

EXTRACTO

CONFERENCIA DADA EN LA ACADEMIA MATRITENSE DEL
NOTARIADO EL 20 DE FEBRERO DE 1946, POR EL NOTARIO
DE BAENA D. ANTONIO MARÍN MONROY

Antes de entrar en el tema «La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración», pensemos en el caso criticable, hoy posible, siguiente: Supóngase un padre con dos hijos y una sola finca; al casarse un hijo en 1929 le da como anticipo de legítima la mitad de su finca para que viva en ella el nuevo matrimonio, y valiendo entonces la finca 100.000 pesetas, vale la mitad—50.000—, valor que hacen constar entonces en la escritura de donación como anticipo de legítima.

Supóngase también que el padre muere en 1944, habiendo instituido herederos a sus dos hijos por igual, sin mejoras, ni dispensa expresa de colacionar, y nombrando un contador partidor X.

Este, a pesar de ver claro el modo de igualar a los que tienen igual derecho—los dos hijos—, dando al soltero la otra mitad de la finca que conservó el padre, quedando realmente igualado con su hermano casado, que ya había recibido la otra mitad, se encuentra con que, dados los artículos 818 y 1.045 del Código civil, al no poder imputar al hijo beneficiado en vida más que lo que valía lo que se le donó cuando se le dió en 1929, ó 50.000 pesetas, y que sólo esta cantidad puede sumar al valor de los bienes aun en poder del padre, al valer hoy—1944—la mitad de la finca que conservó el padre 200.000 pesetas, le resulta una herencia de 250.000 pesetas y, por tanto, un haber para cada hijo de 125.000 pesetas, por lo que al imputar al hijo casado las 50.000 pesetas que recibió, aun tiene que darle, encima de la ventaja de haber disfrutado 10

recibido desde 1929, 75.000 pesetas más, para completar su haber, tomándolas de la otra mitad de la finca primitiva, y al hijo soltero sólo puede darle parte de ésta, ó 125.000 pesetas del valor a la muerte del padre.

Resulta incomprensible al contador que, habiendo querido el padre igualar a sus hijos, por el juego de unos artículos que, según sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1902, quieren también la igualdad, por unas circunstancias no previstas por los legisladores, él, obligado a igualar según la voluntad del testador, se vea obligado por la Ley a dar y dejar a un hijo un valor real de 275.000 u once dieciseisavas partes de la finca primitiva, y al otro hijo 125.000, menos de la mitad que al otro, o que sólo recibe de la finca mayor de la familia cinco diecisésavas partes.

De las causas económicas y jurídicas que han podido coadyuvar para tan extraño resultado, las primeras no son objeto de la conferencia ni cabían en ella; en cambio, sí lo son las segundas, de las cuales nos ocuparemos, más que para culpar a García Goyena y los autores del Código civil, que acogieron la reforma de aquél del derecho tradicional, para explicar cómo no previeron tal caso ni otros semejantes, cegados por otras ventajas y teorías.

La colación apareció en el Derecho pretorio cuando al conceder el pretor la *bonorum possessio* a un hijo emancipado, por imperativo de equidad, como éste entraba a partir con la herencia del padre en los bienes de sus hermanos no emancipados, que se consideraban de la herencia del padre, imponía al que concedía la *bonorum possessio* el que aportase a su vez a la masa hereditaria los bienes que hubiere recibido del padre, para que se partieran también por igual con sus hermanos.

Por ello conviene seguir algo a la ligera el origen y la evolución de la *bonorum possessio*, tan unido al de la colación.

Para ello se plantea primero el resolver la cuestión, que ya se planteó Niebuhr, de que no era claro, ni mucho menos, a pesar de tomarse como tal—como fué posible en Roma, y más en materia hereditaria, y diciendo la *Instituta* con razón que el pretor no podía hacer herederos: «Nam praetor heredem facere non potest»—, el que un Magistrado crease un nuevo derecho, a veces en contradicción con el testamento «contra tabulas» y con el derecho civil.

