

La colación de las donaciones remuneratorias

SUMARIO: I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: 1. Valoración del mismo y exposición de los supuestos en que se apoya la colación de las donaciones remuneratorias. 2. El móvil remuneratorio y el fundamento de la colación.—II. LA DONACIÓN REMUNERATORIA: 1. El problema de su configuración jurídica. 2. Regulación de la misma en los artículos 619 y 622 del Código civil.—III. LA COLACIONABILIDAD DE LAS DONACIONES REMUNERATORIAS: 1. Derecho histórico. 2. Situación actual del problema. 3. Bases para una solución afirmativa: lógica jurídica de las mismas en el plano científico y en el sistema del Derecho positivo. Su insuficiencia sustancial. 4. Bases para una solución negativa: la necesidad de revisar el concepto tradicional de colación de donaciones. Crítica del mismo y esquema propuesto. La repercusión de este esquema en el ámbito de las donaciones remuneratorias. Conclusión.

I

FORMULACION DEL PROBLEMA

1. 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

(1) D. 37, 6, 1, 7: el pretor, al decretar la *bonorum possessio* del hijo emancipado, estatuye también la colación de sus propios bienes, que engrosarían el *relictum hereditarium* de los *sui heredes*, carentes en vida de capacidad patrimonial. Forma primigenia de colación, que sólo formalmente guarda relación con la figura actual, formulada en los códigos modernos. Al menos la terminología quedó definitivamente sentada: *...ut sua quoque bona in medium «conferant»*.

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 justinianeas 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» (2). 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 involucraria 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 colacionales. Es la doctrina actual la que va arrojando luz sobre los mismos (4).

(2) Cfr. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte general* (Barcelona, 1961), página 566.

(3) Observa Cossío (*Para la exégesis del artículo 1045 del Código civil*, «R. D. P.», junio 1966, pág. 546) que en nuestros Fueros municipales, profundamente influidos por el Derecho germánico, se acentúa, frente a la concepción romano-bizantina acogida por las Partidas, la idea de defensa de la igualdad y amparo del régimen de las legítimas, citando al respecto algún pasaje del Fuero de Zamora y Soria. Dentro de esta misma línea—añade el autor—se mantienen las leyes de Toro, que siguen vinculando la colación a la idea de protección del sistema de legítimas, considerándola como un simple efecto de ésta (pág. 547).

(4) Vid. en la doctrina patria, especialmente, MORELL, *Donaciones colacionables*, «R. G. L. J.», t. 98, 99, 100 (años 1901 y 1902), espec. t. 99, págs. 320-330. B. J. y A. F., *Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1036 del Código civil*, «R. D. P.», 1943, págs. 724 y sigs. MARÍN LÁZARO, *La colación hereditaria*, «Rev. Val. Der», I-I, 1944, pág. 3 y sigs. MARÍN MONROY, *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, «A. A. M. N.», IV, 1948, págs. 131 y sigs. MANRESA, *Comentarios al Código civil* (6.ª ed., revisada por Bonet), t. VII (Madrid, 1943), págs. 535 y sigs. MOUTÓN y OCAMPO, *Colación de bienes*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», IV, págs. 366 y sigs. LACRUZ, *Anotaciones a Binder*, Barcelona, 1953, págs. 258 y sigs.; también, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit. págs. 559 y sigs. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio* (Madrid, 1955), espec. págs. 366-463 y 552-612. ALBALADEJO, *Notas a la traducción del Derecho de Sucesiones de A. Cicu* (R. C. de S. Clemente de los españoles en Bolonia-Barcelona, 1964), págs. 925 y sigs. DE LOS MOZOS, *La colación* (Madrid 1965) *passim*. Cossío, *Op. cit.*, «R. D. P.», 1966, págs. 545 y sigs.

Mas no sólo 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 realtivas a la colación (5). 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 (6).

Que esta evolución, larga e intensa, no iluminó suficientemente los múltiples problemas inmersos en la colación, se pone de relieve si consideramos el más importante y que directamente nos atañe, es decir, el objeto de aquélla, especialmente por la que respecta a una parcela eventual del mismo: la donación remuneratoria.

Toda la historia de la colación supone un proceso de ampliación en orden a los bienes que debían llevarse al patrimonio dejado por el causante. Por obra del pretor, en el Derecho romano-clásico la colación se reduce a los bienes adquiridos por el hijo emancipado desde que tuvo lugar la emancipación hasta la muerte de su padre, y por la hija casada, sometida a la potestad del futuro causante y no al marido, que percibía la dote como un bien propio no incluido en la masa hereditaria (7). Si la hija pedía la *bonorum possessio* se hallaba obligada a colacionar la dote profecticia o adventicia cuando concurría con sus hermanos a la sucesión del *pater familias*. La *collatio bonorum* del emancipado y la *collatio dotis* de la hija *in potestate* absorbieron todas las formas posibles de colación hasta el Bajo Imperio, en que una constitución del emperador León del año 472 (C. 6, 20, 17) impone a los descendientes que sucedan *ab intestato* o *contra tabulas* el deber de

(5) LEBRUN, *Traité de Successions*, L. III, cap. VII, núms. 3 y sigs.

(6) MELUCCI, *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni*, vol I (Torino, 1880), págs. 27-28.

(7) GUARINO (*Collatio bonorum*, Roma, 1937, pág. 1) pone de relieve cómo la doctrina clásica de la *collatio* se desenvuelve en relación con la *bonorum possessio*, a pesar de que no reconoce origen pretorio a la *collatio dotis* (*Collatio dotis*, «B. I. D. R.», 1948, pág. 258).

colacionar en favor de sus coherederos, emancipados o no, las dotes y donaciones *ante nuptias*.

Desde que JUSTINIANO empieza a ordenar la colación de las donaciones *ad emendan militiam* hasta el sistema extensivo de colación reflejado en la *Novela 18* (8) se ha dado un paso fundamental, pero a la par será el germen de un confusionismo posterior. En dicha novela parece vislumbrarse el origen de dos tipos bien distintos de donación a efectos de colacionabilidad: las llamadas colaciones *simplices* y *ob causam*. ¿En qué consisten ambos supuestos? ¿Cómo funcionan en orden a la colación? ¿En qué grupo se encuadra la donación remuneratoria? Ha sido preciso llegar a la redacción del artículo 1.035 del Código civil para, en principio, hallar una posible solución a estos interrogantes. Como afirma VALLET, el camino seguido en el campo de la colación por la historia del Derecho se reduce a un tránsito de la distinción de las donaciones según su causa a la aceptación sin distingo alguno de que toda donación, si el causante no dispuso otra cosa, no es sino un anticipo de la cuota hereditaria del donatario (9).

A partir de BARTOLO (10) empieza a elaborarse de forma científica la categoría de las donaciones *ob causam*, que en nuestro ordenamiento histórico se refleja positivamente en la Ley 29 de Toro. En ella se dice: «cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traher en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recebido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar...» La mayor parte de los comentaristas entendieron que al hablar la Ley 29 de Toro de «las otras donaciones» se refería a las restantes donaciones *ob causam*—desde JUSTINIANO se consideró

(8) Para un estudio reciente de los problemas de la colación en el Derecho romano clásico, postelásico y justiniano, vid DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs 13-31. Merece tenerse en consideración por la aportación exhaustiva de bibliografía moderna, así como por la claridad y erudición con que resuelve los problemas relativos a la *collatio*.

(9) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, cit., pág. 322.

(10) BARTOLO habla de donaciones *ob causam*, v. gr., la dote, la donación *propter nuptias*, el *datum causa militiae*, y de donaciones simples, v. gr., la que recibe el hijo emancipado en el acto de emancipación. Unas y otras, por ser donaciones, han de hacerse *ex liberalitate*, pero sólo las primeras se llevan a efecto *ob aliquam causam*. Para un estudio de la postura de BARTOLO sobre la colación, vid. VISMARA, *Enciclopedia del Diritto*, VII, págs 324-328.

como prototipo de las mismas la donación *propter nuptias*—, únicas colacionables a partir de la Compilación bizantina, según opinión unánime, cuya sola excepción la representa el Profesor de la Universidad de Salamanca, FERNÁNDEZ DE RETES, que admitió la colación de las donaciones simples (11).

No resultaba fácil a los comentaristas fijar el concepto de donación *ob causam*: mientras unos opinaban que eran las que el padre venía obligado jurídicamente a realizar (12), otros pensaron que tales donaciones eran las motivadas por una necesidad, utilidad y piedad hacia el hijo (13). Según uno u otro concepto, el ámbito de las mismas fue variando de extensión. Por otra parte la distinta concepción implicaría una serie de problemas en orden a determinar la colacionabilidad de los diversos supuestos (14).

La doctrina que precede a la *Codificación* sigue manteniendo la colación de las donaciones causales, negándola para las simples, salvo disposición en contrario por parte del padre o ascendiente (15).

El proyecto de 1851 prescindió de la clásica distinción entre donaciones simples y causales a efectos colacionales, ordenando en su artículo 879 que «los herederos forzosos están obligados a traer entre sí a colación y partición de la herencia los bienes que recibieron del difunto, cuando vivía, o de otros por mera contemplación al mismo». Pero incidió en una lamentable omisión, ya que al hablar de «bienes que recibieron del difunto» podría pensarse en los recibidos «a título oneroso», inconcebible—claro está—en el régimen colacional.

