

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año V

Mayo de 1929

Núm. 53

Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil

En el número 50 de esta REVISTA CRÍTICA expone el señor Lezón su opinión respecto al alcance e inteligencia del artículo 827 del Código civil, y en su trabajo, a modo de aldabonazo jurídico, sostiene que no son inscribibles las escrituras otorgadas por ascendientes a favor de descendientes, denominadas de donación irrevocable entre vivos en concepto de mejora.

Del examen de su trabajo puede deducirse que «Toda donación hecha por contrato entre vivos, con o sin entrega de bienes, realizada en concepto de mejora, salvo las excepciones del artículo 827, es donación mortis causa, revocable, y por consiguiente no inscribible.» Son sus argumentos:

1.º Esta donación es mortis causa por ser su causa impulsiva la circunstancia de que se otorgue en concepto de mejora, cuya naturaleza jurídica es esencialmente revocable hasta el momento de la muerte del donante.

2.º La donación mortis causa no entra en la vida jurídica hasta que el donante fallece. Entre tanto, no adquiere el mejorado dominio, ni se limitan las facultades del mejorante.

Apurando la argumentación, para mayor claridad, creemos poderla exponer en la siguiente forma:

1.º La causa impulsiva de esta donación es la de otorgarse en concepto de mejora.

2.º El hecho de que ésta sea su causa impulsiva, da a la donación los caracteres de la mejora.

3.º Siendo ésta mortis causa, la donación será también mor-

tis causa, y por serlo, se regirá por el artículo 620 del Código civil, y en su consecuencia por las reglas de la sucesión testamentaria, y

4.^º Siendo donación mortis causa, no produce efecto alguno en vida del donante y no debe inscribirse.

Puede igualmente acabarse :

4.^º Regulándose la donación, por ser mortis causa, por las normas de la sucesión testamentaria, tendremos que la donación no es otra cosa que la misma mejora; que es una manifestación de esta institución, consistente en este caso en una mejora con imputación de bienes señalados, que, pudiendo realizarse testamentariamente, ha tomado forma contractual con el nombre de donación; es, pues, una mejora por la vía de donación.

Examinemos la argumentación anterior :

«La causa impulsiva de la donación es la circunstancia de otorgarse en concepto de mejora».

Para determinar la causa impulsiva de un acto humano, sólo podemos tener presente la voluntad del sujeto creador, y la ley.

Esta configura y limita la institución jurídica en reglas taxativas, y aquélla ha de sujetar su actividad a ésta, encuadrándola dentro del derecho.

Legalmente, la mejora es mortis causa y revocable. Por el contrario, la donación puede ser inter vivos o mortis causa, según la fecha de sus efectos; la determinación de esta fecha es un acto de libre voluntad del donante. Esta voluntad la pesquisaremos en la intención del donante, siguiendo el mismo camino para hallar su carácter de revocabilidad o irrevocabilidad, si bien, en principio, la donación inter vivos es irrevocable, salvo las excepciones legales.

Y si la intención del donante es realizar una donación inter vivos e irrevocable, antitética de la mejora, acabaremos sentando: a) la causa impulsiva de la donación no puede ser la mejora, pues contraría la esencia que a ésta informa, y b) nos hallaremos ante dos manifestaciones antitéticas de una sola voluntad—hecho extraño—, salvo que demostremos que pueden armonizarse la donación inter vivos irrevocable y la mejora revocable mortis causa, en el espíritu de ambas instituciones, en la letra de la ley y en la intención del ascendiente.

Al proceder en esta forma descomponemos el contrato en dos instituciones: donación y mejora.

Si, por el contrario, no viéramos en el contrato más que una sola manifestación de voluntad, respondiendo tan sólo a una institución —la mejora—, sentaríamos *a priori*, la opinión que rechazamos y adoptaríamos la misma posición del señor Lezón, o bien la de desconocer la mejora por inexistente para la vida del derecho, por no haberla encuadrado en el marco legal.

INTENCIÓN DEL DONANTE.—MEJORANTE EN LA DONACIÓN

Caso 1.º—Donación *inter vivos* irrevocable, con entrega de bienes, en concepto de mejora.