Como dice Lasalle, hay que buscar las causas que lo hayan

hecho posible, y sobre todo en el mismo *ius civile*, en el que había de haber e ir apareciendo y desenvolviéndose relaciones entre voluntad y bienes, en esencia opuestas a la continuación de la voluntad, base del antiguo derecho hereditario romano.

Las concausas para ello son diez, a saber: 1.^a El carácter de los herederos suyos en cierto sentido superiores al testamentario. 2.^a La nueva teoría de los sacra de los Scoevola relacionando el deberlos con el beneficio económico, debiéndolos el *bonorum possessor* se recibía la mitad de la herencia. 3.^a La *usufructio pro herede*. 4.^a La necesidad para algunos herederos de pedir intervención judicial para adquirir la herencia, a semejanza de los οικείων del derecho griego. 5.^a La intervención judicial atribuyendo ventajas provisionales en cuestiones de propiedad, dada la semejanza intencional entre la *rei vindicatio* y la *hereditatis petitio*. 6.^a La influencia del derecho de gentes, dado que, según Hugo, la *bonorum possessio* la introdujo primero el pretor Peregrinus. 7.^a El irse limitando la libertad de disposición de bienes del padre. 8.^a El irse generalizando el nombrar herederos en el testamento *per aes et libram* distintos del *familiae emptor*. 9.^a El poderse pedir la *agnitio* pretoriana sin precisar la apertura del testamento como en la *aditio*, lo que favorecía al mismo heredero civil, y 10.^a El que no se luchó de frente contra el heredero civil, sino reconociendo la preeminencia de éste y adaptándose en lo posible al orden civil de llamamientos.

Dichas causas explican cómo pudo introducirse y por qué la *bonorum possessio*, indicando después la evolución de ésta siguiendo el trabajo que sobre el interdicto *quorum bonorum* publicó Savigny en la revista que fundó con Eichhorn, la *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, que luego incluyó en su *Vermischte Schriften*, y la evolución de la colación con la pérdida de efectos de la emancipación, siguiendo a Mayr, desde que apareció la *bonorum possessio* antes del jurista Cassio.

Tras la *collatio bonorum* del emancipado, el pretor introdujo la *collatio dotis*, que después regularon los emperadores Antonino Pío, Gordiano y Diocleciano, y el emperador León la colación de la donación ante nupcias y al fin Justiniano la dispuso también en la sucesión testada y, para lograr igualdad, en la Novela 18, siendo la legislación imperial la que pasó a España con el Derecho romano.

Respecto al tiempo de valoración, fué en Roma el de la muerte del donante tiempo de valorar para el cálculo primero de la cuarta falcidia, y luego de las legítimas, 'tan' relacionadas con aquélla:

Respecto al tercero, el Derecho romano, derecho inter partes, no consideró 'las' circunstancias para éstos de la 'colación', 'aunque en esta materia apárecé el tercero en la célebre ley *Ea demum*, de Gordiano, y protegido indirectamente en la Novela '96, de Justiniano.

'Los cambios de valor de los bienes no fueron problema para los romanos, dado que la dote se regía por sus reglas especiales' y en la colación en especie, como más general; 'como se distribuían los bienes por igual; después de unirse como una combinación legal a la masa hereditaria, se distribuía por igual la perdida o aumento.'

En el Derecho español anterior a las leyes de Tórto surgió en muchos fueros municipales, con brotes que recuerdan antiquísimas comunidades familiares, aparte de la parte libre y disponible *pro anima*, un fuerte movimiento contra la mejoría y a favor del reparto por igual entre los hijos (Lacoste-Martínez Marina), y amplióse a veces, lo que no era colacionable en el segundo período del Derecho romano, que volvió a ser divisible (Fueros de Fuentes y Soria), llegándose en el de Fuentes y otros a prohibir donaciones «si non plueriéra» a los demás hijos, y se dió a la colación efecto resolutorio, aun contra el tercero adquirente del donatario, en el Fuero de Zamora.

