

1.4. Sucesiones

Autonomía de la voluntad testamentaria: la dispensa de colación como declaración unilateral y revocable en disposiciones testamentarias

Autonomy of the testamentary will: the dispensation of collation as a unilateral and revocable declaration in testamentary dispositions

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora titular de Derecho civil.

*Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales UNED.
Coordinadora del Máster Universitario en Investigación en Derecho de la Cultura
por la Universidad Carlos III de Madrid y la UNED*

RESUMEN: Las donaciones *inter vivos*, como actos gratuitos que son, pueden porque así lo autoriza el Código de Derecho común, efectuarse por el donante, con carácter de colacionables o no. Por tanto, el negocio jurídico fundamental, participa de los presupuestos esenciales de las relaciones obligatorias y, al tiempo, la nota de la colacionabilidad imputa que dicha declaración de voluntad, esté indeclinablemente unida a las sucesiones por causa de muerte. La donación, bien sabemos que es un modo de adquirir; empero, debemos profundizar en esta vinculación con el Derecho sucesorio. En estas líneas, recapitularemos cómo la suerte de la colación de aquella *donatio inter vivos*, dependerá de un acto unilateral en que el causante, en sus últimas voluntades testamentarias está autorizado —al tratarse de un elemento de derecho dispositivo— tanto a dispensarla, como a revocarla. En suma, es una de las evidencias de la libérrima autonomía de la voluntad testamentaria.

ABSTRACT: *Inter vivos donations, as free acts that are, because they are authorized by the Civil Code, can be made by the donor, whether or not they are collationable. Therefore, the fundamental legal act, participates in the essential assumptions of the obligatory relations and, at the same time, the note of the collusion ability imputes that this declaration of will, is indeclinably linked to the successions by cause of death. The donation, we well know, is a way of acquiring the property; we must study this link with inheritance law. In these lines, we will recapitulate how the collation of that donation inter vivos, depend on a unilateral act in his last wills, is authorized to dispense it, as well as to revoke it. In short, it is one of the evidences of the free autonomy of the testamentary will.*

PALABRAS CLAVE: Donación colacionable: dispensa y revocación en testamento.

KEY WORDS: *Donation collationable: waiver and revocation in will.*

SUMARIO: I. PRELIMINAR: REVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES Y EL ARTÍCULO 1036 COMO NORMA DE DERECHO DISPOSITIVO.—II. INCIDENCIA DE LA COLACIÓN DE LAS DONACIONES EN LAS OPERACIONES PARTICIONALES: PRESUPUESTOS, CÁLCULO Y ELEMENTOS CONTABLES. 1. LA RECONSTRUCCIÓN DEL HABER HEREDITARIO. 2. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1035 DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN. 3. ANÁLISIS DE DOS STS SIENDO PONENTE EL: EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, NÚM. 468/2019, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y NÚM. 578/2019 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019. 4. RDGRN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2016: DONACIÓN NO COLACIONABLE. IMPUTACIÓN SE TRATA DE DETERMINAR SI UNA DONACIÓN PUEDE SER AL MISMO TIEMPO NO COLACIONABLE Y FIJÁNDOSE EL ORDEN DE IMPUTACIÓN A LOS TERCIOS DE LIBRE DISPOSICIÓN, MEJORA Y LEGÍTIMA.—III. DONACIONES COLACIONABLES: STS SIENDO PONENTE PARRA LUCÁN Y LA REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA Y LA NECESIDAD DE ESTAR A LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. 1. PRELIMINAR. 2. EL ARTÍCULO 1036 Y LA NATURALEZA DISPOSITIVA DE LA DISPENSA O NO DE LA COLACIÓN: LA REVOCABILIDAD DE LA COLACIÓN DEPUESA *MORTIS CAUSA*. 3. STS 29/2008, DE 24 DE ENERO. LA FIJACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y LA SUCESIÓN FORZOSA. DONACIONES COLACIONABLES. PONENTE EXCMO. SR. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. 4. STS 2014, DE 17 DE ENERO DE 2014, PLENO: PONENTE ORDUÑA MORENO: DONACIÓN INTER VIVOS CON DISPENSA DE COLACIÓN. 5. SENTENCIA 473/2018, DE 20 DE JULIO DE 2018, PONENTE PARRA LUCÁN. ASUNTO MAZACRUZ. 6. SENTENCIA, DE 1 DE FEBRERO DE 2016, POR LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. 7. STS, NÚM. 375/2019, DE 27 DE JUNIO DE 2019, SIENDO PONENTE LA EXCMA. SRA. D.^a M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN. 8. STS 134/2019, DE 6 DE MARZO SIENDO PONENTE D.^a M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN.—IV. MENCIÓN A LA RENOVADA CODIFICACIÓN FORAL: EN PARTICULAR LAS NUEVAS CODIFICACIONES VASCA Y ARAGONESA. 1. LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO. 2. DERECHO ARAGONÉS. 3. DERECHO SUCESORIO GALLEGO.—V. INDICACIONES CONCLUSIVAS.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR: REVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES Y EL ARTÍCULO 1036 COMO NORMA DE DERECHO DISPOSITIVO

Con carácter previo¹, se antoja más coherente reiterar que, por cuestiones de seguridad jurídica, el testamento y las disposiciones testamentarias, otorgan poder suficiente al causante, para revocar la colacionabilidad de la donación aceptada *inter vivos*. La declaración testamentaria, es, en buena lógica, un acto unilateral que, en el ejercicio de la libérrima autonomía de la voluntad sucesoria, ratifica el incuestionable derecho del causante a ordenar la dispensa o no de la colación. Recuérdesse la naturaleza de declaración unilateral y revocable de las disposiciones testamentarias; autonomía presente en la materia objeto de estudio.

Por tanto, la obligación de colacionar es una declaración que el deponente, en el ejercicio de dicha autonomía testamentaria, podrá realizar como tenga por conveniente. Así que, podrá incluir entre sus disposiciones de última voluntad, el sentido que unilateralmente resuelva, sin atenerse a reglas estrictas y no ne-

gociables. Es decir, no es tanto la revocación de la dispensa de la colación —que también— cuanto si su intención fuere la de derogar esta característica de una donación *inter vivos*, lo podrá hacer aboliendo la donación en sí o, sencillamente, imputando dicha disposición *inter vivos* como colacionable, frente a la voluntad manifestada en el momento del perfeccionamiento de dicho acto gratuito². Eso sí y como añaden DÍEZ-PICAZO y GULLÓN «cuando sean aplicables las causas generales de revocación de donaciones»³.

Declara el tenor literal del artículo 1036 del Código civil: *La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*⁴. De su redacción resulta evidente que se trata de una norma de derecho dispositivo, tal y como hemos anticipado.

II. INCIDENCIA DE LA COLACIÓN DE LAS DONACIONES EN LAS OPERACIONES PARTICIONALES: PRESUPUESTOS, CÁLCULO Y ELEMENTOS CONTABLES

1. LA RECONSTRUCCIÓN DEL HABER HEREDITARIO

Institucionalmente, la entraña de la colación, a la vista de la norma civil común, reside en su naturaleza contable⁵. Carácter que, a su vez, produce consecuencias en la disponibilidad del sistema hereditario, que autoriza al deponente en sus últimas voluntades o disposiciones testamentarias o, incluso, con carácter previo, haya suscrito donaciones dispensables.

De modo que los presupuestos de la colación, prevista en el artículo 1035 del Código civil, implican que se trata de una norma u operación de reparto⁶.

Es decir, es una noción contable, típica de operaciones particionales. Con ella se reconstruye el haber del causante para la igualdad de los legitimarios: adición contable, a la masa hereditaria, del valor de los bienes donados valor actualizado al tiempo en que se practique la partición. En cuanto al elemento personal exige la concurrencia de herederos forzosos y, por lo que afecta a los sujetos beneficiarios y decurso vital del sujeto activo, se traduce en lo recibido por un heredero forzoso, a título lucrativo en vida del causante.

Por tanto, sus consecuencias contables implican que se trata de un anticipo de la herencia, caso de concurrir con otros herederos forzosos, siendo su finalidad reconstruir el haber hereditario. De ahí que, exclusivamente, se tendrán en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para restaurar o rehacer entre ellos el haber del causante, y conseguir, la igualdad entre ellos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia.

Por su parte, no pretende la garantía de la legítima. Y sobre los bienes o valor a lo que afecta: opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado⁷.

Por último, hemos de añadir, el extremo que más nos interesa a efectos de este estudio. Excepción de derecho disponible: cabe la dispensa, salvo la revocación de la colación.

2. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1035 DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN

En el Código civil, el precepto esencial, a estos efectos es el artículo 1035 que, en su libro III, título III, capítulo VI *De la colación y partición* Sección primera.

*De la colación, dispone: El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*⁸.

De ahí, que VALLADARES RASCÓN, advierta que el meritado precepto 1035 mezcla la colación, que es una operación entre herederos forzosos (...) y la computación o reunión ficticia (...) a efectos de determinar si las donaciones lesionan las legítimas⁹.

Como declara ROCA SASTRE, abordamos tres operaciones de naturaleza contable propia y, que implican a distintos sujetos según sea su vínculo con el causante. Es decir, como herederos forzosos, legitimario único, legitimarios entre sí o donatarios¹⁰.

De este modo, nos deberemos atener a la computación legitimaria¹¹, la operación particional o colación y, por último, a la imputación de liberalidades, a la legítima o agregación a la herencia líquida de las donaciones otorgadas, específica y exclusivamente a los legitimarios¹².

En suma y en palabras de ROCA JUAN, «no se ve inconveniente en considerar la colación como un efecto sucesorio peculiar de la pluralidad de herederos forzosos en determinadas circunstancias, que es autónomo, pero en conexión necesaria y en sus efectos con las operaciones particionales propiamente dichas, que implican el reparto y adjudicación de los concretos bienes hereditarios: el artículo 1035 alude expresamente a la finalidad del resultado de la colación, en cuanto establece que los bienes o valores recibidos por el heredero forzoso en vida del causante por título lucrativo se computen («para computarlos», dice el precepto) en «la cuenta de partición», lo que se traduce en que determinada la cuota de haber, que al heredero forzoso corresponde, la adjudicación de bienes concretos en pago de su haber supone sustituir el «haber» o cuota abstracta de valor, previamente determinada, por el equivalente económico-jurídico en bienes de la adjudicación particional (el llamado carácter especificativo de la partición), y la colación significará una deducción en los bienes que se adjudiquen en pago de la cuota, equivalente a lo ya percibido»¹³.

3. ANÁLISIS DE DOS STS SIENDO PONENTE EL EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, NÚM. 468/2019, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y NÚM. 578/2019, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019

Tendremos en cuenta la premisa mayor doctrinal que fija que «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*»¹⁴.

Y en cuanto a las dos resoluciones judiciales citadas en el epigrafiado, dice así la STS, de 17 de septiembre de 2019:

«3.1.— Consideraciones previas. Las legítimas constituyen una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y parientes más próximos, es decir operan a favor de los legitimarios. Funcionan como un freno a la libertad de testar; puesto que, como establece el artículo 763 II Código civil, el que tuviere herederos forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma

y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, es decir la reguladora de las legítimas.

El sistema legitimario no impide la validez de las disposiciones gratuitas realizadas a favor de los herederos forzosos y terceros, siempre que no perjudiquen a los otros colegitimarios (art. 819 CC). Las legítimas no constituyen una *pars reservata bonorum* (parte reservada de los bienes), dado que el testador puede disponer inter vivos y mortis causa de su patrimonio, si bien bajo una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que, de sus legítimas, hagan los legitimarios (STS 695/2005, de 28 de septiembre, que cita a su vez las sentencias de 31 de marzo de 1970 y 20 de noviembre de 1990)¹⁵.

Siguiendo ahora con ambas resoluciones al integrar su tenor en la última cronológicamente, indica «como hemos advertido en la STS 468/2019, de 17 de septiembre, con referencia al artículo 1035 del Código civil: “La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concorra con otros herederos de tal condición”»¹⁶.

De modo que prístinamente advierte que «las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del artículo 1035 del Código civil, solo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos».

A continuación, reiterando idéntica doctrina jurisprudencial, ratifica que «En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del artículo 1035 del Código civil, solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia».

En suma: «Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el *de cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC)»¹⁷.

4. RDGRN, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2016: DONACIÓN NO COLACIONABLE. IMPUTACIÓN SE TRATA DE DETERMINAR SI UNA DONACIÓN PUEDE SER AL MISMO TIEMPO NO COLACIONABLE Y FIJÁNDOSE EL ORDEN DE IMPUTACIÓN A LOS TERCIOS DE LIBRE DISPOSICIÓN, MEJORA Y LEGÍTIMA

En este supuesto, se ventila y llega a la conclusión que la contradicción existente en la naturaleza de la condición, la donación debería ser colacionable y, aun así, se ordena que no lo sea¹⁸.

De modo que hasta que no sea subsanada dicha aporía, la donación no podrá inscribirse, dadas las desconocidas consecuencias positivas o negativas que tendrá en su haber para el donatario.

Recoge la mencionada RDGRN, de 12 de diciembre de 2016: Donación inoficiosa. Reducción donaciones. —Según la calificación hay una contradicción en cuanto a la naturaleza de la condición, si por un lado se dice que se imputará en primer término al tercio de mejora y luego sucesivamente a los de libre disposición y legítima, quiere decirse que la donación es colacionable y a pesar de ello se ordena que no sea colacionable. Esta contradicción provoca una nulidad de la donación pues el aceptante no puede saber si ella supone un beneficio frente a otros herederos o simplemente es un adelanto de su haber hereditario. Lo dicho provoca que no se pueda inscribir la escritura mientras no se resuelva dicha contradicción. No existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación». Además, el artículo 818 en su párrafo segundo utiliza la expresión «colacionables» en sentido impropio. *En realidad, como sostiene la doctrina, la expresión «colacionables» en el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión «colacionables» se le diera el sentido técnico del artículo 1035 del Código civil, las donaciones hechas a extraños no deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el quantum global mediante la suma del valor de las donaciones inter vivos al patrimonio relicto neto*¹⁹. A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que para que procedan todas y cada una de las operaciones señaladas es necesaria la presencia de un causante, por lo que vivo el donante no cabe plantearse problema alguno de colación o imputación, que difieren al tiempo del fallecimiento y de la partición tanto la colación como la imputación, la reducción por inoficiosidad y la fijación de legítimas. No se olvide que la legítima no es un derecho latente, un derecho potestativo o una situación jurídica secundaria, sino tan solo un freno a la libre facultad dispositiva del testador o donante cuyos efectos se verán al tiempo del fallecimiento. En consecuencia, este defecto debe ser revocado.

III. DONACIONES COLACIONABLES: STS SIENDO PONENTE PARRA LUCÁN Y LA REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA Y LA NECESIDAD DE ESTAR A LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

1. PRELIMINAR

Sin duda y en este punto, la esencia reside en la naturaleza imputable a la dispensa. En principio, y como ya hemos anunciado, se trata de un acto o declaración nacida para surtir los efectos otorgados por el ordenamiento al testador. En buena lógica, al tratarse de un acto unilateral, *mortis causa* y generado para desplegar sus consecuencias con ocasión del fallecimiento del causante, por simetría estructural, esta condición jurídica se atribuirá a la liberalidad sobre la que sea de aplicación.

En la práctica forense previa a la sanción del Código civil²⁰, ya FEBRERO advertía las singularidades de esta declaración que excluía, gracias a su revocabilidad, la aplicación de la Ley 17 de Toro²¹. Por tanto, se contemplaba no como

una donación simple, sino como una disposición última y, por tanto, revocable hasta la muerte²².

Recuérdese que el momento doctrinal y académico inmediatamente anterior a la época codificadora; en él se discute entre la invariable apelación al Derecho romano y la omisión del Derecho propio, fuera castellano o real.

Un elemento esencial para el entendimiento del debate sobre la independización del Derecho civil del romano, reside en la introducción de las intituladas *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* de JORDÁN DE ASSO y MANUEL Y RODRÍGUEZ.

