ex cursu temporis, sed propter plantationem, vel aedificationem factam per filium»—, que no juzga colacionables: «ad ista augmenta non est habenda consideratio, sed res aestimanda secundum tempus, in quo fuit concessa per parentes».

Ayerve de Ayora (427), en cambio, formula su solución desde el ángulo opuesto: «los bienes que el padre o madre dieron a sus hijos en dote, y casamiento, o donación, *propter nuptias*, que se traen a partición, se han de estimar y apreciar por el precio y valor que tenían al tiempo que se los dieron, y no al valor que agora tienen, ora fuessen estimados al tiempo que se los dieron, ora no lo fuessen, y que el peligro, y deterioración dellos, o aumento, será del hijo después que los recibió, y no del padre, o madre, ni de sus herederos». También Ayora formula su tesis apoyándose en textos romanos, que interpreta de modo distinto que los autores citados antes (428).

§ 8. COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN DESDE FINES DEL SIGLO XVIII AL CÓDIGO CIVIL

Vamos a situarnos en los antecedentes inmediatos del Código civil, con el fin de examinar, de una parte, la síntesis que entonces elabora la doctrina—en general en franca decadencia—sobre la base de los textos clásicos, cuyos originales al parecer eran cada

(424) La ley 2.ª, Cod. VI-XX, es citada en apoyo, sin duda, por la afirmación contenida en su proemio, de que, «cur lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat... etiam ab intestato conferantur».

(425) Op. cit., Prima Pars., Quaest. LII, núms. 1.ª a 3, fols. 196 vto. y 197.

(426) Ad. cit., ad. núm. 36, loc. cit.

(427) Op. cit., Pars. I, cap. III, núms. 10 a 19, págs. 27 y ss.

(428) Un resumen de la tesis de AYERVE DE AYORA puede leerse en el trabajo de MARÍN MONROY (*La colación: Historia y crítica de los problemas de valoración*, «Anales de la Academia Matritense de Notariado», vol. IV, páginas 228 a 236). Es de advertir que en este trabajo aparece algún error; v. gr., en la nota 228, al expresar la distancia cronológica que media entre AYERVE DE AYORA y GARCÍA GOYENA (que es dos siglos mayor que la existente entre la fecha de la edición consultada de la obra de aquél y la de GOYENA), y cuando afirma que la doctrina de AYORA es la de los comentaristas de su época (cosa inexacta de referirse a la común opinión).

vez menos estudiados (429), y de otra parte, las nuevas orientaciones propugnadas en el terreno constituyente por los precursores de codificación.

A fin de darnos mejor cuenta de la evolución—a nuestro juicio regresiva en buena parte—que se opera en este período, seguiremos una ruta paralela al camino que nos condujo a través de los clásicos castellanos de los siglos XVI y XVII, y nos guiaremos por parejos epígrafes.

A) *Confusiones entre colación e imputación y entre colación y computación.*—Debemos observar, de una parte, las diferencias que en el examen teórico señalan los autores entre colación e imputación, y, de otra, el planteamiento que en el aspecto de la realización jurídica de estas instituciones ofrece la doctrina.

Comenzaremos por examinar el primer aspecto.

En las ediciones reformadas de la obra de Febrero (430), así como en los «Códigos o Estudios fundamentales», de Benito Gutiérrez (431), se refieren las diferencias entre los conceptos de colación e imputación que, a partir de Diego Castillo, habían repetido los clásicos castellanos. Pero la repetición en las obras del siglo XIX suena a maquinal, porque es expuesta al tratar de las distintas formas de colacionar, entre las que se señala con el nombre de *imputación* la colación verificada mediante *toma de menos*. Confusión que sólo cabe en cuanto a la forma en que ambas se realizan; es decir, tomando de menos. Pero esa toma de menos, además de obedecer a fines diferentes en una y otra institución, puede referirse a masas de capacidad distinta; puesto que la masa partible engrosada por la colación puede y suele ser mayor que la formada por las legítimas estrictas.

En el aspecto de la realización jurídica de la colación, de la computación y de la imputación, el planteamiento es dispar, y abundan las interferencias y confusiones entre las expresadas instituciones.

Vimos anteriormente que algún autor clásico empleó el verbo *conferre* y el sustantivo *collatio* aplicados al derecho hereditario en doble significado: en su sentido técnico netamente diferenciado y en sentido gramatical o común. También comprobamos que a

(429) JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, en su continuación de la obra de PACHECO (*Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, t. II—Madrid, 1876—, ley XXV, núm. 7, pág. 49), confiesa que «son muy pocos los que tienen la paciencia de engolfarse en la lectura y estudio de autores antiguos, que, aunque contengan sabias doctrinas, no todos tienen el distinguido mérito de entresacar de esas teologías lo que es útil y pertinente».

(430) *Febrero Novísimo*, de EUGENIO DE TAPIA, T. V. (novs. ed., Valencia, 1839), tit. III, cap. V, núms. 3 y 4, pág. 237; *Febrero reformado*, por GARCÍA GOYENA, AGUIRRE y MONTALBÁN, t. II (4.ª ed., Madrid, 1852, libro II, tit. XXX, sec. IV, núm. 2.235, pág. 60.

(431) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III (Madrid, 1863), l. III, cap. V, sec. III, § II, artículo 2.º, págs. 556 y s.

consecuencia, sin duda, de que en general coincidían prácticamente la legítima y la masa hereditaria partible por igual entre los herederos forzosos, por atribuirse normalmente las mejoras a título singular, se insinuaron excepcionalmente entre alguno de los clásicos castellanos varias confusiones. Pues bien, estas confusiones se generalizan y se hacen más profundas en el período que ahora vamos a estudiar.

A fin de ofrecer la visión más clara posible de las distintas opiniones que dividieron la doctrina de los cien años anteriores al Código civil, las distribuiremos en tres grupos:

a) Trasvasan totalmente en la colación la materia de la computación y la imputación: Morató (432), Martí de Eixalá (433), Gómez de la Serna y Montalbán (434), Benito Gutiérrez (435), González Serrano (436). Igualmente lo entiende así Llamas y Molina (437), respecto a la que llama colación numeral o verbal, que según dice Tapia (438) se llama impropia colación (439).

(432) DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano* (Valladolid, 1868), t. II, núm. 1.288, pág. 159.

(433) Notas adicionales a la 16, pág. 38, y a la 29, pág. 736, y en el apéndice «Sobre la legítima y la mejora», pág. 574, núm. 19, ap. 2.º, en el mismo vol. III de la cit. ed. de *Las Siete Partidas del Sabio Reg. don Alfonso X* (Barcelona, 1843): «La colación se verifica de esta forma: si la donación es simple, como que se reputa mejora, se imputa desde luego al tercio lo que sobrare al quinto y, por último, a la legítima, renovándose como inoficiosa la parte excedente: si la donación fuere con causa, se imputará primero a la legítima y al tercio y quinto, por su orden, lo que sobrare.»

(434) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. II (13.ª ed., Madrid, 1881) lib. III, título III, Lex V, párrafo II, núm. 218, pág. 140.

(435) Op., vol. y loc. cit., art. 2.º, pág. 557. Cotejando lo que dice GUTIÉRREZ en esta página lo que había dicho en la 547, resulta un distinto concepto de la colación. En una (pág. 557), equivalente a la computación; en la otra (pág. 547), estricto.

(436) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO y JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, t. II—debido a GONZÁLEZ SERRANO—(Madrid, 1876), ley XXIX, núm. 18, al final, pág. 46. En el número 13, pág. 45, llega a decir que son inútiles en el terreno práctico las distinciones entre lo que se entiende por colación y lo que en general significa imputación.

(437) Op., vol. y loc. cit., núm. 61. A su juicio, la colación por Derecho romano constaba de dos partes, a saber: «la acumulación de los bienes donados al cuerpo de herencia o acervo común, y la otra era la división que se hacía por iguales partes entre los hijos de los bienes hereditarios» (*afirmación inexacta por lo menos con relación al Derecho romano posterior a la Constitución de Justiniano del año 453, Cod. III-XXXVIII, en caso de institución desigual*). «Nuestras leyes reales—prosigue—han conservado la colación del Derecho romano en cuanto a la primera parte, que consiste en la acumulación de los bienes donados al cuerpo de la herencia, han sustituido otra en lugar de la segunda del Derecho romano, y han dispuesto que la acumulación de los bienes donados no se dirigiese a conservar la igualdad entre los hijos, sino que han querido que la acumulación tuviese por objeto principal el que los hijos no sufriesen perjuicio en sus legítimas, ni la causasen a sus hermanos en las suyas, y el que los padres no pudiesen disponer por

A pesar de que alguno de estos autores se ocuparon de distinguir entre llevar a colación y llevar a partición (440), coincidieron en el error cometido siglos antes por Héctor Rodríguez, y del que, según explica Parladorio, se habían chanceado los Oidores de la Real Chancillería de Valladolid.

En el terreno constituyente, el proyecto de Código civil redactado por Gorosabel (441) prescindió totalmente de la colación y sólo se preocupó de que las donaciones no excedieran del tercio y quinto de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

via de mejora de más cantidad que la permitida por las leyes.» (Ver también num. 73 y 74, págs. 540 y ss.) En el núm. 83, pág. 543, al referirse a la colación de que habla la ley 29 de Toro en su apartado primero, dice que debe entenderse que la ley se refiere a la material, «que se hace trayendo los bienes física y materialmente al acervo común de la herencia, y no de la verbal y numeral». A su juicio, quien se abstiene de la herencia está exento de la colación material, pero no puede estarlo «de colacionar verbal y numeralmente los bienes donados, pues de otro modo no podría venirse en conocimiento de si excedían del valor de la legítima del tercio y quinto».

(438) TAPIA, en su versión del Febrero (op. y vol. cit., tit. III, cap. VII, número 5, pág. 280), también distingue dos especies de colación: la que llama propia y verdadera colación, que cñie restringidamente a lo que se debe imputar a la legítima (confundiendo colación e imputación), y la que se llama impropriadmente colación, «porque no sirve para igualar a los coherederos», «sino meramente para ver si cabe o no en el tercio y quinto, de que en vida o muerte pudo disponer».

(439) Otro doble concepto de la colación tuvo también, al parecer, MORATO (op. y vol. cit., núm. 1.512, pág. 261), al observar: «que la colación solamente viene a ser real y efectiva en las primeras (donaciones simples) en cuanto excedan el valor del tercio y quinto y legítima; en las segundas (donaciones causales), en cuanto excedan del valor de la legítima y de las mejoras. Esta colación efectiva importará la revocación parcial de tales donaciones en concepto de inoficiosas, no tan sólo en el caso en que los hijos hayan querido suceder en la herencia de sus padres o descendientes, si que también si hubieren renunciado dicha herencia y aceptado las mejoras». (Doble concepto que también supuso otro doble error, el primero confundiendo con el nombre de colación a la computación y la imputación, y el segundo llamado colación efectiva a la reducción de donaciones inoficiosas.)

(440) Según palabras de MORATÓ (loc. últ. cit.), «unas y otras donaciones (causales y simples) se habrán de traer a colación para saber si caben en los bienes del ascendiente que las hizo, o si, en parte, habrán de revocarse. En cuanto resulta esto último, hay que traer materialmente a partición la parte en que la donación es revocable. Es, por tanto, una cosa distinta traer a colación y traer a partición». Y, a juicio de GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.): «se trae a colación todo lo que se ha dado por ascendientes a los descendientes que los heredan, con el objeto de ver si cabe la donación en los bienes existentes a la muerte del testador, y si es o no, por tanto, inoficiosa. Se trae a partición todo lo recibido a título de legítima». Es decir, que ni siquiera en este punto vamos acordes a los autores, porque mientras para el primero se lleva materialmente a partición la parte en que la donación es revocable, para el segundo se lleve a partición todo lo recibido a título de legítima.

(441) PABLO GOROSABEL, *Redacción del Código civil de España esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta Nación, escrito bajo el método de los Códigos modernos* (Tolosa, 1832). Ver el cap. VIII del tit. VII, parte tercera, núms. 1.164 y 1.176, especialmente, págs. 25 y ss.

La aplicación de la palabra colación, en sentido puramente gramatical (442), con o sin los calificativos verbal o numeral, sería simplemente una cuestión terminológica, si alguno de los autores antes citados (Morató, La Serna y Montalbán, Benito Gutiérrez-González Serrano) no prescindiera de la colación propiamente dicha, que borran del Derecho real y sustituyen por ese concepto lato en el que se funde la computación y la imputación. Así, según la tesis de estos autores, resultaría que la colación en Derecho de Castilla consistiría en: la computación contable de todas las donaciones para cálculo de las legítimas, tercio y quinto; la imputación de las mismas a una u otra cuota, y su reducción en el montante de su inoficiosidad.

Creemos que ha quedado patente, al estudiar la ley 29 de Toro, cuán falta de fundamento resulta esta tesis. Pero es lo cierto que debemos tenerla en cuenta, porque hay autores del siglo XIX que emplean la palabra colación en ese otro sentido más lato, que puede haber dejado residuos en nuestro Código civil. Y, tal vez, en esta significación podamos hallar la clave de la expresión *donaciones colacionables*, empleada en el artículo 818 del Código civil. Tampoco podemos olvidar que todo cuanto estos autores, que no admitían otra colación que esa forma numeral, dicen con respecto a los bienes a su juicio colacionables o no colacionables, deberemos entenderlo como si lo hubieran dicho con referencia a los bienes computables o no computables para cálculo de las legítimas, tercio y quinto.

b) Distinguen la colación y la computación e imputación Febrero (443), Álvarez Posadilla (444), Sala (445), Escriche (446), Las Casas (447), Navarro Amandi (488) y Sánchez de Molina (449).

(442) «El cotejo o comparación de una cosa con otra», dice ESCRICHE, en la voz «colación» (op. y vol. cit., págs. 529).