El empleo de las palabras *inter vivos* e irrevocable, unido al hecho de la entrega de bienes, revelan que el ascendiente quiso que la donación surtiera efectos *inter vivos* y que fuera irrevocable la transmisión realizada.

Caso 2.º—Donación *inter vivos*, con entrega de bienes en concepto de mejora.

De sus palabras, quiso que surtiera efectos en vida.

Podrá dudarse de su intención respecto de la revocabilidad, opinando en contrario por ser la donación *inter vivos* normalmente irrevocable.

Caso 3.º—Donación irrevocable en concepto de mejora, con entrega de bienes.

Se unen ambos conceptos en la intención: irrevocabilidad y donación *inter vivos*, por la entrega.

Caso 4.º—Donación *inter vivos* irrevocable, sin entrega de bienes, en concepto de mejora.

Caso 5.º—Donación *inter vivos*, sin entrega de bienes, en concepto de mejora.

Caso 6.º—Donación irrevocable, sin entrega de bienes, en concepto de mejora.

Es dudosa la intención, pues el empleo de las palabras, pugnando con la nota de mejora y con el hecho de no entregar los bienes, dejan en la penumbra el deseo del ascendiente; parece tener más fuerza la suposición de ser *mortis causa* en su intención, pero cabe que el hecho de no entregar los bienes, se funde en mo-

tivos (de difícil prueba) independientes de la no transmisión presente de su propiedad, verbigracia, reservarse el ascendiente el usufructo.

Caso 7.º—Donación en concepto de mejora, sin entrega de bienes.

Puede suponerse la intención de donar *mortis causa*. Vemos que en algunos casos la intención del donante, respecto de la donación, es que surta efectos *inter vivos* y que sea irrevocable.

Y en estos casos, tal intención parece pugnar con la mejora, existente también en su intención, que esencial y legalmente es revocable y *mortis causa*.

Veamos las posiciones que ante ello es posible adoptar:

Primera posición. (Lezón.)

Siendo la mejora la causa impulsiva de la donación, cualquiera que sean los términos y palabras con que el contrato se realiza, es inadmisible la suposición contraria a la esencia de la mejora; las palabras se tendrán por no puestas y la intención contraria como inexistente.

Esta posición es clara y rotunda y evita todo problema ulterior, pero pugna con la realidad, viva e indudable. Legalmente se apoya en el artículo 827, interpretado en tal forma por el Sr. Lezón.

La donación no será inscribible.

Segunda posición.

Prevalecerá la donación y surtirá los efectos que se deduzcan de su intención únicamente, con independencia del empleo del concepto y palabra «mejora»; pues si esa intención demuestra que la causa impulsiva de la donación no fué el de poner en acción la mejora por ser incompatible con la esencia de ésta, subsistirá aquélla contra ésta, que no ha podido legalmente existir en la intención del ascendiente.

Esta posición desconoce el concepto de mejora que debe informar a la misma donación.

Legalmente, choca con el artículo 827.

La donación se inscribirá en el Registro.

Tercera posición.

Se declarará ineficaz el contrato por imposibilidad de determinar la voluntad del ascendiente, manifestada en términos e instituciones incompatibles.

Posición de gran solidez argumental, que legalmente se apoya en los artículos 827 y 1.289 del Código civil.

La donación no será inscribible.

Cuarta posición. (Manresa.)

Distingue el contrato, según haya habido o no entrega de los bienes donados; en el primer caso, afirma que surte ciertos efectos la donación, sin que esta circunstancia le dé carácter de inter vivos, pues los bienes no son transmisibles en su dominio por el donatario, por lo menos, con carácter irrevocable. Toda transmisión hecha por éste se supedita en sus efectos no sólo a la revocación de la mejora, sino al hecho de que el ascendiente fallezca antes que el donatario, pues la premoriencia de éste deja sin efecto la donación y la transmisión que haya realizado a favor de tercero, con lo que la califica de mortis causa. En el segundo caso, equipara la mejora y donación a las ordenadas en testamento.

Doctrina empírica, falta de valor jurídico, que deja en la penumbra la solución de los problemas que, no previstos por el comentarista, pueden surgir, careciendo ante ellos de pauta directriz.