Estos autores, al hacerse eco de la dificultad de localización del derecho vista la profusión y dispersión de normas existentes, afirman que: «llega á confundirse el mas perspicaz y aplicado, si recurre para su alivio á los comentarios de sus Glosadores; porque han pretendido, no sabemos con qué intencion ó utilidad, buscar la primera razon de nuestras Leyes en los principios del Derecho Romano, siendo así, que nuestros Legisladores, á quienes imitaron los que les sucedieron, no solo las fundaron sobre otros muy diversos, sino que aborrecieron aquellos, y los apartaron expresamente de sus Tribunales».

De lo dicho se sigue, la inseguridad jurídica consecuente de la reiterada dispersión normativa. Queja reiterada también por ORTÍZ DE ZÚÑIGA cuando apreciaba «cuántos obstáculos se presentan para profundizar en el espíritu de una legislación tan varia y á veces tan contradictoria, cual la que se contiene en nuestro Fuero juzgo y Real, en las Partidas, como derecho puramente supletorio, en la Recopilación que todavía se denomina Novísima, y el cúmulo inmenso de las modernas leyes, ya compiladas en los volúmenes anteriores al año 1846, ó hacinadas como en un centon en la Colección legislativa, (...) agréguese á todas estas dificultades que se ofrecen al fallar las contiendas jurídicas de cualquiera de los territorios de España, otra de no escasa importancia, cual es, la gravísima de reunir una colección completa de esta pesada balumba de cuerpos legales...».

2. EL ARTÍCULO 1036 Y LA NATURALEZA DISPOSITIVA DE LA DISPENSA O NO DE LA COLACIÓN: LA REVOCABILIDAD DE LA COLACIÓN DEPUESTA *MORTIS CAUSA*

Volviendo a la específica realidad contemporánea sobre el artículo 1036, con elocuencia, y del modo siguiente, compendia SARMIENTO RAMOS sus particularidades institucionales: «la dispensa de colación tiene la naturaleza de acto *mortis causa* (implica un modo de ordenación de la sucesión) y goza de autonomía respecto de la liberalidad a la que se aplica; es, por tanto, esencialmente revocable (salvo en la hipótesis del art. 827 CC) aunque la revocación para nada afecte a la validez y eficacia de la liberalidad y puede ordenarse al tiempo de la liberalidad y juntamente con ella, o en un momento posterior»²³.

En suma el testador, tiene derecho a dispensar de la colación o a ordenar que se colaciones lo donado en vida²⁴.

En este punto, también las nociones podemos sistematizarlas con claridad prístina.

En cuanto a los extremos más destacables de las donaciones colacionables, son, de conformidad a la literatura jurídica y a la doctrina jurisprudencial, los siguientes: a) El artículo 818 del Código civil; b) Su finalidad, que no es otra que la garantía de la legítima; c) La esencial del requisito, donde habrán de concurrir donaciones efectuadas a terceros o herederos forzosos; d) Siempre ha de realizarse aun cuando solo haya un heredero legitimario; e) Se trata de una

noción contable: es una computación que agregar al caudal hereditario de todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros; f) Los sujetos beneficiarios de la donación colacionable: un tercero o un heredero forzoso y g) Siempre tendremos presente que las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo²⁵.

Por cuanto afecta a la última doctrina señalaremos la del profesor VELA, al indicar sobre las *Donaciones declaradas no colacionables o realizadas con dispensa de colación*: «(...) Es posible, igualmente, que el causante quiera dispensar de imputación determinada donación con el fin de que el legitimario donatario, además de lo donado, reciba de la herencia su cuota legitimaria correspondiente, pues, como se ha indicado ya, se parte de la presunción de que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia. Eso sí, debe tenerse muy en cuenta que la dispensa de colación de la donación realizada no puede impedir que se compute para calcular la legítima de los herederos forzosos, pues, a tenor del artículo 813.1.º del Código civil, el «testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley» (SSTS [1.ª] 17 de marzo de 1989 [ya citada], 18 de octubre de 2007, 24 de enero de 2008 [ya también citada] y 21 de enero de 2010). En efecto, como también entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 12 de diciembre de 2016, cuando el párrafo segundo del artículo 818 del Código civil utiliza la expresión *colacionables*, refiriéndose a las donaciones, lo hace en sentido impropio, pues «el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión *colacionables* se le diera el sentido técnico del artículo 1035 del Código civil, las donaciones hechas a extraños no deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el *quantum* global mediante la suma del valor de las donaciones *inter vivos* al patrimonio relicto neto»²⁶.

En definitiva, afirma que: «tratándose de donación hecha expresamente con el carácter de no colacionable —cualidad que también puede establecerse por el causante en su testamento, ex artículo 1037 del Código civil—, como el donante quiere un beneficio evidente para el donatario, parece lógico que debe entenderse que primero se hace la imputación de la donación a la parte libre de la herencia (SAP de Madrid [21.ª] 31 de mayo de 2012) y, después, a la legítima estricta que corresponda al heredero forzoso donatario, porque se ha querido alterar por el causante la regla general de imputación del artículo 819 del Código civil; lógicamente, el exceso se reducirá por inoficioso (ex art. 819.3.º CC), por no poder imputarse en el tercio de mejora, conforme al artículo 825, *a contrario*, del Código civil.

En este punto, la STS (1.ª) de 29 de julio de 2013 dijo que en «el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código civil, claramente contrario a la admisión de la mejora *meramente presunta*, debe señalarse que la *declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar*, entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado», por ejemplo, si el donatario descendiente con dispensa de colación ha sido instituido heredero en la herencia correspondiente; y todo ello, por cuanto «en orden a la imputación de la donación con dispensa de colación la valoración normativa tampoco debe discurrir por el cauce de una interpretación restrictiva o limitativa de la voluntad real del disponente». No obstante, a mi juicio, la donación hecha con el carácter

de no colacionable ya implica un evidente beneficio para el donatario pues va a poder imputarla, en primer término, a la parte de libre disposición de la herencia —y solo después a su cuota legitimaria correspondiente—, pero entiendo que esta situación no va a conllevar una mejora tácita o presunta para el favorecido, pues ello es contrario, no se olvide, al principio general de la mejora expresa contenido en el citado artículo 825 del Código civil»²⁷.

Creo que en similar sentido, por lo que atañe a los móviles hipotéticos y los fines evidenciados en el testamento, fundándose en la doctrina de VALLET, ESPEJO LERDO DE TEJADA sostiene que «el causante, en vida, puede ir distribuyendo sus propiedades mediante donaciones, sin preocuparse, de momento, del estado final de distribución, pues sabe que a su muerte mediante la colación se corregirán estas desigualdades; con esta interpretación la única posibilidad desigualatoria es la que queda en manos del causante mediante la oportuna dispensa de colación; en ningún caso se producirá esta desigualación como consecuencia automática de la donación. De todas formas puede parecer que lo anterior contradice el carácter por lo común irrevocable de las donaciones, ya que por un acto posterior del donante (el testamento, acto de última voluntad) pierde eficacia la donación. Sin embargo, como dije antes, *esta objeción decae si se considera que la donación en el momento de nacer está sujeta a la carga o a la condición de ser traída a colación en el caso de que se acepte la herencia*. Ciertamente el donatario siempre podría repudiar la herencia para así no tener que colacionar el exceso»²⁸.

3. STS 29/2008, DE 24 DE ENERO. LA FIJACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y LA SUCESIÓN FORZOSA. DONACIONES COLACIONABLES. PONENTE EXCMO. SR. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Los autos traen causa de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gandía, cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora M^a Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de D.^a Sonia, D.^a Rocío.

Los hechos los fija, lógicamente, el citado Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gandía, de 4 de noviembre de 1999, en los siguientes términos: la demandante y recurrente en casación doña Sonia, es hija de D. Vicente, ya fallecido, el cual era hijo de un primer matrimonio de la causante D.^a María Inmaculada con D. Vicente (fallecido). De un segundo matrimonio contraído por la causante Sra. María Inmaculada con D. Íñigo, nacieron dos hijos, los demandados D.^a Rocío y D. Iván²⁹.

Es decir, los legitimarios respecto de la herencia de la Sra. María Inmaculada, son su nieta D.^a Sonia, que ocupa en dicha herencia el lugar de su padre por derecho de representación y sus hijos D.^a Rocío y D. Iván. La cuestión se dirime por el último testamento, de fecha 13 de marzo de 1990, otorgado ante notario en el que se establecía expresamente la validez del testamento otorgado el 21 de noviembre de 1974, si bien hacía ciertas alteraciones acerca del nombramiento de albacea-contador-partidor.

En el testamento de 21 de noviembre de 1974, en sus cláusulas quinta y sexta, se disponía expresamente que: Quinta. «En todo caso, lega y mejora a sus hijos Rocío y Iván, a partes iguales entre ellos, el resto de los tercios íntegros de mejora y libre disposición». Sexta. En el tercio de legítima estricta, instituyen herederos universales por iguales partes a sus hijos Rocío y Iván y a su nieta Sonia. Ordena la testadora que el pago de legítima a su nieta Sonia se haga efectivo con el metálico existente en libreta número 1174, cartilla de ahorros en

la sucursal en Oliva del Banco de la Exportación. Si ello no alcanzase a cubrir lo que por legítima le corresponda, sus tíos doña Rocío y don Iván a partes iguales y en metálico le abonarán el complemento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 815 del Código civil».

A la vista de la referida disposición testamentaria y en virtud del artículo 808 del Código civil, a la demandante doña Sonia le corresponde un tercio del tercio de legítima estricta, o lo que es lo mismo, una novena parte de la herencia de doña María Inmaculada y se reclama el suplemento de legítima, solicitando la parte demandante que, para calcular el déficit no percibido, se deben colacionar las distintas donaciones efectuadas por la causante, para así, junto al *relictum* o bienes que quedan a la muerte del testador, determinar el montante total de la herencia.

SS^a para la aclaración de las nociones, advierte que «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*; así lo dicen expresamente las Sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código civil. La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil. La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones».

De ahí que claramente diferencia la colación, que se trata como hemos visto de una operación de cálculo de legítima, si concurren varios legitimarios y es, «como la define la Sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de este, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código civil».

Por tanto, «el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación».

Advierte el magistrado «La demanda, larga y confusa como hay pocas, se reduce a una cuestión esencial: el ejercicio de la acción de suplemento de legítima, proclamada en el artículo 815 del Código civil, derivada del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y contemplada en la jurisprudencia, como la sentencia de 28 de septiembre de 2005».

En cuanto al «fallo de la sentencia objeto de este recurso, de la Audiencia Provincial, aunque consta en los antecedentes, no es baldío reproducirlos aquí; dice así: Que debemos estimar en parte el recurso planteado por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia núm. 1 de Gandía, en el procedimiento de menor cuantía núm. 183/97, y revocar parcialmente la citada resolución, en el punto relativo, con relación a la procedencia de la *inclusión del valor de todas las donaciones para el cálculo del caudal hereditario*, así como las operaciones

relativas al montante global, y los tercios correspondientes de legítima, mejora y libre disposición, y lo percibido por el padre de la demandante a cuenta de la legítima estricta y el alcance de la *dispensa de la colación respecto de la tercera donación, debiendo imputarse a la legítima estricta*. Pero en todo caso, se deben mantener los pronunciamientos condenatorios de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, dado que el aquietamiento de la codemandada a los mismos, y el principio de prohibición de *reformatio in peius* respecto de la apelación de la demandante. No es procedente realizar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Cuando se refiere a la procedencia («con relación a la procedencia...») a las donaciones («todas»), a las operaciones («relativas al montante global») y a los tercios («de legítima, mejora y libre disposición») y a lo percibido («por el padre de la demandante») ¿qué significa realmente? no se entiende si es un cálculo que se deja a ejecución de sentencia o es una simple declaración de derechos y, desde luego, no se sabe si debe incluirse en la condena hecha por el juez de primera instancia o se declara, además de la condena, sin saber si se ejecuta o no. Ciertamente, la falta de claridad viene del confusionismo de la demanda, confusión que se acrecienta, si cabe, en el recurso de casación.

Alegada la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y vista la falta de claridad del fallo de la sentencia, débese acoger este primer motivo de casación y asumir la instancia, tal como ordena el artículo 1715.1.3 de la misma ley, al estimarse el motivo comprendido en el primer inciso del número 3.º del artículo 1692 y resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate, lo que no es otra cosa que resolver la acción de suplemento de legítima partiendo de los hechos y valoraciones que obran en la instancia.

Lo cual implica que no procede entrar a resolver los demás motivos de recurso, ya que se entra directamente en el fondo.

(...)

CUARTO.— Para el cálculo de la legítima, tal como se desprende de lo dicho hasta ahora, se toma el valor del *relictum* y el valor del *donatum* (de todas, sin excepción, donaciones) y para el pago a la sobrina se resta lo que los demandados han adelantado a la misma, la demandante; la donación que hizo la causante a los tres hijos (el padre de la demandante y los dos demandados, uno de los cuales no era donatario, pero declara que había recibido con anterioridad un valor equivalente) en fecha 19 de abril de 1966, con prohibición expresa de colacionar; esta dispensa de la colacionar fundada en el artículo 1036 del Código civil no ha sido revocada —en contra de lo que declara la sentencia de la Audiencia Provincial— ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, causahabiente del donatario, que se *le revocó tácitamente la dispensa de colacionar, deducido de que en el testamento se le deja solo la legítima estricta; lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento*.

Así, correspondiendo, como se ha hecho efectivamente, los cálculos aritméticos a la instancia, la acción ejercitada queda, como se ha dicho: la novena parte de *relictum*, más *donatum* de todas las donaciones, colacionables o no y la indicada donación de 19 de abril de 1966 no se colaciona en la legítima de ninguno de los tres hijos (no plantea problema al no darse colación en ninguno de los legitimarios) y de tal suplemento se descuenta lo que los hermanos demandados han adelantado a su sobrina demandante. En todo caso, lo mínimo será la condena de la sentencia de primera instancia, a la que se ha aquietado la parte demandada, que no la apeló ni ha acudido a casación.

Los frutos y rentas también se reclaman en la demanda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 847 del Código civil. Es de observar, en primer lugar, que efectivamente se ha procedido al valorar los bienes al tiempo de liquidar la porción correspondiente, que se ha concretado en el momento de la presentación de la demanda, lo que no plantea cuestión alguna, ni podía plantearla dada la claridad de la norma y la jurisprudencia recaída: Sentencias de 20 de junio de 2005, 21 de octubre de 2005 y 14 de diciembre de 2005. En segundo lugar, no cabe incrementar la cuota de legítima estricta de la demandante con los frutos y rentas producidas por razón de que no constan probados en los autos de instancia. En tercer lugar, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, la cantidad que ha sido acordada por la misma devengará el interés legal incrementado en dos puntos y la que resulte del cálculo aritmético según las bases de esta sentencia, desde la fecha de la misma.

En definitiva, el fallo no puede ser otro que estimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora M.^a Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de D.^a Sonia, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 1 de septiembre de 2000, que CASAMOS y ANULAMOS.

Segundo.— En su lugar, estimamos parcialmente la demanda formulada por la referida recurrente y declaramos su *derecho a percibir su cuota-parte de la legítima estricta que le corresponde por derecho de representación, de la herencia de su abuela paterna D.^a María Inmaculada que es la novena parte y consiste en el cálculo aritmético de sumar, con las valoraciones declaradas en la sentencia de instancia, el relictum y el donatum, incluyendo en este el valor de todas las donaciones* (las de 19 de abril de 1966 en cuyo cálculo no solo se incluye el valor de lo donado a los herederos José, —padre de la demandante— y Julia, sino también un valor equivalente a lo recibido por cada uno de ellos, por Guillermo que declaró que lo había recibido con anterioridad); tras ello, se restará lo que los demandados ya le han abonado, como consta en la sentencia de instancia. Todo ello, siendo como mínimo la cifra que en la sentencia de primera instancia condena a pagar a la codemandada. Se añaden los intereses legales de la cantidad de dicha sentencia, desde la fecha de la misma, incrementado en dos puntos y los que resulten del cálculo antedicho, desde la fecha de la presente sentencia.