(443) Versión de TAPIA, cit., t. V, tit. III, cap. VI, núm. 3, págs. 271, y s.: Donde opone al supuesto de colación el de imputación sucesiva a la legítima, quinto y tercio, pues admite que aunque la donación colacionable se entregue al donatario expresamente por cuenta de su legítima, y la cosa o cantidad donada exceda a lo que le pueda tocar por su legítima, pero quepa en el tercio y quinto de los bienes que deja el donante, unidos y acumulados con ella, se pueda quedar el donatario con todo lo donado y renunciar a la herencia, ya haya o no otros mejorados, y éstos llevarán el exceso, y, en caso de no haberlo, habrán de conformarse.

(444) Op. cit., ley XXIX, pág. 173: «De modo que siempre que la dote no exceda de lo que la ley prescribe será válida: renunciando la herencia, no tendrá que venir a colación.»

(445) *Digesto Romano Español* (2.ª ed. Madrid, 1856), t. II, lib. XXXVII, tit. VI, núm. 3, pág. 81.

(446) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (3.ª ed. Madrid, 1847), tit. I, voz *Colación de bienes*, pág. 529, col. 2.ª

(447) GONZALO DE LAS CASAS: *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*. T. II (Madrid, 1853), vol. II, núm. 9.277, pág. 493.

(448) «Código civil de España». (Madrid, 1880), vol. I, art. 1.162, pág. 616: «Si el descendiente renuncia a la herencia, no está obligado a colacionar la dote

Incluso Benito Gutiérrez (450), en otro texto distinto del antes citado y con el cual en este aspecto está en contradicción, también separa claramente las dos hipótesis que la ley 29 de Toro ditinguía, según el donatario de donación colacionable aceptara la herencia o se abstuviera de ella.

Es de notar, no obstante, que después de afirmar que sólo colacionaba el que aceptaba la herencia, Escriche (451) y Las Casas (452) explicaron la forma de colacionar refiriendo el modo como se imputaban las donaciones causales, con lo cual parece que involucraron los dos referidos supuestos que la ley 29 de Toro separaba. Es posible, no obstante, que ello no se deba a una confusión entre la colación y la imputación a las legítimas (453), sino simplemente a que refirieran lo que normalmente ocurriría, pues lo lógico era que el hijo beneficiado con una donación colacionable no aceptara la herencia cuando aquélla excediese del montante de su legítima.

Por otra parte, Sala (454), Gonzalo de las Casas y Navarro

y donaciones recibidas sino en lo que excedan de la legítima la primera y de la misma tercio y quinto de mejora las segundas, en cuyo caso son inoficiosas.»

(449) JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil Español en forma de Código*. (Madrid, 1873), núm. 1.068, § 2.º, pág. 246.

(450) *Op. y vol. cit.*, l. III, cap. V, sec. III, § II, art. 1.º, págs. 545 a 547. Este autor separa claramente tres preceptos—que llama artículos—de la ley 29 de Toro. El primero, que comprende su primer apartado, «manda traer a colación la dote, la donación *propter nuptias* y otras donaciones». En el segundo—que comprende el segundo apartado desde *Pero si hasta para que lo partan entre sí*—permite la ley a los hijos apartarse de la herencia... Mas este artículo es condicional, porque si la dote o donaciones fuesen inoficiosas, están obligados a devolver a los herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí». El tercero, «se ocupa de la consecuente determinación de la inoficiosidad de las dotes y de las donaciones *propter nuptias*.

(451) *Loc. ult. cit.*, pág. 530, col. 1.ª: «Si las donaciones causales que se traen a colación, exceden de la legítima que corresponde al hijo que las colaciona, se le imputa el exceso en el tercio y quinto de mejora..., pero si todavía pasaren de la mejora del tercio y quinto se llaman entonces inoficiosas y debe restituirse este exceso a los demás herederos para que lo partan entre sí.» (Mezcla de la colación con la imputación y con la reducción por inoficiosidad, sin ver que la ley 29 de Toro planteó los dos supuestos alternativos anteriormente repetidos.)

(452) *Op. y vol. cit.*, pág. 493, col. 2.ª, donde dice: «Cuando las donaciones son causales se supone que fueron anticipadas en cuenta de la legítima, y por lo tanto se colacionan en ésta primero, imputándose el sobrante, si lo hubiere, en el tercio y después en el quinto como mejora, porque se supone que la intención del padre fué mejorar a su hijo en esta parte, y si aún excediere del tercio y el quinto, son inoficiosas en el exceso el que deberá abonarse a los demás coherederos.»

(453) No debe confundirse la colación con la imputación a las legítimas de las donaciones no colacionables, pues esa imputación se hace fuera de la masa partible entre los herederos y referida solamente al cómputo numeral de las legítimas, aunque puede repercutir en aquella masa partible dando lugar a que engrose tanto cuanto las donaciones resulten inoficiosas.

(454) *Loc. ult. cit.*, dice: «Es de advertir que, si bien por punto general debe observarse la regla de que sólo están obligados a colacionar los hijos que reclaman la sucesión de sus padres, librándose de ello cuando se abstienen o repudian la herencia, no tendrá lugar esto siempre y cuando el hijo, reteniendo para sí lo que recibió de su padre por medio de alguna donación perjudi-

Amándi (455), incluyen en el concepto de colación la devolución a la masa del montante en que las donaciones resultaran inoficiosas (456). Y Gonzalo de las Casas (457) también denomina colación a la imputación a la legítima (458) de las donaciones simples en su exceso respecto al tercio y quinto (459).

El Proyecto de 1851, precedente legislativo del Código civil, se ocupó de la colación en el capítulo II, título III, libro III, artículos 878 a 892 sin confundirla con la computación para cálculo de las legítimas que reguló en el artículo 648, colocado en la sección 1.ª del capítulo VI del título I del mismo libro III (460). Mientras el artículo 648 ordenó la computación de *todas las donaciones* para calcular las legítimas (regla de derecho necesario), el artículo 882 admitió que el causante pudiera dispensar la colación (cuya efectividad se deja, por tanto, a la discreción del causante, mientras no haya perjuicio para las legítimas).

B) *Computación de las legítimas, tercio y quinto.*—Determinada la legítima castellana por sustracción del quinto y, en su caso, del tercio, el problema de su computación, una vez determinada la masa partible como minuendo, se concretó en fijar el sustraendo, es decir, en la computación de tercio y quinto. Los problemas que

case la legítima de los demás, en cuyo caso se habrá de rescindir aquélla como inoficiosa y deberá colacionarse.»

(455) Loc. últ. cit., como se observa en el texto transcrito en la nota 448.

(456) Entre el acto de llevar a colación y la reducción de las donaciones por inoficiosa, no hay sólo diferencias de fines y medida, sino también de *modus operandi*. No se lleva el exceso a la masa hereditaria común, ni se recibe de menos en la partición, sino que se reintegra y se distribuye entre herederos forzosos perjudicados por dicha inoficiosa en proporción al perjuicio sufrido por cada uno de ellos.

El llevar a la masa partible entre los herederos tampoco puede confundirse con la llamada colación material. Aquel concepto es más amplio, porque comprende no sólo la colación *in natura* propiamente dicha, sino también la devolución a la masa del montante inoficioso de las donaciones.

(457) Op. y vol. cit., pág. 493, col. 2.ª, dice: «Las donaciones simples siempre suponen mejora y por lo mismo se imputan antes en el tercio y el sobrante en el quinto, y si quedase algún resto, se colaciona o imputa a cuenta de la legítima (subrayamos nosotros); y si aún hubiese exceso, éste se habrá de devolver a los coherederos como inoficioso.»

(458) No es de extrañar que partiendo de esas acepciones de la colación, varios autores, sea del primer grupo o desviacionistas del segundo—como LLAMAS y MOLINA (op. y lex últ. cit., núms. 53 a 60, pág. 356 y ss.); LA SERNA y MONTALBÁN (op., vol. y loc. últ. cit., núms. 215 y 139); NAVARRO AMANDI (op., vol. cit., art. 1.159, pág. 613); SÁNCHEZ MOLINA (loc. últ. cit.)—, señalan como objeto de esta institución la salvaguardia de las legítimas.

(459) Resumiendo después de este recorrido general, podemos señalar las siguientes confusiones, de unos o de otros autores constatadas a lo largo del mismo: Colación numeral y computación e imputación; imputación a la legítima y colación por imputación; colación efectiva y reducción por inoficiosa; colación material y llevar a partición, es decir, llevar a la masa partible entre los herederos.

(460) Ver FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II (Madrid, 1852), págs. 97 y 249 y ss.

ello suscitó los hemos visto al estudiar la doctrina de las leyes de Toro. No varía la cuestión en el período histórico que ahora estudiamos, pero cambian los puntos de vista tenidos en cuenta para solucionarla. Por eso vamos a repasar el estado doctrinal de aquellos problemas en esa posterior fase histórico-jurídica.

Nadie duda de que la masa total de la que deben deducirse las legítimas comprende la suma de *relictum* y *donatum*. Como dice Escriche (461), se debe hacer una masa no sólo de los bienes dejados por el difunto al tiempo de su muerte, bajadas las deudas, sino también de las dotes, donaciones *propter nuptias* y otras dádivas hechas en vida por aquél. El problema fundamental es, pues, la fijación del sustraendo, como pasamos a ver.

a) *Interpretación de la ley 25 de Toro*.—Son muchos los autores que repiten el precepto de esta ley, sin analizar su alcance ni salirse de sus palabras, pero que, al parecer, presuponen que el verbo *sacar* se aplica en sentido contable. Así, gran número de ellos, como Jordán, de Asso y Manuel (462), Escriche (463), Las Casas (464), Sánchez de Molina (465) simplemente afirman que tercio y quinto de mejora no se sacan de las dotes, donaciones *propter nuptias* y de las otras que se trajeren a colación.

Entre los demás autores que afrontan la cuestión observamos de una parte el deseo de simplificar las soluciones ofrecidas por los clásicos huyendo de la casuística y de otra el olvido de algunos de los principios básicos de su interpretación. Parece que perdidos los unos en aquella casuística y temerosos los otros de perderse en ella, buscan una regla fácil, olvidando que aquellas soluciones casuísticas obedecían a unos principios clarísimos, llenos de juridicidad. Olvidados o incomprendidos tales principios, sus aplicaciones concretas parecen absurdas cuando son juzgadas con una nueva pauta más simplista, pero más alejada de sus verdaderas raíces.

Hay un olvido del fundamento de la interpretación preponderante entre los clásicos que habían considerado la ley 25 de Toro como

(461) Op. cit., vol. II, voz «Legítima», XXVII, pág. 494.

(462) IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO Y MIGUEL DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. (Madrid, 1775). lib. II, título III, cap. II, § 3.º, pág. 200.

(463) Op. cit., t. II, voz «Mejora», núm. XLIX, págs. 576 y sig. Sólo ofrece esta aplicación: «porque estos bienes se reputan fuera del patrimonio de los ascendientes».

En sus *Elementos del Derecho patrio* (2.ª ed., Madrid, 1840), pág. 100 in fine y sig.), explica así el orden que debe seguirse para hacer la partición de la herencia paterna o materna: «Se empieza por hacer la estimación de la hacienda que dejó el difunto: se pagan sus deudas: se saca la mejora del quinto, cuyo perceptor pagará de él los gastos de entierro y misas y los legados; se saca luego la mejora del tercio, a no ser que deba sacarse antes que la del quinto por disposición del testador o por estar hecha irrevocablemente de antemano: se hace la colación o acumulación de bienes que en cualquier época hayan recibido los hijos de los padres, sin pertenecer a mejoras: y aumentada con ellas la masa hereditaria se reparte entre todos los herederos.»

(464) Op. cit. vol. VII, núm. 19.127, voz «Mejora», pág. 84, col. 1.ª

(465) Op. cit., lib. III, V, cap. IX, sec. 3.ª, núm. 828, pág. 206.

una norma interpretativa de la voluntad del causante y que distinguían perfectamente el montante del tercio y quinto disponibles y el de la mejora de tercio y quinto dispuestos efectivamente, a cuyo último montante era al que referían la ley 25 de Toro como interpretativa de tal disposición de voluntad (466).

2) En la versión refundida por Tapia de la obra de Febrero se señalan, entre otras, las dos siguientes reglas generales (467):

1.^a La inoficiosidad debe juzgarse juntando numéricamente los bienes donados con los que constan en el inventario, para ver si aquéllos exceden de la mejora y legítima o sólo de ésta, en su caso.

2.^a Si lo donado en vida fué parte a cuenta de la mejora y parte de la legítima, y el causante mejoró también a otro hijo *mortis causa* «se ha de sacar el quinto de sólo los bienes inventariados (468); para la deducción del tercio ha de unirse al residuo lo donado con carácter de mejora, a fin de ver a cuánto asciende y

(466) Tal vez solo a LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., lib. III, tit. I, sec. V, núm. 129, pág. 86), podría atribuirse una interpretación concordante con aquella que preponderó entre los clásicos: «Las diferentes donaciones —dicen— que anteriormente se hubiesen hecho a los hijos, sea en el concepto de dote, de donación *propter nuptias*, o de cualquiera otro, aunque tendrán que traerse a colación (no olvidemos el sentido lato que estos autores asignan a la palabra colación) para saber si son o no inoficiosas (es decir, para saber si caben en tercio, quinto y legítima), no se computan para aquel efecto (es decir, para deducir las mejoras de tercio y quinto), porque se hallan fuera del patrimonio, del cual únicamente deben hacerse las deducciones después de satisfechas las deudas hereditarias.» No obstante, no podemos asegurar que el sentido que deba atribuirse a esta frase sea el de distinguir: tercio y quinto como módulo de las mejoras posibles, y tercio y quinto del caudal relicto, como medida de las mejoras genéricamente referidas a tercio y quinto. Quizá, también, como otros autores, lo que quisieron expresar fué que la eficacia como mejora de las donaciones, imputables a tercio y quinto, solo debía referirse a la medida de dichos tercio y quinto, determinada exclusivamente con relación al caudal relicto, es decir, que lo donado se imputaría a una cuota para cuyo cálculo no se habría computado (absurdo contable). O bien, distinguieron la legítima referida exclusivamente al caudal relicto aplicada a las disposiciones testamentarias y la legítima referida a la suma de *relictum* y *donatum* aplicable con respecto a las liberalidades *inter vivos*.