Contra este movimiento, iniciado el siglo IX, el Fuero Real, alterando la del Fuero de Soria, volvió a la mejoría del Fuero Juárez, y lo mismo y el mismo modo de detraer las mejoras recogieron las leyes 213 y 214 de Estilo.

Las Partidas, recogiendo el Derecho romano, señalaron *el tiempo en que finó* el causante para fijar las legítimas (ley 3.^a, título XI, partida 6.^a), y qué reguló la colación la ley 3.^a, título IV, partida 5.^a, debiéndose aducir los bienes, para entregárselas a los demás hermanos *en otro tanto como valiese lo donado*, y que la doctrina sostuvo la valoración de todos los bienes a la muerte del causante, debiéndose 'colacionar el valor entonces' deducidas las mejorías (Gregorio López), y el valor actual siempre, aunque fuese menor que cuando se donó (Pablo de Castro), y de acuerdo con el Derecho romano, no debiéndose 'lo perdido sin culpa' (Baldo), siendo un sistema coherente y justo, que es lástima que, habiendo

perdurado hasta nuestra época codificadora, no fuese recogido por ésta.

No obstante, el gran comentarista Llamas y Molina sostuvo que, aunque muchos creyesen absurda su opinión, esperaba convencerlos con sus razonamientos de que el fin de la colación para las leyes de Toro no era la igualdad entre coherederos, sino sólo el que no se perjudicase a las legítimas.

Pero éso se debe a una confusión de Llamas y Molina, porque la igualdad querida por la Ley es la que impone dentro del campo limitado por el ámbito de desigualdad que deja libre a la voluntad del causante; y aunque por la mejora había una facultad de desigualtar no conocida en Roma, aunque éstas se respetasen y hasta se presumiese por las leyes de Toro, no por eso dejaba de querer la Ley de igualdad, y que en este deseo se funda la colación desde el Derecho romano.

Llamas y Molina se refiere a las leyes 23 y 29 de Toro—la primera, que disponía que cuando los padres mejorasen en el tercio, se regule éste por el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte; y no al que tenían cuando donó, y la segunda, que disponía que trajesen a colación lo recibido; regulándose *por el valor que tuviese a la muerte del donante* (salvo a la hija dotada, a la que concedió pudiese elegir entre el valor cuando se la dotó o el valor a la muerte del padre, si bien dice el conferenciente que este privilegio sólo duró unos años, hasta la pragmática de Madrid, de Felipe II, que impuso a la hija la regla general de valoración a la muerte del padre, conformes con tal obligación en ese punto el mismo Llamas y Molina; Febrero y Alvarez Posadilla); y dice Llamas y Molina: ¿qué serían imposibles los cálculos que exigen dichas leyes si no se trajesen a colación las mejoras, y como, a pesar de ello, se respetan, salvo las legítimas, es claro que para las leyes de Toro el fin de la colación es proteger éstas y no igualar.

Se ve clara la confusión de Llamas y Molina entre lo que es traer a cuenta para fijar cuotas y lo que es realmente colacionar para dividir, y que decir que por una ley que autoriza las mejoras, las respete y no desmejore, como es natural que la colación no quiere ni persigue la igualdad, es un error.

Llamaba, pues, éste colación a toda traída a cálculo, y sus contrarios, con criterio más estricto y realista, sólo llamaban co-

lación a lo que realmente se traía para partir, por exceder de la cuota máxima que legalmente podía retener el beneficiado en vida. Respecto al tiempo de valorar, tras las leyes 25 y 29, todos estaban de acuerdo, máxime tras disponer la ley 23 de Toro, que la mejora considere lo que valgan los bienes al tiempo de la muerte y no al de cuando se «fizo la mejora». Así lo reconoce Llamas y Molina, comentando la ley 19.

El Derecho francés está en este punto de acuerdo con el patrio y la tradición. Sin embargo, no se siguió al Código francés en el proyecto de 1851, en el cual García Goyena dió un brusco viraje a nuestro Derecho, influido por las opiniones de Antonio Ayerbe de Ayora, expuestas en el *Tractatus de partitionibus* de éste.