(11) J. FERNÁNDEZ DE RETES, *De donationibus academica relectio*, Salmanticae, 1666, cap. X, núm. 10, pág. 599; la misma obra se recoge por G. MEERMANN en *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, tomo VI, Hegal-Comitum, 1753, parte final referida a las donaciones. En la pág. 599, cit., afirma: «filius enim donatarius, qui vult cum fratribus patri succedere, sive ex testamento, sive abintestato, nihil sibi precipuum retinet; sed donata confert, sive ob causam donatio sit, sive simplex et pura».

(12) Así RODRÍGUEZ SUÁREZ, *Declaratio legis regni, & 5 quaero*, núm. 10, página 546.

(13) LUIS DE MOLINA, *De Justitia*, t. II, disp. 238, cols. 1478 D y 1479 A.

(14) Para una exposición detallada de los diversos problemas surgidos en el Derecho intermedio para fijar el ámbito de las donaciones *ob causam*, así como la colación de los diversos supuestos, vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes*, cit., págs. 335 y sigs., y especialmente págs. 389 y sigs.

(15) Cfr., una vez más, VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 423 y 424, cfr. notas 544 y 550.

La clasificación de las donaciones en simples y causales, según que se pretenda favorecer sin más al donatario o anticiparle una porción hereditaria, implicó la ineludible dificultad de encajar en uno u otro molde las distintas liberalidades, y, en consecuencia, admitir un sistema distinto de colación, tendente a excluir las donaciones simples, aunque siempre con excepciones.

Históricamente se planteó el problema de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias. Desde Roma a nuestros días la cuestión ha sido duramente controvertida y en la actualidad sigue sin resolver. En el apartado IV estudiaremos el problema con cierto detenimiento. Basta por ahora advertir que mientras el Código civil, en su artículo 1.035, borró para siempre la vieja distinción entre donaciones simples y causales—hoy se colacionan ambos supuestos a tenor de la dicción general de dicho precepto que exige al heredero forzoso traer a la mesa hereditaria «los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, *donación u otro título lucrativo...*», guarda silencio por lo que se refiere a las donaciones remuneratorias—a menos que las incluyamos en las donaciones *ob causam*, lo que nos parece muy dudoso—, provocando en la doctrina una serie de opiniones, que tendremos oportunidad de exponer.

La discusión tradicional no logró resolver el problema, y sus consecuencias se ponen de relieve en lo mejor de la doctrina moderna. Así, mientras CÍCU no admite que en el ámbito del Derecho constituido toda donación remuneratoria sea colacionable (16), FORCHIELLI, por el contrario, basándose en que la donación remuneratoria es una auténtica liberalidad, afirma «no existir la menor duda de que, *de iure condito*, la donación remuneratoria se colaciona totalmente, al igual que una donación cualquiera» (17).

El problema de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias, pese a haberse formulado desde antiguo, mereció escasa atención para la mayoría de los autores, se aducieran razones en pro o en contra periféricas y, como tal, poco convincentes, a menudo se olvidaron los presupuestos básicos, únicos capaces de lle-

(16) CÍCU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, págs. 117-118; la misma opinión puede verse en su *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., Real Colegio Mayor de España en Bolonia. Barcelona, 1964, págs. 958-959.

(17) FORCHIELLI, *La collazione* (Padova, 1958), pág. 193.

varnos a una solución adecuada, englobándose en el azaroso devenir histórico de la colación en general, adoleciendo de sus mismos defectos y ausencia de claridad que caracterizó la figura jurídica. Enjuiciado así el problema—mezcla de confusión y controversia—, es preciso intentar resolverlo, pero ello sólo es posible fijando aquellos presupuestos fundamentales que sirven de apoyo a la colación de tales donaciones. Se reducen a los cuatro siguientes:

a) La gran amplitud del principio recogido en el artículo 1.035 del Código civil. Dicho artículo ordena colacionar todo lo que por dote, donación u otro título lucrativo hubiere recibido el heredero forzoso del causante de la herencia, en vida de éste, cuando concurra a la sucesión con otros herederos forzosos.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo (28 noviembre 1899 y 31 marzo 1936) ponen de relieve la amplitud de la fórmula empleada por este precepto legal. ROCA SASTRE nos dice que en dicho artículo se comprende todo acto de liberalidad o de atribución gratuita de una ventaja económica (18). DE LOS MOZOS estima que la enumeración del artículo 1.035 «aparece omnicomprendensiva de toda liberalidad» (19). De esta obligación general impuesta al heredero forzoso de colacionar todo lo recibido por *donación*, sin especificar los distintos supuestos, podría deducirse *a priori* que las donaciones remuneratorias han de llevarse a la masa hereditaria.

b) Sin embargo, ello sólo es posible si las mismas tienen carácter de verdaderas donaciones. He aquí el aspecto más importante del problema. De ahí que sea totalmente cierta la afirmación de VALLET, cuando dice que la naturaleza atribuida a esas donaciones dogmáticamente es decisiva para los autores a efectos de precisar su colacionabilidad (20). De no ser donaciones, sólo cabría la posibilidad de indagar si son verdaderas liberalidades para poderlas incluir en la fórmula legal «otro título lucrativo» que emplea el artículo 1.035 del Código civil.

Según prescripción del artículo 1.035 del Código civil, han de colacionarse todas las donaciones, salvo dispensa del causante

(18) ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp* (trad. esp por Pérez González y Alguer), V-2.º, Barcelona, 1951, pág. 57.

(19) DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pág. 223.

(20) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes*, cit., pág. 484.

(artículo 1.036), así como cualquier tipo de atribución patrimonial a título gratuito, con las escasas excepciones que el propio Código civil establece a partir del artículo 1.137 y ss. Ningún precepto legal estatuye la no colación de las donaciones remuneratorias, en contraste con el principio general de indole extensiva que recoge el primero de los artículos dedicado a la colación, donde se habla de traer a la masa hereditaria los bienes recibidos del causante, en vida del mismo, por «donación u otro título lucrativo», sin más.

La cuestión se reduce, pues, a examinar si las donaciones remuneratorias son verdaderas donaciones, actos a título gratuito, o suponen más bien un contrato oneroso. Si lo primero—opinión dominante, como veremos—, el problema queda resuelto de entrada por aplicación del artículo 1.035 del Código civil: la donación remuneratoria será colacionable. Si lo segundo, la cuestión queda zanjada inexorablemente y la no colación se impone sin más, al ser los actos a título oneroso totalmente extraños a su regulación (sentencias 1 junio 1900 y 31 marzo 1936).

Trataremos más adelante el problema de la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria. De momento nos basta con formular este presupuesto esencial para determinar el régimen colacional de esta clase de donación (21).

c) El tercer presupuesto deriva de la propia finalidad jurídica que cumple la figura de la colación, o bien del fundamento en que se apoya.

Si la colación para muchos autores es un procedimiento encaminado a salvaguardar las legítimas (22), no existe razón alguna para negar su aplicación a las donaciones remuneratorias: el do-

(21) Ya SAVIGNY, en su *Sistema de Derecho romano actual* (trad. esp. por J. Mesia y M. Poley), v. III, pág. 63, decía que respecto a la donación remuneratoria existen dos opiniones diametralmente opuestas: unos pretenden que se trata de una donación pura y simple, mientras otros opinan que se trata de un acto oneroso.

(22) Según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de Sucesiones*, t. VI, vol. I (Madrid, 1960), pág. 302, se trata de una opinión común a la generalidad de los autores. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español. Sucesiones*, vol. V (Madrid, 1964), pág. 139, pone de manifiesto que el fundamento de la obligación de colacionar está en relación con el sistema de legítimas. es decir, de la atribución de cierta parte de la herencia a los herederos forzosos.

nante-causante pudo haber remunerado a un legitimario por determinados servicios y al hacerlo vulnerar la cuota legitimaria de cualquiera de sus herederos. Lógico, por tanto, que se ordene su conferimiento.

Si con la colación lo que se pretende es igualar la situación de los herederos forzosos ante el patrimonio del causante, como defienden CHIRONI (23), DEgni (24), BARASSI (25), PLANIOL y RIPERT (26), WAHL (27), DE BUEN (28), MARIN MONROY (29), entre otros, la donación remuneratoria puede haber provocado desigualdad y para compensarla es obvia su colación, es decir, recibir de menos *mortis causa* lo que ya incrementó su patrimonio *inter vivos*, como consecuencia de la liberalidad remuneradora realizada por el *de cuius*.

Si, en opinión de ANDREOLI (30), FORCHIELLI (31), VALLET (32), CASTÁN (33) y LACRUZ (34), el ascendiente dona al descendiente con la presunta intención de anticiparle de ese modo toda o parte

(23) CHIRONI, *Della collazione secondo la legge romana ed il cod. civ. ital.*, I (Cagliari, 1881), págs. 427 y 486.

(24) DEgni, voz *Imputazione e collazione*, en «Nuovo Digesto italiano», VI, Torino, 1938, pág. 900. De plano rechaza este autor la tesis que basa la colación en la voluntad presunta del causante.

(25) BARASSI, *Le successioni per causa di morte* (Milano, 1947), pág. 183.

(26) PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. IV. *Succesiones* (avec le concours de MAURY y VIALETON), Paris, 1956, págs. 795 y 797.