(467) Op. y loc. cit., núms. 4 y 5 (pág. 279 y sig.).

(468) La tesis de la deducción del quinto únicamente de los bienes relictos, la desarrolla en el núm. 23 (loc. cit.) de la versión de TAPIA (pág. 300), núm. 105 (loc. cit.) de la versión de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (pág. 126 y sig.) y en la pág. 145 de la edición de GARCÍA GOYENA.

No obstante, GARCÍA GOYENA, en sus «Concordancias...» (Apéndice a las mejoras, pág. 344, vol. cit.), opinó contrariamente que: «Dona el padre 5.000 a un extraño simplemente o expresando que es a cuenta de su quinto disponible: luego otros 5.000 a un hijo simplemente o expresando que es mejora en el tercio, y deja al morir 15.000. El extraño, donatario anterior, reclamará con justicia que los 10.000 donados se agreguen a los 15.000, y así resultará que el quinto importa su 5.000: de otro modo se le perjudica en un derecho adquirido con anterioridad, y resultará que el padre no pudo disponer en vida del quinto: resultará que el donador puede hacer ilusoria en todo o en parte su liberalidad. ¿Y cómo se deducirá la mejora del tercio? Sin duda, de sólo 15.000

cuánto toca a cada mejorado por él; y sacado el tercio se agregará al resto lo donado a cuenta de la legítima, y su total (como es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos».

Esas dos reglas generales, que parecen contradictorias entre sí se concretan, según todas las versiones en castellano del *Febrero*, en las siguientes reglas particulares que trataremos de sintetizar y ordenar:

1.ª Las dotes no inoficiosas y las donaciones *propter nuptias* no deben adicionarse al caudal relicto para calcular las mejoras posteriores hechas por el testador, ni parte de ellas (469).

2.ª En cambio, las dotes y donaciones *propter nuptias* posteriores deben adicionarse al caudal relicto inventariado para calcular las mejoras irrevocables anteriores. También debe adicionarse el exceso de las dotes inoficiosas, anteriores o posteriores para la computación de las mejoras aunque fueran posteriores (470).

3.ª Las donaciones simples deben adicionarse al caudal relicto para computar las mejoras (471).

existentes a la muerte del padre. ¿Y puede imaginarse una contradicción más chocante con la sencilla y recta razón, ni una aberración más completa de la jurisprudencia universal? Igual pregunta con iguales dificultades puede hacerse, si el testador dispone del quinto en dicho caso a favor de su alma; y podrían ponerse otros casos no menos perplejos y espuestos a estrañas, por no decir absurdas consecuencias.»

(469) Vers. de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, vol. cit., p. II, l. II, l. III, § IV, num. 86 (pág. 112 y sig.); vers. de TAPIA, loc. últ. cit., núm. 7 (págs. 281 y siguientes); vers. de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE CARAVANTES, vol. cit., l. II, t. XXXV, sec. V, págs. 141 y sig. Aplica esta doctrina no solo a la dote entregada, sino también a la prometida. (Núm. 87, vers. JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, núm. 8, pág. 283, vers. TAPIA; y pág. cit., vers. GARCÍA GOYENA.)

(470) Vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ, loc. cit., núms. 88, 89 y 90 (págs. 144 y ss.); vers. TAPIA, núms. 9 y 10 (págs. 283 y ss.), y vers. G. GOYENA (páginas 141, *in fine* y ss.)

(471) Vers. de J. MARCOS, loc. cit., núms. 92 y ss. (págs. 118 y ss.); vers. TAPIA, núms. 12 y ss. (págs. 282 y ss.) y vers. G. GOYENA (vol. cit., página 143). Señala FEBRERO que esta cuestión podía resolverse de cuatro modos: y para comprenderlos mejor planteó este supuesto: Un padre que tenía tres o mas hijos, dono a uno de ellos 10.000 reales o una finca o cosa que los valia; después mejoró en testamento a otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes. Su caudal relicto líquido era de 120.000 reales.

He ahí las soluciones propuestas:

a) Deducir la mejora expresa de tercio y quinto sólo de los bienes relictos, dejando incólume la donación. El mejorado en testamento recibiría así 50.000 reales, pero las legítimas quedarían perjudicadas en el importe de la donación; es decir, en 10.000 reales.

b) Sacar un tercio y quinto de lo donado y otro tercio y quinto del caudal relicto. Pero esta solución sería contraria al principio de que las donaciones o mejoras posteriores no pueden revocar ni reducir las donaciones irrevocables anteriores, cosa que en perjuicio del donatario ocurriría aquí.

c) Acumular contablemente los 10.000 reales donados a los 120.000 relictos y de los 130.000 que suman de deducir quinto y tercio que importan 60.666,66: imputar a éstos como mejora los 10.000 recibidos por el donatario y aplicar los 50.666,66 restantes al mejorado en testamento.

4.ª Si un padre, por vía de dote o donación *propter nuptias* entregó a todos y cada uno de sus hijos su legítima corta, en concepto y expresión de tal, quedándose con el tercio y quinto de los bienes que a la sazón le pertenecían, declarando al hacer dicha entrega «que se quedaba el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo a derecho, y que los hijos habían de colacionar sus legítimas y acumularse a efectos de deducirlas, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán y sacará de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron». En cambio, si faltó la referida expresión según entendió, la solución debía ser negativa.

Estas soluciones no agotaban los supuestos posibles. Ni fueron explicadas por unos principios generales claros de los que se pudiera obtener cualquier otra aplicación concreta sin más que referirlos al caso propuesto. Al contrario, fueron deducidas por Febrero mediante una exégesis poco profunda y asistemática de las leyes de Toro (472).

d) Deducir el tercio y quinto de la mejora solamente de los bienes relictos y de éstos restar el importe de lo donado, quedando así la mejora de tercio y quinto reducida a cuarenta y seis mil reales. De este modo el mejorado no llevaría el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo, como pudo, a su favor inequívocamente, de todos sus bienes en vida y muerte.

Esta última solución fué la defendida por CASTILLO DE SOTOMAYOR—según vimos—, que alega a su favor una decisión de la Real Audiencia de Sevilla y la opinión de ANGULO y ESCOBAR. Pero lo cierto es que ANGULO no defendió esa última solución, sino que en sus ejemplos—transcritos en nuestra nota 209—demostró que con la tercera solución aquí expuesta, se obtenía normalmente el mismo resultado correcto que con la primera, mediante la rectificación de ésta consistente en reducir la mejora testamentaria en una cuantía igual a la del perjuicio que sufrirían las legítimas estrictas de no verificarse tal reducción. Es decir, reduciendo la mejora testamentaria a la diferencia existente entre el tercio y quinto de la suma de *relictum* y *donetum*—como minuendo— y lo donado en vida—como sustraendo—. Solución que, con esta corrección, fué propuesta por ANGULO.

La tercera solución, que habían defendido TELLO y AYERVE DE AYORA, entre otros, era la seguida, según FEBRERO, que también la defiende, por los partidarios inteligentes de la Corte. A ella se adhieren implícitamente sus refundidores o reformadores.

(472) Los argumentos alegados fueron los siguientes:

a) Respecto a la no deducción de las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias* anteriores: 1.º Porque al hacerse estas del hijo, perdía el padre sobre ellas toda facultad de disponer; 2.º Porque una donación anterior no puede quedar disminuida por otra posterior; 3.º Porque la mejora se refiere siempre a los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte. En ellas hallaban la *ratio* de la ley 25 de Toro.

b) Para la deducción de las mejoras anteriores irrevocables de las dotes y donaciones *propter nuptias* posteriores: «Porque el ascendiente tiene facultad de mejorar irrevocablemente en contrato», conforme la ley 17 de Toro, que de lo contrario resultaría ilusoria, «y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25».

c) A favor de la deducción de las mejoras de la suma de los bienes relictos y los donados simplemente se alega: 1.º Que la ley 26 dispone que dichas donaciones se consideren como mejoras, con lo cual al ordenar su imputación presupone su computación; 2.º Que de lo contrario, se restringiría la facul-

De la ley 25 de Toro dedujo que para calcular las mejoras no debían computarse las dotes y demás donaciones colacionables. Por la ley 17 entendió que si la mejora se hizo con anterioridad y con carácter irrevocable debían contarse aquellas dotes y donaciones para calcular esa mejora. Y de la ley 26 sacó como consecuencia que las donaciones simples debían tomarse en cuenta para calcular las mejo-

tad que otras leyes de Toro conceden para mejorar en vida y muerte en el tercio y quinto integros de todos los bienes, y la que concede la ley 26 para hacer donación en vida y mejorar en muerte hasta la cantidad que quepa en dichas cuotas de los bienes del donante; 3.º Que sería absurdo que bienes entregados como mejora, sin resultar su inoficiosidad, se aplicasen a las legítimas; 4.º Que debe cumplirse la voluntad del causante, que quiso que la mejora se dedujese en consideración a lo donado y a lo relicto, y que comenzó en vida y concluyó en muerte a usar de aquella facultad mejorar.

4) La deducción de tercio y quinto computando para ello las dotes y donaciones *propter nuptias* anteriores cuando al otorgarlas el padre se reservó expresamente el tercio y quinto para mejorar con ellos, fué fundamentada en aquella reserva expresa, sin perjuicio de que dichos bienes se acumularían en pro de la igualdad entre los hijos y no para extraer materialmente de ellos tercio y quinto. Es decir, tomarían la masa de cálculo de esas cuotas, pero no su masa de extracción.

Relacionando estos argumentos entre sí, podemos observar:

1. El arg. a) 1.º, está completamente fuera de lugar, porque no se trata de que el padre disponga de lo anteriormente donado, sino únicamente de que se compute contablemente para calcular el montante posible del tercio y del quinto.

2. El arg. a), 2.º, es correcto si se interpreta el verbo *sacar* en sentido material de *quitar, disminuir*, pero, en cambio, nada tiene que ver con la significación contable de dicha palabra, en el sentido de *calcular, contar*.

3. El arg. a), 3.º, queda contrarrestado, en caso de voluntad expresada en contrario por el causante, como resulta del arg. d), pues no cabe aceptar que el criterio contable pueda ser uno cuando las dotes y donaciones colacionables agotan las legítimas de los donatarios y otro distinto si sólo parcialmente las satisfacen. Además resulta en contradicción con el arg. b), con el que únicamente puede coordinarse a través de presuponer que, en este caso, se considera implícita la voluntad del causante de que tercio y quinto se calculen de la suma del caudal relicto y las donaciones posteriores a la mejora irrevocable. Y también parece en contradicción con el arg. c), 2.º, con el que sólo puede armonizarse reduciendo el valor del arg. a), 3.º, al de una mera presunción de la voluntad del mejorante. De este modo en el arg. c), 4.º, se encontraría el enlace armónico entre estos otros y contendría el verdadero principio fundamental en la materia.

4. El arg. c), 1.º, de gran interés por su indiscutible vigor lógico, se contradice también con el arg. a), 3.º, si se cotejan aisladamente considerados. La posibilidad de armonizarlos radica en saber distinguir—como vimos distinguían perfectamente ANGULO y GÓMEZ—entre tercio y quinto disponibles y mejora efectiva de tercio y quinto. Todas las donaciones simples deben computarse e imputarse, en cuanto quepan, en el tercio y quinto disponibles. En cambio, las disposiciones genéricas del quinto y del tercio—si no se verifican con carácter irrevocable en los bienes presentes—se interpretan referidas al quinto y tercio del caudal relicto. Por eso, las disposiciones mortis causa de tercio y quinto eran deducidas por ANGULO solamente del caudal relicto, y si sumado el montante de esos quinto y tercio con los bienes donados no colacionables, la suma arrojase un valor superior al del quinto y tercio disponibles, es decir, al del quinto y tercio de la suma de *relictum* y *donatum*, sólo en cuanto a dicho exceso reducía la mejora genérica de quinto y tercio. De este modo quedaría armónica y recíprocamente coordinadas ambas razones.

ras de tercio y quinto, pero que no dimanaba de ella su cómputo para el cálculo de las disposiciones del quinto a favor de extraños o del alma.

β) Sancho Llamas y Molina (473) interpretó la ley 25 de Toro a base de entender que en ella el verbo *sacar* no se usa en el sentido contable de *calcular*, sino en sentido material de *extraer, tomar, quitar*. Partiendo de ese presupuesto y de que, en virtud de la ley 29 de Toro, las dotes—antes de la Pragmática de Madrid de 1543—y las donaciones *propter nuptias* en cuanto excedían de la legítima se imputaban a la mejora (*cosa que sólo era cierta si el donatario se abstenta de la herencia*), entendió que la finalidad perseguida por la ley 25 se concretaba a aplicar la doctrina de que las donaciones anteriores no podían ser revocadas o disminuídas por otras donaciones posteriores. Y que, por tanto, en esa cantidad en que excedían de la legítima debía ser respetada. Es decir, que las mejoras ulteriores no podían revocar ni restar valor o disminuir ni siquiera con respecto al exceso que sobre el valor de la legítima representarían las dotes—antes de la citada Pragmática—o las donaciones *propter nuptias* anteriores a las mejoras que se tratara de extraer.

Por lo tanto, Sancho Llamas quita todo valor contable a la expresión *no se saque* y entiende que, en todo caso, las mejoras de quinto y tercio deberán deducirse de la suma de *relictum* y *donatum*, sin perjuicio de deber restar a los cocientes resultantes las donaciones anteriores incluso el exceso que sobre las legítimas representarían las dotes—salvo la citada Pragmática de Madrid—y las donaciones *propter nuptias*.