Es incomprendible el que García Goyena no pensase en las injusticias a que podía dar lugar su reforma, siendo así que los juristas de su época y él mismo, con referencia al Derecho entonces vigente, se plantearon y resolvieron en general bien los problemas a que podían dar lugar los cambios naturales de los bienes, o causados por el simple transcurso del tiempo, o las mejoras hechas, o la pérdida de los bienes donados. El mismo García Goyena, en su obra con Aguirre: *Febrero, reformado*, dice que si una finca, sólo por el tiempo y no por la industria del donatario, aumentó su valor, si la había recibido sin estimación que causase venta, había de colacionarse lo que valiese al morir el padre, así como deteriorada sin dolo ni culpa suya, se colacionara por el valor que tenga al colacionarse, porque sólo así *no resulta desigualdad ni se causa perjuicio a los herederos*.

No se comprende, pues, que dijese que su reforma había sido siempre su opinión, y tampoco cómo pudo prosperar no habiendo terceros; quizás influyó el ir, en su artículo 887, en el mismo párrafo, con su acertada disposición sobre que se colacionase sólo por imputación, y menos se comprende que no cayese en la cuenta de que con su acertadísima reforma de que las mejoras tenían que ser expresas, volvía a aparecer, tras derogar las leyes de Toro opuestas, que la colación tenía por finalidad la igualdad; y debió ver que al disponer se colacionase por el valor de cuando se donó, a poco que variasen los precios y valores, hacía imposible la igualdad.

En su obra se ve influido por la afirmación de Llamas y Mo-

línea; así, dice que la colación tuvo, no que tenía, por objeto la igualdad, y aun suponiendo cierto para las leyes de Toro lo dicho por el comentarista, ¿cómo no vió García Goyena que al exigir él, en el artículo 657 de su proyecto, la necesidad de que la mejora fuese expresa, ya no podía repetir lo mismo, máxime diciendo él mismo que había dado en tierra con la ley 26 y otras de Toro?

Pues, sin embargo, influido por Ayerbe de Ayora (que escribió antes y sobre el Derecho común y real), impone como fijo el valor de cuando se donó para fijar las legítimas (artículo 648), y para la colación (artículo 881 del proyecto): «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, causal o culpable, será a cargo y riesgo del donatario.»

Dice García Goyena que este artículo es, en su sección, el fundamental, que es una novedad importante, contraria a la opinión común siempre de los autores y a casi todos los Códigos, pero que ha sido su opinión siempre, que ahora redacta siguiendo a Ayora, y que los Códigos caen en prolijidad y casuismo, por lo que él presenta un sistema opuesto y nuevo, de que hasta *el que ataque su justicia no podrá negar su sencillez*.

Tras esta extraña confesión en un jurista, de anteponer la sencillez a la justicia, parece que quiere también defender la de su sistema, del que dice que parte de un hecho cierto y de un derecho claro.

La donación o dote fué una enajenación y se donó o dió por lo que entonces valía; este es el hecho—dice—, y añade que el derecho aplicable al mismo es no menos claro: los aumentos o doctrímenos posteriores, e incluso su pérdida aun causal, son para el dueño, que a lo mejor había hasta enajenado, pudiendo hasta haberse hecho ya varias transmisiones.

Se ve la preocupación por el tercero y la influencia de la teoría de los riesgos, y el deseo de cortar cuestiones entre coherederos y terceros, y entre éstos y colacionantes. Todo ello digno de atención si no le llevase a querer prescindir de la realidad: económica, queriendo fijar precio para el futuro, y jurídica, queriendo que la protección al tercero cubriese al mismo donatario que no lo es, y

no viendo el derecho del no beneficiado y que éste pide una regulación especial del Derecho sucesorio-familiar, independiente de la teoría de los riesgos en los contratos.