4. STS 2014, DE 17 DE ENERO DE 2014. PLENO: PONENTE ORDUÑA MORENO: DONACIÓN INTER VIVOS CON DISPENSA DE COLACIÓN

De nuevo estamos ante una resolución que califica la revocación de la colación, como una de las facultades que asisten al testador, por lo que a su voluntad habrá que estarse.

«Debe señalarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, STS de 29 de julio de 2013 (núm. 536/2013), también ha puntualizado la preferencia de la voluntad declarada por el testador y, por ende, de su ordenación dispositiva de la herencia, respecto de una interpretación rigorista de los criterios de vinculación o imputación de donaciones y legados. En efecto, en un supuesto de donación *inter vivos* con dispensa de colación, en la citada sentencia se declara que «la interpretación literal que pudiera establecerse del artículo 825 del Código civil y su posible correlato en el artículo 828 del mismo texto legal (calificación

e imputación de legados como mejora), debe ceder ante la interpretación sistemática o de conjunto que ofrecen los artículos 636 y 1036 del mismo Código civil, todo ello bajo el prisma de la voluntad realmente querida por el testador, como principio rector de la de esta interpretación normativa (675 del CC)». Por lo demás, y en contra de lo argumentado por las recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (art. 1079 del CC), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias, sobre todo en orden a la validez de la aplicación de la *cautela socini*, verdadera piedra de toque en el objeto de este pleito».

5. SENTENCIA 473/2018, DE 20 DE JULIO DE 2018 PONENTE PARRA LUCÁN. ASUNTO MAZACRUZ

Recuérdese que ya hemos traído el tenor literal de dos resoluciones del Tribunal Supremo donde se advierte, de forma indubitada, que «La dispensa de colación hecha en la donación es revocable en testamento», (sentencias de 24 de enero de 2008 y de 29 de noviembre de 2012).

En la STS, 473/2018, de 20 de julio de 2018, también una de las consecuencias declara no colacionable la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L., siendo heredera Camila (defendida por Bercovitz); en primera instancia condenan a Camila en los siguientes términos «1.º Declaro nula la escritura de rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro, Marqués Dirección x, otorgada el día 13 de marzo de 2012; con la salvedad de la colación que la misma efectuó de la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L., efectuada el día 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. José Ignacio, y ello en los términos de los fundamentos de derecho tercero y quinto de esta sentencia»³⁰.

Por la parte que hemos elegido como protagonista, habida cuenta entre otras cuestiones su dirección legal, Camila recurre en apelación donde no son estimadas sus pretensiones e instándose dos autos aclaratorios. En cuanto a Camila sus fundamentos son «El artículo 1035 Código civil establece la regla general de que las donaciones hechas a favor de los herederos forzosos deberán colacionarse. Como excepción el artículo 1036 Código civil dispone que «la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa efectuada el 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. José Ignacio. Y además la sentencia recurrida funda la irrevocabilidad de la dispensa de colación contenida en el propio documento de donación aceptado por el donatario en el artículo 1256 Código civil; la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

La segunda cuestión relevante, referida a la colación de las donaciones, se subdivide a su vez en otras dos: de una parte, si son colacionables las donaciones remuneratorias; y, de otra, si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que hizo al donar.

Apréciese el tenor exacto del testamento, otorgado el 17 de junio de 2003 (complementado por acta de 2004), *Luis Miguel-padre, entre otras disposiciones: deja a su viuda (Luisa-madre) el tercio de libre disposición, lega a las hijas (Sagrario y Luisa-hija), por partes iguales, el tercio de mejora, instituye herederos universales por partes iguales en el tercio de legítima estricta a los cuatro hijos (Luis Miguel-*

hijo y Cristóbal, hijos de un primer matrimonio, y Sagrario y Luisa-hija, hijas de su segundo matrimonio con Luisa-madre), ordena que no sean colacionadas las donaciones a las hijas y que se colacionen todas las donaciones hechas a los hijos varones. Ordena que, para la conservación del grupo de empresas y «en aras de la paz familiar», la legítima de los hijos varones se pague en metálico en el plazo de cinco años desde la muerte del causante».

A mi juicio concurre una discriminación, si bien la resolución sería incongruente ya que ninguna de las partes ha hecho alusión a esta circunstancia, resultando también llamativo cuáles son los móviles sobre la «paz familiar» del causante³¹.

La ponente se remonta a las fuentes clásicas, ya periclitadas, si bien conviene tenerlas presentes: «f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso».

Especialmente relevante es el punto siguiente:

«3.— *Revocación de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.*

Esta Sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante. La colación, a diferencia de las acciones de reducción por inoficiosidad, no puede hacer llegar a los demás legitimarios una parte de los bienes donados (art. 1045 CC), pero aumenta la base sobre la que se calcula la participación de los legitimarios llamados a una cuota sin concretar los bienes sobre los que recae (aunque sea la que les corresponda por legítima), con la consecuencia de que el legitimario donatario tomará de menos (art. 1047 CC). En la medida en que supone traer a la masa (en el Código civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, solo en la comunidad existente con los herederos forzosos) el valor de los bienes donados, la colación modifica la formación de las cuotas sucesorias. Por eso mismo, la dispensa de colación a que se refiere el artículo 1036 Código civil tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable. Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable.

a) No existe una jurisprudencia consolidada de la sala sobre este asunto.

i) Las exposiciones doctrinales citan a favor de la irrevocabilidad algunas sentencias de esta Sala: — La Sentencia de 21 de marzo de 1902, núm. 86 CL (la cita también Luis Miguel-hijo): en el caso, la testadora impone en el testamento la obligación de colacionar lo recibido por donación o dote por sus hijos y nieta, pero, anteriormente, en una donación a una hija había manifestado que la donación de una casa se hacía sin obligación de colacionar. Dice la sentencia que «y aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de colación por la misma testadora, que pudiendo así irrevocablemente disponerlo mientras la donación no fuera inoficiosa, como no podía serlo en el presente caso, nada alteró expresamente con respecto a tal excepción». Realmente esta es la única sentencia que se pronuncia sobre la irrevocabilidad de la dispensa.

— La Sentencia de 15 de junio de 1929, núm. 142 CL (la cita también Luis Miguel-hijo): en el caso, el suegro ejercita contra el yerno, y después de la muerte de su hija, una acción de resolución o revocación de la donación que hizo a aquella. La STS dice que el que la hija le diera luego el dinero a su marido en concepto de dote no permite al padre ejercer una acción de resolución contra el yerno, que no fue parte en la donación, por lo que no es aplicable el artículo 1124 del Código civil, y añade: «Siendo también evidente la inaplicación del artículo 1036 de aquel Cuerpo legal en atención a que su pertinencia solo puede tener lugar cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este durante su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza; es decir, que aquel artículo concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». En realidad, por tanto, no dice nada de la revocabilidad de la dispensa.

— La Sentencia 1149/2000, de 13 de diciembre (la cita Luis Miguel-hijo en su oposición al recurso): en realidad, en el pleito se discute si la finca era o no colacionable y acreditada por prueba documental la dispensa de colación, y no constando su revocación, se declara que no procede la colación. Luego, para rechazar el motivo del recurso que denunciaba infracción del artículo 1036 Código civil dice: «En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 del Código civil que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que «solo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». No dice nada de la irrevocabilidad de la dispensa.

ii) Por el contrario, se citan a favor de la revocabilidad otras sentencias de la sala:

— La Sentencia 224/1989, de 13 de marzo (la cita Luisa-hija en su recurso de casación y la suele citar la doctrina a favor de la revocabilidad en la solución pero con el comentario de que el argumento es «oscuro»): la demandante pide la declaración de nulidad de una cláusula testamentaria que declaraba que el valor de los bienes donados (donaciones hechas expresamente con el carácter de no colacionable) era superior al que figuraba en la escritura, por lo que cubrían con exceso las legítimas de las hijas donatarias, a las que se imputaban, y el exceso a los tercios de mejora y libre disposición; la sentencia utiliza como argumento para rechazar la nulidad de la cláusula testamentaria que «las diferencias que el Código civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1035 CC), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código civil». Cabría entender

que, al admitir la validez de la cláusula testamentaria la sentencia admite la validez de la revocación de la dispensa de colación, pero desde luego no lo dice.

— La Sentencia 29/2008, de 24 de enero (la cita la sentencia de primera instancia y la suele citar la doctrina para decir que la dispensa es revocable): en realidad no contempla un supuesto de revocación, sino un caso de no revocación y dice que porque se le dejara la legítima estricta no se puede interpretar que revocara tácitamente la dispensa de colacionar y añade «lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento». Afirma la revocabilidad en un caso en el que no tuvo lugar tal revocación.

— La Sentencia 748/2012, de 29 de noviembre (la cita la sentencia de primera instancia en apoyo de la revocabilidad): en realidad la sentencia se ocupa de un caso de desheredación injusta y se calcula cómo debe computarse las donaciones para calcular la legítima que le corresponde a la demandante. Y para salir al paso de alguna afirmación de la recurrente sobre esa cuestión transcribe la cita de la sentencia anterior 29/2008, de 24 de enero»³².

Y en estos puntos, está la mejor doctrina sentada por la resolución judicial:

«b) Un sector de la doctrina científica ha argumentado a favor de la irrevocabilidad que la dispensa hecha en la misma donación adquiere carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza; sería una dispensa acordada, contractual. También que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, que fue aceptado por el donatario como un conjunto y la revocación de la dispensa supone alterar la base de aquel negocio.

c) Frente a estos argumentos, sin embargo, esta Sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante.

La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa*, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el Código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 Código civil así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros).

Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución³³ del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás³⁴.

Sigue el fundamento cuarto:

Colación de la donación. Donación remuneratoria. Revocación en testamento de la dispensa hecha en la donación

1. La sentencia recurrida consideró que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 no era colacionable y que, en consecuencia, procedía reconocer el complemento de la legítima solicitado por Luis Miguel-hijo. Las tres recurrentes combaten ambos pronunciamientos. Esta Sala considera que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 es colacionable y que, en consecuencia, Luis Miguel-hijo no tiene derecho a percibir nada en la herencia porque la donación que recibió supera su legítima, que es lo que el testador quiso dejarle en su testamento; por tanto, no procede estimar su acción de complemento de la legítima. Todo ello por las razones que exponemos a continuación.

2. La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante. En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria (lo que es discutido por Luisa-madre en su recurso), porque así se estableció en el procedimiento anterior en el que se discutió sobre la validez de la donación. En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir, sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta Sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

a) El Código civil no alude a la colación en las donaciones remuneratorias, ni para decir que no se colacionan ni para impedir al causante que imponga la colación. El artículo 1041 Código civil excluye la colación de algunos gastos (alimentos, educación, curación de enfermedad); el causante no puede imponer su colación porque tampoco son liberalidades. El artículo 1042 Código civil deja en cambio en manos del causante la colación de algunos gastos (por ejemplo, los destinados a dar al hijo una carrera profesional).

b) Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las partes han citado en las distintas instancias sentencias a favor y en contra de la colación de las donaciones remuneratorias, pero ninguna de ellas resulta definitiva. Luis Miguel-hijo, en su demanda, en contra de la procedencia de la colación citó la Sentencia 613/2005, de 29 de julio. En ese caso, la sentencia de apelación declaró la inexistencia de una compraventa por simulación y la ilicitud de la causa de una donación remuneratoria (ocho años de servicios como secretaria-enfermera ayudante de una persona con parálisis) por haberse realizado en fraude de los derechos de los legitimarios; esta Sala confirmó tal sentencia porque entendió que, aunque era muy digno de reconocimiento lo realizado, no se podía valorar la cuantía de lo que superaría la supuesta remuneración, que la actividad además ya había sido remunerada y que, en cualquier caso, en lo que excediera de la retribución podría reducirse por inoficiosa. En conclusión, la doctrina de esta sentencia poco tiene

que ver con lo que ahora se analiza, ni realmente beneficia al demandante ahora recurrido. De hecho, quien cita ahora a su favor esta sentencia es Luisa-hija en su recurso de casación (pp. 29 y 30) para argumentar, subsidiariamente: 1) que en lo que exceda del valor de lo remunerado debería colacionarse y 2) que la causa remuneratoria se sitúa en la órbita de los negocios gratuitos, y no en la de los negocios onerosos (que es otra afirmación que se contiene en la sentencia 613/2005, de 29 de julio).

Por su parte, en la contestación a la demanda Sagrario citó unas sentencias de esta Sala que, según decía, admitían la colación de la donación remuneratoria. Buscadas y leídas hay que concluir que nada tienen que ver con la colación, sino con la operación de computación y con la inoficiosidad de las donaciones. Su doctrina no es aplicable al caso, donde ninguna de las partes se opone a sumar la donación para el cómputo de la legítima y nadie sostiene que la donación sea inoficiosa. Así, en la Sentencia 463/1984, de 12 de julio, se ejercita una acción de reducción de donaciones en lo que perjudiquen la legítima, en un caso en el que se había realizado una donación con la carga de vivir en el caserío; después de fallecer el padre, la madre da por cumplida la convivencia para la plena efectividad de la donación, y la sentencia dice que en realidad no era una donación (sociedad/mancomunidad uso del país) y que en cualquier caso, si lo fuera, para reducir la donación habría que probar en qué medida lo donado excede del gravamen. Y en la Sentencia 881/1989, de 29 noviembre, lo que se analiza es la inoficiosidad de una donación remuneratoria simulada.

c) Un sector de la doctrina científica invoca la aplicación del artículo 622 del Código civil, que conduciría a la colación de la donación por lo que exceda de la remuneración. En el caso, se trata de una petición subsidiaria de las tres recurrentes, que ya la plantearon como tal en sus contestaciones a la demanda. De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del artículo 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe.

Pero cabe formular objeciones a la aplicación de la tesis de la naturaleza mixta de estas donaciones en sede de colación, por lo que es descartada por esta Sala. No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta Sala que, desde la sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el artículo 622 Código civil se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, artículo 619 del Código civil, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente, la Sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus*

donandi del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

Podría argumentarse que la forma es indivisible y la colación no, lo que explicaría que en un caso no pudiera aplicarse el artículo 622 y en otro sí. Sin embargo, las razones que se exponen a continuación llevan a concluir que la remuneratoria es una donación que como tal debe tratarse en la sucesión, tanto a efectos de la computación, esto es, del cálculo de la legítima (lo que Luis Miguel-hijo expresamente admite, porque le conviene) como a efectos de su colación.

d) El agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. No cabe establecer una proporción entre el valor del servicio y el objeto de la donación, y el donante puede valorar los servicios en lo que quiera, con independencia de su valor objetivo. Por eso no es despreciable el argumento de Luis Miguel-hijo de que su padre hizo la donación asesorado por una consultoría y le donó exactamente las participaciones que le donó porque calculó que esa era la retribución que le correspondía, porque la causa de la donación remuneratoria es indivisible.

e) La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación (art. 1274 CC). Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios, permitiera impugnar la validez de la donación.

f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso.

g) El principal argumento en contra de la colación de las donaciones remuneratorias es una aplicación de la misma objeción que los autores que la formulan hacen genéricamente a la propia colación, por la que sin embargo ha optado el legislador, si bien dotándola de un carácter disponible para el causante que hizo la donación. La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia. Pero, como se ha dicho, es el Código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción.

h) En el Código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante. *La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación.* Es decir, que, aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita

de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 del Código civil exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispuso de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel-hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella y, si no la mencionó por su fecha es, precisamente, porque el causante negaba su validez, lo que mantuvo en el proceso iniciado por el hijo contra él, así como en una querrela contra el hijo. Declarada por sentencia firme la validez de la donación, es evidente la voluntad testamentaria del causante de que se colacione. La cuestión, por tanto, es independiente de si la donación es o no remuneratoria y lo que plantea es un problema diferente, el de la revocabilidad de la dispensa de colación.

El fallo

1.º— Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Camila y estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por D.ª Adriana y D.ª Raimunda contra la Sentencia de fecha 28 de enero de 2015, aclarada por autos de 23 de septiembre de 2015 y de 13 de octubre de 2015, dictados por la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2.ª), en el rollo de apelación 82/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 1529/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete.