γ) La posición rígida, continuadora de la tesis de Castillo de Sotomayor, la vemos mantenida por Alvarez Posadilla (474) y

(473) Op. y vol. cit., ley XXV, núms. 6 y ss. (págs. 444 y ss.). Notemos que el significado que LLAMAS y MOLINA atribuye al verbo *sacar*, empleado en la ley 25 de Toro, coincide con el que lo fué asignado por TELLO FERNÁNDEZ, según vimos. Ambos también llegan a iguales resultados prácticos con sus respectivas interpretaciones. Pero hacen gravitar el sentido de la ley 25 en distintas razones. Los dos aceptan como principios fundamentales que las legítimas deben ser respetadas y que ninguna donación puede ser disminuída por otra posterior. LLAMAS cree que este segundo principio es el eje de la ley 25, y que, por eso, su interés radica en defender el exceso que respecto la legítima del donatario supongan las donaciones colacionables, frente a los donaciones y mejoras ulteriores; y que, en cambio, en caso de exceder éstas de la legítima, entran en juego las leyes especialmente protectoras de la intangibilidad de la legítima y no precisamente la 25. A la inversa, TELLO cree que el principio de que una donación puede ser revocada por otra posterior actúa fuera de la órbita de dicha ley 25 de Toro, que tiende precisamente a proteger las dotes y donaciones *propter nuptias* efectivamente colacionadas, que por dicha razón se entienden comprendidas en el haber partible, ordenando que de ellas no se saquen—no se extraigan—las mejoras.

(474) JUAN ALVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*. (Madrid, 1796), ley XXV, pág. 158. En esa regla general negativa incluye incluso el supuesto de que en mejora anterior se hubiese entregado a un hijo la posesión con carácter irrevocable del tercio de los bienes del donante.

Sala (475), pero con bastante más pobreza de argumentos. Para ellos, el fundamento de la ley 25 estribaba en que las mejoras sólo debían deducirse del caudal relicto. Que esta ley tuvo por fin disipar toda duda que pudiera motivar la circunstancia de que las dotes y donaciones colacionables se adicionaban a dicho caudal, por cuya razón ordenó expresamente que de ellas no debía deducirse la mejora. Por tanto, a juicio de estos autores, el verbo *sacar* tenía en la ley 25 un sentido contable y la disposición, a que iba referido, carácter imperativo, coactivo.

Claro que esta opinión parte de una equivocada interpretación de las leyes 19 y 23 de Toro—como antes pudimos ver— y olvida totalmente lo dispuesto en las leyes 17 y 26. Además su aplicación practica llevaría al absurdo de que si un padre hubiera donado todo su caudal, al no poder disponer de tercio y quinto—puesto que su caudal relicto sería igual a cero—sus herederos forzosos deberían repartirse por igual todos los bienes donados, sin admitirse mejora ni diferencia alguna entre ellos (476).

Δ) Un grupo aparte debe formarse con Martí de Eixalá (477),

(475) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho Real de España* (2.ª ed., Madrid, 1820), t. I, lib. II, tit. VI, núm. 8, ejemplos II y III, págs. 182 y siguientes. El ejemplo III es particularmente claro. Dice así: Un padre hizo donación simple de 1.000 a uno de sus tres hijos, Pedro; donación por causa de 300 a otro hijo, Juan; y, al fallecer, dejó un caudal relicto de 1.500.

SALA propone la siguiente solución: «Y en atención a que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que según hemos visto sólo importaba 1.500, será el tercio y quinto el mismo que en los anteriores ejemplos (es decir, el quinto sacado de 1.500, será 300, y el tercio de los restantes 1.200 será 400, y, por lo tanto, en junto quinto y tercio importarán 700). Se ejecutará, pues, la división de la manera siguiente: De los 1.500, patrimonio del difunto, tocan a Pedro 700 por su quinto y tercio; y a los 800 restantes se acumularán 1.300; importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2.100 y dividido éste por partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Según esto, de los 1.500, importe del patrimonio del padre, se daran 400 a Pedro, que juntos con los 1.000 que tenía por su donación, forman su total haber de 1.400, esto es, 700, por mejora, y otros tantos por legítima. A Juan se le daran otros 400 que, unidos a los 300 que tiene por su donación, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Y a Diego se le daran los 700, resto del patrimonio del difunto que son su legítima».

(476) Así lo expuso GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, vol. cit., ap. número 8, pág. 343: «Puede también dar ocasión la ley a dudas e inconsecuencias. La donación simple envuelve mejora: primero del tercio, luego del quinto; supongamos que un padre rico donó a uno de sus tres hijos 20.000 y muere luego sin dejar bienes y sí deudas; ¿será por eso ilusoria la mejora y se repartirán los 20.000 con absoluta igualdad entre los tres? Si deja 30 duros, ¿consistirán las dos mejoras en solo 14, seis el quinto y ocho por el tercio? Dono a uno 4.000 por mejora expresa de tercio; dejó al morir 15.000 y mejorero a otro en el quinto. ¿Habrá de sacarse éste solamente de los 15.000? Si se resuelve que sí por los términos de la ley, resultará que el padre no ha dispuesto ni podido disponer en vida y muerte del quinto de todos sus bienes.»

(477) *Las Siete Partidas...*, ed. y vol. cit. Apéndice sobre la legítima y mejoras, núm. 17, pág. 574: «El tercio y quinto son con relación al valor de los bienes del mejorante al tiempo de la muerte. Así, pues, ni las donaciones irrevocables hechas por el mismo mejorante, ni las dotes que hubiese constituido se contarán como parte de sus bienes, porque salieron de su patrimonio.»

Benito Gutiérrez (478), La Serna y Montalbán (479), y González Serrano (480). Después de leer detenidamente sus opiniones confesamos que nos asalta la duda de si la solución de estos autores coincidió, v. gr., con la de Sala. No puede olvidarse que daban de la colación un concepto más amplio, y que del mismo modo afirmaban que las donaciones *ob causam* se colacionaba a las legítimas y sostenían que las donaciones simples se colacionaban en el quinto y el tercio. ¿Debería, pues, a su juicio, sumarse a la legítima las donaciones causales y al tercio y quinto relicto las donaciones simples, con la limitación de que esta suma no pudiera exceder del tercio y quinto del total de *relictum* y *donatum*? De este modo las mejoras testamentarias mortis causa se deducirían únicamente de lo relicto, pero a ellas podrían sumarse las mejoras irrevocables y las específicas con tal que su suma no excediera del quinto y tercio de la suma de lo relicto y lo donado. Sólo en caso de exceder de este tope habría lugar a la reducción que debería comenzar por afectar a las mejoras testamentarias (481).

e) Finalmente, no faltaron quienes se lavaron las manos y no quisieron opinar en esta cuestión. Así, Navarro Amandi (482), después de citar las opiniones de Palacios Ruvios, Llamas y Molina y Ayerve de Ayora, confiesa: «Tales son las opiniones que sustentan los tratadistas. Incompetentes nosotros para resolver la cuestión hemos redactado el artículo de manera que permanezca en pie el problema».

En el terreno del Derecho constituyente, Gorosabel (483) propuso una solución igual a la interpretación que hemos visto reflejada en el referido ejemplo de Sala.

Al contrario, el Proyecto de Código civil de 1851, a propuesta de García Goyena (484), adoptó la solución opuesta que, según pa-

(478) Op. y vol. cit., lib. III, cap. V, sec. II, § II, págs. 527 y ss.

(479) Op. y vol. cit., lib. III, tit. I, sec. V, núm. 5.

(480) Op. y vol. cit., ley XXV, págs. 12 y ss., especialmente núms. 2, 9, 14 y 16.

(481) Ver LASERNA y MONTALBÁN, loc. últ. cit., núm. 130, págs. 186 y ss.; y GONZÁLEZ SERRANO, op. y vol. cit., ley XXVI, núms. 2, 9 y 10, pág. 18. La opinión de GUTIÉRREZ nos parece aún más indecisa, pues reconoce que la ley 25 presupuso que el padre hacía la mejora «habida consideración a los bienes que existan al tiempo de su muerte, aparte de las dotes y donaciones de que antes dispuso y que ya no tiene por suyas» (pág. 529), y que el motivo racional y filosófico de dicha ley fué que una donación no debe detraerse de otra (pág. 527). ¿Admitiría, pues, la eficacia de la voluntad expresa en contrario del testador, en tanto en cuanto no afectara a la integridad de las dotes y donaciones anteriores y la legítima quedase a salvo?

(482) Op. y vol. cit., art. 979, págs. 501 y ss.

(483) Op. cit., art. 1.176 (pág. 261): «Estas porciones de quinta y tercera parte disponibles por derecho, se regulan por lo que valen los bienes del donante al tiempo de su muerte, a cuyo efecto se rebajarán las deudas hereditarias; y no se reputarán por tales bienes los que hayan salido de su patrimonio en vida suya por razón de dotes y otras donaciones.»

(484) *Concordancias...*, vol. cit., ap. núm. 8, págs. 341 a 346. En esta última página, afirma GOYENA que la Sección, en 30 octubre 1848, aprobó ésta y otras innovaciones por él propuestas respecto a las mejoras.

labras de este autor, «consiste en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esta agregación, decidirá de la legítima de los hijos, y por consiguiente de las mejoras». En efecto, el artículo 648, en su § 2.º, dispuso que para fijar las legítimas, «al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían *todas las donaciones* del mismo testador...». El artículo 652, al declarar disponible todo cuanto no fuera la legítima rigurosa, invirtió los términos de la regla que calculaba las legítimas por deducción de quinto y tercio, al prevenir que la parte disponible debía resultar por sustracción de la legítima rigurosa.

b) *Interpretación de la ley 28 de Toro*.—La ley 28 de Toro fué interpretada con mayor coincidencia por los juristas del período que examinamos. No falta la excepción, sin embargo, representada por Alvarez Posadilla (485), que si bien reconoce que no puede el padre disponer del tercio y de dos quintos, en cambio, entiende que las leyes «no dicen que se haya de computar lo dado a los extraños en vida, y que esta ley habla de no mandar dos quintos, habla de los hijos y descendientes; pero no por eso es de creer el que se podía mandar a los extraños dos quintos, uno en vida y otro en muerte, sino que las donaciones, limosnas, etc., que se hagan por el padre en vida, de modo que pase el dominio a los extraños, no se han de computar para el quinto y tercio, por que no lo mandan las leyes que hemos comentado» (salvo si tales donaciones han de tener su efecto después de la muerte del donante).

Ningún otro autor señala esa excepción, sino que sin salvedad únicamente declaran libremente disponible un solo quinto, en vida y en muerte, a favor de extraños o de los descendientes, además del tercio de mejora (486). Alguno de ellos reitera la división del haber, conforme la fórmula de Covarruvias, en quince partes iguales, de las que ocho correspondían necesariamente a la legítima estricta. Por esta razón, se expresa la posibilidad de disponer de un quinto a favor de descendientes y de otro a favor del alma o extraños, o de dos quintos a favor de descendientes, sin disponer del tercio, pues dos quintos representan seis quinceavos, es decir, menos que quinto y tercio (487).

Con ello demostraron concebir quinto y tercio no como cuotas rígidas, sino como módulos o límites de disponibilidad.

(485) Op. cit., ley XXVIII, págs. 166 y ss.

(486) Ver las ediciones de la obra de FEBRERO, revisadas por JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (op. cit., vol. I, part. I, cap. I, § IV, núm. 116, pág. 76); TAPIA (op. cit., vol. I, l. II, tit. II, cap. IV, núm. 44, págs. 412 y ss.) y GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES (op. cit., vol. I, l. II, título X, sec. II, núm. 1.261 y pág. 296), y, además, LLAMAS y MOLINA (op. y volumen cits., ley 28, núms. 1 a 7, págs. 518 y ss.); BENITO GUTIÉRREZ (op. y volumen cits., lib. III, cap. V, sec. II, pág. 335); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cits., l. III, tit. I, sec. V, núm. 122, pág. 83); GONZÁLEZ SERRANO (op., vol. cits., ley 28, núm. 4, pág. 37).

(487) Así TAPIA (núm. 44); LLAMAS y MOLINA (núm. 6); GONZÁLEZ SERRANO (núm. 7).

En su proyecto de Código, Gorosabel (488) limita la disponibilidad de un solo quinto, por acto entre vivos o por testamento, a favor de extraños o de descendientes, más el tercio de mejora. Y en el Proyecto de 1851 (489) desaparece el problema totalmente dada la determinación previa de la legítima como cuota alícuota de la suma de *relictum* y *donatum*.

c) *De la ley 214 del Estilo*.—Sobre la expresada división de la herencia en quince partes, también se planteó la deducción previa del tercio o del quinto, y se aceptó, igualmente, como regla general—apoyada en la ley 214 del Estilo—que debía deducirse primero el quinto, con lo que éste equivaldría a tres quinceavos y del remanente el tercio, que así sería de cuatro quinceavos (490). Pero, igual que entre los clásicos se señalaron supuestos excepcionales, cuando el padre ordenase la deducción previa del tercio respecto al quinto, y si hubiera hecho donación irrevocable del tercio con anterioridad cronológica a la del quinto. Martí de Eixalá, en este último caso distinguió entre la mejora del tercio en abstracto y la que se hace fijando cantidad o designando cosas y aplicó sólo a ésta aquella excepción (491). Gorosabel, en su Proyecto particular (492), seguía la misma regla general de la ley 214 del Estilo con sus dos excepciones generalmente admitidas.

Y en el artículo 656, el Proyecto de 1851 ordenó que: «El quinto disponible a favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia a la doble porción, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto antes

(488) Op. cit., art. 970 (pág. 211) y 1.164 (pág. 258).

(489) Ver dicho artículo en la página 97 del vol. II de las *Concordancias...*, citadas de GARCÍA GOYENA.

(490) FEBRERO, vers. de J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 116); SALA (op. y vol. cits., l. II, tit. VI, núm. 2, pág. 177); MARTÍ DE EIXALÁ (op. y vol. cits., ap. sobre legítimas y mejoras, núm. 18, pág. 574); FEBRERO DE GOYENA (op., vol. y loc. ult. cits., arts. 1.261 y ss., págs. 396 y ss.); LLAMAS y MOLINA (op. y vol. cits., ley 28, núm. 6, pág. 519); LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. ult. cits., núm. 132, pág. 88); ESCRICHE (op. cit., vol. II, voz «Mejora», número 1, pág. 577); LAS CASAS (op. cit. vol. 7, voz «Mejora», pág. 84); SÁNCHEZ DE MOLINA (loc. últ. cit., núm. 829, núm. 206); NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 982, págs. 502 y ss.).