Trata empíricamente de no chocar con el artículo 827, pero violenta el artículo 620 del Código civil.

La donación no será inscribible.

Quinta posición.

La donación transmite la propiedad de los bienes inter vivos con plenitud de efectos, sin que la premoriencia del donatario, o que no llegue a ser heredero, la revoque. La mejora será revocable, llevando consigo la revocación de la donación. Tendrá, por tanto, el donatario un dominio revocable.

El ascendiente no podrá disponer de los bienes donados sin previa revocación de la mejora y donación.

Falta de solidez jurídica, legalmente no contraria al artículo 827.

La donación se inscribirá con su carácter revocable.

Las anteriores posiciones tienen un punto común: el de identificar la donación y la mejora, con lo que el contrato lleva en sí principios antagónicos.

Sexta posición.

En el contrato que analizamos podemos distinguir dos concep-

tos jurídicos, a saber: donación, inter vivos, irrevocable, y mejora, revocable y mortis causa.

Admitiremos su compatibilidad en la intención del ascendiente, en el espíritu de ambas instituciones y en el texto legal.

En la intención del ascendiente.

Consignadas en el contrato con palabras precisas ambas instituciones, es necesario admitir en su intención el propósito de conciliarlas, su creencia, en otro caso, de que no hay imposibilidad de convivencia.

En el espíritu de las instituciones.

Para hacerlas compatibles, razonaremos:

El espíritu de la donación inter vivos es el de transmitir en el acto de la donación, gratuitamente, los bienes.

El espíritu de la mejora, institución, es complejo: requiere un sistema sucesorio de legítimas; concretamente, dentro de él, responde al fin de que el ascendiente pueda instituir desigualmente a sus legítimos en su herencia, premiando o castigando, compensando inferioridades, etc. Por ello, quiere la ley que siempre, hasta su muerte, tenga a su disposición un tercio de herencia destinado a este fin. De aquí que sea esencialmente revocable, para que pueda llenar su cometido postrero.

Podrá el ascendiente ordenar que la donación se impute en su día al tercio de mejora; ordenará tal vez su imputación a tal tercio al realizarla; establecerá la mejora al donar.

A esta imputación, a esta orden, a este establecimiento, llamaremos mejora.

Y esta imputación, esta orden, este establecimiento, serán revocables, mas no la donación.

Revocada la orden de imputación, subsistirá la donación, pero habrá perdido su carácter de mejora, *que es precisamente la mejora en sí*.

Automáticamente, el ascendiente tendrá a su disposición íntegramente el tercio de mejora—antes total o parcialmente ocupado por la donación que se le había de imputar—para cumplir con él los fines de la institución,

Perdida para la donación su concepto de mejora, se determinará su carácter por el artículo 819 del Código civil, que dice que las donaciones que no tengan el concepto de mejora—perdido por la revocación anterior—se imputarán en la legítima.

Es fácil probar que el contrato contiene ambos conceptos: donación *inter vivos* y mejora *mortis causa*. Para ello, averiguada la intención del ascendiente en la forma expuesta en los siete casos anteriores, la daremos realidad jurídica, desenvolviéndola en las dos instituciones por medio de documentos separados, escritura y testamento, a saber:

a) Escritura de donación *inter vivos*, con entrega de bienes, sin mención de concepto de mejora; inscribible e irrevocable, sin duda alguna.

b) Seguidamente, el ascendiente, mediante testamento, dará a la anterior donación carácter de mejora. Libre será, indudablemente, de revocar esta orden, volviendo a darle nuevamente este carácter, si lo desea; revocable y *mortis causa*.

Aun en el caso más dudoso de donación sin entrega de bienes, en concepto de mejora, podrá la voluntad de descomponerse igualmente, en

a) Donación *inter vivos* pura y cesión por el donatario del usufructo de los bienes recibidos a favor del donante ascendiente, o bien, donación con reserva de usufructo.

b) Testamento imputándola a la mejora; comprobáriamos previamente la coincidencia del deseo del donante con los efectos jurídicos de la donación y testamento, debidamente explicados.