2.º— Casar en parte la sentencia recurrida, en el sentido de revocar y dejar sin efecto los pronunciamientos contenidos en las letras b) y c), y revocar igualmente el reconocimiento del derecho a cobrar los intereses a que se refieren los autos de aclaración de 23 de septiembre de 2015 y de 13 de octubre de 2015.

En su lugar, desestimar la pretensión de D. José Ignacio contenida en la demanda que interpuso en su día y dirigida a que se declarara no colacionable la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de MAZACRUZ S.L. efectuada el 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. José Ignacio. Desestimar igualmente la pretensión de declaración del derecho de D. José Ignacio al complemento en metálico de la legítima en la suma de 2.996.924,55 así como a los intereses solicitados.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia³⁵.

6. SENTENCIA, DE 1 DE FEBRERO DE 2016, POR LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

En todo caso, la STS se dicta después del Laudo arbitral, del que se instó su nulidad.

Declara la Sentencia, de 1 de febrero de 2016, por Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Debemos centrarnos, pues, en los hechos que principalmente se alegan en torno a este motivo: haberse desestimado en el laudo cuestiones relativas a la eficacia del convenio arbitral, a la arbitrabilidad de la controversia y la conducta abusiva y fraudulenta de las partes demandantes en el arbitraje, a pesar de estimarse un defecto de legitimación pasiva al no

haberse llamado al proceso arbitral a la sociedad MAZACRUZ sobre la que se pretendía su disolución. En estos términos, se considera en la demanda que el laudo habría incurrido en una violación del orden público procesal, por cuanto para la resolución sobre esas cuestiones debería haberse esperado a la constitución de la relación jurídica procesal con MAZACRUZ.

Resuelve a dicha alegación: El principio de orden público procesal que se alega como infringido —el litisconsorcio pasivo necesario o los defectos litisconsorciales— no tiene, sin embargo, relación directa con este defecto apreciado en el laudo. La falta de litisconsorcio pasivo necesario es, en efecto, un presupuesto procesal de orden público, pero que en absoluto ha sido infringido en el laudo impugnado. En este, se aprecia la necesidad de constituir la relación jurídico procesal con una interesada más en las cuestiones debatidas, al objeto de que pueda afectarle la resolución final del procedimiento arbitral. Ese pronunciamiento por sí solo determina la carencia de cualquier efecto de cosa juzgada respecto de MAZACRUZ de lo decidido en el procedimiento arbitral en su ausencia, que es lo que realmente protege ese presupuesto procesal de orden público, apreciable por ello de oficio.

Decisión del Tribunal:

La cláusula arbitral contenida en el artículo 26 de los Estatutos sociales de MAZACRUZ, S.L. dispone:

«ARBITRAJE: Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidos a arbitraje de equidad, regulado en la Ley de Arbitraje española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho de acudir ante los tribunales de justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de acuerdos sociales».

En relación a esta cláusula, la ahora demandante cuestionó en el procedimiento arbitral, según se plasma en el laudo, la existencia o la eficacia del convenio arbitral porque consideraba que se había novado extintivamente, no porque facultara alternativamente a las partes a acudir a los Tribunales de Justicia o al arbitraje. Esta causa de invalidez del convenio arbitral se suscita por primera vez al ejercitar ahora la acción de anulación del laudo arbitral. El artículo 6 de la Ley de Arbitraje es categórico, sin embargo, al respecto: «Si una parte, conociendo la infracción...de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley». Puesto en relación este precepto con el artículo 9.5 de la misma Ley de Arbitraje (Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra), debe entenderse que el aquí demandante renunció tácitamente a la impugnación de la validez del laudo arbitral por esta causa que alega.

(...)

Respecto a la novación extintiva del convenio arbitral, que se propugna por la demandante en función de haberse acudido en los numerosos pleitos mantenidos entre las partes a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, tampoco puede ser aceptada. Por un lado, toda novación debe ser inequívoca. En nuestra Sentencia de 21 de abril de 2015 (ROJ: STSJ M 6511/2015-ECLI:E

S:TSJM:2015:6511) ya pusimos de manifiesto respecto de la novación que «el efecto extintivo de la obligación a que se refiere es excepcional y no puede presumirse, exigiéndose una declaración expresa, habiéndose ampliado del referido concepto de manera que no solo comprende el tradicional de la novación extintiva, sino también de la impropia o meramente modificativa, debiendo entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 del Código civil, salvo que, como previene el artículo 1204 otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. Debiendo tener presente, además, que la novación ha de ser acreditada cumplidamente por quien la sostenga y no bastan meras suposiciones para declararla probada, tal como ha enseñado el Tribunal Supremo, el cual ha precisado que es constante y reiterada doctrina de esta Sala la de que la novación, sea modificativa, sea extintiva, nunca se presume, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar y, bien por manifestarse con claridad de forma expresa bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple conocimiento de la sustitución, doctrina mantenida en las STS de 8 de julio de 2002 y 27 de septiembre de 2002 entre otras»

(...)

En definitiva, fueran cuantos fueren los pleitos que han mantenido o mantienen las partes ante los Tribunales de Justicia, aunque se promovieran para la resolución de controversias incluidas en el convenio arbitral, ello no implica renuncia alguna total y absoluta al arbitraje estatutario convenido (sujeto además tras la reforma de la Ley de Arbitraje realizada por Ley 11/2011, de 20 de mayo a una mayoría cualificada) ni una novación extintiva, que requeriría de actos concluyentes e inequívocos, que aquí no concurren.

En cuanto a la eficacia del convenio para dirimir una controversia sobre disolución y liquidación de MAZACRUZ, debe atenderse en abstracto —dado que el laudo excluye expresamente pronunciarse sobre cuestiones de fondo por no estar bien constituida la relación jurídico procesal—, al ejercicio de una acción tendente a la disolución o liquidación de la sociedad, no a la concurrencia o no de una causa legalmente establecida.

La referida cláusula arbitral deriva al arbitraje la resolución de todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, por lo que no excluye la disolución y la liquidación de la sociedad.

Partiendo así de la arbitrabilidad, en principio, de la controversia de la disolución societaria como uno de los conflictos posibles en el seno de la sociedad en cuyos estatutos se integró esa cláusula, la decisión sobre si concurre o no una causa legal de disolución de la sociedad es una de las principales cuestiones de fondo que deberá afrontar el árbitro, si se inicia o se ha iniciado (como alega el demandante) un nuevo procedimiento arbitral corrigiendo los defectos en la constitución subjetiva de la relación jurídico procesal.

El segundo motivo de anulación debe ser así desestimado

(...)

Decisión del Tribunal:

«El laudo objeto de impugnación en este procedimiento omite, en efecto, cualquier pronunciamiento sobre si la pretensión de disolución de la sociedad

MAZACRUZ tiene por objeto evitar que produzcan efecto resoluciones judiciales firmes dictadas en varios de los procedimientos seguidos entre las partes.

Pero tal omisión es totalmente congruente con la decisión que adopta el laudo de concluir el procedimiento arbitral al estar defectuosamente constituida la relación jurídico-procesal. Dificilmente se habría respetado el derecho de defensa de la sociedad que no había sido demandada si el laudo se pronunciara, sin la intervención de esa parte, en esta cuestión suscitada por otra de las partes».

7. STS, NÚM. 375/2019, DE 27 DE JUNIO DE 2019, SIENDO PONENTE LA EXCMA. SRA. D.^a M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN

«No se discute por las partes que debe partirse de la operación puramente contable de sumar al “relictum” líquido el valor del “donatum”, lo que permite fijar la base del cálculo de la legítima global de los litigantes (art. 818 CC). Lo que discuten las partes es si lo recibido “inter vivos” por los legitimarios recurrentes debe reducirse para hacer efectivo el legado del tercio libre hecho a favor del legitimario recurrido (que es lo que hizo el contador partidor y ha sido respaldado por la sentencia recurrida) o si, por el contrario, como argumentan en su primer motivo los recurrentes donatarios, las donaciones se imputan primero a la legítima estricta de cada uno de los legitimarios donatarios y, en el exceso, al tercio libre, sin que proceda la reducción de las donaciones más allá de lo necesario para cubrir la legítima del no donatario, aunque en el testamento se haya dispuesto a su favor de la parte libre a título de legado. Esta segunda es la interpretación correcta a la vista de lo dispuesto en los artículos 819, 820 y 825 Código civil. Según el artículo 819 Código civil: “Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”. A continuación, el artículo 820.1.º del Código civil establece que: “Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento”. Y, conforme al artículo 825 Código civil: “Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar”³⁶.

Debemos partir de que en el caso las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como dice la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da. El orden de imputación de las donaciones a los hijos, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 819 del Código civil es, primero a su legítima y, en lo que exceda de su cuota legitimaria, como dice la sentencia 502/2006, de 29 de mayo, los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción. La cuestión es si la reducción de las donaciones debe hacerse solo en la medida en que se lesiona la legítima del hijo no donatario, a quien la causante ha favorecido con un

legado del tercio de mejora, o si además deben reducirse para cubrir el legado del pleno dominio del tercio de libre disposición que la causante ordenó a favor del mismo hijo no donatario. Para dar respuesta a esta cuestión debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 820.1.º del Código civil, que ordena respetar las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima. Esta previsión es coherente con la regulación de la reducción de las donaciones inoficiosas contenida en los artículos 636 y 654 a 656 del Código civil. En consecuencia, aunque en el testamento de la causante se dispuso íntegramente de la parte libre mediante un legado a favor del hijo no donatario, de conformidad con el artículo 820.1.º del Código civil las donaciones que no dañen la legítima deben ser respetadas. En el caso, el contador-partidor considera que procede reducir las donaciones más allá de lo que exige el respeto a la legítima lo que, por lo dicho, no es correcto. Por todo ello procede estimar el primer motivo del recurso de casación, casar parcialmente la sentencia recurrida y estimar la oposición formulada en su día por los ahora recurrentes contra las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor, que deberán corregirse, de acuerdo con lo razonado en el siguiente sentido: imputando primero las donaciones recibidas por los recurrentes a su parte en la legítima estricta y el resto al tercio de libre disposición. Por ello, tales donaciones solo deben reducirse, a prorrata, en lo que lesionen la legítima de D. Gonzalo (integrada por la legítima estricta y el tercio de mejora) pero, en cambio, no deben reducirse para cubrir el legado de la parte libre».³⁷

8. STS 134/2019, DE 6 DE MARZO SIENDO PONENTE D.^a M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Daniela y D. Teodoro, representados por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago bajo la dirección letrada de D. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, contra la Sentencia dictada en fecha 24 de junio de 2016 por la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 258/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1038/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, sobre dispensa de colación de bienes donados. Ha sido parte recurrida D.^a Eufrasia, representada por la procuradora D.^a Raquel Gómez Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Ramón López Vilas.

D.^a Daniela y D. Teodoro interpusieron demanda de juicio ordinario contra D.^a Eufrasia, en la que solicitaban se dictara sentencia por la cual se declarase que: «1. La cantidad de 781.315,74 € (setecientos ochenta y unos mil trescientos quince euros con setenta y cuatro céntimos de euro) entregada por D. Teodoro a D.^a Eufrasia constituye una liberalidad y por lo tanto, una donación.

«2. Que dicha donación debe ser colacionable y su valor actualizado, debiendo computarse en la herencia de D. Alejandro.

«3. Que se impongan las costas a D.^a Eufrasia

Sentencia «Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de D.^a Daniela y D. Teodoro, contra D.^a Eufrasia representada por la procuradora D.^a Raquel Gómez Sánchez y contra D.^a Otilia, representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y, en consecuencia, debo declarar que la cantidad de 781.315,74 € entregada por D. Alejandro a D.^a Eufrasia, constituye

una liberalidad y por tanto una donación y que dicha donación debe ser colacionable y su valor actualizado, debiendo computarse en la herencia de D. Alejandro, imponiendo a la demandada D.^a Eufrasia las costas causadas a la parte actora y sin que se haga expresa imposición de las mismas con respecto a D.^a Otilia

Eufrasia recurre y la AP estima «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a Eufrasia contra la Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, dictada por la titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, en el procedimiento núm. 1038/2013, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimamos la demanda entablada por D.^a Daniela y D. Teodoro frente a D.^a Eufrasia y D.^a Otilia, imponiendo las costas de la primera instancia a los demandantes y sin especial pronunciamiento sobre las de esta alzada».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Cuestión jurídica planteada y antecedentes*

El litigio causante de los presentes recursos versa sobre la dispensa de colación de una donación y su revocabilidad. La Sala reitera su doctrina, sentada en la Sentencia 473/2018, de 20 de julio, de que, en atención a la naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación, la regla es su revocabilidad y es preciso estar a la última voluntad del causante

En los hechos se explica cómo fue hecha la revocación o dispensa.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró que la donación era colacionable. El *juzgado* razonó que *no se plasmó de manera clara e inequívoca la voluntad de dispensar de la colación ni en el mismo acto de la donación, ya que por carta dijo que lo haría en testamento, ni posteriormente al revocar expresamente el testamento que contenía dicha dispensa y no hacerla constar en los posteriores testamentos*. El juzgado explicó que la dispensa de colación es sustancialmente una estipulación «mortis causa» que no despliega sus efectos hasta el momento de la muerte del otorgante y es esencialmente revocable; añadió que, como excepción, es irrevocable si se plasma en el mismo instrumento de la donación, pero que en el caso no se hizo la dispensa en el mismo momento de la donación sino que el causante manifestó por la carta dirigida a la hija el 10 de enero de 1998 que haría constar su voluntad en un momento posterior al tiempo de otorgar testamento, y así lo hizo en el testamento de 3 de abril de 1998; puesto que este testamento fue revocado por otro posterior en el que no se hizo dispensa de colación y posteriormente el padre otorgó otros testamentos en los que tampoco incluyó una dispensa de colación, la donación es colacionable. (...)

«La Audiencia razonó que “la dispensa de colación que realizó el causante y formalizó, documentándola, en la carta de fecha 10 de enero de 1998³⁸, era irrevocable, cualesquiera fueren sus posteriores disposiciones testamentarias, y no era menester una explícita indicación de descargo en el testamento vigente al tiempo del óbito”. A continuación, la Audiencia hizo “una última precisión (...) saliendo al paso de razones expuestas al impugnar el recurso de apelación, pues, en el supuesto de que se entendiera ya consumada la donación con anterioridad a la emisión de la carta por el donante, tal vicisitud no impediría que la dispensa pudiera realizarse después de la liberalidad, como acto posterior dotado de autonomía”».

Sobre la forma de la revocación hecha por carta sostiene la ponente:

TERCERO.- Recurso extraordinario por infracción procesal. Desestimación.

Los dos motivos del recurso por infracción procesal van a ser desestimados por las siguientes consideraciones. En el primer motivo la *parte recurrente impugna la valoración que realiza la sentencia recurrida de la carta que envió el causante a su hija el 10 de enero de 1998 para atribuirle la eficacia de una dispensa de la colación de la donación, prescindiendo, dice la Recurrente, de la verdadera voluntad del causante expresada en los testamentos que otorgó y, en particular, en el de 5 de junio de 2000, en el que no se dispensaba de la obligación de colacionar y revocaba el anterior de 3 de abril de 1998 que sí lo hacía.* En el segundo motivo la parte recurrente insiste en que la sentencia presume la voluntad del donante de dispensar de la obligación de la donataria de colacionar a partir de la carta de 10 de enero de 1998, cuando falleció el 24 de febrero de 2009, bajo testamento otorgado en el 26 de diciembre de 2007 en el que no se dispensaba de la colación. Para la desestimación de ambos recursos debemos partir de la doctrina reiterada de esta Sala conforme a la cual no cabe confundir falta de motivación con desacuerdo con la misma (Sentencia 29/2016, de 4 de febrero, con cita de otras anteriores). De acuerdo con esta doctrina, la sentencia cumple la exigencia constitucional de motivación cuando exterioriza las razones de su decisión y los razonamientos sobre los que asienta su fallo (entre otras, Sentencia 194/2016, de 29 de marzo), no cabe alegar en el recurso por infracción procesal cuestiones sustantivas, que pertenecen al ámbito del recurso de casación (Sentencia 333/2016, de 19 de mayo, entre otras) y los errores en la valoración de la prueba deben afectar a la fijación de hechos y no a la valoración jurídica (Sentencia 613/2015, de 10 de noviembre). En el caso, no hay falta de motivación, sin perjuicio de que la parte recurrente la considere desacertada, pues la sentencia recurrida motiva suficientemente las razones por las que considera que *la expresión de la voluntad del padre reflejada en su carta es una dispensa de la colación irrevocable*, que es la razón de su decisión desestimatoria de la demanda. Bajo la denuncia de falta de motivación y de errónea valoración de la prueba la parte recurrente realmente lo que está planteando son cuestiones jurídicas, fundamentalmente las relativas a la exigencia de forma de la dispensa de colación cuando no se hace en el mismo acto de la donación, así como la eficacia revocatoria de un testamento posterior que no salva expresamente la disposición de un testamento anterior por la que se dispensaba de la colación de la donación. De hecho, a lo largo de los siete motivos del recurso de casación se plantean las mismas cuestiones que se desarrollan en el recurso por infracción procesal que, por lo tanto, debe ser desestimado.