(491) Loc. ult. cit.: Dice que en la mejora anterior e irrevocable del tercio en abstracto, vemos una obligación contraída por el padre, respecto del tercio, pero nada vemos de dónde puede deducirse que aquél consintiera en que dicha mejora se dedujese con antelación al quinto; en cambio, en el caso de que esa mejora fijara cantidad o designase cosas, «tendremos claramente manifestado ese consentimiento, si la cantidad fijada o el valor de las cosas designadas o entregadas equivaliere a la tercera parte de la totalidad de los bienes».

(492) Op. cit. (pág. 262): «Art. 1.177: Haciéndose disposición de la quinta y tercera parte disponible a favor de dos o más personas, se saca primero la quinta parte y después de rebajada ésta se sacará la tercia.» «Art. 1.178: Sin embargo, se observará en sacar estas porciones orden inverso: 1.º Cuando el disponente lo mande expresamente así; 2.º Cuando tuviere hecha de antemano disposición irrevocable de la tercera parte.»

irrevocablemente del quinto». García Goyena (493) comentando las palabras «*pero no podrá*» explica: «por qué se entiende que dispuso del quinto de todos sus bienes, y hay ya creado un derecho irrevocable a favor de un tercero. Lo contrario, aunque por la misma razón, sucedería si hubiera dispuesto antes de la doble porción (antiguo tercio), pues se presume que al hacer esta mejora pensó tan sólo en la legítima sobre la que recae, no en todos los bienes: este es el espíritu del artículo contra la opinión de Angulo y Sala».

d) *¿En qué tiempo debía juzgarse si una donación era o no inoficiosa?*—El tiempo en que debe juzgar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones, en general, es referido al tiempo de la muerte del causante (494), a tenor de la ley 29 de Toro, pero subsiste la duda de si continúa vigente el trato de favor que esta ley concedió a las dotes. Sigue discutiéndose si la Pragmática de 1534 derogó la facultad de elección entre la fecha de la dote y el día de la muerte del causante, concedida para juzgar de la oficiosidad de la dote.

De una parte defendieron la persistencia de esa facultad Alvarez Posadilla (495), Martí de Eixalá (496), Llamas y Molina (497), Escriche (498), González Serrano (499), Navarro Amandi (500) y siguió aplicándose por nuestros Tribunales, entre ellos la Audiencia de Madrid (501).

La derogación de dicha facultad fué sostenida por Febrero, opinión que recogen las versiones de su obra, revisados por Marcos Gutiérrez (502) y Tapia (503), así como por La Serna y Montalbán (504).

Sé nos presenta indeciso Benito Gutiérrez (505), así como Vicente y Caravantes (506), que ofrece una solución intermedia que

(493) Op. y vol. cit., pág. 104.

(494) Ver especialmente ESCRICHE (op. cit., t. I, voz *Donación inoficiosa*, pág. 653).

(495) Op. cit., ley XXIX, pág. 175.

(496) Op. y vol., «*Apéndice sobre legítima y mejora*», cit., pág. 574, nota m. Se fundó en que la *ratio* de la Pragmática fué prevenir excesos atendiendo al valor del patrimonio de los dotantes en el día de la constitución, y en que el marido es un tercero interesado en virtud de un contrato, el de matrimonio, considerado por las leyes como oneroso.

(497) Op. y vol. cit., ley 29, núms. 146 y 161 (págs. 557 y ss.).

(498) Op. cit., t. I, voz «*Dote*», in fine, pág. 661.

(499) Op. y vol. cit., Ley 29, núm. 34, págs. 52 y ss.

(500) Op. cit., vol. II, art. 1.383, pág. 143.

(501) Así lo reconocen los mismos LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. citados, pág. 87, nota 2) y BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. I, pág. 424).

(502) Op. cit., vol. I, parte I, cap. I, § IV, núm. 118, in fine, pág. 78.

(503) Op. cit., vol. I, lib. II, t. II, cap. IV, núm. 4, pág. 398 y vol. V, título III, cap. VI, núm. 3, pág. 272.

(504) Op. y vol. cit., l. III, t. I, sec. V, núm. 131, nota 2, págs. 87 y ss.

(505) Op. cit., vol. I, l. I, cap. III, sec. II, art. 3.º, págs. 422 y ss.

(506) En sus notas a la 3.ª ed. de la obra cit. de LLAMAS y MOLINA, volumen cit., pág. 557, nota 1, y en sus adiciones a la 4.ª ed. del «*Febrero...*», de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, vol. I, núm. 1.206, págs. 385 y ss.

dice defendida por otros autores. Consiste ésta en aceptar que la oficiosidad de la dote debe juzgarse a la muerte del dotante, excepto: 1.º, cuando al tiempo de la constitución o entrega de la dote renunciara la hija a la mayor suma a que pudiera tener derecho por aumento de los bienes paternos, obligándose con juramento a no pedir más por dicha razón; y 2.º, cuando la dote, tanto en el tiempo de la constitución como a la muerte del padre dotante, cupiese en la legítima de la hija y sólo resultara excesiva por haber mejorado el padre a alguno de sus demás hijos, «por no parecer justo que esta disposición perjudicara a la hija y la obligase a restituir lo que poseía legítimamente».

El Proyecto de 1851, en sus artículos 648 y 954 (507), atendía para determinar la inoficiosidad de las donaciones al valor del patrimonio del donante en el día de su muerte con la agregación del valor que tenían al tiempo de hacerlas todas las donaciones que éste hubiera dispuesto. Pero el artículo 1.252 concedía al esposo donatario, para la determinación de la inoficiosidad de las donaciones matrimoniales, la facultad de elegir entre la época en que se verificó la donación y la del fallecimiento del donador. Su párrafo segundo excluía esta opción si al tiempo de la donación no se hubiese hecho inventario de los bienes del donador (508).

C) *Imputación de las donaciones a la legítima o al tercio y quinto.*—El estudio de esta cuestión requiere que recordemos que varios ilustres juristas de este período fundieron, como vimos antes, bajo el nombre de colación, la computación y la imputación. Por eso, mirando al contenido más que a la etiqueta, cuando sean Morató, Martí de Eixala, Gómez de la Serna, Montalbán, Benito Gutiérrez o González Serrano los que expresen la palabra colación la traduciremos por los términos computación e imputación. Sólo con esta salvedad nos será posible comprender la materia que tratamos y que procuraremos ordenar y sintetizar en las tres siguientes cuestiones:

a) *Liberalidades no imputables a la legítima ni a la mejora, es decir, no computables.*—Excluyamos la opinión extravagante de Alvarez Posadilla que señala la no computación de las donaciones hechas a extraños, «porque no lo dice la ley», además, de que «ya se van todos con cuidado en dar, y más en vida», sin el peligro que con respecto a los hijos supone el «dexarse llevar del amor» (509).

Más interesante es la referencia de Morató (510), que califica

(507) Ver estos arts. a las págs. 300 y 397 del vol. II de las «Concordancias...», cits., de GARCÍA GOYENA.

(508) Consultarlo, en la cit. obra de GARCÍA GOYENA, vol. III, pág. 266. GARCÍA GOYENA, al glosarla (pág. 267), repite la afirmación bastante común de que esta facultad de elección compensaba a las hijas de la prohibición a sus padres de mejorarlas, por vía de dote.

(509) Op. cit., ley XXVI, pág. 162.

(510) Op. cit., vol. II, núm. 1.508 a 1.511 (págs. 259 y ss.).

de no sujeto a colación—con el amplio sentido con que usa esta palabra—:

1.º Lo gastado por el padre a favor de sus hijos a título de alimentos (511). Opinión que había sido sustentada por Sala (512).

2.º Lo gastado para la educación y carrera de cada uno de los hijos, con tal que se hubiera hecho proporcionalmente a la posición de la familia (513).

3.º Las donaciones remuneratorias hasta el alcance del valor de los servicios remunerados (514).

También Febrero (515) señala como no imputables a la legítima ni a la mejora los gastos que los padres hicieran para que sus hijos fuesen a la guerra y estudiaran o siguieran otra carrera de honor y útil a la familia o al Estado, si el padre no dispuso lo contrario.

b) *Donaciones imputables a la legítima e imputables a tercio y quinto.*—Las leyes de Toro, 26 y 29, apartado segundo, son armonizadas por los autores de este período con arreglo a la posición preponderante entre los clásicos. Se señala que las donaciones simples se imputan a tercio y quinto, como mejoras, y en el exceso se imputan a la legítima hasta el límite de su oficiósidad, y que a la inversa, las donaciones por causa, se imputan primero a la legítima, en su exceso al tercio y quinto y se reducen en lo que aún excediere (516).

(511) Entre los autores que asimilan colación y no computación señalan igual exclusión LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., núm. 219, pág. 142). En cambio, GONZÁLEZ SERRANO (op. cit., ley 29, núm. 21, pág. 47) afirmó que «si el hijo casado se entra por las puertas de la casa del padre en compañía de su mujer y de tres o cuatro hijos y de los sirvientes necesarios, según la categoría de la familia, para allí recibir donaciones que han de menoscabar necesariamente la herencia paterna, los hijos menores están en su derecho pidiendo que aquel caudal se traiga a colación».

(512) *Digesto Romano Español* (2.ª ed., Madrid, 1852), t. II, sexta parte, l. XXXVII, tit. VI, núm. 13, pág. 84.

(513) Opinión compartida, entre los que equiparan no colación y no computación, por LA SERNA y MONTALBÁN (loc. últ. cit.) y BENITO GUTIÉRREZ (op. y volumen cit., l. III, cap. V, sec. III, art. 2.º, págs. 550 y ss.).

(514) GONZÁLEZ SERRANO (op. cit., ley 29, núm. 25, págs. 48 y ss.), apunta esta cuestión para derivar hacia la relativa a si debían colacionarse las participaciones en las ganancias dadas por el padre a los hijos que colaborasen con él en sus empresas, rechazando que dichas donaciones tuvieran el carácter de donativos y que debieran tenerse en cuenta para el cómputo contable de las legítimas.

(515) Vers. de J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. cit., núms. 3 y 48, págs. 69, 90 y ss.); vers. TAPIA (loc. cit., núms. 7 y 41, págs. 259 y 253 y ss.); vers. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (loc. últ. cit., núm. 2.163, pág. 46). Es de notar que ahí confunde FEBRERO la no computación con la no colación, usando en sentido lato esta palabra.

(516) Ver SALA: *Derecho Real de España*, vol. cit., l. II, tit. VI, núm. 6, página 180 in fine y ss.); ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 170 in fine y ss.); MARTÍ DE EIXALÁ (op. vol. y apénd. cit., núm. 19, pág. 574); ESCRICHE (op. cit., t. II, voz «Mejora», núm. XLIX, op. 2.º, pág. 577); BENITO

Llamas y Molina (517) es quien trata con más detenimiento esta cuestión, que resume con estas palabras: «que toda donación que se haga por última voluntad, por contrato entre vivos, por remuneración de servicios, o que primariamente dimanen del afecto y cariño del donante para con el donatario, que es la simple, se debe reputar en primer lugar por mejora de tercio y quinto, y el exceso por legítimas y que todas las demás donaciones que se hacen con motivo de aliviar y socorrer las necesidades del donatario, aunque intervenga obligación legal en el donante de hacerlas, como sucede en la dote que el padre debe dar a la hija, o no medie semejante obligación, como acontece en las otras que se han referido arriba, dote, donación *propter nuptias*, etc., deben considerarse en primer lugar como legítima y en el exceso como mejora de tercio y quinto».

En su artículo 657, el Proyecto de 1851, según frase de García Goyena (518), «da en tierra con la ley 26 y otras de Toro, y simplifica grandemente la materia de mejorar». Al efecto, su § primero dispuso que: «Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar». Precepto precursor de la eliminación de las mejoras presuntas por el Código civil.

c) *El problema de la imputación entre tercio y quinto.*—Según Llamas y Molina (519) que sigue fielmente en este punto la doctrina clásica, las donaciones imputables a la mejora debían imputarse primero al tercio que al quinto. El orden con que las leyes 26 y 29 de Toro nombran el tercio antes que el quinto, ofrecía a su juicio la razón más convincente.

El Proyecto de 1851 quiso evitar esta cuestión, al prevenir en el § segundo del citado artículo 657: «Además, para ser válida la declaración (de mejorar), ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos o de ambas».

GUTIÉRREZ (op. y vol. cit., l. III, cap. V, sec. II, § 2.º; págs. 531 in fine y ss. y sec. III, § 1.º, art. 1.º, pág. 547); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., l. III, tit. I, sec. V, núm. 130, págs. 86 y ss.); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 830, pág. 206); LAS CASAS (op. cit., vol. VII, voz «Mejora», pág. 84, col. 1.ª); DOMINGO DE MORATÓ (op. y vol. cit., núms. 1.287 y ss., págs. 158 y ss. y 1.512, pág. 261) y NAVARRO AMANDI (op. y vol. cit., artículo 980, núm. 503, art. 1.162, vers. 2.º; pág. 616).

(517) Op. y vol. cit., ley XXVI, núms. 16 y ss. (págs. 463 y ss.) y ley XXXIX, núms. 108 y ss. (págs. 549 y ss.). Ver la conclusión transcrita en el texto en el núm. 131 de la ley XXIX (pág. 554).

(518) Op. y vol. cit., art. 657, pág. 105.

(519) Op. y vol. cit., ley XXVI, núms. 40 y ss., págs. 468 y ss. En el número 40 planteó la cuestión con este ejemplo: «Un padre de familia, teniendo hijos y nietos, legó por su testamento varias alhajas de valor a sus hijos y nietos, y también a un extraño, y dispuso o legó todo el tercio a uno de sus hijos, y el quinto lo mandó a un extraño. Se duda de dónde debiera deducirse el valor de las alhajas legadas, supuesto que la presente ley las reputa por mejoras, aunque el testador no lo haya expresado; esto es, si se han de deducir del tercio o del quinto de los bienes del testador».