(27) Cfr. WAHL, *Successioni*, en el «Trattato dir. civ. francese, dirigido por Bandry-Lacantinerie (trad. it. por Bonfante, Pacchioni y Sraffa), III, página 205.

(28) DE BUEN, *Anotaciones a Colin y Capitant*, VIII (Madrid, 1928), pág. 424.

(29) MARIN MONROY, op. cit., en «A. A. M. N.», IV, pág. 188. Su defensa del criterio de igualdad es tajante, dogmática: «En Roma, en las Partidas, en los Fueros, hoy, y en las leyes de Toro y siempre, la colación está fundada en el deseo legal de igualdad y está limitada en cada época por el ámbito de desigualar de que goza la voluntad del causante, y viéndose así, como es realmente, entonces, desde el Derecho pretorio al moderno, la realidad es que la colación surgió de un imperativo de igualdad, corrigiendo desigualdades opuestas a la equidad, y que tal motivo ha seguido siendo el fundamental de la institución y el ámbito se ha ido ampliando económica y jurídicamente hasta el moderno Derecho, en que todo el patrimonio está sujeto a la igualdad, salvo lo que el padre haya excluido con sus legados y mejoras y dispensas expresas.»

(30) ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942, págs. 173 y sigs.

(31) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 43 y sigs.

(32) VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 564-565.

(33) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. Sucesiones*, VI, cit., página 303.

(34) LACRUZ, *Notas a Binder*, cit., pág. 258; ídem *Derecho de Sucesiones. Parte general*, cit., pág. 560.

de la herencia, entonces se comprende por qué se ordena colacionar la donación: ésta implicó una dación previa de la cuota hereditaria que al donatario-sucesor le correspondía. La específica finalidad remuneratoria no impide que el donante, en principio, anticipe al legitimario, acreedor por sus méritos o servicios, una parte de los bienes que le corresponden *iure hereditario*. Los mismos aumentarán la masa a dividir, ya que en el terreno de los principios lo relevante a efectos colacionales es la donación en sí, no el móvil que impulsó a realizarla. Por otra parte, como observa FORCHIELLI, la idea de que la donación al descendiente supone un anticipo de la herencia ofrece la ventaja de que justifica cualquier supuesto de colación (35). También, por tanto, la remuneratoria, diríamos nosotros, y así, en efecto, viene a admitir dicho autor (36).

Si, opinando con CICU (37), PUGLIATTI (38) o SANTORO-PASSARELLI (39), basamos la colación en «el interés superior familiar», éste exige indudablemente que vuelvan a la herencia unos bienes que beneficiaron a un miembro de la familia, y cuya no colación podría lesionar intereses que están por encima de los particulares del donatario.

Si, como ha sostenido recientemente DE LOS MOZOS (40), el fundamento de la colación se halla en la norma dispositiva que la establece, el artículo 1.035 del Código civil ordena traer a la masa hereditaria los bienes o valores que el heredero forzoso hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por *donación*. Por tanto, deberá colacionarse la remuneratoria, salvo dispensa del *de cuius* (art. 1.036), teniendo en cuenta, además, que las restantes normas del Código civil sobre colación no excluyen su conferimiento. En términos generales, el precepto del artículo 1.047 establece que el *donatario* tomará de menos en la masa heredita-

(35) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 45, y especialmente pág. 46.

(36) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 158 y sigs.

(37) CICU, *La divisione ereditaria*, cit., págs. 114 y sigs., ídem *Derecho de Sucesiones*, trad. esp., cit., págs. 946 y sigs.

(38) PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, en «Ann. Messina», 1930-1931, pág. 392.

(39) SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, en «Riv. Dir. Civile», 1942, págs. 196 y sigs.

(40) DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 165-168.

ria tanto como ya hubiese *recibido*... No se distinguen clases de donatarios, ni la forma o razón cómo o por la que se recibió.

Tanto si consideramos que el causante siempre deseó la igualdad de sus herederos ante su patrimonio *post mortem*, como si estimamos el *donatum* parte anticipada del *relictum*, nada se opone a que la donación remuneratoria se colacione: supone aquélla, en último término, una entrega adelantada, cuya falta de inclusión en el acervo hereditario, provocaría desigualdad. Siempre tiene el *de cuius* posibilidad de manifestar su deseo expreso en contrario, apoyándose en la dispensa colacional, que en nuestro Derecho se recoge expresamente en el artículo 1.036 del Código civil.

De la función general que cumple la colación, sea cualquiera la postura que se adopte, no existe, objetivamente, obstáculo de ningún tipo para que la misma sea aplicable a la donación remuneratoria. Pero el problema se complica si ponemos en función el móvil remunerador con la finalidad que una parte de la doctrina asigna a la colación. Entonces no aparece tan evidente la posible obligación que el heredero tiene de llevar la donación remuneratoria a la masa herencial. De ello nos ocuparemos en el número próximo.

d) Por último, la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias se encuentra limitada por dos circunstancias: una, indefectible; la otra puede existir o no, según la voluntad del causante.

La primera se refiere a que únicamente son colacionables, en todo caso, aquellas donaciones remuneratorias hechas a herederos forzosos. Fue célebre a principios de siglo la polémica sostenida por MANRESA (41) y MORELL (42) a este respecto. MANRESA sostenía que únicamente eran colacionables las donaciones que define el artículo 1.035 del Código civil, o sea, las hechas a herederos forzosos cuando concurren a la sucesión con otros que también lo

(41) MANRESA, R. G. L. J., t. 99, págs. 331-332. Este autor encomendó a MORELL la exégesis de los artículos 806 a 1087 del código civil para sus *Comentarios al Código civil español*, sosteniendo en torno a las personas obligadas a colacionar un punto de vista distinto de aquel que expusimos en el texto. MANRESA salió en defensa de su propia tesis, y la expone en sus *Comentarios*, rechazando la de MORELL, quien nunca se convenció de la postura del gran comentarista, atacado en posteriores réplicas aparecidas en la misma *Revista*.

(42) MORELL, *Donaciones colacionables*, cit. en «R. G. L. J.», tomos 98, 99 y 100 (1901 y 1902). Cfr. especialmente t. 99, págs. 320-330.

sean. Son dos, por tanto, los requisitos que señala este autor para que sea posible colacionar las donaciones: que éstas se hagan a los herederos forzosos por el causante de la herencia en vida del mismo, y que tales herederos concurren a la sucesión del donante con otros que también posean idéntica cualidad. Sólo las donaciones que reúnan estos requisitos son colacionables—observa MANRESA—, debiendo agregarse a la masa hereditaria para fijar o regular las legítimas e imputarlas en su pago, con las excepciones que se establecen en el artículo 1.036 y ss., referidas todas a los mismos herederos forzosos. Los argumentos fundamentales en que apoya su tesis MANRESA se basan en los artículos 636 y 654 del Código civil, así como en el sentido literal del artículo 1.035 del propio Código civil (43).

MORELL (44), por el contrario, rechaza la tesis de MANRESA (45), y afirma que son colacionables todas las donaciones hechas en vida del causante de la herencia, tanto las que se hicieron a herederos forzosos como a extraños. Compaginando este autor los artículos 818 y 819 del Código civil, y teniendo en cuenta la finalidad del artículo 1.035 del mismo cuerpo legal, observa cómo las donaciones hechas a herederos forzosos se dan a cuenta de la legítima, como anticipo de la misma; las que se hacen a extraños se dan a cuenta de la disposición libre, o como anticipo de ésta. Unas y otras se entregan anticipadamente y, por tanto, al llegar el día de la muerte del causante—época de liquidación—se pasan en cuenta, como ya entregados, o como dado ya su importe a los respectivos partícipes de la parte libre y de la legítima (46). Co-

(43) Vid. MANRESA, op. cit., págs. 331 y sigs. La misma tesis pasó a sus *Comentarios al Código civil*, cit., cuya sexta edición revisó en nuestros días BONET. Cfr. págs. 545 y sigs. de los mismos.

(44) MORELL, op. cit., en «R. G. L. J.», tomos 98, 99 y 100. Mientras MANRESA apunta que el problema de ver qué donaciones son colacionables, solamente puede resolverse teniendo en cuenta nuestro Código civil, que en su art. 1.035 determina que son las que en vida del causante se hicieron a herederos forzosos, MORELL (*R. G. L. J.*, t. 100, pág. 133), en réplica a la tesis de nuestro comentarista, apoya su teoría en la opinión de los códigos extranjeros—como el de Chile, Colombia, Méjico y Guatemala—, en la obra de Cesare Losana, relacionada con el Código italiano de 1865, la de Troplong respecto a Francia y Bélgica, así como en la doctrina alemana y portuguesa en torno a sus códigos, para así estimar colacionables tanto las donaciones hechas a extraños como a herederos forzosos.

(45) *Op. cit.*, págs. 331 y sigs.

(46) MORELL, op. cit., en «R. G. L. J.», t. 99, 1901, págs. 323-324.

lación, para MORELL, es tanto la figura recogida en el artículo 818 del Código civil (reunión ficticia), como la regulada a partir del artículo 1.035 y siguientes del Código civil, colación especial (47). Sigue diciéndonos el autor que «sagrado es el derecho de los herederos forzosos a la legítima, porque se la asigna la Ley, pero aún es más sagrado el derecho a la parte libre de las personas a quienes el testador la asigna, pues se funda también en la Ley; pero además en la facultad que tiene el dueño de una cosa para disponer de lo suyo como guste» (48).