Desaparece mediante este arbitrio la contradicción. Negamos ahora que el hecho de incluir ambas instituciones en un solo contrato altere la esencia de las mismas; y, si bien advertimos que en los casos examinados, la redacción del contrato peca de obscuridad, estimamos, por el contrario, correcta la siguiente fórmula: «El ascendiente hace donación *inter vivos* e irrevocable a favor de su descendiente, de los bienes que entrega, o cuyo usufructo se reserva, estableciendo que tal donación tenga, a su fallecimiento, el concepto de mejora, en caso de que el donatario sea su heredero; y ordena para este caso que, si usando el derecho que le concede el artículo 827 del Código civil revoca la mejora, esta revocación dejará subsistente la donación, produciendo sólo el efec-

to de hacerla perder tal concepto de mejora, rigiéndose por el artículo 819 del mismo Código, salvo disposición en contrario posterior, ordenada por el ascendiente. Si el donatario no fuere heredero, la donación surtirá el mismo efecto que la hecha a favor de extraños.»

En la ley.

El artículo 827, en su letra, no se opone a la posición anterior; por el contrario, parece querer recoger la idea de que la mejora, sólo la mejora, mas no la transmisión de bienes, es revocable.

Por otra parte, el artículo 825 del Código civil parece admitir una donación *inter vivos* en concepto de mejora, figura jurídica incomprensible, no aceptando la anterior interpretación.

Interpretación y alcance del artículo 827.

Mejoras que regula :

- 1.º Mejora indeterminada, tercio, etc.
- 2.º Mejora con imputación de bienes, a su fallecimiento, con entrega o sin ella.

Falta en ambas el concepto de donación.

3.º Mejora como carácter dado a la donación.

Si la intención, según lo expuesto, fué la de donar *inter vivos*, jugarán los dos conceptos, donación y mejora, en la forma señalada, coexistiendo ambas manifestaciones de voluntad.

Restamos ahora encaminar un problema interesante que surge de aceptar esta última posición.

Admitida en ella efectos *inter vivos* a la donación, puede ocurrir que el donatario descendiente no llegue a ser heredero del donante, por premorirle o repudiar la herencia o ser incapaz de heredar, y consecuentemente, subsistiendo aquélla, no tenga el concepto de mejora ni el de legítima.

Podría responderse a la aparente extrañeza que produce el hecho, que los términos expuestos no se alteran con este resultado: corre cada institución su suerte por separado, porque la donación se otorgó para satisfacer el propósito del ascendiente de transmitir los bienes, y la mejora se instituyó por ser heredero el donatario; aquél propósito no ha sido contrariado, al paso que éste no

ha podido realizarse por faltar la condición necesaria, la de ser heredero.

Por la misma razón, la donación imputable a la legítima no se revoca porque el donatario no llegue a ser legitimario.

Contra esta respuesta sólo cabría volver al punto de partida; demostrar que la causa impulsiva de la donación fué la mejora, o en otros términos, que el propósito de transmitir los bienes existe por ser el donatario heredero del ascendiente y querer éste mejorarle con la donación.

Mas aparece en este punto un concepto sutilísimo, que nos lleva a esbozar, pues no permite otra cosa la índole de este trabajo, la verdadera entraña del problema que nos ocupa, examinándolo desde otro punto de vista.

GÉNESIS DEL CONTRATO

Nace éste del propósito del ascendiente de donar al descendiente bienes señalados, transmitiéndole en el acto su propiedad, sin otro móvil ni causa que los de la donación común en sí. Difícilmente se concibe la concurrencia de ascendiente y descendiente para poner en juego la mejora solamente, aun en el caso de señalamiento de bienes, pues normal y lógicamente el ascendiente, para ello, se limita a otorgar testamento.

Sigue la donación las normas generales de los artículos 618 y siguientes del Código civil; mas como secuela de realizarse por ascendiente a favor de descendiente, una institución, la sucesión mortis causa, organizada en nuestro derecho en un sistema de legítimas, hará, al fallecimiento de aquél, que, mediante colacionar la donación en su herencia, todos los herederos reciban la misma porción de ella, igualándose en definitiva los descendientes no donatarios con éste.