§ 9.º *La colación en el período precursor del Código civil.*

Al ocuparnos de la colación, y con el fin de evitar mayores confusiones limitaremos su estudio a la doctrina de aquellos autores que no refundieron totalmente esta institución en la computación para el cálculo de las legítimas y consiguiente imputación.

Los revisores y reformadores de la obra de Febrero (520) conservan la definición que da este autor de la palabra colación, en la significación que aquí nos interesa, como «una comunicación o agregación que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen a la herencia o cuerpo del caudal paterno o materno, de los bienes que los padres les dieron y ya son suyos; para que después se dividan todos legalmente entre ellos».

Para Alvarez Posadilla (521): «La colación se dice al llevar los bienes propios a juntar con los de aquel a quien se quiere suceder para que se dividan con ellos, según las porciones o partes que se hagan de la herencia».

Según Sala (522), es la colación: «Un acto por medio del cual los hijos que aspiran a la sucesión paterna, reúnen sus bienes a los que componen la herencia del padre común por manera que, aumentado está con ellos, se divide entre los hijos del difunto».

Frente a estas definiciones aparecen otras—v. gr., las de Eschiche (523), Sánchez de Molina (524) y Navarro Amandi (525)—, que añaden las notas de la igualdad entre todos los herederos—que de ser un motivo, quieren elevarlo a la categoría de elemento con-

(520) Versión de J. MARCOS GUTIÉRREZ, t. IV, parte II, lib. II, cap. III, § 1.º, núm. 3, pág. 68; vers. de TAPIA, t. V, tit. III, cap. V, núm. 2, pág. 237, y vers. de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN, PUENTE y CARVANTES, t. II, núm. 2.161, pág. 46.

(521) Op. cit., ley XXIX, pág. 168. Como se ve, en esta definición queda planteado el problema de la colación o de la no colación no sólo de los bienes donados por el ascendiente de cuya sucesión se trate, sino también de los bienes adventicios, de los peculios castrense y cuasicastrense, y de los bienes ganados por los hijos con caudal de su padres, cuestiones que estudiaron los clásicos castellanos y siguieron estudiando bastantes autores del siglo pasado. Es como un recuerdo a la vieja *collatio emancipati*.

(522) *Digesto Romano Español*, vol. cit., sexta parte, lib. XXXVII, título VI, núm. 2, pág. 81

(523) Op. cit., vol. I, voz «Colación de bienes» (pág. 529), que define así: «La manifestación que en la partición de una herencia hace el hijo u otro descendiente legítimo que sea heredero de los bienes que recibió del caudal paterno o materno en vida de sus padres, para que acumulándose a la masa y contándosele como parte de su legítima, se haga la división con la debida igualdad entre todos los herederos.»

(524) Op. cit., núm. 1.068, § 2.º: «El objeto de la colación es que puede dividirse la herencia sin perjuicio de las legítimas.»

(525) Op. cit., y vol. cit., art. 1.159 (pág. 613). Señala que se hace para que, acumulándole todo, pueda hacerse la división sin perjuicio de las legítimas y con la debida igualdad entre los herederos.

ceptual (526)—y de defender las legítimas (527)—olvidando que este fin lo cumplen la computación, la imputación y la reducción por inoficiosidad—. Esta segunda interpolación conceptual hace que las definiciones de alguno de estos autores coincidan con las de otros tratadistas de los que subsumen totalmente la computación y la imputación en la colación (528).

El carácter de derecho voluntario de las normas que regulan la colación fué puesto de manifiesto por Febrero (529): «En tres casos se debe hacer la colación, muera testado o intestado el donante. El primero es, cuando el padre o ascendiente mandó expresamente al hijo o hija que la hiciese de lo que había dado, porque el donador puede mandarlo. El segundo, cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fué que los bienes que había donado se colacionasen. Y el tercer caso es cuando se duda si el padre lo quiso o no; pues entonces se presume que su voluntad fué más anticipar al hijo en vida la paga de su legítima, que ser liberal con él e inducir desigualdad entre los demás hijos.»

Esta es una diferencia fundamental que separa la colación de la computación para cálculo de las legítimas, que por derecho necesario se impone aun en contra de la voluntad del causante.

En el terreno constituyente, Gorosabel (530) conservaba el concepto clásico de colación: «Colación—proponía en su artículo 1.383—es la reunión de los bienes que reciben los hijos de sus padres a la masa general, para que después se dividan entre todos los coherederos».

El Proyecto de 1851 separó también la colación de la imputación a las legítimas, supeditando aquella institución, que juzgaba de derecho voluntario (art. 882, § 1.º), al carácter imperativo de la regulación de las legítimas (arts. 878 y 882, § 2.º) (531).

(526) Parece incorporada esa nota en el concepto ofrecido por LAS CASAS (op. cit., vol. II, núm. 9.277, voz «Colación»): «En las herencias es la manifestación que hace el hijo u otro descendiente legítimo que sea heredero de los bienes que recibió del caudal paterno o materno en vida de sus padres para que acumulándose a la masa de la herencia, y contándosele como parte de su haber, se haga la partición con la debida igualdad y con arreglo a la ley, entre todos los herederos.»

(527) Este segundo fin es el señalado con exclusividad por LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., ley 29, núm. 57, pág. 537): «Es claro—dice—que la colación entre nosotros no se practica y observa para guardar la igualdad entre los coherederos, sino para no privarles ni perjudicarles en el derecho que les compete a sus legítimas integras.»

(528) Así LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., núm. 215, pág. 139), ofrecen esta definición: «Colación es la agregación al cúmulo de la herencia que hacen los descendientes legítimos de los bienes que recibieron de sus ascendientes durante la vida de éstos para que, aumentando así el caudal, se haga la partición sin perjuicio de las legítimas.»

(529) Vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.); vers. TAPIA (op., vol. V capítulo cit., núm. 6, pag. 239) y vers. G. GOYENA y ACURRE (op. y vol. citados, núm. 2.162, pág. 46).

(530) Op. cit. (pág. 305).

(531) Art. 878: «Las disposiciones de esta sección se entienden sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente sobre mejoras y legítimas.»

La doctrina de la colación, propiamente dicha, sigue por lo demás las líneas trazadas después de las leyes de Toro por los autores del siglo XVI, según vamos a comprobar.

a) *Personas que debían colacionar y que se beneficiaban con ella.*—Ninguna novedad se observa en los requisitos personales, que los autores señalan (532).

1.º Que quien la pide y a quien se pide sean hijos o descendientes legítimos (o legitimados por subsiguiente matrimonio) (533) del difunto cuya herencia se trata de dividir.

2.º Que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos y no por el particular de legatarios o fideicomisarios.

3.º Que a los hijos y descendientes, entre quienes se trata de hacer la colación, se les deba la legítima (534). Por tanto, los nietos no deben colacionar lo que recibieron de su abuelo viviendo el padre, si éste sobrevive a aquél (535).

Art. 882. «El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa de colación ha de ser siempre expresa. Sin embargo, lo dejado en testamento se entiende exento de la colación, si el testador no dispusiese lo contrario, quedando en todo caso a salvo la legítima.»

(Pueden verse en las págs. 250 y 252, del tomo II, de las «Concordancias...», cits. de GARCÍA GOYENA.)

(532) Ver FERRERO, vers. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 4 y páginas 69 y ss.); vers. TAPIA (op. vol. y cap. cits., núms. 8 y 10, págs. 230 y ss.); vers. GOYENA y AGUIRRE (op. y vol. cits., núms. 2.164 y 2.168, págs. 46 y ss.); ESCRICHE (op. y loc. últ. cits.); LAS CASAS (loc. últ. cit., pág. 493); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 1.072, pág. 247). Es de notar que, pese a la subsunción que LA SERNA y MONTALBÁN hacen en la colación de la computación y la imputación (op. y vol. cits., núm. 218, pág. 140), no sin contradicción con ese principio y en conformidad con la doctrina clásica, requirieron con carácter necesario para que la colación tuviera lugar «que los que la pidan y a quienes se pide sean hijos o descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donación, pues en otro caso no estará obligado a colacionar, aunque si a restituir aquélla en los límites de la legítima del tercio y del quinto» (núm. 219). Esto es lo que dicen estos ilustres autores; pese a que en el núm. 218 no sabemos apreciar la diferencia que a sus ojos existiría entre los supuestos de acepción y no aceptación.

(533) Ver FERRERO; vers. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núms. 5 y 8, pág. 71); vers. TAPIA (loc. últ. cit., núms. 9 y 12, págs. 240 y ss.); vers. G. GOYENA AGUIRRE (vol. últ. cit., núm. 2.171, pág. 48): «Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el adoptado tiene lugar tampoco la colación habiendo hijos o descendientes legítimos, porque con éstos ninguno de ellos concurre a heredar. Asimismo no lo hay entre los hijos naturales, sucedan solos o con otros legítimos por no debérseles legítima.»

(534) Como dice FERRERO, según la versión de TAPIA (vol. y cap. últ. citados, núm. 62, pág. 262). «cuando el testador instituye por heredero a un hijo suyo en su legítima, y a sus nietos hijos de otro hijo en los demás bienes suyos, entonces no ha lugar la colación entre el hijo y nietos, ni entre éstos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los cuales no se admite la colación, pues si no se les debe la legítima precediendo su padre a quien es debida, tampoco deberán hacer la colación.»

(535) Respecto a la colación por los nietos, la obra de FERRERO recoge las

4.º Que el hijo o descendiente quiera ser heredero de su donante, es decir, que no renuncie a su herencia.

5.º Que en la sucesión concurren varios hijos o descendientes del causante que reúnan las condiciones antes expresadas. No ha lugar la colación entre los herederos extraños (comprendiendo en esta denominación, en este caso, a los que no sean descendientes suyos con las condiciones antes expresadas) (536). De concurrir herederos extraños e hijos del testador, sólo éstos colacionaran entre sí lo recibido del causante, como si fuesen los únicos instituidos y no concudiesen con ellos los extraños.

El Proyecto de 1851 fué precursor en esta materia—como en otras varias—de la reforma llevada a cabo por el Código civil. El

siguientes reglas: a) No deben colacionar a la herencia del abuelo las dotes o donaciones recibidas de su premuerto padre; b) No deben colacionar lo que viviendo el padre les dió el abuelo, a no ser que se lo hubiese dado en contemplación de aquél; c) Deben colacionar lo que el abuelo les hubiese donado después de muerto el padre; d) No deben colacionar a la herencia del padre ni del abuelo lo que éste, en vida de aquél, les hubiese donado, salvo si al hacerlo hubiese ordenado su colación; e) Pero si que deben colacionar en la herencia del abuelo, lo que éste dió al padre o madre premuertos, salvo si el padre o madre lo hubieren consumido o si los nietos repudiesen la herencia de estos aunque aceptaran la del abuelo (vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ, loc. última cit., núms. 10 a 13, págs. 72 y ss.; vers. TAPIA, cap. últ. cit., núms. 50 a 61, págs. 260 y ss.; vers. G. GOYENA y AGUIRRE, vol. cit., núms. 2.173. 2.177. págs. 48 y ss.).

ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXV, pág. 186), profundizó más en el caso b):

Pregunta el escolar al maestro:

—¿Si el abuelo viviendo el hijo padre del nieto, diese a éste dote o donación de las conferibles por su naturaleza, muerto el donante estará obligado el hijo a traer a colación la donación que el difunto hizo al nieto?

La respuesta fué esta:

—Distingo: o la donación fué expresamente dada en nombre y de consentimiento del hijo, o tácitamente, como si hizo lo que el hijo estaba obligado: en estos casos el hijo padre del nieto tiene que conferir y computar cuando suceda a su padre, y después el nieto con sus hermanos cuando suceda al suyo: o la donación se hizo sin consentimiento del hijo, ni en cosa que el hijo tuviese obligación, y en este caso se entiende mejora hecha al mismo nieto, sin que el padre sea obligado a traer a colación, aunque su padre lo mande; la razón: porque adquiriendo el nieto o nieta la donación sin lucro del hijo, éste no puede ser defraudado de su legítima, ni aún en favor de sus hijos, sino en la parte que quepa en el tercio que el abuelo pudo mejorar a los nietos; pero si el hijo muriese antes que el abuelo, el nieto sucediendo tendrá que traer a colación la donación que le hubiese hecho si mandó que se confiriese; pero si nada dixo el abuelo, o la donación o mejora fuese irrevocable, en estos casos el nieto, aunque el abuelo lo mande, no es obligado a traer a colación; no en el primero, porque el nieto representa la persona del padre, que no era obligado a conferir: no en el segundo, porque como mejora irrevocable, aunque el abuelo mande se confiera en la legítima, siempre se computará en el tercio.»

(536) A estos efectos los ascendientes y los colaterales tienen la consideración de extraños e incluso le tienen los nietos cuando suceden como herederos voluntarios. (Ver FEBRERO, vers. MARCOS GUTIÉRREZ, núm. 7, pág. 70; ver TAPIA, núm. 11, pág. 240 y núm. 62, pág. 262, y vers. G. GOYENA, núms. 2.169 y 2.170 (pág. 48).)

artículo 879 del Proyecto extendía la colación a todos los herederos forzosos (537). La palabra «entre sí» que emplea este artículo indica que la colación no debía entenderse con relación a los herederos extraños que con ellos sucedieran (538).

En cuanto a la colación por los nietos, el artículo 881 proponía: «Cuando los nietos sucedan al abuelo con representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, aportarán todo lo que debería aportar el padre si viviera aunque no le hayan heredado» (539).

b) *Bienes que debían colacionarse*.—Dos presupuestos continuaban presidiendo esta materia: que los bienes hubieran sido donados por la persona a quien se heredaba y que la cosa o cantidad donada la hubiese adquirido el colacionante en vida del causante cuya herencia se trata de dividir (540).