Posteriormente, la tesis de MORELL fue también mantenida por ARENAS, quien se pregunta: «¿La colación se da sólo en beneficio de los herederos forzosos, o puede tener también lugar para beneficiar a quien no tenga tal carácter?» Contesta afirmando categóricamente que no existe la menor duda de la posibilidad de esto último (49).

Sin embargo, la dicción del artículo 1.035 del Código civil es clara: sólo están obligados a colacionar los *herederos forzosos*, y no todos (50), situación que corrobora el artículo 273 de la Compilación de Cataluña, en un sentido más estricto, al limitar la obligación de colacionar a un grupo de herederos forzosos: los descendientes. El Tribunal Supremo lo ha manifestado así en varios fallos (sentencias 28 de noviembre 1899 y 1 junio 1900). La colación, asentimos con MANRESA, se impone a toda persona considerada por la Ley como heredero forzoso, cuando concurre con otra u otras que también lo sea a una sucesión testada o intestada (51). El heredero forzoso ha de ser, pues, coheredero.

(47) Op. cit., págs. 322 y sigs.

(48) Op. cit., págs. 324 y sigs.

(49) ARENAS, *La colación en el Código civil*, «R. D. P.», 1915, págs. 73 y sigs. Cfr. pág. 77.

(50) Siguiendo a LACRUZ (*Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 573), podemos afirmar que entre los herederos forzosos cuenta el artículo 807 al cónyuge viudo, quien, sin embargo, no está obligado a colacionar, por no ser posibles las donaciones entre cónyuge, salvo regalos usuales, excusados de colación por el artículo 1.041, y por recibirse las donaciones anteriores al matrimonio en tiempo en que el donatario no es aún heredero forzoso del causante; ya, fundamentalmente, porque el cónyuge viudo en cuanto legitimario no es heredero.

Por esta misma razón no están obligados a colacionar los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos. De los adoptivos, el adoptado con adopción plena sigue la condición de hijo natural: los demás no son en ningún caso herederos forzosos.

(51) MANRESA, *Comentarios al Código civil* (6.ª ed. revisada por BONET), cit., pág. 545

Como consecuencia, el ámbito de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias se restringe a las que fueron hechas a herederos forzosos. Por heredero forzoso no ha de entenderse el *sucesor universal*, sino el *legitimario* (52).

La segunda circunstancia, que sirve de límite a la agregación de las donaciones remuneratorias en el caudal relicto, es, por su esencia, variable, ya que depende de la voluntad del causante: se refiere a la dispensa de la colación, que recoge el artículo 1.036 del Código civil. No concierne a la sustancia del tema hacer un estudio de la dispensa colacional (53). Se trata de un derecho *post mortem*, en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia (sentencia 15 junio 1929). Negocio esencialmente *mortis causa*, como dice FORCHIELLI, destinado, en consecuencia, a producir sus efectos para después de la muerte del *de cuius*, por lo que su eficacia recae directamente sobre la correspondiente relación sucesoria-patrimonial de los coherederos descendientes (54).

En orden a la donación remuneratoria, la dispensa colacional puede ser, normalmente, el límite más importante a su posible conferimiento. La índole de los servicios prestados, los méritos relevantes del donatario suponen en múltiples ocasiones móviles poderosos que impulsan al causante a dispensar una obligación, que en cierto modo desvirtúa el propio carácter remunerador que califica el tipo de liberalidad. La dispensa de colacionar las donaciones remuneratorias se concibe, lógicamente y en un orden práctico, como la forma normal de satisfacer duraderamente los fines que aquéllas cumplen, la prolongación de un agradecimiento. La donación remuneratoria, por su propia finalidad, es tal vez el

(52) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 573, señala una serie de herederos forzosos—vid *supra* núm. 50—, que teniendo este carácter conforme al artículo 807 del Código civil, no están obligados a colacionar. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 208 y sigs. Uno y otro autor afirman que el artículo 1.035 del Código civil, al hablar de heredero forzoso, se refiere al *legitimario*, es decir, al heredero con derecho a legítima, que concurra a la sucesión con otros que reúnan la misma cualidad (LACRUZ, op. cit., págs. 572-573; DE LOS MOZOS, op. cit., págs. 207 y sigs.).

(53) Para un análisis de la materia en nuestro Derecho, cfr., fundamentalmente, VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 573-575; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, cit., págs. 570-572; ALBALADEJO, *Notas a la traducción del Derecho de sucesiones de A. Cicu*, cit., págs. 948-953; BONET, *Compendio de Derecho civil*, V (Madrid, 1965), págs. 857-859; DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 267-279.

(54) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 247.

supuesto más frecuente que actúa sobre el ánimo del causante para moverlo a eliminar la obligación colacional.

Ambos límites—que la donación se haya hecho a determinados herederos forzosos y la dispensa de conferir—reducen en gran manera el ámbito colacional de las donaciones remuneratorias, pero no lo suprimen, al menos funcional y objetivamente.

Ni los factores históricos, ni los presupuestos en que hemos basado la posible colación de las donaciones remuneratorias, se oponen a su agregación a la masa hereditaria, al menos desde un aspecto general y de principio. En muchas ocasiones pueden existir fuertes limitaciones a la misma—y de hecho existen, como vimos—, pero ellas no son obstáculo a su conferimiento como regla normal. Es necesario, sin embargo, adentrarnos más a fondo en el problema que nos ocupa, basado esencialmente en los mismos presupuestos examinados. Hasta aquí nos hemos limitado a ofrecer perspectivas, a presentar la cuestión en su verdadero alcance, decantada; pero no hemos penetrado en el fondo de la misma, que irá alcanzándose a medida que examinemos algunos puntos fundamentales.

2. Es interesante plantearse la posibilidad de colacionar las donaciones remuneratorias, partiendo de la propia finalidad que las mismas cumplen y en conexión con el fundamento de la propia colación. Ligeramente hemos aludido al problema. Merece la pena considerar, a este respecto, la postura de Ciru (55). Este autor, refiriéndose al ordenamiento positivo italiano, cree sujeta a colación la donación remuneratoria, y ello porque tanto el artículo 1.051 del Código derogado, como el artículo 770 del Código vigente, la consideran donación. Hace a continuación unas salvedades según los distintos supuestos de remuneración, inclinándose—conforme a la opinión general—por la colación de la donación remuneratoria de servicios retribuidos según medida normal o por el uso, en la parte que exceda el importe de los mismos, pronunciándose, en cambio, por la no colación de las donaciones remuneratorias de servicios que se prestan y aceptan gratuitamente. La razón que alega para excluir este último supuesto se basa en

(55) CIRU, *La divisione ereditaria*, cit., págs. 117-118; *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., cit., págs. 958-959.

la función que cumple la colación: restablecer entre hermanos una igualdad que viene alterada por la donación a consecuencia del empobrecimiento que sufre el patrimonio del donante. Ahora bien, por lo menos, en el caso de servicios económicamente valorables, el patrimonio del donante no puede decirse empobrecido a consecuencia de la donación, porque la gratuidad del servicio recibido ha evitado un empobrecimiento, y, viceversa, la gratuidad del servicio ha representado, para el hijo, un lucro cesante, que la donación viene a suplir. La misma solución aplica para la donación hecha por reconocimiento, si ésta es debida a servicios prestados. Estima, en cambio, colacionable la donación por méritos del donatario (56).

Tras exponer estas ideas, el antiguo profesor de Bolonia se pregunta, sin embargo, si la doctrina que considera, en general, sujetas a colación las donaciones remuneratorias no debe revisarse (57).

Prescindiendo de otros argumentos que no vienen al caso de momento (58), estimamos fundamental someter a examen la siguiente consideración, que hace Cicu, tendente a excluir la colación de estas donaciones: «Parece extraño realmente—nos dice—que, operando preferentemente sobre el concepto de voluntad presunta de igualdad del padre, no se haya planteado el problema de si la voluntad de remunerar no está en oposición con aquel concepto. Incluso en la remuneración por méritos del donatario, la colación viene a privar al donatario del premio del cual lo consideró merecedor el donante; tampoco se puede suponer que el premio, en su intención, estuviese limitado al goce del bien en vida» (59). Es evidente que las palabras de este autor encierran

(56) Cicu, *La divisione ereditaria*, cit., pág. 117. *Derecho de sucesiones*, cit., págs. 958-959.

(57) Cicu, *La divisione*, cit., pág. 117; *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 959.

(58) En la pág. 118 de la obra de Cicu, tantas veces citada (*La divisione ereditaria*), nos dice: «En nuestra teoría se puede observar que sería lógico ver en la Ley una prescripción de colación de las donaciones remuneratorias, en cuanto se consideran donaciones; pero puesto que no se hallan sometidos por entero a las reglas de la donación, quedando excluidas de ella la revocabilidad por ingratitud o sobreveniencia de hijos y la obligación de alimentos hacia el donante, hay que examinar si de esta particular disciplina no puede inferirse también la exención de la obligación de colacionar» (cfr. idéntica opinión en el *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., pág. 959).

(59) *La divisione*, cit., págs. 117-118. *Derecho de sucesiones*, trad. esp., cit., pág. 959.

una verdad manifiesta, que nosotros hemos apuntado más arriba: el choque del móvil remunerador con la función que cumple la colación.