(...)

CUARTO. - Recurso de casación. Estimación.

1.- Los demandantes solicitaron que se declarase que la donación recibida por su hermana en diciembre de 1997 era colacionable en la herencia del padre fallecido. Así lo estimó al juzgado, al valorar que, si bien el padre había dispensado de la colación de la donación en su testamento de 3 de abril de 1998, revocó dicho testamento con posterioridad, sin establecer dispensa de colación en ninguno de los cinco testamentos que otorgó con posterioridad, incluido el otorgado en último lugar y que rige la sucesión.

La razón fundamental por la que sentencia de la Audiencia, que es la recurrida, desestima la demanda es porque considera que «la dispensa de colación que realizó el causante y formalizó, documentándola, en la carta de fecha 10 de enero de 1998, era irrevocable, cualesquiera fueren sus posteriores disposiciones

testamentarias, y no era menester una explícita indicación de descargo en el testamento vigente al tiempo del óbito».

El razonamiento de la Audiencia parte, en primer lugar, de que la voluntad del causante, cuando hizo la donación, era dispensar de la colación, lo que apoya en una serie de argumentos (la voluntad expresada en la carta de 10 de enero de 1998 de equiparar económicamente a la hija donataria con sus hermanos, el que dispensara de la colación las donaciones hechas a sus hijos en el testamento de 3 de abril de 1998, la declaración de otra hermana en el sentido de que su padre había querido equilibrar la situación de sus hijos en el patrimonio familiar). En segundo lugar, considera que la donación fue expresamente aceptada por la donataria mediante la carta de fecha 16 de enero de 1998 que dirigió a su padre, en la que «alude asimismo a «...las disposiciones que has decidido realizar en orden a la perfecta salvaguarda de mis derechos...», de donde se sigue [dice la Audiencia] la perfección del contrato». A partir de ahí razona la Audiencia que «es mayoritaria, si no pacífica, la tesis que sostiene, conforme a nuestro Derecho Histórico, la irrevocabilidad de la dispensa de colación plasmada en el propio instrumento de donación o simplemente dispuesta junto a la liberalidad, pues en tal supuesto forma parte del contrato de donación en cuya perfección intervinieron no solo el donante sino también el donatario con su aceptación —*vid.* artículos 618 , 623 y concordantes del Código civil— de tal forma que el pacto sobre colación pasa a tener una naturaleza bilateral, cuya validez y cumplimiento no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, conforme a la disciplina del artículo 1256 del Código civil». 2.— El razonamiento por el que la Audiencia desestima la demanda se basa en la naturaleza bilateral, contractual y, por tanto, no revocable por el causante de una dispensa de colación hecha «en el propio instrumento de donación o simplemente dispuesta junto a la liberalidad». Este razonamiento no es conforme con la doctrina sentada en la Sentencia de Pleno 473/2018, de 20 de julio, que establece que la dispensa de la colación es revocable, aunque hubiera sido realizada en la misma donación, y con independencia del móvil subjetivo por el que se hizo la donación. En la citada Sentencia 473/2018 nos pronunciamos acerca de esta cuestión, que no es pacífica en la doctrina científica —aunque en la actualidad es mayoritaria la opinión a favor de la revocabilidad— y sobre la que no existía jurisprudencia consolidada de la Sala, tal y como con detalle expusimos en esa ocasión. Dijimos en esta sentencia: «[D]ebe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación.

La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante. «La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia «mortis causa», regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el Código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 Código civil así como de las escasas excepciones en las que el Código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros). «Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría

convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios. «A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás».

3.- La aplicación de esta doctrina al caso determina que debemos casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, nos pronunciemos sobre el recurso de apelación interpuesto por D.^a Eufrasia.

Finalmente (...) No consta que el causante dispusiera de manera expresa la dispensa en el momento de la donación, perfeccionada con la entrega del dinero (arts. 623 y 632 CC). En la carta dirigida por el padre a la hija después de la donación —y sin perjuicio de los problemas que derivarían de la ausencia de cumplimiento de las formalidades testamentarias— tampoco se hizo eficaz dispensa de la colación pues, como dice el juzgado, en la carta manifestó que haría constar su voluntad en un momento posterior, al otorgar testamento. La dispensa de colación sí se produjo en el testamento otorgado el 3 de abril de 1998, en el que el padre de los litigantes expresamente dispensó de la colación todas las donaciones hechas a sus hijos con anterioridad al testamento, entre las que debía incluirse la litigiosa. Pero este testamento fue revocado íntegramente por el testamento otorgado el 5 de junio de 2000, que contenía una cláusula de revocación y no dispensaba a los hijos de la colación de las donaciones recibidas.

En consecuencia, la dispensa de colación contenida en el testamento revocado quedó sin efecto, ya que no hay razón alguna para pensar que, pese a la revocación expresa, el testador quería dejar a salvo una dispensa de colación que pudo incluir y no incluyó en su nuevo testamento. El causante falleció el 24 de febrero de 2009 bajo testamento otorgado el 26 de diciembre de 2007, en el que tampoco dispensó a los hijos de la obligación de colacionar. La dispensa de colación debe ser expresa (art. 1036 CC) y, aunque no sea exigible una fórmula sacramental, sí es preciso que de manera clara e inequívoca resulte la voluntad del causante de dispensar de la colación. Tal voluntad no resulta en modo alguno de la omisión de la dispensa, máxime si se tiene en cuenta que el causante revocó el testamento que sí la contenía y no la hizo constar en ninguno de los otorgados con posterioridad, incluido el testamento bajo el que falleció.

En consecuencia, conforme a lo argumentado, desestimamos la apelación y confirmamos el fallo de la sentencia de primera instancia por el que se estimó la demanda y se declaró que la cantidad de 781.315,74 € entregada a D.^a Eufrasia por D. Alejandro constituye una donación colacionable en su herencia.

IV. MENCIÓN A LA RENOVADA CODIFICACIÓN FORAL: EN PARTICULAR LAS NUEVAS CODIFICACIONES VASCA Y ARAGONESA

1. LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO

Declara su artículo 59. *Valor de las donaciones computables y colacionables*. 1. El valor de las donaciones computables será el que tenían al tiempo de fallecer el causante, previa deducción de las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes donados y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación que haya sufragado el mismo, no causados por su culpa. Al valor de los bienes se agregará la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que hubiesen disminuido su valor. De haber enajenado el donatario los bienes donados, se tomará como valor el que tenían en el momento de su enajenación. De los bienes que hubiesen perecido por culpa del donatario, solo se computará su valor al tiempo en que su destrucción tuvo lugar. 2. *Las donaciones a favor de legitimarios solo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso*. 3. Las donaciones colacionables lo serán por el valor de las mismas al tiempo de la partición. 4. La falta de apartamiento expreso de los demás legitimarios en las disposiciones sucesorias efectuadas a favor de alguno de ellos determinará la colación de dichas disposiciones.

Sobre la materia, apréciase que con buen juicio se destaca la dispensa y la revocación de la colación. Y la autora lo hace en los siguientes términos: «la puesta a disposición del caserío se puede hacer asimismo a través del instrumento de la donación, que en este caso no será colacionable salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario. Con la dispensa de la obligación de colacionar se estaría salvando el problema de las legítimas del resto de los herederos forzosos cuando la herencia esté constituida únicamente o principalmente por el caserío. Así se establece en el artículo 155 (Cfr. artículo 155: 1. Las prescripciones del artículo anterior serán de aplicación, igualmente, a la donación que el titular hiciere del caserío y sus pertenecidos cuando el beneficiario o beneficiarios de la misma sean alguno o algunos de los herederos forzosos mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código civil, siempre que aquellos conserven, hasta el fallecimiento del donante, el destino que el caserío tuviere al momento de la atribución y mantengan, en su caso, la indivisión. 2. Las donaciones contempladas en el apartado anterior no serán colacionables salvo si el causante hubiese dispuesto expresamente lo contrario)»³⁹.

2. DERECHO ARAGONÉS

En esta ocasión, se trata del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

En particular, con meridiana claridad su capítulo VI Colación y partición, en su sección 1.^a sobre la Colación, ratifica cuanto hemos visto sobre los efectos testamentarios de la colación y la voluntad del causante.

Dice así el artículo 362. Voluntariedad. 1. *La colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento*. 2. *La obligación de colacionar impuesta podrá ser dispensada posteriormente por el disponente en testamento o en escritura pública*⁴⁰.

Por su parte, el artículo 363. Liberalidades no colacionables. Cuando el causante hubiera dispuesto la colación de las liberalidades hechas por él, no se entenderán comprendidos, salvo que expresamente así lo declare, las liberalidades y gastos a que se refiere el apartado 2 del artículo 489.

En todo caso, si recurrimos a las apreciaciones de SERRANO GARCÍA⁴¹ nos ilustra con sus «*Antecedentes*: Artículo 47 Lsuc.; 140 Comp.; 45 Apéndice; 81, 244, 287 P1904; 81, 82P1899; Obs. 17 De iure dotium, 1.^a De donationibus. Concordancias: Artículos 654, 820, 821, 1035, 1038 Código civil.; ley 332, 334 Comp. N.; artículos 464-17, 464-18, 464-19 Código civil. Cat.; artículo 62 LDCFPV».

En cuanto al *Resumen doctrinal y jurisprudencial*, declara: «El contenido del capítulo VI (arts. 362 a 372), aunque es plural y por ello aparece estructurado en tres secciones (colación [1.^a], partición [2.^a] y pago de las deudas hereditarias por los coherederos [3.^a]), trata algunas cuestiones relativas a la comunidad que se produce cuando son varios los titulares de una herencia o porción de ella; en la «comunidad hereditaria», que es una comunidad en mano común, los partícipes pueden disponer de su cuota global en la comunidad o porción de ella, pero no adquieren derechos sobre bienes concretos sino desde la partición (art. 1068 CC.); la comunidad hereditaria es esencialmente divisible. El Código aragonés solo regula, junto a la voluntariedad de la colación, aquellos aspectos de la comunidad hereditaria en los que incide la mayor libertad civil de los aragoneses (arts. 365, 368), la distinta capacidad de obrar (arts. 366, 367) o los diferentes principios del régimen de la responsabilidad del heredero (arts. 369-372). En todo lo demás resulta de aplicación el Derecho supletorio. En muchos ordenamientos inspirados en el Derecho romano las liberalidades recibidas por los legitimarios se suman por ley al caudal partible y se imputan en el lote del partícipe que las recibió como parte de su herencia. En cambio, en Aragón, *la colación de liberalidades, como operación particional, no procede nunca por ministerio de la ley (contra: arts. 1035, 1036 CC.), sino que descansa únicamente en la voluntad del disponente que puede ordenarla en el título de la propia liberalidad (donación o legado) o en pacto sucesorio o testamento (público o privado), con lo que se asegura que la obligación de colacionar pueda ser conocida por el sujeto a quien afecte; la colación de la donación podrá establecerse en el título de la donación o en pacto sucesorio con intervención del donatario, mientras que la colación del legado puede derivar del propio título sucesorio o de otro posterior. Obligado a colacionar puede ser cualquier partícipe, aunque no sea legitimario.*

3. DERECHO SUCESORIO GALLEGO

En cuanto al Derecho civil foral gallego, BUSTO LAGO, nos aclara que «Entre los pactos sucesorios típicos que contempla la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), integrando la sección 4.^a (arts. 224 a 227) del capítulo III de su título X, se encuentra el llamado pacto de apartación o «apartamento». Estamos en presencia, sin duda, del pacto sucesorio más paradigmático del Derecho civil propio de Galicia»⁴².

Empero «la transmisión de bienes que se efectúa entre apartante y legitimario apartado lo es a título gratuito, calificación que se compadece plenamente, como ya he adelantado, con la previsión normativa a tenor de la cual lo recibido por el apartado en virtud de la apartación ha de traerse al cálculo de las legítimas de los demás herederos forzosos. En efecto, el artículo 244.2.º LDCG, al regular la

conformación del *donatum*, establece expresamente dentro de las disposiciones a título gratuito realizadas por el causante, la computación de lo recibido por apartación. (...) Parece claro, por lo tanto, que el legislador gallego ha optado por concebir a la apartación como un negocio jurídico gratuito, al someterlo a un régimen similar al de las donaciones, sin perjuicio de que no haya *animus donandi* —o que este no constituya la causa del negocio traslativo— y de que se dote de una mayor protección frente a la reducción por inoficiosidad».

Por tanto y en cuanto a la «dispensa de la obligación de colacionar por el apartado, que la LDCG contempla expresamente, con arreglo al régimen codicial, la dispensa, como acto de disposición *mortis causa*, es libremente revocable (STS de 13 de marzo de 1989 [RJ 1989\2036; en contra de lo señalado en la más antigua de 21 de marzo de 1902 [JC T. 93, § 77]), debiendo ser expresamente prevista por el causante y pudiendo formalizarse en el propio testamento o en el título acreditativo del negocio gratuito de transmisión del bien colacionable, sin que, en este último caso, la dispensa pueda revocarse en testamento (la revocación del testamento en el que se contempla la dispensa, obviamente supone su revocación), aunque sí quepa su revocación, obviamente, en los casos de revocación de la donación al amparo de las previsiones de los artículos 644 y sigs. del Código civil»⁴³.

IV. INDICACIONES CONCLUSIVAS

PRIMERA. Coincide la doctrina, la jurisprudencia y las renovadas Codificaciones forales, así como las Propuestas privadas de Código civil común, en la disociación del acto gratuito en que consiste la donación *inter vivos*, se haya hecho con efectos colacionables o no, que dicho efecto, habrá de atender a las últimas voluntades testamentarias. Asimismo, la doctrina jurisprudencial es única respecto a las operaciones particionales, que ratifica que la institución de la colación es una mera norma de reparto particional.

SEGUNDA. La dispensa de colación, podrá ser total o circunscribirse a una parte de la donación *inter vivos*; evidentemente, dicha dispensa —como en su caso, la revocación— habrá de ser expresa y reconocible, en el entendido de que, podrá deponerse en las voluntades testamentarias del causante, sin que afecte a la donación. Cuestión distinta es que así se indique y se revoque por completo el acto negocial gratuito, siendo el lapso temporal para la revocación de la colación de la donación, el que medie desde la propia aceptación del acto gratuito, hasta las últimas voluntades testamentarias.

TERCERA. En lo que se refiere a la deposición del acto voluntario y derecho dispositivo sucesorio previsto en el artículo 1036, la consecuencia contable, producirá como efecto lógico que aquellas donaciones *inter vivos*, no ostentarán la naturaleza de anticipo de la herencia, de modo tal que habrá de reconstruirse el haber hereditario con el cómputo de dichas donaciones que han perdido la consideración de no colacionables.

CUARTA. De conformidad a la literatura clásica, no hay identidad de razón entre computación y colación, la primera se materializará incluso cuando exista un único legitimario. Téngase en cuenta que la noción actual de legítima, implica que esta podría verse afectada por las donaciones efectuadas por el causante a

terceras personas, frente a la colación del artículo 1035 del Código civil, a la que ha lugar, exclusivamente, si concurriese con herederos forzosos.