En el artículo siguiente, el 888, disponía que «el donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como lo que ya tenía recibido, o los coherederos percibirán *otro tanto más en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, en cuanto sea posible*».

Con este artículo, en que resuena un eco de la igualdad en cantidad y calidad con que quería Justiniano se partiese la legítima, una vez suprimida por la parte tan acertada (como equivocado el resto) del artículo 887 la colación en especie, y con ella suprimidas tantas posibles cuestiones con terceros y dificultades de retroacciones y resoluciones, por este otro artículo 888 parecía se la restauraba en cierto sentido al procurar inter partes que los hijos llevasen lo mismo realmente en cantidad y calidad, con lo que, aunque el beneficiado conservase los frutos adquiridos mientras, la mayor igualdad se habría logrado, y añade que con él, una vez se hubiesen tocado las inevitables injusticias que causaba el anterior por su imprevisión, aunque García Goyena dijese era el fundamental, la doctrina y la jurisprudencia podrían y seguramente llegarían a haber considerado el fundamental el 888 y su igualdad real, y con ella corregido (como privadamente han corregido muchas veces los interesados con colaciones reales y con alteraciones de valor) los peligros de las variaciones de precios y valores entre dos épocas de valoración, y, por tanto, cálculos fatalmente falsos, como hechos con dos distintas medidas, siendo muy de lamentar que el Código civil haya cerrado esa puerta de escape al modificar, empeorándolo, este artículo 888, tan bien inspirado.

Si bien no sería justo y podía alegársele culpar a García Goyena de que adivinase el caos económico que siguió a la guerra de 1914, y menos aún el que *ahora gozamos los europeos*, y las inflaciones alegres y confiadas, con sus ganancias sin trabajo, y ruinas al par de acreedores, rentistas, pensionistas y funcionarios, así como las tristes desinflaciones, con su paralización de negocios, crisis y paro, no hay que olvidar que García Goyena vivió en un tiempo en que había habido recientemente en España invasiones, revolución y guerras civiles y profundos cambios en la vida, en la sociedad y en

los precios ; por lo que no ver esto y creer que podía con justicia en este caso estabilizar y cristalizar un valor, o mejor dicho, un precio, que es lo que él llama valor, así como creer realidades iguales precios iguales en distintos tiempos, para que naturalmente se hayan de traducir (aunque no lo previese) en realidades desiguales, que es a lo que da lugar con su desatinada reforma, es injusto y sí ignorancia e imprevisión imperdonables.

Dar una fanega de tierra cuando vale, por ejemplo, 300 pesetas, y, además de disfrutarla años, cuando otra igual valga 900 pesetas, que se puedan utilizar artículos que en el fondo quieren la igualdad, para mantener lo recibido en un valor cristalizado, como fuera del mundo y de la realidad, y exigir que con una fanega se pague ahora a tres y que se diga que los cuatro han quedado igualados cuando uno tiene una fanega y los otros sólo cuatro célemines cada uno, porque se les paga con los valores actuales, eso es un robo legal, es abusivo e injusto, y así hay que juzgar su reforma, y así seremos juzgados nosotros si no lo corregimos y pronto.

Los artículos pudiesen haber sido, por ejemplo, los siguientes :

Artículo 887. «El fundamental, «salvo mejoras o dispensas expresas permitidas por la Ley, todo coheredero forzoso tiene derecho a ser igualado con los demás beneficiados en vida por el causante, con igual cantidad de bienes, de igual naturaleza, especie y calidad, teniéndose siempre en cuenta la realidad de lo recibido y el valor que tendría a la muerte del causante, o sea cuando se valoran los demás bienes de la herencia».

Artículo 888. «No pudiendo lograrse la igualdad real en especie, según el artículo anterior, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico, vendiéndose bienes de la herencia si fuese preciso, hasta obtener la cantidad necesaria para que, a los precios actuales, puedan adquirir otro tanto o igual cantidad de bienes, de igual naturaleza, especie y calidad que los recibidos por los beneficiados en vida por el causante..»