Si, efectivamente, la colación pretende borrar situaciones de desigualdad entre los herederos, presumiendo lógicamente que lo donado en vida del causante implicaba una disposición anticipada de una parte del caudal relicto, toda donación, en sí, pierde su función esencial, que es precisamente la de enriquecer al donatario, ya que no se trata de modificar su patrimonio incrementándolo, sino de otorgar anticipadamente una cantidad que, al margen de todo acto *inter vivos*, le corresponde *iure successionis*. Se trata de donar, para, *post mortem*, descontar lo donado; una donación que no enriquece al donatario, porque éste ya tenía derecho a esos bienes a la muerte del donante y que, por anticipárselos, no los recibirá después. Se adelanta cronológicamente una liberalidad que forzosamente le correspondía cuando el patrimonio del donante se transforme en herencia. Una sola liberalidad jugando en momentos diversos y bajo etiqueta distinta, unas veces de acto *inter vivos*, otras *mortis causa*.

Esta situación se agudiza en relación con la donación remuneratoria, en la que el causante se inclinó a recompensar en vida unos servicios o unos méritos sin hallarse obligado a ello jurídicamente, como dice ROCA SASTRE (60), por puro espíritu, muchas veces, de altruismo y amistad difícilmente valorables en dinero (61). Llevar la estimación de los mismos a la masa hereditaria supone desvirtuar la propia esencia remuneradora, incurrir en una ficción, en un engaño, ya que el reconocimiento integrante del propio deber moral de gratitud, como exponente de la donación remuneratoria (62), es totalmente ficticio, desde el momento en que se da con una mano al valorar unas prestaciones gratuitas del donatario, y con la obligación de colacionar se quita posteriormente lo que ya se dio. Si el *de cuius* no dispensa la colación de las donaciones

(60) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, en «Estudios de Derecho Privado», I (Madrid, 1948), págs. 521 y sigs.

(61) En este sentido, FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 193.

(62) El deber de gratitud que impulsa al donante a recompensar los servicios prestados por el donatario se considera desde los pandectistas alemanes característica inherente a la donación remuneratoria. Vid., a este respecto, D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria* (Milano, 1942), pág. 62.

remuneratorias hechas cuando vivía, es evidente que la finalidad intrínseca de las mismas, basada en la gratuidad o el reconocimiento, es puramente ilusoria y, como tal, haría desaparecer el propio concepto de donación remuneratoria. ☺

De ahí que tenga razón CÍCU al afirmar que el propio fundamento de la colación parece chocar—yo diría destruir—la misma esencia jurídica de la donación remuneratoria (63). Al final veremos si las razones objetivas que fundamentan la colación no abogan, sin embargo, por su colación al menos en el ámbito del Derecho constituido. De momento, la idea del gran maestro italiano nos hace pensar en un serio obstáculo a la colación de las donaciones remuneratorias. Gratitud, reconocimiento, móvil remunerador, son otros tantos mitos que, a su vez, convierten la donación remuneratoria hecha a los descendientes en pura entelequia, si tal liberalidad está llamada a integrar—salvo dispensa del causante—los bienes herenciales. En este sentido, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que admitir la colación de las donaciones remuneratorias equivale a situar el ámbito de las mismas fuera del círculo de herederos forzosos, sacarla del grupo familiar más íntimo, que lógicamente serán los mejores y más frecuentes realizadores de servicios o acreedores de recompensa por sus méritos.

II

LA DONACION REMUNERATORIA

1. Hemos expuesto anteriormente cómo en gran medida el problema de ver si es posible colacionar las donaciones remuneratorias depende de si las mismas son auténticas donaciones. No es fácil determinar el concepto y naturaleza jurídica de esta especie de liberalidad. Tampoco es nuestra intención hacer un examen integral del problema, por lo demás muy tratado (64), sino única-

(63) CÍCU, op. cit., págs. 118 y 959, respectivamente.

(64) Vid., entre otros, TIMBAL, *Des donations rémunératoires* (tesis doctoral), Toulouse, 1925; ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, en «Estudios de Derecho Privado», cit., págs. 521 y sigs.; LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria*, «AAMN», t. III, 1946, págs. 9 y sigs.; AMORÓS GONZÁLEZ, *La donación remunera-*

mente analizar aquellos aspectos que puedan ayudarnos a una mejor valoración del tema que nos ocupa.

¿Es la donación remuneratoria una verdadera donación? En caso afirmativo, ¿qué peculiaridades presenta y qué relevancia tiene a efectos colacionales?

En el Derecho romano vemos el germen de la moderna donación remuneratoria. Existen una serie de pasajes en los que aparece el término *munus*, contraponiéndose a *donum*. Según ULPIANO (D. 50, 16, 194; 43 *ad edictum*), la diferencia que media entre *donum* y *munus* es la misma que existe entre género y especie. *Munus*, dice el famoso jurisconsulto, es *donum cum causa*. Algún pasaje pone de relieve que *munus* es lo que se da por Ley o *imperium* (*munus publicum*), o por costumbre (*munus privatum*), mientras *donum* es lo que se ofrece espontáneamente (*sponte praestantur*). En este sentido, es decisivo el pensamiento de MARCIANO, recogido en D. 50, 16, 124.

Parece evidente que si el *munus* era *inmodicum*—como el que hacía el marido a la mujer en conmemoración del natalicio, por ejemplo—constituía una evidente donación, nos dice POMONIO (D. 24, 1, 31, 8).

Realmente, el *munus* era manifestación de un *animus donandi*. Por ello, tiene razón ARCHI cuando afirma que dar un *munus* no equivale a un *negotium gerere*; se trata siempre de un *donare* en sentido amplio (65).

Diversos pasajes de las fuentes romanas nos presentan ejemplos de donaciones remuneratorias por servicios prestados. Ha suscitado fuertes controversias un texto, contenido en D. 39, 5, 27 (Pap. 29 *quaestionum*), en el que un joven romano, Aquilio Régulo, dona y permite que su antiguo profesor de Retórica, Nicóstrato, ocupe una habitación de su casa, en agradecimiento por haber vi-

toria y la con carga en nuestro Derecho, Curso de conferencias del año 1945, publicadas por el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pág. 211; D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., págs. 3 y sigs.; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2.ª edición (Milano, 1935), págs. 102 y sigs.; TORRENTE, *La donazione* (Milano, 1956), páginas. 245-275; BALBI, *La donazione* (Milano, 1964), págs. 63-69; BRONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, págs. 705-744.

(65) Cfr. ARCHI, *La donazione* (Corso di Diritto romano), Milano, 1960, página 73. La obra de este autor la consideramos fundamental para valorar el desarrollo y alcance de la donación en el ámbito del Derecho romano. El autor ha repetido algunas ideas fundamentales de su obra en la *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, «Voz Donazione» (Dir. rom.), págs. 930-954.

vido siempre con el padre de su discípulo y por haber llevado a cabo los servicios docentes con la máxima diligencia. Suscitase, a la muerte de Régulo, controversia entre los herederos de éste y Nicóstrato, referente a la validez de la donación, que al parecer no había sido hecha observando las prescripciones de la *Lex Cincia*. Llevada la controversia a PAPINIANO, éste dictamina: «*posse defendi non meram donationem esse verum officium magistri quodam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse...*»

A pesar de que las interpolaciones son evidentes en la respuesta de PAPINIANO, como se infiere de la escasa nitidez de la misma, incomprensible en dicho jurisconsulto, y como, además, ha puesto de relieve el *Index Interpolationum*, parece indudable que aquél califica semejante liberalidad de verdadera donación, si bien no la considera una donación normal (*non «meram» donationem esse*).

Algunos pandectistas no vieron en este supuesto una donación remuneratoria, sino el pago de los honorarios debidos a un profesor de Retórica, la compensación de sus servicios (66). Sin embargo, no puede admitirse que A. Régulo no hubiera abonado los servicios docentes de su maestro. JUVENAL nos dice que la retribución de los profesores de Retórica era de dos mil sextercios por alumno y año, y ULPIANO (D. 50, 13, 1 pr.) afirma ser judicialmente exigible dicha retribución. Por otra parte, POMPONIO manifiesta que «habitar gratuitamente en casa ajena, *donatio videtur*».

En el supuesto contemplado, el hecho de permitir al maestro que habite en la vivienda perteneciente al discípulo no supone contraprestación, sino agradecimiento por unos servicios remunerados con anterioridad, auténtico espíritu de favorecer y otorgar una liberalidad. Régulo dice: *dono et permitto*. PAPINIANO, a su vez, repite dos veces la expresión *donationem*, si bien, como dijimos, se guarda de considerarla una donación simple. Se trataría, como observa D'ANGELO, de una donación por especial remuneración que en el Derecho justiniano se clasifica dentro del tipo normal de donación (67).

(66) Cfr., entre otras, DERNBURG, *Pandette*, II, *obbligazioni*, trad. ital. página 461, núm. 18; GLUCK, *Pandette*, XX, trad. ital., pág. 184.

(67) Cfr. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., págs. 90 y sigs. Con argumentos convincentes prueba que el texto de Papiniano alude a un supuesto de verdadera donación (págs. 91 y sigs).