Se convertirá, pues, la donación, por orden de la ley, en una entrega a cuenta de la herencia del donante. Si ello no contraría la intención del ascendiente, realizará la donación pura y simplemente.

Mas si la contraría, si por responder la donación a un impulso extraño a toda ordenación hereditaria, a la gratitud presente, quiere que se prescinda de ella en la herencia, como si la hubiera

hecho a un extraño, si pretende liberarla de toda relación con ella, para lograrlo, no halla otra solución que afirmar su voluntad de que esa donación sea tenida como mejora, la asigna ya de antemano este carácter.

(He aquí lo que los comentaristas no han percibido: que por ser la donación precisamente contraria a toda ordenación hereditaria, el donante, para evitar las consecuencias de la presunción legal de igualación de herederos, tiene que efectuar una ordenación de última voluntad, momento psicológico en que se proyecta este carácter sobre el de la donación, sin desvirtuarlo más que en apariencia.)

Y estampa las palabras «donación *inter vivos* irrevocable, en concepto de mejora».

Supone que si, llegada su muerte, el donatario descendiente toma en su herencia mejor parte que los demás descendientes—la donación—, el descendiente donatario será un heredero mejorado.

Pero ignora el mecanismo de la ley; no sabe que tan pronto como una a la donación el concepto de mejora, pone en juego esta institución que por los fines a que responde es necesariamente revocable y *mortis causa*, pugnando—en apariencia al menos—con la misma donación. Desconoce que pudo lograr su propósito ordenando que la donación no se colacionara en su herencia, con lo que ésta se imputaría el tercio libre. Con ello, si su voluntad era donar *inter vivos*, más le contrariaba que en su día perdiera ese carácter de donación por igualarse los demás descendientes, lograba su deseo. Y aun en el caso de querer principalmente que el descendiente tomara más que los demás descendientes, siendo éste el único móvil de la donación (a la que este caso certamente calificaría de mejora), y que de serlo, esencialmente debiera considerarse revocable, lograría también su objeto, *con tal de no llamar mejora a su deseo*, diciendo sencillamente que no se colacionase en su herencia.

Lo que no supuso es que el hijo que tomase en su herencia mejor parte que los demás, estaría o no mejorado, según se considerase tomada esa porción superior de un tercio—el libre—, o de otro—el de mejora—. Si lo hubiere supuesto, la subdividiría en su conciencia: mejora del tercio libre y mejora del tercio de mejora.

Todo esto no puede ser para él más que un juego de palabras.
¡Mas qué juego de palabras tan transcendental!

Tanto, que la misma donación, según una teoría, pende de ellas.

Y sin embargo, ¡qué fina intuición jurídica la de ese ascendiente desconocedor del derecho, que parece chocar con él! ¡Cómo acierta, sin embargo, contra la misma letra de la ley!

Ha querido donar al descendiente, como si se tratase de un extraño, con independencia de su carácter de descendiente; no ha creído posible hacerlo sin considerarlo mejorado, cualquiera que fuera el tercio del que tomara la donación en su día, al concurrir con otros descendientes; ha considerado compatibles la donación *inter vivos* y la mejora *mortis causa*.

Y por el contrario, la ley le dice:

Aunque no medien más que ascendiente y descendientes, la mejora del tercio de mejora se diferencia de la del tercio libre en que aquélla es mejora y ésta no lo es. Debido a eso, aquélla es acto de última voluntad, revocable, y ésta es acto *inter vivos*, irrevocable.

Los comentaristas pueden añadir: la revocación de la mejora lleva consigo la de la donación, según el artículo 827; y por el contrario, la no colación o imputación al tercio libre es irrevocable.

Hemos rebatido la primera afirmación de los comentaristas. Reconocemos ahora que la segunda es legalmente indudable, rechazando la opinión de Losana, que entiende revocable la dispensa de colación, pues habrá casos en que la revocación de la misma no sea cumplida; v. gr., cuando el tercio de mejora esté ocupado a favor de otro descendiente y el tercio libre íntegramente por la donación no colacionable; estimamos que el donatario podrá rechazar la revocación de esta dispensa y subsiguiente orden de colación, sin perder por ello su carácter de heredero y su derecho a legítima.