Sin embargo, suele tratarse y discutirse entre los autores de esta época la colación de los *bienes profecticios* y de lo que el hijo hubiera *usufructuado de sus bienes adventicios* (541), últi-

(537) «Art. 879. Los herederos forzosos están obligados a traer entre sí a colación y partición de la herencia los bienes que recibieron del difunto cuando vivía, o de otros, por mera contemplación del mismo.»

GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 250) explica que optaron por un término medio entre la colación por los hijos y la colación por todos los herederos. «En nuestro sistema—dice—la necesidad de colacionar comprende únicamente a los herederos forzosos; pero a todos, bien sean descendientes o ascendientes.»

(538) Notemos que, con arreglo al proyecto de 1851, sólo eran herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes legítimos, y 2.º Los padres y ascendientes legítimos (art. 641). Por tanto no lo eran ni el cónyuge viudo, ni los hijos naturales, ni cabía plantear si debía o no tener lugar la colación en caso de concurrir a la sucesión, v. gr. un hijo legítimo, otro natural y el cónyuge viudo.

(539) GARCÍA GOYENA: (*Concordancias...*, vol. II, pág. 252), al glosar las palabras *aunque no le hayan heredado*, escribió sin demasiada exactitud teórica: «El nieto que repudia la herencia del padre, o fué desheredado por éste, le representa todavía para heredar a su abuelo, porque ya queda dicho que los nietos nunca heredan sino por derecho de representación, y no pueden tener más derechos que los de su representado.»

(540) Ver FEBRERO, vers. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 4, tercera y cuarta, pág. 69); vers. TAPIA (cap. últ. cit., núm. 8, circunstancias tercera y cuarta, pág. 239 y ss.); vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., núm. 1.164, tercero y cuarto, pág. 47); ESCRICHE (op., vol. últ. cit., voz «Colación de bienes», pág. 529); LAS CASAS (op. y vol. últ. cits., núm. 9.277, pág. 493). El Proyecto de 1851, en el § 2.º del art. 882, parece admitir la colación de lo dejado en testamento si el padre lo ordenara expresamente. Claro que tal disposición no supondría una colación propiamente dicha, sino una orden de imputación a la legítima o simplemente significaría que aquella disposición testamentaria no tenía valor de prelegado, sino de una orden de adjudicación de tipo particional testamentario a cuenta del haber correspondiente al asignatario.

(541) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 184); FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (vol. y cap. últ. cits., § II, núms. 35 y ss., págs. 84 y ss.), vers. TAPIA (vol. y cap. cits. núm. 49 y ss., págs. 257 y ss.), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., núms. 1.186 y ss., págs. 52 y ss.); ESCRICHE (locución últ. cit., pág. 530, col. 1.ª); LAS CASAS (op., vol. y núm. últ. cits., página 493, col. 2.ª) y NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.161, pág. 614).

mos residuos de la *collatio emancipati* después del predominio de la *collatio descendentium*.

Pero ciertamente de esa colación sólo puede hablarse en sentido gramatical, de llevar material o contablemente a la herencia, del mismo modo como se habla de colación de lo adeudado por los hijos a su padre y causante. Sus reglas no pueden confundirse con las de la colación de las donaciones, ya que su efectividad no puede depender de la cualidad de heredero del hijo en cuestión, sino de su posición de deudor de su padre. La colación propiamente dicho sólo se plantearía si el padre hiciera donación al hijo de aquellos bienes o productos.

El Proyecto de 1851, según explica García Goyena, al glosar el artículo 879 (542), desplazó esta cuestión de la colación propiamente dicha, tratándola en los artículos 151 y 153, es decir, en el capítulo que regulaba los efectos de la patria potestad respecto los bienes de los hijos. El propio García Goyena (543), glosando el artículo 151, concluye que debían ser colacionables las rentas de los bienes adventicios que el padre hubiere donado a su hijo menor, como lo era toda otra donación, y explica la no colación de las utilidades obtenidas por el hijo con caudal de sus padres, «porque son inciertas, y se deberán en parte a la industria del hijo que merece recompensa» (de acuerdo esto último con la común opinión de la doctrina anterior).

Sentados estos presupuestos y recordando el imperio de la libre voluntad del causante en esta materia (sin perjuicio de que por el carácter imperativo de las disposiciones protectoras de las legítimas deba imputarse a la legítima del hijo dispensado de colación cuanto no cupiera en la porción disponible a su favor como mejora, y aún reducirse en su exceso), podemos examinar de que forma se hacía jugar la voluntad presunta del causante para determinar, a falta de disposición expresa en uno o en otro sentido, qué donaciones eran colacionables:

1) No debían colacionarse las donaciones simples (544), salvo si al hacer la donación hubiera dispuesto el padre, o ascendiente, que se colacionaran (545). No obstante, algunos autores señalaron que debían colacionarse las donaciones simples cuando

(542) Op. y vol. últ. cits., pág. 251.

(543) Op. cit., vol. I. pág. 161 y ss.

(544) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 170 y ss.); FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ, loc. últ. cit., núm. 61, pág. 99); vers. TAPIA (vol. y cap. últ. cits., núm. 54, pág. 259); vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. últ. cit., núm. 1.190, pág. 53) y ESCRICHE (loc. cit., pág. 530, col. 1.ª); LAS CASAS (loc. últ. cit., pág. 493, col. 2.ª); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., número 1.070, pág. 247); NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., Comentario al artículo 1.161, pág. 615).

(545) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. y lex, úl. cits., pág. 171) y FEBRERO (vers. y locs. últ. cits.). Esta declaración sólo se entendía eficaz si era hecha al donar, pues como dice el primer autor citado, «pasado tiempo, si la donación

de no colacionarse resultaría gran desigualdad entre los hijos (546), supuesto que correspondía al de haberse hecho a un hijo donación causal y a otro donación simple (547). Finalmente, en el Febrero (548) se considera colacionable la donación simple si fué hecha al hijo emancipado, «pues vale in continente y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere la colacione» (Opinión, esta última, que no vemos reproducida posteriormente, y que antes tampoco había preponderado entre los autores posteriores de las leyes de Toro).

2) Tampoco eran consideradas colacionables las donaciones remuneratorias (549).

3) Eran sin discusión colacionables la dote, donación *propter nuptias* y demás donaciones causales (550), a no ser que el ascendiente causante dispense su colación (551).

Los autores de este período histórico ya no discuten el concepto de la donación *propter nuptias*, a la que alude la ley 29 de Toro, cuestión que pierde interés si se da un contenido amplio al concepto de las donaciones causales. De ellas dice Febrero (552) que son las que el donante hace por alguna causa necesaria, útil o pia, por la que puede ser compelido a hacerlas. Otros autores hablan de ellas más latamente, como de aquellas en que haya cierta necesidad al hacerlas (553) o hechas por alguna causa ne-

hecha por mejora es de las irrevocables, aunque el padre diga después se traiga a colacion, no se traerá y se computará en el quinto y tercio, como si se entregó la posesión de ella, etc.

(546) Ver FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.); vers. TAPIA (loc. últ. cit.), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (loc. últ. cit.).

(547) Ver SALA: *Digesto Romano Español*, vol. cit., l. XXXV, tit. VI, núm. 3, pag. 81.

(548) Vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.); vers. TAPIA (loc. últ. citada); vers. G. GOYENA y AGUIRRE vol. últ. cit.). En cambio, según la versión del primeramente citado (cap. y § últ. cits., núm. 41, págs. 87 y ss.): «Emancipando el padre a su hijo y dándole al mismo tiempo algún fundo u otra cosa, no está obligado a colacionarlo y antes bien, se entiende mejorado en él en cuanto no exceda del tercio ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso parte de legitima, excepto que al tiempo de la donación expresa que se le da en parte de aquella porque después no puede imponer gravamen ni condición.»

(549) SALA (*Digesto...*, vol. y loc. últ. cit., núm. 8, pag. 83), ratiocinó así: «Si el hijo no está obligado a colacionar una donación simple, ¿con cuánta más razón no deberá hacerlo cuando reciba una donación remuneratoria?»

(550) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XIX, págs. 170 y ss.); FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (cap. y § últ. cit., núm. 61, pag. 99), vers. TAPIA (vol. cit., núm. 54, pag. 259), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., número 1.189, pag. 53); ESCRICHE (loc. últ. cit., pag. 530, col. 1.ª); LAS CASAS (op., volumen y núm. últ. cits., pag. 493, col. 2.ª); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., número 1.070, pag. 247); NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.161, págs. 614 y siguientes).

(551) Ver lo dicho anteriormente en el texto correspondiente a la nota 529, así como lo que dice NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.162, pag. 615 y siguientes).

(552) Vers. J. MARCOS, núm. 62; vers. TAPIA, núm. 55; vers. G. GOYENA y AGUIRRE, núm. 1.190.

(553) Vers. NAVARRO AMANDI, loc. úl. cit., pag. 515.

cesaria, o por lo menos útil o piadosa que a ella impele (554), o por algún motivo que existe de presente o existió de pretérito (555).

Sobre esta pauta se siguió analizando casuísticamente si eran o no colacionables determinadas donaciones y liberalidades. Además de la dote propiamente dicha, se entendían colacionable la dote entregada a las hijas que entraron en religión (556) y no, en cambio, los gastos de la boda (557) y, además de la donación *propter nuptias*, las joyas, adornos y vestidos que el padre hubiese dado a la esposa de su hijo (558), así como el precio de los oficios públicos vendidos satisfecho por el padre (559) y la donación dada por el padre con título de patrimonio para ordenarse (560). No se entendieron colacionables, en cambio, los gastos hechos para la educación y carrera de los hijos (561), ni los libros necesarios para el estudio de la carrera o para el ejercicio de la profesión (562), ni lo pagado para redimir del cautiverio a un hijo (563), si bien estos gastos eran computables e imputables a la mejora, a diferencia de los gastos por alimentos, que ni siquiera eran computables al caudal (564).

En el terreno del Derecho constituyente, Gorosabel (565), en

(554) V. gr. ESCRICHE (loc. últ. cit.); LAS CASAS (loc. últ. cit.).

(555) V. gr. LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cits., ley XXVI, núm. 6, página 461).

(556) ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 182); FEBRERO vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (cap. ult. cit., § II, núm. 25, pág. 79), vers. TAPIA (cap. ult. cit., núm. 20, pág. 245).

(557) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cits., pág. 183; FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 20, pág. 81), vers. TAPIA (núm. 22, págs. 246 y ss.).

(558) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cit., pág. 182); FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 28, pág. 80), vers. TAPIA (núm. 21, pág. 246), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (núm. 2.183, pág. 52).

(559) ALVAREZ POSADILLA (op. y loc. cis., pág. 179); FEBRERO, vers. J. GOYENA y AGUIRRE (núm. 2.184, pág. 52).

(560) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cits., pág. 180); FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 33, pág. 83), vers. TAPIA (núm. 26, pág. 248).

(561) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cit. pág. 176), distingue según el padre hubiera o no manifestado, expresa o tácitamente, su voluntad de que se impute a la legítima. FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 42, pág. 88), vers. TAPIA (núm. 35, págs. 251 y ss.), en los números siguientes señala los casos de excepción: a) Si el padre administra los bienes propios de los hijos; b) Si el padre expresa o tácitamente ordena su colación; c) Si resultase gran desigualdad entre los hijos. Ver también SALA: *Digesto...*, loc. últ. cit., núm. 12, pag. 84; LAS CASAS (op. y loc. últ. cits., pág. 494, 2.ª ed.); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 1.074, pág. 247; NAVARRO AMANDI (op. y vol. citados, art. 1.163, pág. 617).

(562) ALVAREZ POSADILLA (loc. últ. cit.); FEBRERO, vers. J. MARCOS (número 49, pág. 92); vers. TAPIA (núm. 42, págs. 254 y ss.); SALA (*Digesto...*, vol. ult. cit., nums. 12 y 13, pág. 48).

(563) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cits., pág. 179); FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 53, pág. 95); vers. TAPIA (núm. 45, pág. 256).

(564) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cit., pág. 179); SALA (*Digesto...*, loc. ult. cit., núm. 13, pág. 84).

(565) Op. cit., nums. 1.388 a 1382, págs. 306 y ss.

su Proyecto particular, consideraba colacionables: las donaciones a cuenta de la legítima, las por razón de casamiento, para establecer algún hijo, los vestidos y joyas dadas a la esposa de éste, los gastos para aprender un oficio liberal y «otras donaciones semejantes obligatorias». Y como no colacionables señaló: las donaciones entregadas por causa simple, las excusadas por el padre de colación, las de alimentos e instrucción primera, e estudios mayores de los que siguen carrera.

El Proyecto de 1851 fué también en esta materia precursor de una trascendental innovación del Código civil. Prescindió de la distinción de las donaciones en simples y por causa, ordenando a los herederos forzosos traer a colación todos los bienes recibidos del causante (566), si bien admitió que el ascendiente dispensara la colación, pero exigiendo que la dispensa fuese expresa (567). Excusó de colacionar los gastos hechos por el padre en la curación de su hijo, aunque sean grandes y extraordinarios (568), y los de alimentos, educación, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre (569). Los gastos hechos para dar carrera de estudios, armas, diplomática u otra que prepare para ejercer una profesión que requiera título, o para el ejercicio de las artes liberales, por razón de título clerical, compra de algún oficio u otro establecimiento o para pago de deudas, ordenaba fuesen colacionados, salvo dispensa del causante, pero rebajándose de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (570).

c) *Forma en que debía verificarse la colación.*—La mayoría de los autores (571) continúan distinguiendo tres modos de colacionar:

Por *manifestación*, «trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla». En este supuesto, según Las Casas (572), los bienes colacionados «siempre se adjudicarán al donatario, a no ser que los coherederos pactasen otra cosa».

Por *liberación*, si lo colacionable había sido prometido, pero no entregado al colacionante.

Por *imputación*, percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido (573).

(566) Art. 879. Puede consultarse en la pág. 251, vol. II, de las *Concordancias...*, cits. de G. GOYENA.

(567) Art. 882. (Vol. op. y vol. cits., pág. 252).