No menos interesante se nos presenta el supuesto de donación remuneratoria realizada para recompensar al donatario por haber salvado la vida al donante: «*si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit...*» Tal donación, nos dice PAULO en sus *Sentencias* (5, 11, 6), se halla exenta de los límites fijados al *donatum* por la *Lex Cincia: in infinitum donare non prohibetur*.

El pasaje, tal como nos lo recoge el *Digesto*, manifiesta que la donación hecha para compensar el beneficio de haber salvado la vida al donante es irrevocable por ingratitud o superveniencia de hijos: *haec donatio irrevocabilis est*.

Basándose en estos textos, ASCOLI defendió la tesis de que la donación remuneratoria se circunscribió en Roma y en el Derecho ulterior a supuestos de prestaciones de servicios patrimonialmente inestimables (68). Criticada su tesis duramente por PEROZZI (69) y VENEZIAN (70), en la actualidad puede decirse que ha hecho crisis total, tras los ataques de que ha sido objeto por MAROI (71), OPPO (72) y D'ANGELO (73). En realidad, podemos afirmar, no se trata de distinguir el carácter, estimable o inestimable, del servicio, sino de ver el juego del mismo en la relación contractual para darnos cuenta de que en la donación remuneratoria no se dan las características del contrato oneroso—cambio de dos atribuciones patrimoniales según un criterio de proporcionalidad que compense el sacrificio realizado con la ventaja recibida, realizado a través de un solo instrumento negocial—, sino las de una liberalidad—dar sin compensación—cualificada por el reconocimiento o deber de gratitud.

La discusión suscitada por los textos arriba expuestos entre los romanistas se refería, sustancialmente, al problema de calificar la naturaleza jurídica de la remuneración por el agradecimiento a

(68) ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2.^a ed., cit., § 9, especialmente páginas 108 y sigs. Es interesante advertir que este autor defiende tanto para el Derecho romano justinianeo como para el Ordenamiento jurídico italiano el carácter de verdaderas donaciones que revisten las remuneratorias.

(69) PEROZZI, *In torno alla donazione*, en «Arch. Giur.», 58, 1897, págs. 535 y sigs.

(70) VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, I, trad. esp., Madrid, 1928, páginas 423-424, nota 1.

(71) MAROI, *Delle donazioni* (Lezioni), Torino, 1936, pág. 75.

(72) OPPO, *Adempimento e liberalità* (Milano, 1947), pág. 145.

(73) D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., págs. 76 y sigs.

unos servicios prestados. Autores, como CUYACIO (74) y FERNÁNDEZ DE RETES (75), sostuvieron que no se trataba de una verdadera donación, sino de una *datio ob causam* y, como tal, exenta de insinuación, revocación por ingratitud y por supervivencia o superveniencia de hijos, siendo, por tanto, permitida a los cónyuges entre sí. SAVIGNY había afirmado que la concesión de la *habitatio*, refiriéndose al pasaje de PAPINIANO, no era una donación, sino el pago de un servicio anteriormente prestado (76). De igual modo opinaron, como vimos, algunos pandectistas (77), si bien fue opinión común entre otros, apoyándose en los textos que antes expusimos, considerar como auténticas donaciones aquéllas que se hacían bajo el impulso de un deber moral de gratitud (78).

La doctrina francesa, siguiendo a POTHIER, distinguió según que la donación fuera hecha para recompensar servicios estimables o inestimables pecuniariamente, considerando que las primeras eran donaciones sólo nominalmente, mientras que las segundas tampoco debían considerarse verdaderas donaciones, en principio, por carecer el acto de espontaneidad (79). Algún autor estimó, sin embargo, que estas últimas eran auténticas donaciones (80).

El problema, en orden a si son verdaderas donaciones, ha sido, por tanto, muy discutido históricamente, en relación con el Derecho romano. Creo que es posible ver en los textos de dicho ordenamiento razones suficientes para considerarlas auténticas donaciones. Existe en las mismas un denominador común: que los servicios prestados por el donatario lo fueron con anterioridad y el donante se siente movido a remunerarlos por razones de agradecimiento o generosidad: por haberle salvado la vida («*a latrunculis vel hostibus eripuit*», dice PAULO), reconocimiento de un amor

(74) CUYACIO, *Observationes*. XXVII, c. 40 (oper. III, 785).

(75) F. DE RETES, *De donationibus academica relectio*, cap. III (*de donatione remuneratoria*), págs. 564-569, en «Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici de Meerman», VI, 1753.

(76) SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, III, cit., págs 69 y sigs.

(77) Vid. *supra*, nota 66.

(78) Cfr. KELLER, *Pandekten* (Leipzig, 1861), pág. 139; REGELSBERGER, *Pandekten*, I (Leipzig, 1893), pág. 620; ARNDTS, *Le Pandette*, trad. y anot. por Serafini, vol. I, 4.^a ed. (Bolonia, 1883), pág. 298.

(79) Cfr. POTHIER, *Traité des donations*, Sect. II, art. 3. párrafo 1; *Introduction au titre XV de la costume d'Orleans*, art. 2, núm. 46; MERLIN, *Repertoire*, voz *Donation*, sect. VIII, párrafo 3; TROPLONG, *Donations*, art. 932, número 1.073; art. 960. núm. 1.397.

filial que revierte en la persona del donatario o por celo en el desempeño de una determinada función («*cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti*», afirma el propio donante, según expresión recogida por PAPINIANO). No se revela en dichos textos una conexión de prestaciones, dar para recibir, una equivalencia y reciprocidad de ventajas y sacrificios—esencia de la onerosidad, según la opinión general (81)—o el cambio de bienes o servicios, según criterio de proporcionalidad, sino una entrega sin obligación correlativa por parte del donatario, una *datio* impulsada por la generosidad o el reconocimiento, basada en unos servicios que se prestaron con anterioridad y cuya realización no se apoyó causativamente en la remuneración del donante, sino en razones distintas, obedeciendo a móviles personales del donatario. Por eso tiene razón D'ANGELO cuando afirma que la anterioridad de la prestación de servicios respecto a la donación remuneratoria se considera signo revelador de la gratuidad esencial de esta última (82).

Pero es que, además, en dichos textos aflora con bastante claridad—pese a las posibles alteraciones postclásico-bizantinas—la idea de que se trata de donaciones. El lenguaje jurídico romano fue sumamente preciso y no se concibe el empleo de las expresiones *dono*, *donatio*, etc., con superficialidad, exentas de rigor científico. Tanto en la redacción justiniana, como en la versión de las *Sentencias*, las locuciones de PAULO son evidentes: *haec donatio irrevocabilis est; in infinitum donare non prohibetur*. En el pasaje de PAPINIANO aparece la expresión varias veces repetida, concluyendo que *non videri donationem sequentis temporis irritam esse*.

No deseamos profundizar en la cuestión: simplemente fijar unas líneas que más o menos permanecen inalterables en los ordenamientos modernos. Creemos, en conclusión, que la donación remuneratoria en Roma supuso una verdadera donación, basada en un deber de gratitud por unos servicios prestados con anterioridad a

(80) ZACHARIE, *Droit civil*, cfr. párrafo 702.

(81) Afirma PINO que, desde el punto de vista estructural, el contrato a título oneroso aparece caracterizado—en la opinión dominante—por el elemento objetivo de la reciprocidad o equivalencia entre ventaja y sacrificio (*Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, Onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, pág. 80).

(82) D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., pág. 68.

la realización de la misma, que no se remuneran como contraprestación. En este sentido, opina acertadamente PEROZZI cuando dice, refiriéndose a la donación remuneratoria, «que lo que se da no se da en razón del servicio recibido, prestación y contraprestación se desenvuelven con plena autonomía» (83). El supuesto más claro se refiere a la remuneración de servicios difícilmente estimables en dinero. Sus características esenciales consistían en la irrevocabilidad y estar exentas de las prohibiciones establecidas por la *Lex Cincia* (plebiscito del año 204 a. C.).

Parece indudable que la donación remuneratoria conserva en la actualidad carácter de verdadera donación. En este sentido se pronuncia tanto el Derecho positivo como la doctrina en general. D'ANGELO defiende el carácter esencialmente gratuito de la donación remuneratoria, observando cómo la idea de onerosidad—que toma de OERTMANN—, en el sentido de prestaciones recíprocas entre sí condicionadas, no se da en esta clase de donación: los servicios se prestaron con anterioridad a la atribución remuneratoria sin acuerdo o intención al realizarlos de que fueran recompensados ulteriormente (84). Demuestra sobradamente que la donación remuneratoria es auténtica donación: la Ley, nos dice, no ha hecho de la donación remuneratoria un tipo *a se*, sino que la ha situado dentro del ámbito de las donaciones. Siguiendo a BEKKER, concluye afirmando que la especial relevancia, en cierta medida dependiente del resultado remuneratorio, origina una *subespecie de la donación* (85). También TORRENTE considera que la donación remuneratoria es verdadera donación, puesto que es un acto gratuito, cuya causa reside, en sentido objetivo, en el enriquecimiento ajeno sin compensación y, en sentido subjetivo, en el espíritu de liberalidad (86). Recientemente, BALBI ha defendido el carácter de donación que reviste la remuneratoria al afirmar, haciéndose eco de la mejor doctrina, que el donante se decide a llevar a cabo la liberalidad, siempre espontáneamente, convencido de la conveniencia de donar

(83) PEROZZI, *In torno allá donazione*, en «Arch. Giur.», V. 50, 1897, pág. 538.