Otra cosa será que el ascendiente, en los casos en que sea posible, disponga que los restantes descendientes tomen más que el donatario en cuantía equivalente a la donación; esto no prueba su irrevocabilidad, sino su esencia *mortis causa*.

Por considerarla legalmente irrevocable la rechazamos por anti-jurídica, en las siguientes consideraciones:

CONCEPTO DE LA NO COLACIÓN ; SU NATURALEZA

Supuesto que el ascendiente establezca al donar la dispensa de colación, psicológicamente efectúa al ordenarla un acto de última voluntad. Por esta orden, se sitúa en el momento de su fallecimiento, se transporta a ese momento, y para que entonces sea cumplida, ordena su voluntad actual.

Proyecta su voluntad al día de su muerte, imponiéndola para un fin puramente sucesorio—la no colación—. Consciente o inconscientemente, aun cuando pretenda únicamente alejar la donación de toda ordenación hereditaria, tan pronto como se plantea en su mente la suerte que ha de correr la donación a su fallecimiento, se sitúa en él ; y toda manifestación que haga de su voluntad, máxime si altera la presunción legal, será una ordenación mortis causa.

Por otra parte, entre el tercio de libre disposición al que se imputará la donación no colacionable y el tercio de mejora, para el ascendiente, dueño común de ambos tercios, no puede existir diferencia alguna, como no la hay entre la orden de no colacionar y la orden de conceptuar la mejora.

Tampoco la habrá para los descendientes ; tomada de uno u otro tercio la porción en que es mejor a los demás descendientes, para el donatario los efectos serán los mismos, como análogo es que lo haga como no sujeto a colación que como expresamente mejorado.

En esencia, entre ascendiente y descendiente, uno y otro tercio se confunden. Y el espíritu que anima a aquél al ordenar que el donatario no colacione en su herencia, es el mismo que le anima al mejorarla (se presume esto en el artículo 828 del Código civil, rechazándolo, por el contrario, el monstruoso artículo 829 del mismo Código).

Si, pues, es acto de última voluntad, debe ser revocable la *orden de no colacionar*.

CONFUSIÓN DE LA LEY : SUS CAUSAS

¿ Cuál es para la ley el carácter de la donación no colacionable ?
El de una donación hecha a extraños ; todas las características

de estas donaciones las aplica igualmente al tratarse de descendientes; por ello, no ha reparado en el carácter mortis causa de la ordenación.

Supone que si el ascendiente tiene en concepto de libre un tercio de herencia, del que puede disponer a favor de extraños, el hecho de que disponga a favor del descendiente donatario—mediante la no colación—no altera las características de acto *inter vivos* que informa a la donación hecha a extraños.

El error de este supuesto nace de aplicar la teoría y artificio de los tercios de herencia a las relaciones de ascendientes y descendientes, sin sutileza jurídica alguna.

El artificio de los tercios responde:

1.º Tercios de legítima estricta y de mejora; a las relaciones obligatorias de ascendiente y descendientes.

2.º Tercio libre *a*) a la libertad o poder del ascendiente respecto de sus bienes en sus relaciones gratuitas con los terceros—no descendientes—, y *b*) a sus relaciones voluntarias con sus descendientes.

Cuando voluntariamente responde a sus relaciones con los descendientes, si éstas son de última voluntad, como lo es siempre la no colación referida a la herencia, tendrán estas relaciones todas las características que a los actos de última voluntad informan.

Serán, por tanto, revocables.

Este matiz ha escapado al legislador.

Por el contrario, para él, el hecho de que el ascendiente disponga libremente del tercio de este nombre, modifica la esencia mortis causa de la disposición a favor del descendiente, convirtiéndola en *inter vivos*.

A su vez, el tercio libre, mediando sólo ascendiente y descendiente, puede tener un doble aspecto: *a*) como tal tercio libre y *b*) como herencia.

Veámoslo: hecha la donación, tanto si es como si no es colacionable, puede el donatario no llegar a ser heredero; la donación subsistirá, no obstante, sin que la colación o no colación pueda realizarse; ¿qué suerte sigue la donación?