QUINTA. El fundamento de la colación trae causa de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso y es, salvo disposición en contra por parte del causante, anticipo de la herencia. Por otra parte, si sostenemos que la causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal, la condigna consecuencia será la sostenida por PARRA LUCÁN por cuanto la remuneración será un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación.

SEXTA. Atendida la última finalidad de las disposiciones testamentarias, en la que es principio básico la voluntad del causante, bien cabe la revocabilidad de la colación como su dispensa. En suma, dicha declaración, no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable del testador, sino que se reafirma en dichas notas institucionales. Prima, absolutamente, la naturaleza dispositiva de la colación, efecto que podrá ser dispensado en las donaciones hechas *inter vivos*, o bien revocado, en las últimas voluntades testamentarias. En nada empece este principio de autonomía testamentaria del causante, a la naturaleza de la donación a la que no empaña. Cuestión distinta son los efectos sobre la colación que se desplegarán por el fallecimiento del causante y, a su disponibilidad sobre la revocación o dispensa de dicha colación, habrá de estarse. Es la sólida e irrefutable jurisprudencia que coincide, con la práctica unanimidad doctrinal y la renovada codificación foral.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS, núm. 578/2019, de 5 de noviembre.
- STS, núm. 468/2019, de 17 de septiembre.
- STS, de 17 de enero de 2014.
- STS, de 29 de noviembre de 2012.
- STS, núm. 29/2008, de 24 de enero.
- STS, de 7 de noviembre de 2007.
- STS, de 24 de enero de 2006.
- STS, núm. 1149/2000 de 13 de diciembre
- STSJ Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 1 de febrero de 2016.
- SAP de Madrid, de 30 de diciembre de 2015.
- SAP de Badajoz, de 16 de enero de 2001.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

ALBALADEJO GARCÍA, Comentario a la sección tercera artículos 774 al 789, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1915 a 1938.

- ALBIEZ DOHRMANN, (2014) La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, págs. 213 y sigs.
- ALFARO AGUILA-REAL <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2018/07/mas-sentencias-mazacruz-la-donacion.html>
- ALONSO PÉREZ, (1967), La colación de las donaciones remuneratorias, *RCDI*, págs. 1017 y sigs.
- ANDERSON, (2006), Una aproximación al derecho de sucesiones inglés, *ADC*, págs. 1243 y sigs.
- APDC, PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL libro IV (cuarto borrador) De los modos de adquirir la propiedad. Capítulo VIII—De la adquisición de la herencia título VI: Galicia Aizpurúa (coord.) Sección 9.ª; Coord. del Libro, Parra Lucán. También OBRA COMPLETA, 2018.
- BUSTO LAGO, (2018), Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar, *Revista Jurídica de Illes Balears*, 18 <https://revista-juridicaib.icaib.org/aproximaciones-al-pacto-sucesorio-de-apartacion-en-el-derecho-civil-propio-de-galicia-como-instrumento-de-ordenacion-sucesoria-del-patrimonio-familiar/> (fecha de última consulta julio 2020)
- Artículos 806 a 822, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor; Aranzadi, 3.ª ed., págs. 963 y sigs.
- CLEMENTE MEORO, (2014), El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*.
- COSSÍO, (1966), Para la exégesis del artículo 1045 del Código civil, *RDP*, 545.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, (2004), *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 9.ª ed.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, (1992), La Colación: su ámbito personal y efectos. Colación legal y colación voluntaria, *ADC*, 1, págs. 377.
- ESRICHE, (1838), *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, (2009), La regulación sucesoria de la propiedad del Caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa, *Iura Vasconiae*, 6, págs. 849 a 891. <http://www.forulege.com/dokumentuak/Tabla%20equivalencias%203-1992%20-%205-2015.pdf>
- GALICIA AIZPURÚA, (2019), Donaciones remuneratorias: naturaleza, causa, colacionabilidad. Dispensa de colación hecha al instante de donar: revocabilidad en testamento, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 110, BIB 2019/5851.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La colación: El problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*
- GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN, (1865), *Elementos del Derecho civil y penal de España, Tomo segundo*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHE REBULLIDA, (1988), *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ, (2012), La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria, *RCDI*, 731, págs. 1291 a 1328.
- LÓPEZ, (1844), *Las Siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo III, Madrid.
- MANRESA, (1901), Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima, *Revista general de legislación y Jurisprudencia*, 2, págs. 374 y sigs.
- NAVARRO ZAMORANO y otros, (1842), *Curso elemental de Derecho Romano*, tomo cuarto.

- POUS DE LA FLOR, (2004) El valor de los bienes en la colación, *RCDI*, 80, núm. 682, págs. 521 a 548.
- POUS DE LA FLOR y MORETÓN SANZ, (2014) Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial, *RCDI*, 90, núm. 743, págs. 1418 a 1443.
- RABANETE MARTÍNEZ, (2020), Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España núm. 473/2018, de 20 de julio de 2018, *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, págs. 172 a 205.
- REBOLLEDO VARELA, (2008), Derecho civil de Galicia: presente y futuro, *Revista Jurídica de Navarra*, 46. Páginas 11 a 43.
- ROCA-SASTRE, (1995), *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.^a ed.
- ROCA JUAN, (2004), Comentario al artículo 1.035, *Comentarios al Código civil*, Tomo XIV, Vol. 2.º: Artículos 1035 a 1087 del Código civil, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Edersa, Madrid.
- SALAS CARCELLER, (2018), Comentario a la sentencia TS, Sala Primera, núm. 473/2018, de 20 julio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10. BIB 2018\14107.
- SARMIENTO RAMOS, (1991), Comentarios a los artículos 1.035 a 1.050, *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Paz Ares, Bercovitz, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Coderch (Dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2.431 y sigs.
- TENA ARREGUI Comentario de la STS de 20 de julio de 2018 (473/2018) Rectificación de la partición por el contador-partidor. Régimen de la donación remuneratoria: colación. Págs. 247 y sigs. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-15_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina_Civil_y_Mercantil_Rectificaci%C3%B3n_de_la_partici%C3%B3n_por_el_contador-partidor_R%C3%A9gimen_de_la_donaci%C3%B3n_remuneratoria_colaci%C3%B3n
- TORRES GARCÍA, (2017), *La necesaria reforma del derecho de sucesiones, Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico*, págs. 11 y sigs.
- VALLADARES RASCÓN, (2009) Artículos 1035 a 1050, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.^a ed., págs. 1.215 y sigs.
- VELA SÁNCHEZ, (2018), Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, págs. 333 a 360. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- VV.AA., (2015), CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, Delgado Echeverría (Dir.) Bayod López y Serrano García (Coords.) GOBIERNO DE ARAGÓN Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza.

NOTAS

¹ Sirva este trabajo como modesto homenaje al Maestro, humilde y renacentista, el Profesor salamantino, Mariano ALONSO PÉREZ. Que la tierra le sea leve.

² Derecho civil común: excepciones ya previstas en el 1.041 y 1.042. Sería incoherente que añadiéramos en la disponibilidad de la colación, la indisponibilidad de las restricciones específicas por norma *ius cogens*.

³ (2004), *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 9.ª ed., pág. 540. *Vid.*, artículos 664 a 656.

⁴ En este punto, la Propuesta de Código civil, al margen de cambiar los tiempos verbales, elimina la necesidad de interpretación sistemática y casuística, así como las dudas doctrinales, al contemplar y calificar ese acto posterior en que el donante sustituya la declaración de voluntad previa. Así, señala en su *Artículo 468-61. Dispensa de colación y atribuciones mortis causa* 1. La colación no tiene lugar cuando el donante así lo haya dispuesto de modo indubitado en la propia liberalidad o en acto posterior, ni en el caso de que el donatario repudie la herencia, sin perjuicio de que la donación pueda ser reducida por inoficiosa. 2. Salvo disposición en contrario del causante el heredero no ha de tomar de menos en la partición lo dejado a título singular en testamento o pacto sucesorio (APDC, *Propuesta de Código civil Libro IV (cuarto borrador) De los modos de adquirir la propiedad* Capítulo VIII—De la adquisición de la herencia Título VI: Gorka Galicia Aizpurúa (coordinador) Sección 9.ª; Coord. del Libro, Mª Ángeles Parra Lucán]. Precepto que se renumera en el texto definitivo (2018), como 468.62

⁵ Nótese que, en materia de colación legal y voluntaria, con su certera pluma, afirmaba ROCA SASTRE: «Fijación de la Legítima: Computación e imputación» (...) En la *determinación del quatum legitimario global*, como la legítima es una parte alícuota del patrimonio del causante (*pars bonorum*), es preciso previamente realizar *dos operaciones fundamentales* sobre integración y valor de dicho patrimonio, es decir, *determinar los bienes, derechos, elementos y obligaciones* de tal patrimonio y luego proceder a su valoración: A) En la *integración del patrimonio* respecto del cual ha de computarse la legítima, como esta debe calcularse sobre los bienes y derechos relictos por el causante al fallecer, deducidas las cargas y deudas hereditarias y agregadas las donaciones por el mismo otorgadas, primeramente hay que tener en cuenta el *activo hereditario*, del que hay que descontar el *pasivo* y después añadir el importe de las *donaciones* efectuadas. (...). (1995) *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed., págs. 43 y sigs.

⁶ Declaraban GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: «4. Colacion. - Muchas veces los padres y demas ascendientes hacen donaciones crecidas á sus hijos, en términos de que perjudican la legítima de los demas: para evitarlo se ha introducido la colacion. Esta consiste en la agregacion al cúmulo de la herencia, que hacen los descendientes legítimos, de los bienes que recibieron de sus padres durante la vida de estos, para que aumentado así el caudal se haga la particion sin perjuicio de las legítimas. 5. Suele decirse que se hace de tres modos. 1.º Por manifestacion, que es presentando la misma cosa recibida. 2º Por liberacion, que es cuando hubo promesa pero aun no cumplida. 3º Por imputacion, que es contar el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida. 6. Para que tenga lugar la colacion es necesario, que los que la piden y á quienes se pide, sean hijos ó descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donacion, pues en otro caso no estará obligado á colacionar; aunque sí á restituir lo que escudiese aquella de los límites de la legítima, del tercio y del quinto. 7. Todos los bienes que los hijos hubiesen recibido de sus padres son colacionables. Los autores, que presentan las mejoras como escepcion de esta regla general, cometen, segun creemos, un error notable. Es cierto que no se traen á particion pero preciso es colacionarlas para saber si cabían en los bienes existentes al tiempo de la muerte del testador; pues (de lo contrario serian inoficiosas. Y no por esto queda destruida la igualdad que debe observarse, y que aquí no se toma en un sentido absoluto, sino respectivo. Los bienes ganados ó adquiridos por los hijos, no son colacionables. Tampoco lo son aquellas sumas que hubiesen recibido para alimentos». (1865), *Elementos del Derecho civil y penal de España, Tomo Primero*, Madrid, págs. 335 y 336.

⁷ Vid., CLEMENTE MEORO, (2014), El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, págs. 779 y sigs. Sostiene con la jurisprudencia: «El artículo 818 Código civil se refiere a los “bienes que quedaren a la muerte del testador”, lo que hay que relacionar con el artículo 659 Código civil, a cuyo tenor “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con su muerte”. Por tanto, integran el activo bruto los bienes y derechos transmisibles *mortis causa* de que fuera titular el causante en el momento de su fallecimiento. Así, no se transmiten, por su carácter vitalicio, el usufructo (art. 513.1 CC), salvo que otra cosa haya establecido el constituyente, el uso (art. 525 CC), la habitación (art. 529 CC), el derecho contractual a alimentos (art. 1794 CC, por remisión al art. 152.1.º CC) y la renta vitalicia (art. 1808 CC); y tampoco se transmiten los derechos de carácter personalísimo (cfr. arts. 150, 1595, 1689 y 1700.3.º, 1732 y 1742 CC, y 280 CCom).».

⁸ Incólume el capítulo desde su redacción preliminar, excepto en cuanto afecta al segundo párrafo del artículo 1041 «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad»; segundo y último párrafo incorporado por el artículo 10.7 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. A su vez, el 1045 «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. —El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario», quedó afectado, en ese caso, por el artículo 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Siendo el texto original de este último precepto «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 hubiese hecho entonces su justiprecio. —El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

⁹ (2009), «Artículos 1035 a 1050», *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., págs. 1215 y sigs.

¹⁰ (1995) *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 2.ª ed., págs. 43 y sigs.

¹¹ Vid., artículo 818 donde se ventilan sobre la herencia líquida o *relictum*, todas las donaciones efectuadas por el causante. «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. —Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables» (Según su redacción del párrafo segundo operada por el artículo 5 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo). Vid., TORRES GARCÍA, (2017), La necesaria reforma «del derecho de sucesiones, *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico*, págs. 11 y sigs.

¹² «La reducción de la donación o del legado por su carácter inoficioso es una acción de protección de la legítima. Éste es el único y principal fundamento de una acción tan singular», ALBIEZ DOHRMANN, (2014) La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, págs. 213 y sigs.

¹³ (2004), *Comentario al artículo 1035*, *Comentarios al Código civil*, Tomo XIV, Vol. 2.º: Artículos 1035 a 1087 del Código civil, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Edersa, Madrid.

¹⁴ SARMIENTO RAMOS, (1991), «Comentario al Capítulo IV artículos 1035 y sigs.», Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2431 y sigs.

¹⁵ Traemos también a estas líneas la STS, de 24 de enero de 2006, siendo Ponente GUILLÓN BALLESTEROS que estima la casación en estos términos: Que debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por D^a. Julia, D^a. Luisa y D. Carlos José, representados por el Procurador D. Francisco Alonso Adalias contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Zamora con fecha de 28 de febrero de 1999, la cual casamos y anulamos parcialmente, con referencia al punto D) del fallo de

la misma. En su lugar declaramos la revocación de los legados dispuestos por el causante en favor de los legatarios por la donación posterior a los mismos de las cosas legadas, los cuales deben colacionar las donaciones en su herencia. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida compatibles con la anterior declaración. Sin condena en las costas de este recurso a ninguna de las partes.

¹⁶ *Vid.*, POUS DE LA FLOR, El valor de los bienes en la colación, *RCDI*, 80, Nº 682, 2004, págs. 521-548; también Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial de la misma autora y MORETÓN SANZ, *RCDI*, 90, Nº 743, 2014, págs. 1418-1443.

¹⁷ *Vid.*, también la SAP de Madrid, de 30 de diciembre de 2015, entre otros múltiples aspectos que, pese a su interés, no podemos reproducir dada su extensión; destacamos una de las cuestiones controvertidas sobre: «se trata de una fiducia testamentaria como se denomina en las STS de 30 de octubre de 1944 y 29 de abril de 1972, que tiene sus antecedentes en los Derechos civiles autonómicos, en concreto, de Aragón y Navarra, y en el artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851 de GARCÍA GOYENA, constituyendo una excepción no solo del artículo 830, sino también del artículo 670, ambos del Código civil, para permitir encomendar a un progenitor las facultades sucesorias sobre la propia sucesión». En cuanto a los fundamentos añadiremos «sustento de la actualización del *donatum* y del *relictum* descansa en la depreciación monetaria del dinero y de los bienes por el transcurso del tiempo. Tras la reforma de 1981, que dio nueva redacción al artículo 847 Código civil, con respecto al pago de la legítima en metálico, la jurisprudencia atiende al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidar la legítima (SSTS de 20 de junio, 21 de octubre y 14 de diciembre de 2005, todas ellas citadas en la de 24 de enero de 2008), ello con lleva la necesidad de actualización tanto del *relictum* como del *donatum*, (TS 15 de julio de 2007). En el caso de autos de acuerdo con la doctrina expuesta, adquieren relieve decisivo dos factores: la actualización del importe del *donatum* y del *relictum* y la proyección al momento de su materialización, es decir, del pago de la legítima estricta al actor. Se pueden adoptar distintos criterios para la actualización del *donatum* y del *relictum*, pero mayoritariamente el criterio seguido por los distintos Tribunales es la aplicación del IPC (así se pueden citar al respecto las SAP de Madrid, sección 25.^a de del 9 de junio de 2015 de La Coruña, sección 4, del 17 de septiembre de 2014; SAP de Vizcaya sección 4 del 19 de abril de 2013, de Segovia de 30 de junio de 2011) criterio que también sigue el STS 15 de junio de 2007). Es posible que para la actualización de algunos de los bienes que integran el inventario de la sociedad de gananciales disuelta, que a la vez constituyen los bienes relictos del causante, hubiera sido mejor la aplicación de otro método de actualización distinto del IPC, debido a la profunda crisis económica global que afectan a las economías de nuestro entorno, pero no habiéndose practicado prueba alguna sobre este extremo, debe aplicarse la actualización sobre todos los bienes mediante el dicho método, cuya aplicación se hará teniendo en cuenta el IPC acumulado resultante para cada uno de los bienes actualizados, cuya variable se indicará expresamente».