(84) D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria*, cit., págs. 61 y sigs., especialmente págs. 69 y sigs.

(85) D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria*, cit., pág. 123. La cita de BEKKER está tomada de su *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar. 1889. pág. 198.

(86) TORRENTE, *La donazione*, cit., pág. 261.

por un motivo particular, sin que exista una obligación a su cargo y sin que la prestación se encuentre en función de una corresponsividad. El carácter remuneratorio no transforma la donación en negocio mixto, como si yuxtapusiéramos donación y negocio oneroso; aquélla permanece donación en su totalidad, disciplinada, eso sí, de una manera especial en alguno de sus aspectos, dados los motivos que la inspiran (87).

ROCA SASTRE ha defendido con argumentos de peso el carácter donacional que reviste este tipo de liberalidad. La donación remuneratoria—nos dice este autor—es donación. Así resulta positivamente, o sea, *de lege data*. Nuestro Código civil la considera como donación. Después de determinar en su artículo 618 qué es donación, en el artículo 619 dispone que «*es también donación la que se hace a una persona . . . por los servicios prestados al donante*». Además, el artículo 622 habla de «donaciones... remuneratorias» (88). Se plantea Roca el problema *de lege ferenda*, afirmando *a priori* que se trata de verdadera donación. Después de probar que no constituyen un contrato oneroso, y constatar que en la misma se dan los requisitos esenciales a toda donación (*depauperatio-locupletatio* y *animus donandi*), concluye afirmando que el legislador ha estado acertado al calificarla de donación. Razones de seguridad jurídica y de facilitación reguladora lo exigen (89).

Los Códigos más progresivos consideran donación a la remuneratoria. Sirva de ejemplo el vigente Código italiano de 1942, que en su artículo 770, párrafo primero—en parte similar al artículo 1.051 del Código civil de 1865—, nos dice que «es también donación la liberalidad hecha por reconocimiento o en consideración a los méritos del donatario o por especial remuneración».

(87) BALBI, *La donazione*, cit., pág. 63. Se basa, sobre todo, como él mismo expone en la nota 1, en la opinión de autores como D'ANGELO, OPPO, BIONDI, TORRENTE, y en algunas obras anteriores de él, como *Saggio sulla donazione*, en «*Memorie dell'Istituto Giuridico di Torino*» (Torino, 1942), págs. 93 y sigs., y *Liberalità e donazione*, en «*Riv. Dir. Comm.*», 1948, págs. 165 y sigs.

(88) Cfr. ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., en «*Estudios de Derecho Privado*», I, págs. 521 y sigs., especialmente pág. 522.

(89) Cfr. ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 522 y sigs., especialmente págs. 522-536. Afirma este autor en la pág. 536 de su trabajo que si la donación remuneratoria no se considerara donación, «sería fácil dar carácter de contrato oneroso a una donación disfrazada de remuneratoria, cosa por cierto fácil, ya que para ello bastaría inventar unos supuestos servicios entre los mismos contratantes».

Realmente, nos parece evidente afirmar la naturaleza donacional de esta especie de liberalidad. Existe una espontaneidad por parte del donante que lo inclina a dar por razones internas de gratitud y reconocimiento, sin que exista un vínculo jurídico previo entre donante y donatario. El donante, por puro espíritu de liberalidad y sin obligatoriedad de ninguna especie, realiza una atribución patrimonial (enriquecimiento) que podía no haber llevado a efecto, reduciéndose su patrimonio (empobrecimiento), con la sola intención de recompensar unas prestaciones hechas independientemente de su munificencia, y sin propósito de buscar una contraprestación (*animus donandi*). Se da la gratuidad desde el momento en que se entrega por «deber moral de gratitud», como se expresaba en el famoso texto de PAPINIANO («*quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti...*») sin obtener ventaja alguna y sin ánimo de conseguirla. El sentido de gratitud y reconocimiento que impregna la donación remuneratoria, hace resaltar, quizá más que en ninguna otra especie de donación, el propósito de beneficiar sin correlativo, el recompensar por unos servicios que en otro momento se prestaron, y cuya recompensa no actúa como contraprestación a los mismos—económica y jurídicamente—, sino como fruto espontáneo de un reconocimiento moral que aquéllos produjeron.

Concluimos afirmando con la mejor doctrina y con el sentido del Derecho positivo que la donación remuneratoria es una auténtica donación. No obstante ser ello cierto, presenta ciertos caracteres que, sin destruir su esencia donacional, le imprimen cierta especialidad. Fundamentalmente, siguiendo a la doctrina (90), son los siguientes:

a) Se funda en un deber de gratitud y reconocimiento por unos servicios anteriormente prestados o por méritos especiales del donatario. La anterioridad de los servicios es decisiva a efectos de calificar la remuneración.

b) Los servicios no han de ser remunerables por el uso, siendo indiferente que sean o no pecuniariamente estimables.

(90) Vid., entre otros, algunos autores ya citados: D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., *passim*, especialmente págs 61 y sigs.; TORRENTE, *La donazione*, cit., págs. 245 y sigs.; OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., *passim*; ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 521 y sigs.

c) No parece admisible la existencia de una obligación natural de remunerar.

d) Se afirma que la causa de la donación remuneratoria reside, como la de cualquier otra donación, en el enriquecimiento sin equivalente vitalizado por el espíritu de liberalidad, es decir, por la intención de enriquecer, y que su especialidad reside en que, junto a dicha causa objetiva, se yuxtapone un motivo remunerador que tipifica la figura. Para ROCA SASTRE, la causa de la donación remuneratoria, como la de cualquier otra donación, es la intención de enriquecer o *animus donandi*, mientras que el *fin de remunerar* es un motivo causalizado (91). PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER creen que los méritos, servicios o beneficios que se remuneran son causa y no motivo (92).

Siendo la donación remuneratoria una verdadera donación (artículo 619, C. c.), su causa consiste únicamente en la *finalidad de enriquecer sin compensación para quien realiza la atribución patrimonial*, o en «la mera liberalidad del bienhechor», como dice el artículo 1.274, inciso final; el móvil remunerador no supone motivo causalizado, ni tampoco causa, no obstante la defectuosa dicción del mencionado artículo 1.274 cuando señala que en los contratos remuneratorios la causa es el servicio o beneficio que se remunera; constituye, simplemente, la delimitación de la finalidad de enriquecimiento por razón del tipo concreto de donación que supone la remuneratoria. La finalidad de remuneración no presenta autonomía para implicar *per se* causa o motivo causalizado, sino que viene a ser la diferencia específica o tipificación del fin de enriquecer. Si adoptáramos un criterio subjetivo en orden a la causa de la donación, diríamos que el *animus donandi* y el *animus remunerandi* forman una unidad inescindible: la finalidad de enriquecimiento o de atribuir unos bienes sin compensación se realiza impregnada de un espíritu de reconocimiento y gratitud.

De este modo, conectando la finalidad de incrementar el patrimonio del donatario por puro espíritu de liberalidad—causa de

(91) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 545 y sigs. Afirma ROCA, con razón, que la donación remuneratoria no abre una situación de agradecimiento, sino que la cierra.

(92) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones a Enneccerus-Lehmann*, II-2º, Barcelona, 1950, pág. 118.

toda donación—con el fin de recompensar méritos o servicios—que no suponen causa o motivo, sino mera tipificación que caracteriza la especie concreta de donación—, diríamos que la causa de la donación remuneratoria sería, propiamente, *«la finalidad económica que se satisface al realizar una atribución patrimonial sin correlativo por reconocimiento o sentido de gratitud»*.

e) Conserva, al igual que en el Derecho romano, el requisito de la irrevocabilidad por ingratitud o superveniencia de hijos. En este sentido, nos parece decisiva la opinión de Roca (93), que vemos apoyada en la propia esencia de la donación remuneratoria. Más congruente con dicha esencia, el Código civil italiano vigente, al igual que el de 1865 en su artículo 1.087, lo declara expresamente en el artículo 805: «No pueden revocarse por causa de ingratitud o superveniencia de hijos las donaciones remuneratorias...»

Estas especialidades no impiden que, al considerar la donación remuneratoria como verdadera donación, sea en principio colacionable, conforme a la letra del artículo 1.035 del Código civil. Mediante ella, se puede anticipar una parte del caudal hereditario, quebrantando la igualdad sucesoria presumiblemente querida por el causante: el móvil remunerador que caracteriza la figura no obstaculiza el enriquecimiento del donatario, que por ello mismo deberá traer a la masa hereditaria lo que recibió anticipadamente en agradecimiento a unos servicios que prestó al donante. El Código civil italiano excluye de la colación, en el artículo 742, párrafo final, las liberalidades previstas en el último apartado del artículo 770, el cual distingue neta y claramente esas liberalidades de la verdadera donación remuneratoria, descrita en el párrafo primero del propio artículo.

Calificada, pues, de verdadera donación la remuneratoria, habría de tenerse sólo en cuenta la disminución de la cuota hereditaria, no los móviles que provocaron la liberalidad en vida del causante, o las especialidades que tipifican la figura.