Se imputa al tercio libre como hecha a un extraño. La orden de colación—legal—o no colación—expresa—era un acto sucesorio y hubo de seguir la suerte de éstos; faltando el concepto de here-

dero, falta la posibilidad de aplicación por no darse el caso que regula.

El descendiente donatario que no llega a ser heredero, por renuncia, incapacidad, premoriencia, etc., es un extraño, a los efectos de la donación, respecto de su ascendiente. Y en tal instante, debe jugar el tercio libre con independencia de toda sucesión hereditaria, que falta. Así vemos que la donación hecha en concepto de legítima no se revoca si el donatario no llega a ser heredero, ni por las causas de desheredación o indignidad, sino por las de ingratitud generales de las donaciones; y las donaciones no colacionables, y las imputables a la mejora, debieran correr igual suerte faltando la cualidad de heredero al donatario, cualidad prevista para ordenar la imputación o no colación, más independiente de la donación inter vivos.

Por la misma razón, en las donaciones colacionables, si el donatario descendiente repudia la herencia, será tenido por extraño, quedando exento de colacionar y subsistiendo íntegramente la donación. (Art. 1.036.)

PRECISANDO IDEAS

La dispensa de colación es substancialmente una mejora; la colación es una operación mediante la cual el heredero donatario toma en la herencia de su ascendiente menos bienes que los demás descendientes—los equivalentes a la donación—; por su dispensa, toma iguales bienes, y automáticamente es mejor heredero que ellos, pues resulta mejorado con los bienes de la donación que no ha colacionado.

Por otra parte, toda donación, sea o no colacionable, hecha a favor de descendientes o de extraños, ha de traerse a la herencia (disorepamos en absoluto de Manresa en este punto); las hechas a extraños, para ver si no exceden del tercio libre o son inoficiosas; las colacionables, para igualar al donatario y los restantes herederos, y las no colacionables, para determinar en primer término (único que por el momento nos interesa) si son inoficiosas. Si no lo son, en definitiva, se habrán imputado al tercio libre.

Ahora bien, la inoficiosidad, respecto a las donaciones a extraños, responde al respeto debido a los dos tercios, de legítima y

de mejora; pero si el donatario es descendiente, ¿qué razón jurídica fundamental existe para que habiendo el ascendiente ordenado clara y sencillamente, sin referencia alguna a tercios de herencia, que no se le descuento al donatario descendiente el importe de la donación en su herencia—dispensa de colación—la ley rechace y deje incumplida esta orden porque la donación excede del tercio libre? Podría responderse: la intangibilidad para el ascendiente de los tercios de legítima y de mejora. Mas no; eso será respecto de extraños, pero respecto de sus descendientes, no es intangible el tercio de mejora, ya que del mismo puede disponer el ascendiente a favor del descendiente que deseé. Tampoco podrá razonarlo la presunción de voluntad, pues la orden terminante de no colación excluye toda presunción contraria.

No debe, pues, regirse esta donación por las reglas de la infiabilidad, igual que las otorgadas a favor de extraños, salvo que exista una razón fundamental que haga detenerse sin fuerza alguna ante el tercio de mejora la orden expresa del ascendiente y que constriña a éste a moverse sólo en el tercio libre. Si, por el contrario, la orden no se detiene ante el tercio de mejora, desaparece para estos efectos las diferencias entre el mismo y el tercio libre.

Hagamos ahora estas mismas consideraciones respecto a la donación en concepto de mejora: ¿Por qué la orden de que la donación sea para el donatario descendiente la parte en que es mejor heredero que los restantes ha de rechazarse en cuanto excede del tercio de mejora? ¿Qué intangibilidad es la del tercio libre, a qué principio jurídico responde? ¿Es que los mandatos de mejora y no colación, cuyo espíritu común en la intención del ascendiente es que al donatario no se le descuento el importe de la donación en su herencia, aunque por ello sea mejor o mayor heredero, se han convertido por imperio de la ley en *órdenes de imputación a tercios*?