(568) Art. 884. (Vol. op. y vol. cits., págs. 253 y ss.).

(569) Art. 885. (Pág. 254).

(570) Art. 886. (Págs. 254 y ss.).

(571) Ver FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (vol. IV, lb. II, cap. III, § III, núm. 74, pág. 105); vers. TAPIA (vol. V, tit. III, cap. V, núm. 3, página 237); vers. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (vol. II, núm. 2.235, pág. 60); BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. III, lb. III, cap. V, sec. III, § II, art. 2.º, pág. 556); SÁNCHEZ MOLINA (op. cit., núm. 1.076, pág. 248).

(572) Op. cit., vol. II, núm. 9.277, voz «Colación», pág. 495, col. 1.ª

(573) Las versiones del FEBRERO, debidas a TAPIA, GARCÍA GOYENA y AGUI-

Febrero, después de afirmar que la colación se verificaba normalmente por imputación, asegura que regularmente debe colacionarse la misma cosa recibida, si existió, y no su estimación, «pues de no hacerlo se puede causar perjuicio a los coherederos, si tienen afición a ella y la pretenden, porque con la colación se hace hereditaria y como del patrimonio del difunto, y no se debe dar al interesado contra su voluntad la estimación de la cosa por ella. Mas esto se limita, lo primero, quando los interesados se convienen en que se colacione la estimación; lo segundo, quando no se puede colacionar sino con dificultad o de ningún modo; lo tercero, quando la cosa es tal, que no le tienen afición los hermanos o por libros de escolares, excepto que el padre mande expresamente que los colacionen, y lo cuarto, en la dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimación de las cosas dotales sin tener que manifestarlas» (574).

La regla general enunciada por Febrero, de que normalmente deben colacionarse las mismas cosas y no su estimación, es duramente criticada por Joseph Marcos Gutiérrez (575), al apuntar que esto lo «dice neciamente el autor siguiendo a Velasco que se dexó llevar de la autoridad y de los fundamentos de Bartulo». Y Vicente y Caravantes (576), después de citar ambas opiniones, observa que en la práctica se seguía la doctrina de colacionar por medio de la imputación.

En el terreno constituyente, Gorosabel, en su Proyecto particular, siguió el criterio de Velasco y de Febrero (577), mientras el proyecto del Código civil de 1851 pretendió imponer la colación por imputación, pero ordenando que se compensara a los coherederos con otro tanto en bienes de la misma especie (578),

RRE (locs. últ. cit.), así como BENITO GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.), confunden aquí la colación verificada por imputación y la imputación a las legítimas. Error más de extrañar en aquéllas, en las que no se involucra la colación en la computación e imputación.

(574) Ver la vers. de J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 75, páginas 105 y ss.); vers. de TAPIA (loc. últ. cit.) y vers. de G. GOYENA y AGUIRRE loc. y núm. últ. cit.).

(575) Nota (1) a la pág. 105, loc. últ. cit.

(576) Párrafo adicionado al núm. 2.235, de la citada versión de FEBRERO. de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (vol. últ. cit., págs. 60 y ss.).

(577) «Art. 1.393. La colación se hace o de los mismos bienes recibidos o de su estimación. Se hace del modo primero siempre que exista la misma cosa recibida en poder del donatario; y del segundo cuando no existe la misma cosa en su poder, o convienen los coherederos en que se colacione su estimación, o es dote dada la hija» (op. cit., pág. 307 y ss.).

(578) «Art. 888. El donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como el que ya tiene recibido, o los coherederos percibirán otro tanto más de la misma naturaleza, especie o calidad, en cuanto sea posible.» GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 257), observa que «esto es una consecuencia del anterior artículo, en el que se ha establecido que no se han de traer a colación las mismas cosas, sino el valor que tenían»; y que, «aunque esto haya parecido más equitativo y sencillo, no se da desde luego derecho a los otros coherederos para indemnizarse en metálico: el artículo tiende a conservar entre ellos toda la igualdad posible».

en cuanto fuere posible (579). Este criterio ha sido el que se ha impuesto en el Código civil, como luego veremos.

d) *Momento al que debía referirse la fijación del valor a colacionar.*—La determinación del momento en que debía fijarse el valor a colacionar fué resuelta por los autores que ahora examinamos con mayor unidad de criterio que por los clásicos.

Predominó la distinción entre la *donación estimada con estimación que causó venta* y la *donación no estimada o estimada sin causar venta* (580). En el primer caso se entendió que debía colacionarse el precio de la estimación, fueran muebles o inmuebles los bienes donados, e independientemente de las ulteriores alternativas de valor, favorables o desfavorables al donatario, y de su pérdida aunque no le fuese imputable (581). En el segundo caso se debía verificar la colación conforme al valor que tuvieran los bienes donados al tiempo de colacionarlos, pero con la salvedad que si bien los aumentos y disminuciones intrínsecos debidos al mero transcurso de tiempo beneficiaban o perjudicaban la masa (582), en cambio, debían descontarse los aumentos de valoración debidos e industria del donatorio, como nuevas plantaciones, mejoras, etc. (583), y las desmejoras o la pérdida—anterior o posterior a la muerte del donante—debidas a su culpa

(579) «Art. 889. No pudiendo verificarse la indemnización e igualdad con arreglo al artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tienen derecho a ser igualados en metálico, y no habiéndolo en la herencia, se venderán los bienes de la misma en pública subasta hasta la cantidad necesaria. Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en los otros muebles de la herencia a su libre elección por el justo precio.»

(580) Ver FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núms. 78 y ss., páginas 107 y ss.); vers. TAPIA (vol. y cap. cits., núms. 4 y ss., págs. 272 y ss.); vers. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., núms. 2.237 y ss., págs. 61 y ss.); ESCRICHE (op. y vol. cits., voz «Colación de bienes», pág. 530, col. 2.ª); BENITO GUTIÉRREZ (op. y vol. cits., págs. 555 y ss.); LAS CASAS (loc. últ. cit., pág. 494); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 1.075, pág. 248); NAVARRO AMANDI (op. y volumen cits., art. 1.162, pág. 617).

(581) Conhesa FEBRERO (núm. 79, vers. J. MARCOS; núm. 5 vers. TAPIA, número 2.239 ver G. GOYENA y AGUIRRE), que entienden «algunos autores que (lo colacionable) siempre se juzga dado con la condición de colacionarlo al tiempo de la muerte del donante por lo que siendo condicional la estimación no causa venta». Pero, añade que, «sin embargo, siguiendo lo que ordenan las leyes que tratan de la restitución de la dote que debe hacer el marido y el dictamen de los que tocaron madura y juiciosamente el punto, diré que debe colacionarlo por el valor en que se estimó cuando lo recibió, si entonces no se pactó otra cosa.»

(582) Razona FEBRERO (núm. 78, 4 y 2.237, respectivamente, de las versiones citadas) que «quien está a la utilidad, debe estar a la pérdida y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad ni se causa perjuicio a los herederos.»

(583) Planteó FEBRERO (vers. TAPIA, núm. 5, in fine, pág. 274), «si la finca se hizo más preciosa por la mera industria o trabajo del hijo o hija como si estaba erial, y después que la recibió la plantó de viña u olivas, etc.», y resolvió que dada inestimada la finca se debe colacionar «por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de éste, porque es adventicio y estrinseco, y como trabajo suyo le toca preventivamente.»

o dolo. Es decir, que del valor actual se debía restar el que tuvieran tales aumentos estrínsecos o sumarse el de las disminuciones culposas.

Sólo Sala (584) disintió de esta distinción y, siguiendo la opinión y, apoyándose en la interpretación de Ayerve de Ayora, afirmó que la colación debía regularse por el valor que los bienes donados tuvieran al hacerse la donación, aun cuando no hubieran sido justipreciados, puesto que desde aquel momento corresponden al donatario las ventajas y perjuicios que se siguen por razón de la cosa donada.

Si bien en la doctrina predominó la doctrina intermedia, que distinguía la transmisión que causó la venta y la que no la causó, en cambio, en los Proyectos elaborados vemos propuestas las posiciones extremas.

Gorosabel, en el suyo (585), atiende el valor que la cosa tenga al tiempo de colacionarla, si bien acepta que debía restarse el aumento de valor debido al trabajo o industria del donatario y los gastos que hubiera tenido al efecto, y sumarse el menor valor imputable a falta suya.

Por el contrario, el Proyecto de 1851, en su artículo 887, sentó la doctrina opuesta: «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiere hecho entonces su justiprecio. El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo del donatario.»

García Goyena (586) comentó que este artículo «contiene una novedad importante contraria a la opinión común de los autores y a casi todos los Códigos», y reconoció que «está redactado según la opinión de Ayora».

Efectos respecto a tercero de la reducción de las donaciones por inoficiosidad y del deber de colacionar.—En la época en que fué elaborado el Proyecto de Código civil de 1851 empiezan los juristas a interesarse de modo general por la seguridad dinámica. Fruto de esa preocupación fué el artículo 891: «cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiese enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario».

Aunque este precepto corresponde al título de la colación y habla de si los bienes donados *excedieren del haber donatario*, parece que no se quisieron referir tales efectos a la colación propiamente dicha, sino a la inoficiosidad. El Proyecto de 1851

(584) *Digesto Romano Español*, vol. cit., lib. XXXVII, tit. VI, núm. 4, página 82.

(585) Op. cit., art. 1.394, pág. 308.

(586) Op. y vol. ult. cit., y pág. 255.

no había confundido en su planteamiento ambas instituciones, pero el comentario de García Goyena a este artículo nos hace sospechar que existió tal confusión en el espíritu, ya que no en la letra, del artículo que comentamos.

He aquí la glosa de García Goyena (587): «El donatario era dueño y de buena fe; es, por tanto, preciso consultar a la estabilidad de la enajenación, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabado por el donador; sólo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto la donación fué inoficiosa y previa excusión en los bienes del donatario.»

¿Quiso, pues, este artículo referirse a la reducción por inoficiosidad y no a la colación? ¿Existió una confusión en su colocación y en su referencia al haber del donatario, que debió hacerse solamente a la legítima del donatario? O bien, ¿fué García Goyena el que se confundió al glosarlo?

El comentario de Claudio Antón de Luzuriaga (588) al artículo 1.787 del Proyecto parece confirmar la opinión de García Goyena. Nuestro primer hipotecarista no plantea siquiera la cuestión de la eficacia contra tercero del deber de colacionar propiamente dicho, sino que centra toda la cuestión en torno al alcance de la revocación y de la reducción.

Opinión que el mismo Goyena (589) justifica con estas palabras: «La donación en sus relaciones con la legítima, y para el efecto de reputarse o no inoficiosa, queda en suspenso hasta la muerte del donador y lleva tácita y necesariamente la condición de que ha de caber en la parte libre o disponible.» Claro que—según ha observado agudamente Marín Monroy (590)—«el proyecto, en vez de dar lugar a una resolución y anulación tajantes—como la del artículo 961—, sólo daba, por el 891, repetición contra tercero, previa excusión de los bienes del donatario, de lo que parece resultar, más que una revocación, sólo un

(587) *Op. y vol. cit.*, pág. 259.

(588) Comentario al título XIX del Proyecto de 1851, contenido en el tomo IV de las *Concordancias...*, *cits.*, de GARCÍA GOYENA, página 193. (Los títulos XIX y XX en el tomo IV fueron comentados por LUZURIAGA): «Los donadores—dice—son también equiparados al vendedor por algunas legislaciones respecto de los derechos que la ley les reserva; pero en nuestro proyecto hemos seguido el ejemplo de otras leyes hipotecarias, que los pasan en silencio, y para ello nos hemos fundado en que las *acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley*, son notorias a todo el que contrate con un donatario puesto que en el registro público constara que el título de la propiedad de este último es una donación y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el registro no podría ser sino una segunda edición de la ley; por lo demás, el proyecto hace necesaria la inscripción para las acciones reales reservadas al donador por la voluntad de los contrayentes, así como la de la demanda por causa de ingratitud que es completamente voluntaria.»

(589) Apéndice 8.º, tomo II, pág. 342.

(590) *Loc. cit.* pág. 239.

derecho de crédito contra el adquirente, convertido en fiador legal del donatario».

La Ley hipotecaria de 1861, ni en su texto ni en su exposición de motivos planteó la situación de los terceros adquirentes con relación a la reducción de las donaciones por inoficiosas y con respecto de la colación (591). Comentando la situación planteada por dicha omisión, ha conjeturado el mismo Marín Monroy (592), sobre la pauta de su anterior observación, «que la Comisión (redactora de la Ley Hipotecaria) seguramente no consideró que debía ocuparse especialmente de ello (de la reducción por inoficiosidad), no afectando realmente, sino personalmente y en segundo término al tercero, y dejando muy acertadamente entre las partes el Derecho civil, no se ocupó de ello».

Con referencia a la colación propiamente dicha, que llama «colación simple», ha formulado Marín Monroy esta hipótesis: «No está ya tan claro sí, refiriéndose (los autores de la Ley Hipotecaria) ya al proyecto de Código civil, considerándolo como cuasi aprobado, al derogar éste las leyes de Toro en sus sistemas de imputación y exigir que la mejora había de ser siempre expresa, no debiendo hacer también alguna declaración respecto a la colación y los terceros, aunque quizá los creyeron siempre protegidos por la declaración de principio del artículo 36 y el párrafo primero del 34. Además, seguramente, dada la supresión de la colación en especie por el artículo 887, creyeron no se producirían realmente conflictos con los terceros.»

(Continuará.)

(591) El núm. 1 del art. 38 sólo determinaba que «no se anularán ni rescindirán, en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho», por «revocación de donaciones en los casos *permitidos por la ley*, excepto el de no cumplir el donatario condiciones no inscritas en el Registro». Con ello, a diferencia del Proyecto del Código civil de 1851, tampoco concedía efectos respecto a tercero a la revocación de donaciones por sobrevivencia de hijos. Pero de la reducción por inoficiosidad nada dice.

(592) Loc. y pág. ult. cits.