¹⁸ *Vid.*, ANDERSON, (2006), Una aproximación al derecho de sucesiones inglés, *ADC*, págs. 1243 y sigs. En particular, su estudio sobre el caso «de las llamadas Hotchpot Rules, comparables a nuestra colación en sentido propio (arts. 1035 sigs. del Código civil español)».

¹⁹ Con su sabiduría y formación renacentista ALONSO PÉREZ nos explicaba sobre la colación «Es la colación una figura jurídica que ha sido plenamente elaborada por el Derecho histórico: desde la vieja *collatio bonorum* fruto equitativo de la herencia pretoria, que nos recoge Ulpiano en el libro XL de sus Comentarios al edicto 1, al principio general que sienta Justiniano en el capítulo 6 de la Novela 18 (año 1018 536), donde establece un deber general de colacionar, se revela toda una evolución, de carácter amplificador. No quedó la colación varada en la Compilación bizantina. Nuestro Derecho castellano conoce detalladamente el instituto de la colación, según los esquemas fijados por las fuentes justinianas y las influencias del Derecho germánico en torno a la idea de comunidad familiar y defensa de legítimas. Textos legales y comentaristas intermedios se aplican profusamente a estudiar todos los aspectos relacionados con la figura, aunque arrojando escasas luces sobre «una materia innecesariamente oscura». En esta evolución, los Fueros municipales y las Leyes de Toro —sobre todo la Ley 29— representaron un avance indudable que, paradójicamente,

implicaría a su vez el comienzo de una etapa, prolongada a nuestros días, en que la difícil institución se involucraría con otras figuras vinculadas a las operaciones defensoras de la legítima (computación, imputación y reducción de donaciones inoficiosas) 3. Ni el proyecto de 1851, ni el Código civil, metas de una trayectoria multiseccular, esclarecieron los problemas colaciónales. Es la doctrina actual la que va arrojando luz sobre los mismos» y sigue «Mas no solo en nuestro Derecho ha sido confusa la gestación histórica de la colación. Sirva como ejemplo el francés, donde, si bien los territorios de Derecho escrito conservaron la configuración que dio al instituto el Derecho romano, las provincias regidas por el *Droit coutumier* ofrecían al respecto una complejidad tal que Lebrun consideraba imposible sistematizar en unos principios coherentes la variedad de normas consuetudinarias relativas a la colación. Con toda razón observa MELUCCI que el Derecho anterior a la Revolución francesa presenta tal variedad y tantas complicaciones en esta materia que intentar una breve y completa exposición implicaría un esfuerzo superior al resultado apetecido». ALONSO PÉREZ, (1967), «La colación de las donaciones remuneratorias», *RCDI*, págs. 1017 y sigs.

²⁰ Ante la relativa ausencia de obras de carácter dogmático, la literatura jurídica de la época codificadora se nutre, básicamente, de las publicaciones de carácter práctico. Una de ellas, es la *Librería de Escribanos*, cuya versión actualizado hizo uno de los vocales de la Comisión del Proyecto de 1836, Eugenio TAPIA. Éste publicó el Febrero novísimo ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un Tratado del juicio criminal y algunos otros, manual de práctica forense que constituía una reelaboración del título Librería de Escribanos de José FEBRERO. Dada la autoría de la obra, así como la amplia difusión editorial de que gozó la obra reformada, resulta especialmente interesante revisar, a la vista de estos dos hechos, la tarea que emprendió el comisionado y sus esfuerzos como jurista práctico. La obra forense reproduce la invariable apelación al Derecho patrio y también en sus primeras líneas introductorias quiere destacar que su planteamiento será, estrictamente, práctico. Por su parte y frente al Proyecto, la obra se presenta en tres Libros y no en cuatro como en aquel. La materia relativa a las obligaciones y contratos se integra en el segundo de los libros; singularmente el capítulo vigesimoctavo es el que tiene por objeto la extinción de las obligaciones referidas exclusivamente a aquellas que tengan su origen en un contrato. Esta cuestión no se trata de un defecto técnico o una imprecisión, antes bien el autor reduce, expresamente, el ámbito de actuación de las causas extintivas a las obligaciones nacidas de un convenio contractual.

²¹ Leyes de Toro de 1505, según la transcripción que se conserva en la Sección de Pergaminos del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, declaraba: Quando el padre o la madre mejorare a alguno de sus fijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en el testamento o en otra postrimeria voluntad, o por otro algun contrato entre vivos, ora el fijo este en poder del padre que fizo dicha mejoría, o no, fasta la ora de su muerte, la pueda revocar quando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviere entregado la possession de la cosa o cosas en el dicho terzio contenidas, a la persona a quien la fiziere, o a quien su poder oviere o le oviere entregado ante escrivano la escritura dello; o el dicho contrato se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, assi como por via de casamiento o por otra cosa semejante; que en dichos estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar si no reservasse el que lo fizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, o por alguna causa que segun leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas e con derecho fechas, se pueden revocar.

²² Vid., FEBRERO, (1884), *Librería de escribanos, abogados y jueces, Volumen 3*, pág. 269. Febrero, ó *Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo la legislación hoy vigente*, por el Ilustrísimo señor Don Florencio GARCÍA GOYENA y Don Joaquín AGUIRRE, segunda edición corregida y aumentada por los Doctores Don Joaquín AGUIRRE y Don Juan Manuel MONTALBÁN, Madrid.

²³ (1991), Comentarios a los artículos 1035 a 1050, *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Paz Ares, Bercovitz, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Coderch (Dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2439 y sig.

²⁴ En idéntico sentido, NAVARRO ZAMORANO y otros, (1842), *Curso elemental de Derecho Romano*, tomo cuarto, pág. 193.

²⁵ Declara el artículo 816. *Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y estos podrán reclamarla cuando muera aquel; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.* Vid., BUSTO LAGOS, (2009) Artículos 806 a 822, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 3.ª ed., págs. 963 y sigs.

²⁶ Apréciase el sentido de la siguiente resolución Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1149/2000 de 13 diciembre. RJ 2000/9439, siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA: «En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 del Código civil que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. *Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que "solo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho 'post mortem' y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia*". —Todo lo anterior significa la accesión a un requisito esencial para la apreciación de la figura de la colación, lo que unido a que la donación principal no ha sido tachada de inoficiosa, hace que se deba proclamar, como ya se ha dicho, el éxito del motivo en cuestión».

²⁷ VELA SÁNCHEZ, (2018), Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, págs. 333 a 360. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

²⁸ Con ocasión del comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, hace un amplio análisis de la institución ESPEJO LERDO DE TEJADA, (1992), y por cuanto a este artículo respecta, cabe señalar el párrafo destacado («La Colación: su ámbito personal y efectos. Colación legal y colación voluntaria», ADC, 1, págs. 407 y 408).

²⁹ Vid., Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), Sentencia núm. 8/2001 de 16 enero. AC 2001/622, siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MATÍAS MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA que expresa el parecer unánime de la Sala. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—PRIMERO. Las hoy recurrentes interpusieron demanda en la que suplicaban, de forma concreta, dos pedimentos —amén de la condena en costas a la contraparte— A) Que se declarara nula e inválida la institución de heredera universal hecha a favor de doña María Luisa Ll. P. mediante testamento otorgado en fecha 6 de abril de 1995, por don Anselmo Ll. C., sin perjuicio de los legados hechos, y, B) Se declarara a doña Jacoba y a doña Silvestra, junto con la demandada, doña María Luisa, hija habida de un segundo matrimonio del causante, herederas forzosas por partes iguales de don Anselmo. —La sentencia de instancia desestimó tales pretensiones después de consignar en síntesis una correcta y oportunamente aplicable doctrina jurisprudencial relativa a las reglas hermenéuticas en materia testamentaria, sobre la revocabilidad de las disposiciones «mortis causa», y la colación de donaciones.— *La cláusula segunda del último testamento, otorgado en fecha 6 de abril de 1995* —que reproduce por otra parte una voluntad ya expresada por el testador en un documento privado redactado por el mismo un año antes— recoge expresamente que «no ordena ninguna disposición en el presente testamento a favor de sus hijas Jacoba y Silvestra Ll. M., habidas de su primer matrimonio, por haberles dejado bienes inmuebles en la localidad de Valdettres, que con exceso cubren sus legítimas, en virtud de escritura de donación otorgada en don Benito, con fecha 20 de agosto de 1988». —Se revela clara e inequívoca la voluntad e intención del testador. Hace mención de la donación efectuada en su día a las recurrentes y considera que han de ser computables y colacionables, al decir que las mismas cubren con exceso las legítimas, y ello con independencia de que ello no fuera así, lo que habría de ser objeto a dilucidar en ejercicio de específica «actio familia erciscunde», para al efectuar la concreta partición de la herencia, interesar el correspondiente complemento de legítima, «ex» artículo 815 del Código civil. Sería en dicho procedimiento donde habría de tener mayor practicidad y eficacia el preciso informe pericial que fue realizado al solicitarse por las recurrentes.— Es reiterada y notoria la doctrina del Tribunal Supremo al decir que la interpretación de los testamentos

es función exclusiva de los Tribunales de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley, ninguna de cuyas calificaciones es atribuible o imputable a la interpretación del caso sometido a decisión. Se considera, por contra, claramente acorde con la libre voluntad del testador. Este efectúa, ciertamente, una imputación de los bienes inmuebles donados en vida a las recurrentes, a la legítima de que legalmente les corresponde en su herencia. —SEGUNDO. *Si la mencionada cláusula entra en contradicción con la disposición que otrora hiciera el testador al donar bienes a recurrentes, para que estos no fueran colacionables en la herencia, la última voluntad expresada en el referido testamento aparece igualmente clara en orden a la intención de revocar dicha dispensa. La colación es ordenada por la Ley, si bien únicamente como norma dispositiva, dependiendo, en definitiva, de la voluntad del causante, que puede dejarla sin efecto dispensando dicho deber. Ahora bien, este juego de la autonomía de la voluntad que está expresado en la Ley en reiterados apartados, así artículos 1036, 1037, 1038 y 1042 del Código civil, con el mismo fundamento, puede ser objeto de revocación. —Y ello es así porque de acuerdo con el artículo 737 del Código civil, todas las disposiciones «mortis causa» son esencialmente revocables y no parece fácilmente discutible que habrá de estarse, por tanto, a la última voluntad manifestada por el testador.—* Procede recordar al respecto que nuestro Código civil se inclina por un sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el artículo 739.1, al establecer que el testamento anterior —y de igual forma cabe entender las donaciones hechas a los herederos forzosos en vida con dispensa de colación— queda revocado de derecho por un testamento posterior perfecto, si el testador no expresa en esta su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte. En el presente caso, se insiste, el testador menciona las donaciones para afirmar que las mismas cubren las legítimas de las demandantes e instituye, a continuación, heredera universal a la demandada. —Es necesario dejar señalado aquí —siquiera resulte ocioso—, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad de testador», y solo para el caso de que surgiere la duda, «se observará lo que aparezca más conforme con la intención» pero siempre «según el tenor del mismo testamento». (...) Así pues, habida cuenta de todo lo expuesto, las precedentes reglas interpretativas nos conducen a la obligada conclusión de descartar que la cláusula discutida haya de declararse nula y que el testador revocó en su último testamento la dispensa de colacionar, al considerar y manifestar que lo donado en vida cubría en exceso la legítima, instituyendo heredera universal a la hija habida de su segundo matrimonio. Recordar que tanto la dispensa como su revocación puede expresarse al mismo tiempo que la donación o también posteriormente en testamento o en otro acto. Y puede ser sin duda revocada, como en el presente caso, por tratarse de una liberalidad que ha de mostrar su eficacia «mortis causa». La duda planteada por las recurrentes, no resulta fundada en el caso enjuiciado, pues los claros términos, basados en la libre voluntad, no dejan subsistentes actos como aquella dispensa, solo pudiendo hacerlo respecto de aquellos que encontrasen algún apoyo legal expreso, por ejemplo reconocimiento de un hijo natural, mengua de la legítima, etc., para cuya nulidad habría —como se dijo— de desplegarse la vía procedimental adecuada.»

³⁰ Como con intachable juicio afirma SALAS CARCELLER «Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable. Un sector doctrinal ha argumentado a favor de la irrevocabilidad de la dispensa hecha en la misma donación, por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza. —No obstante, la Sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el Código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante. La dispensa es una declaración de voluntad cuyo efecto es que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Cabe considerarla como un acto de naturaleza y eficacia «mortis causa» sujeto a revocabilidad como ocurre con los actos que han de producir efectos tras la muerte. *Sostener que la dispensa forma parte del propio negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir*

la propia dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios. También utiliza la Sala como argumento que sería ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás». (2018), (Comentario a la Sentencia TS, Sala Primera, núm. 473/2018, de 20 julio), *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10. BIB 2018\14107.

³¹ Consiste la principal [diferencia] en la donación *propter nuptias* y los heredamientos, instituciones jurídicas profundamente arraigadas en las costumbres de Navarra, Aragón y Cataluña; que participan del carácter de los actos de última voluntad, hasta el punto de que en rigor hacen las veces de testamento en esas provincias; que tienen un engranaje necesario con el principio de la libre disposición de bienes consagrado por sus respectivos Fueros y el propio *fiu* é idéntica razón de ser que la testamentifacción foral, encaminada á la conservación del patrimonio familiar y á la continuidad de la casa nativa (...) Pág. 283 (...) Mr. Laurent en su proyecto de reforma del Código belga, conserva (art. 872), aunque mejorando su redacción, las disposiciones del Código francés. «Se teme, dice, que los actos de liberalidad de un cónyuge para con otro no sean la libre expresión de la voluntad del donante, lo cual bien puede acontecer; pero ¿es esta una razón para presumir la captación ó la violencia moral? El sistema del Código previene el peligro declarando revocables las donaciones. El donante tiene entera libertad de revocar las donaciones que haya hecho, en el supuesto de que haya cedido á un afecto inconsiderado, ó para comprar la *paz doméstica*; y puede hacer la revocación á espaldas del donatario por un mero escrito privado. Cuando no use de este derecho, bien se puede afirmar que la liberalidad es hija del cariño ó de la gratitud.» pág. 129 (...)» De allí que el célebre Fontanella haya definido el heredamiento en estos términos: donatio *inter-vivos* que fit in nupticibus per quam censetur donator prevenisse diem supremi iudicii. En realidad, el heredamiento por su origen proviene de una donación; por su carácter legal es una donación *inter-vivos*, sin que pierda este carácter porque se haga para después de la muerte, pues siempre en derecho se han reconocido las donaciones *inter-vivos post mortem*; por su forma de constitución, es un pacto de las capitulaciones matrimoniales; y es por su fin una disposición para el día de la muerte. Pág. 135; ALONSO MARTÍNEZ, (1885) Biblioteca Judicial *Código civil en sus relaciones con las Legislaciones Forales*, Tomo II, Madrid.