Si es así, la mejora o no colación servirán en adelante únicamente para ordenar imputaciones a tercios de herencia, y mediante ello, en algunos casos precisamente se pretenderá que el mejorado o dispensado de colación tome en la herencia del donante igual porción de bienes que los restantes herederos, v. g., anteriormente

mejorados o dispensados de colación. Será ya una operación matemática de partición la orden del ascendiente donante.

Y las palabras «mejora» y «no colación» habrán de emplearse con sumo cuidado, pues no responden, aquélla a su significado gramatical y éstas a su concepto jurídico, sino a un contenido matemático legal contrario en algún caso a los principios informantes del espíritu de las instituciones, para cuyo desarrollo se establecieron los tercios de herencia.

Volvamos ya al deseo concreto del ascendiente: que el importe de la donación no se descuento al donatario en su herencia; y a las formas con que ha creído encuadrarlo en el marco legal: mejora y dispensa de colación. Como consecuencia de su examen, han surgido las anteriores interrogaciones, para las que sólo hallamos una contestación: la ley, con fines especiales, ha impuesto un artificio de tercios de herencia y lo ha desenvuelto con tan escasa sutileza jurídica que imposibilita en absoluto al ascendiente para otorgar a favor de su descendiente una donación inter vivos irrevocable que excede de un tercio de herencia ordenando que, llegado su fallecimiento, no se le descuento el importe de la misma en su herencia.

Veámoslo. Puede efectuar:

1.º Donación inter vivos en concepto de mejora. En consecuencia, si excede del tercio de este nombre, no se cumplirá su voluntad íntegramente, y, por otra parte, los comentaristas, con fuertes argumentos legales, considerarán la donación misma revocable y mortis causa.

2.º Donación inter vivos no colacionable. Si excede del tercio libre no se cumplirá su voluntad íntegramente; y por ser, además, irrevocable la imputación a ese tercio u orden de no colación, quedará limitada respecto del mismo, no sólo su potestad de dueño de sus bienes en relación a otras donaciones a favor de extraños, sino su potestad y libertad de ascendiente causante en la ordenación de su sucesión hereditaria entre sus descendientes; todo ello en la cuantía que el valor de la donación ocupe en el tercio libre.

3.º Donación inter vivos no colacionable, en cuanto quepa en el tercio libre y en concepto de mejora en su exceso.

No es ya sólo la incompatibilidad de la donación inter vivos y la mejora mortis causa lo que verá la ley, sino la de este tercio y

el libre. Doblará y partirá en dos su voluntad, anulándola, como ha dividido y separado ambos tercios en la herencia.

CONCLUYENDO

Ante la posición del Sr. Lezón, que juzgamos la más firme y segura, dada la índole del Registro, desde otro punto de vista totalmente diferente, el de nuestra profesión, sólo vemos un camino a seguir: descomponer el contrato en:

- 1.º Escritura de donación pura, y
- 2.º Testamento ordenando que su importe no se colacione en su herencia en tanto no exceda del tercio libre y que en lo que excede se impute al tercio de mejora con este carácter.

Solución poco científica, que, en compensación, nos permitirá ver comprobadas las afirmaciones anteriores: el carácter revocable de la dispensa de colación; su identidad con la mejora propiamente dicha, en esencia; el juego de tercios de herencia en sus diversos matices sutiles, y los errores de su regulación legal. Todo ello en los diferentes casos.

- a) Revocación de la orden de mejora o dispensa de colación.
- b) Renuncia de la herencia por el donatario.
- c) Incapacidad de heredar.
- d) Transmisión anterior a la revocación, etc., etc.

Hemos limitado este estudio al examen del artículo 827 del Código civil; para la visión total del problema suscitado habríamos de seguir el desenvolvimiento y choque de las opiniones esbozadas con la letra de la ley, en su regulación de las donaciones, inoficiosidad, computación de legítimas, colación, reducción de donaciones, etc., etc.; la desviación de los principios jurídicos que informan el sistema sucesorio español, por el que pudiéramos llamar sistema de *imputaciones o tercios de herencia*, y la posición que ante ello adoptan los comentaristas.

JOSÉ URIARTE.

Nuario.