Artículo 889. «No habiendo terceros a quienes pueda perjudicar y no pudiendo lograrse la igualdad en especie, podrá cualquier coheredero exigir que en vez de venderse bienes para igualar, según el artículo anterior, colacione en especie el beneficiado en vida los bienes donados que conserve, reconociéndose como suyo el valor debido a su actividad y gastos. En los bienes que éste enajenó de

bueno fe será colacionable el valor real que tenían cuando salieron de su patrimonio. Los perdidos sin culpa ni negligencia no serán colacionables.»

Había tres sistemas para valorar, a efectos de lograr la igualdad y justicia que busca la colación: A) Valorarlo todo al momento de la muerte, se hubiera estimado o no al donarse. Es el que cree mejor y que es, además, perfectamente compatible con la protección a los terceros. B) Distinguir por analogía con la dote. Si se donó con estimación, respetar e imputar el valor dado, y si se donó sin estimación, valorarlo con los demás bienes a la muerte del causante. Era el sistema intermedio de los comentaristas y después de Febrero y Escriche, aunque indica, por no poderse determinar más, que en Arrazola y sus colaboradores se iba convirtiendo en el siguiente, y C) Valorar siempre lo dado, estimado o no, por su valor cuando se donó, y los demás bienes a la muerte del causante. Era el defendido por Ayora, aceptado por García Goyena y que ha pasado al Código civil.

De la Ley de Bases la 24 sólo dice en esta materia que «las donaciones de padres a hijos se colacionarán en los cómputos de las legítimas...», poco preciso se puede deducir de ella, salvo el que había colación, como nada se saca del voto en contra de Bosch y Fustegeras al discutirse el Código en el Senado, pues, a pesar de decir que no había cumplido lo dispuesto en la Base, nada precisa y sólo hace una cruda afirmación de que «convenimos todos en que el Código no puede ser peor; convenimos en que producirá funestos resultados si se aplica a nuestro pueblo».

Los artículos relacionados con la materia son: el 633, párrafo primero, sobre necesidad en donación de inmuebles de que sea en escritura pública y expresándolos individualmente, y, por tanto, con sus requisitos y las exigencias fiscales, siempre hay valoración; el 818, disponiendo que para fijar la legítima se sumará al valor de los bienes dejados el que tenían cuando se hicieron las donaciones colacionables; el 819, imputando a las legítimas toda donación que no sea mejora, así como el 825, que no se reputara mejora ninguna, sin expresa declaración de tal; el 1.035, sobre obligación en general de colacionar, salvo la dispensa del 1.036; el 1.045, de que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino el valor que tenían cuando se dieron, aunque

no se hiciese justiprecio, y que los riesgos posteriores y aun la pérdida total serán a cargo del donatario, el que conservará los frutos percibidos, según el artículo 1.049; el 1.047, que, consecuente con la colación por imputación, dispone que el donatario tomará de menos tanto como hubiere recibido, percibiendo sus coherederos *el equivalente*, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, y de no poderse, si lo donado fué inmuebles, tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores al tipo de cotización, aun vendiéndose bienes para ello, según el artículo 1.048.

Ya está hecha la crítica con la que se ha hecho del proyecto de 1851.

El Código civil suizo, al contrario, dispone, en su artículo 630 que los bienes no enajenados se valoren al abrirse la sucesión y que se colacione el precio de los vendidos, concede en el 628 al donatario la elección entre que se le impute lo recibido o colacionado en especie, y las inúltiples cuestiones sobre mejoras, deterioros, expensas, etc., las resuelve sencillamente, concediendo en el artículo 630, párrafo segundo, al donatario los derechos y obligaciones del poseedor.

¿Cuándo y cómo se hará la reforma? Eso lo decidirán los llamados a ello y en colaboración; no el conferenciante, viejo estudiante siempre insatisfecho, que sólo escudado en su buen deseo ha venido a dar la conferencia, rogando a todos tengan tal deseo presente al enjuiciarle.