³² 5.2. El carácter colacionable de la donación remuneratoria. El Tribunal Supremo sigue en esta sentencia la línea jurisprudencial sostenida por la Sala desde la Sentencia del Pleno 1394/2007 ES:TS:2007:822; ponente GULLÓN BALLESTEROS), que entiende que el artículo 622 Código civil se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias, en cuanto que en estas, por definición, no se impone ningún gravamen. En consecuencia, la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, dado que la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no su causa, salvo que se eleve a motivo causalizado. La causa de la donación remuneratoria es indivisible, dado que el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. Por ese motivo, debe quedar sujeto al régimen normal de la colación, que es una institución netamente dispositiva. La única peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad implícita del causante de que no se colacione la donación, aunque no lo ordene expresamente. En el caso debatido se dispuso expresamente de colación en la propia donación, pero posteriormente se revocó la dispensa en el testamento. Pese a tratarse de un tema debatido en doctrina y jurisprudencia, debe reconocerse la posibilidad de dicha revocación, dado que la dispensa es un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa* y, por tanto, de carácter unilateral y revocable. La sentencia viene a rechazar, en consecuencia, la postura defendida por un importante sector doctrinal, encabezado por Albaladejo, que defiende el carácter mixto de la donación remuneratoria. Conforme a esta tesis, la causa es onerosa en aquello que resulte absorbido

por el valor de los servicios que se remuneran. Dicha corriente doctrinal reconoce que su postura descansa en una interpretación correctora del artículo 622 del Código civil (pues supone entender la expresión «gravamen impuesto» en el sentido de «servicio que se remunera») pero que, en todo caso, considera más respetuosa con el espíritu de texto legal que cualquier otra alternativa, especialmente con la que a la postre defiende el Tribunal Supremo, que supone suprimir del artículo cualquier referencia a la donación remuneratoria. Sin embargo, lo cierto es que el texto no solo admite otras interpretaciones menos correctoras (De Castro) sino que los motivos para rechazar la tesis de la causa mixta exceden de los meramente literales, pues el espíritu de la norma se traiciona más cuánto más se desajusta de la naturaleza de las cosas o de la razonabilidad de las consecuencias inferidas. La tesis de la causa mixta impone una fuerte disparidad de regímenes jurídicos en el seno de un único negocio jurídico en función de un dato tan etéreo como el valor de un servicio respecto del que las partes no han fijado precio ni referencia objetiva alguna. En un sistema jurídico como el nuestro, dominado por el principio (guste o no) de que «las cosas valen lo que las partes quieren», esa radical diferenciación de efectos resulta no solo arbitraria sino claramente vulneradora o artificialmente reconfiguradora de la voluntad de las partes.— TENA ARREGUI, Comentario de la STS de 20 de julio de 2018 (473/2018) Rectificación de la partición por el contador-partidor. Régimen de la donación remuneratoria: colación. Págs. 247 y sigs. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-15_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina_Civil_y_Mercantil_Rectificaci%C3%B3n_de_la_partici%C3%B3n_por_el_contador-partidor_R%C3%A9gimen_de_la_donaci%C3%B3n_remuneratoria_colaci%C3%B3n (consulta en julio de 2020).

³³ *Vid.*, la afirmación de la STS de «a efectos prácticos...», y VALLADARES RASCÓN, (2009), Comentarios a los artículos 1.035 a 1.050, *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 3.^a ed. págs. 1215 y sigs. Afirma 2. Revocación de la dispensa. 2.1. Es inútil prohibir la revocación de la dispensa, pues, el donante puede obtener el mismo resultado disminuyendo la cuota hereditaria. Además, la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio (ROCA JUAN, pg. 42; VALLET, pg. 575. *Contra* Albaladejo La dispensa..., pg. 279 y 261): no cabe la revocación de la dispensa efectuada al tiempo de la donación, salvo que esta favoreciera a un heredero no forzoso y el causante ordenara su colación (v. STS 13 diciembre 2000).

³⁴ No puedo sino dejar constancia que la afirmación anterior coincide con la VALLADARES RASCÓN, si bien en el decurso de la doctrina jurisprudencial en materia de sucesiones, el principio es que prime el efecto material que pudiera producir lo que el testador no ha hecho. Y si lo hubiera pretendido, precisamente no habría dictado la cláusula en cuestión. Y si dicha cláusula del documento notarial fuese inocua, no estaríamos ante este litigio. De modo que el principio de la voluntad del testador queda sustituido por el de la oportunidad procesal, cuando estamos ante derecho sustantivo. Si el problema había sido hasta ahora la interpretación de la voluntad del testador. Este, en particular, lo ha dejado muy claro. Y queda suplido por las consecuencias posibles de una decisión que no adoptó.

³⁵ Sobre la sentencia y sus antecedentes, el autor de la Propuesta del Código civil de la APDC, con buen juicio y excelente criterio y fundamento histórico: «En mi opinión, el alto Tribunal acierta en gran medida con su construcción: la donación remuneratoria es una donación sometida en todo a las reglas de este negocio. Pero esta interpretación es susceptible de refuerzo y de matización mediante el recurso, ya a los antecedentes históricos y legislativos, ya al elemento sistemático (art. 3.1 CC). —En efecto, aquellos demuestran en primer término que, en contra del parecer doctrinal mayoritario, el artículo 1274 Código civil no se refiere en absoluto a las donaciones remuneratorias. Esta norma encuentra su precedente en el artículo 997 del proyecto isabelino de 1851, a cuyo tenor, «[e]n los contratos onerosos, se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio hecho por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor». Pues bien, conviene tener en cuenta que, cuando GARCÍA GOYENA redacta este precepto, no piensa para nada en las dichas donaciones. Y no lo hace porque para él la donación remuneratoria es, sin más, donación, de suerte que ha de considerarse comprendida dentro de la definición

global que de tal contrato ofrece en el artículo 940 del proyecto y sometida, entonces, a sus mismas disposiciones (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, pp. 287 y 288 [reed. facsimil de Editorial Base, Barcelona, 1973]). Más exactamente, dicho artículo 940 definía la donación entre vivos como «un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas». En el comentario correspondiente, señala GARCÍA GOYENA explícitamente que, «aunque las palabras del artículo parecen excluir las donaciones remuneratorias, quedan sin embargo comprendidas en él, y sujetas a las disposiciones de este título, según se dispone expresamente en el artículo 943, cortando así cuestiones y pleitos». El autor pretende evitar y zanjar cualquier polémica sobre «este punto omitido, o muy oscuro o dudoso, en Derecho Romano, y sobre el que guarda el Código Francés un absoluto silencio». Pero, además, la ausencia de una regulación especial para la donación remuneratoria se explica por una sencilla, aunque doble, razón: porque en ella «resplandece igualmente la liberalidad» y porque «las que se pretende calificar de simples, puras, propias y perfectas» son extraordinariamente raras, hasta el punto de que «hallan más fácilmente lugar en el papel o en las leyes que en la práctica: semejante acto, según las palabras de un respetable jurista consulto que dejo copiadas, «sería más bien profusión y prodigalidad, que liberalidad»». —Ahora bien, si las donaciones remuneratorias son en el proyecto de 1851 por completo negocios gratuitos o de pura beneficencia, ¿cuáles son esos contratos remuneratorios a los que alude el artículo 997? La respuesta la ofrece el propio GARCÍA GOYENA cuando, al comentar esta norma en sus *Concordancias*, dice que tales contratos han de reputarse onerosos a tenor de lo establecido en el artículo 976 (*Concordancias...*, cit., t. III, p. 32), pues, efectivamente, con esta remisión está dando a entender que los mismos se identifican con los unilaterales onerosos. Y es que el artículo 976 del proyecto sienta la distinción genérica entre contratos gratuitos y onerosos, describiendo los últimos como aquellos por los que las partes «adquieren derechos y contraen obligaciones recíprocamente». Admite GARCÍA GOYENA que semejante definición puede censurarse por «impropia», «porque confunde el contrato oneroso con el bilateral o sinalagmático [...]»; y sin embargo, puede un contrato ser oneroso y unilateral, como sucede en el préstamo a interés» (*Concordancias...*, cit., t. III, pp. 5 y 6). De donde se colige que el servicio o beneficio que se remunera a tenor del artículo 997 y que actúa en calidad de causa, no es uno que no conforma deuda exigible (cfr. actual art. 619 CC), sino, por el contrario, aquel que una de las partes proporciona a la otra precisamente a través del contrato: v. gr., el servicio que el depositario ofrece al depositante mediante la custodia de la cosa objeto del contrato, o el beneficio que el mutuante proporciona al mutuuario mediante el empleo de lo prestado. Tales son el servicio y el beneficio que, aun cuando normalmente se suministran sin contraprestación, son susceptibles de ser remunerados y generar una obligación a cargo de quien los recibe. Pero por esta razón, o sea, por no conllevar estructuralmente en modo necesario sacrificios para ambas partes, *estos contratos han de ser objeto de categorización separada respecto de los naturalmente onerosos: son en principio gratuitos y transmutan en onerosos exclusivamente por voluntad de las partes*. En resumen, *la causa en los contratos remuneratorios no es, en el pensamiento de GARCÍA GOYENA, la causa de las donaciones remuneratorias, negocio de pura y simple beneficencia a su mismo decir*. El artículo 997 apunta cuál sea la causa, ya en los contratos necesariamente onerosos (los que per se son bilaterales o sinalagmáticos), ya en los que lleguen a serlo únicamente por acuerdo de los intervinientes (los unilaterales que, sin embargo, vienen tintados de onerosidad por pacto), ya en los gratuitos. Dígase otro tanto de lo mismo, entonces, del vigente 1274 CC». (GALICIA AIZPURUA, (2019), Donaciones remuneratorias: naturaleza, causa, colacionabilidad. Dispensa de colación hecha al instante de donar: revocabilidad en testamento, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, BIB 20195851).

³⁶ Como bien advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la revocación de la colación ha de producirse en testamento, al igual que la «dispensa de la colación puede revocarse revocando la donación enteramente, cuando sean aplicables las causas generales de revocación de donaciones», pág. 541; en nueva edición, vol. IV-tomo 2, pág. 278.

³⁷ «Esta sentencia del Supremo se dicta tras haberse dictado —hace algún tiempo— un laudo arbitral en el que se reconoce el derecho de las hermanas a disolver la sociedad

Mazacruz y recibir su cuota de liquidación del 75 % del capital (el laudo presumía la validez de la donación del 25 % a favor del hijo). Como el laudo no incluía las cuestiones sucesorias, esta sentencia reconoce el derecho de la hija a su herencia y deja al hijo con una porción del patrimonio del padre que se corresponde con la voluntad de este en mucha mayor medida que la que resultaba de la presunta donación. En efecto, se discute, al fallecimiento del padre, si esta donación era colacionable o no. Puede imaginarse la relevancia de la cuestión, puesto que, si es colacionable y dado que el padre había dejado a su hijo la legítima estricta, la donación devenía inoficiosa en su mayor parte (si suponemos que todo el patrimonio del padre estaba en Mazacruz y que, por tanto, el 25 % del capital de Mazacruz representaba el 25 % del caudal hereditario, el hijo, al que solo correspondía — como legítima estricta— en torno al 6 % de Mazacruz, debería restituir a aquel el 19 % del capital de Mazacruz aproximadamente). Esta no es la consecuencia, sin embargo, que el Supremo extrae de la estimación del recurso de las hijas y de la madre porque, dice, nadie pidió la declaración como inoficiosa de la donación porque no perjudicaba la legítima de las hijas. De modo que el fallo se limita a declarar que el hijo no tiene derecho alguno a participar en la herencia del padre, esto es, que la hija no puede ser condenada a pagarle la legítima estricta en metálico como se había previsto en el testamento del padre puesto que la computación y la colación de la donación remuneratoria conduce a que el hijo hubiera recibido más por vía de donación de lo que le correspondería como legitimario». Jesús ALFARO AGUILA-REAL <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/07/mas-sentencias-mazacruz-la-donacion.html> (fecha de última consulta julio de 2020).

³⁸ Recoge también la Resolución, los argumentos de la parte sobre esta carta, motivando como segundo elemento casacional, lo siguiente: «En el segundo, que se dice complementario del anterior; denuncia infracción del artículo 1271.II CC, en relación con los artículos 825 y 826 CC. En síntesis, plantea que, al deducir la irrevocabilidad de la dispensa del cruce de cartas entre padre e hija, la sentencia recurrida configura la dispensa como un negocio jurídico bilateral, como un pacto sucesorio, sin tener en cuenta las reglas que rigen en materia de compromiso de mejora para hacerlos válidos (arts. 825 y 826 y concordantes del Código civil). Cita la Sentencia 536/2013, de 29 de julio, sobre la declaración expresa e inequívoca de la dispensa de colación en la donación» (...) «En el sexto motivo se denuncia infracción, por violación, del artículo 1282 CC, en relación con el artículo 1281.I CC, al interpretarse por la sentencia recurrida la carta del donante de 10 de enero de 1998 en total desconexión con sus actos coetáneos y posteriores. Se dice que este motivo es “complementario” de los anteriores y en su desarrollo explica que la carta debía ponerse en relación con el contexto fáctico (del que resulta que los accionistas fundadores de la empresa familiar desembolsaron el capital social, por lo que no habría que “igualar” a la demandada) y que, supuesto que se quiera atribuir a la carta el carácter de negocio jurídico, para averiguar la verdadera voluntad del pretendido negocio debería interpretarse en relación con los actos de las partes, en particular que el causante otorgara testamentos en 1997 y 1998 con dispensa de colación (el primero, antes de la donación litigiosa), pero que en todos los testamentos otorgados a partir del de 5 de junio de 2000 (por el que revoca expresamente, sin salvar expresamente disposición alguna, el testamento de 3 de abril de 1998, del que resultaría la dispensa de la colación de la donación que nos ocupa) no se incluye dispensa de colación, en particular en el rector de la sucesión, otorgado el 26 de diciembre de 2007. Concluye argumentando que no tiene racionalidad considerar que el causante quiera utilizar una carta para disponer una dispensa de colación, diciendo que la va a resolver por vía testamentaria, lo que hace, y resulte que el acto dispositivo sea la carta y no el testamento, que legalmente es la forma típica para los negocios “mortis causa”. Alega que el testador sabía perfectamente que debía disponer en testamento la dispensa de colación como acto de disposición “mortis causa” expreso para que fuera eficaz (siendo revocable) y así lo hizo, anunciándolo en carta a la donataria (quien no tenía por qué conocer el contenido de los testamentos), pero disponiéndolo solo en testamento cuando quiso y hasta cuando quiso. Sobre el valor normativo de las reglas interpretativas de los artículos 1281 a 1289 Código civil cita la Sentencia 405/2015, de 2 de julio, y sobre la posibilidad de revocar la interpretación realizada por las sentencias de instancia cuando adolezcan de falta de lógica, las Sentencias 620/2014, de 4 de noviembre de 2014 (rec. 2841/2012), 303/2015, de 25 de junio de 2015, y 405/2015, de 2 de julio».

³⁹ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, (2009), La regulación sucesoria de la propiedad del Caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa, *Iura Vasconiae*, 6, págs. 849 a 891. <http://www.forulege.com/dokumentuak/Tabla%20equivalencias%203-1992%20-%205-2015.pdf> (fecha de última consulta julio 2020).

⁴⁰ La doctrina clásica, antes de la aprobación del nuevo texto ya advertía que «Se puede dispensar en testamento, pero no lo contrario. Autonomía de la voluntad privada, y normas de carácter dispositivo. Dispositivo, no caprichoso, ya que el negocio quedaría privado de una de sus condiciones. Dispuso la donación con un elemento esencial como es su no colacionable, pero esta condición no es reversible, al empeorar la situación de quien recibió y aceptó notarialmente con dicha naturaleza. SAPENA, Apéndice la colación solo puede ser impuesta en el propio acto de la donación y siendo en instrumento fehaciente, después en la Compilación, ley 332, si para lo bueno».

⁴¹ CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, (2015), Delgado Echeverría (Dir.) Bayod López y Serrano García (Coords.) GOBIERNO DE ARAGÓN Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza.

⁴² «Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar», Revista Jurídica de Illes Balears, 18 <https://revistajuridicaib.icaib.org/aproximaciones-al-pacto-sucesorio-de-apartacion-en-el-derecho-civil-propio-de-galicia-como-instrumento-de-ordenacion-sucesoria-del-patrimonio-familiar/> (fecha de última consulta julio de 2020)

⁴³ Vid., también REBOLLEDO VARELA, (2008), «Derecho civil de Galicia: presente y futuro», *Revista Jurídica de Navarra*, 46. Páginas 11 a 43.