Sin embargo, hay que tener presente, a efectos colacionales, que no basta que la donación remuneratoria sea verdadera donación, según hemos visto a la luz de los precedentes históricos y razonamientos doctrinales, evidentemente acertados. Preciso es

(93) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 559-560.

examinar si ante nuestro Derecho positivo la misma viene considerada como verdadera donación, y, al mismo tiempo, tener en cuenta el móvil remunerador en conexión con el concepto y finalidad que tiene la colación. La primera cuestión la veremos seguidamente. La segunda será objeto de estudio en la última parte de nuestro trabajo.

2. Nuestro Código civil establece el régimen jurídico de la donación remuneratoria en unos preceptos oscuros y poco precisos. Dista mucho nuestro Ordenamiento de la nitidez y adecuada regulación ofrecida por el Código italiano vigente. Se contiene en los artículos 619 y 622 del Código civil, dentro del libro III, título II, relativo a la donación. Se hace también alusión en el artículo 1.274, que determina el concepto de causa en los distintos tipos contractuales, refiriéndose a los que tienen por finalidad recompensar servicios o beneficios, donde se incluiría—como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de marzo de 1961—el supuesto de donación remuneratoria.

El artículo 619 del Código civil, en su primera parte, se limita a exponer dos supuestos—ya clásicos—de donación remuneratoria: «es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante siempre que no constituyan deudas exigibles». Prescindimos del inciso final del propio artículo, ya que no alude a la donación remuneratoria, sino, como dice LÓPEZ PALOP, se refiere a las típicamente onerosas (94).

Nuestro Código civil se limita, pues, a considerar sólo dos tipos de donación remuneratoria: la que se hace por méritos o por servicios prestados al donante. La doctrina en general estima que sólo esta última es auténtica donación remuneratoria, negando tal carácter a la remuneración por méritos. Así, D'ANGELO estima que la donación por méritos del donatario no se comprende en el concepto de donación remuneratoria, considerando inoportuno aplicar a esta especie de donación la regla de la irrevocabilidad, pues sería injustificado anteponer los intereses del donatario *ob merita*

(94) LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*, en «A. A. M. N.», cit., pág. 41.

a los del hijo superveniente del donante (95). En el mismo sentido, PIOLA (96). En nuestra patria, la opinión dominante excluye también la donación *ob merita* del donatario del ámbito de la donación remuneratoria. ROCA SASTRE, al definir y valorar la donación remuneratoria, únicamente alude a la que se hace en consideración a servicios prestados por el donatario al donante (97). LÓPEZ PALOP nos dice refiriéndose a las donaciones *ob merita* que «son donaciones simples, sin especialidad de ningún tipo, pues excepto la donación que hacemos al mendigo en la calle o a un establecimiento de beneficencia, en que ignoramos quién sea el beneficiario de nuestro acto, normalmente la donación se realiza en atención a las prendas personales del donatario, ya que en otro caso, como decía GARCÍA GOYENA, más que liberalidad puede llamarse profusión y prodigalidad» (98). CASTÁN, a este respecto, afirma también que las verdaderas y propias donaciones remuneratorias son sólo las remuneratorias de servicios (99).

En nuestra opinión, el criterio del Código no es totalmente desacertado al considerar como donación remuneratoria la que se hace a una persona por sus méritos, y no resulta admisible, por tanto, la opinión doctrinal que pretende excluirla del ámbito de la donación remuneratoria. Cuando los méritos son relevantes, dignos de toda admiración y recompensa por el interés que revisten para la Patria, la Religión, la Cultura, etc., cuando exceden el ámbito de merecimiento que normalmente consiguen los hombres con un esfuerzo encomiable, podemos decir que la remuneración de los mismos no es fruto tan sólo de un impulso normal de liberalidad, de un deseo sin más de enriquecer a otros—donación simple—, sino de un sentimiento profundo de admiración, de un reconocimiento más hondo nacido ante unos méritos acreedores de una mayor consideración: existirá un móvil remunerador basado en unos merecimientos que, por su especial relevancia, despiertan

(95) D'ANGELO, *La donazione rimuneratoria*, cit., págs. 64-67. En su criterio el artículo 770, párrafo 1.º, al hablar de donación por méritos del donatario, no ha querido decir que tal figura constituya un caso de donación remuneratoria, sino simplemente que es una donación.

(96) PIOLA, *Donazione*, voz en «Dig. Italiano», pág. 980.

(97) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 521 y sigs.

(98) LÓPEZ PALOP, op. cit., en «A. A. M. N.», t. III, 1946, pág. 41.

(99) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, «Derecho de Obligaciones», 9.ª ed. (Madrid, 1961), pág. 235.

en el hombre propenso a la liberalidad un sentimiento de munificencia que le lleva a recompensarlos de modo especial—donación tipificada por un evidente sentido remunerador—. Por eso, tiene razón TORRENTE cuando nos dice que la donación *ob merita* es digna de protección y debe considerarse, cuando se trata de méritos especiales, como una verdadera donación remuneratoria (100).

Parece, pues, acertada la idea de nuestro Código civil al considerar, en su artículo 619, verdadera donación remuneratoria la que se hace a una persona por sus méritos, siempre que éstos sean de tal importancia que excedan la simple intención de liberalidad para constituir, como un *plus*, el móvil que impulsa a la remuneración. Este es, por otra parte, el criterio jurisprudencial, como pone de relieve la sentencia de 8 de abril de 1959 cuando distingue la dación en pago de la donación remuneratoria, definiendo ésta «como acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta y en consideración a los méritos del donatario o los servicios por él prestados al donante...»

Se discute si la expresión «siempre que no constituyan deudas exigibles», hace alusión a la obligatoriedad para quien prestó el servicio de realizarlo, o a la obligación de remunerarlo por parte del donante. LÓPEZ PALOP observa que, literalmente interpretado el artículo 619, la exigibilidad parece referirse a la persona que realizó el servicio, aunque el autor considera anómalo que para

(100) Vid. TORRENTE, *La donazione*, cit., pág. 248. Es interesante transcribir las palabras de este autor, que defiende—con argumentos, en mi opinión, aceptables—la consideración de la donación *ob merita* como verdadera donación remuneratoria: «En el plano ético, la donación *ob merita* es digna de protección, al menos como las otras dos figuras—se refiere a la remuneratoria por reconocimiento y por especial remuneración, que recoge el Código civil italiano en su artículo 770—por su finalidad de elevar, de mejorar el género humano que la misma favorece, siquiera indirectamente. Quien tiene presente las figuras más conocidas y ciertamente más importantes de liberalidad o de donaciones *ob merita*, como el premio Nobel de la paz, los premios Carregie, los literarios, no puede menos de reconocer cuánto repugnaria a la conciencia social la idea de que la liberalidad pueda revocarse por ingratitud o superveniencia de hijos... En todo caso, existe en estas donaciones, como en las otras dos que se comprenden en la denominación de donaciones remuneratorias, la idea de una remuneración, de una recompensa, de un premio. No existe, pues, razón alguna para limitar la esfera de extensión de la donación remuneratoria, que comprende tanto la que se hace por especial remuneración como la que está determinada por reconocimiento y *por méritos*. La donación remuneratoria por méritos, como figura de remuneración con existencia autónoma, ha sido defendida con acierto por BIONDI, *Le donazioni*, cit., págs. 715-716.

saber si la donación es remuneratoria o no, haya que atender, no a la donación en sí misma, sino a los servicios remunerados. Todas estas dudas—concluye el autor—desaparecerían si el artículo 619, en vez de emplear la palabra *deuda* hubiera utilizado la de *crédito*, porque entonces quedaría perfectamente claro que los servicios constituían un crédito (no una deuda) a favor de quien los realizó, y al poder reclamarlos judicialmente obtendría el pago de ellos; al contrario, si carecía de acción para pedir el pago, el donante, al actuar por propio impulso *nullo iure cogente*, habrá realizado una donación remuneratoria (101).

Es evidente que el legislador con la frase «que no constituyan deudas exigibles» se está refiriendo a los *servicios* y precisamente a los *prestados al donante*. Basta observar el sentido literal del artículo 619 del Código civil en su primera parte. Como consecuencia, si la remuneración de tales servicios es exigible *ex obligatione*, la atribución patrimonial que el donante haga en favor de quien los realizó no implicará donación, sino el cumplimiento de la obligación contraída. Esta es, y no otra, la *mens legislatoris*, acorde, por lo demás, con la propia esencia de la donación remuneratoria como liberalidad que se hace por gratitud o especial reconocimiento. Si el donante otorga unos bienes impulsado, no por estos sentimientos, sino porque se halla obligado a ello en calidad de deudor, no existirá donación remuneratoria, sino cumplimiento de una obligación que podrá ser exigida coactivamente. Es posible que mediante la atribución de los bienes realice una prestación distinta de la convenida, un *aliud pro alio*. Sería una *dación en pago*, figura «con características esencialmente diferentes a las de la donación remuneratoria» (sentencia 8 abril 1959).

Si el posible donatario renuncia a la exigibilidad de la retribución por los servicios prestados al donante, indudablemente la atribución que éste lleve a cabo en favor del beneficiado será auténtica donación remuneratoria, pues, como afirma ROCA SASTRE (102), nota característica de la donación remuneratoria es que la retribución no sea jurídicamente obligada para el donante. Este obraría por puro espíritu de liberalidad y gratitud.

(101) LÓPEZ PALOP, op. cit., en «A. A. M. N», III, pags. 41-42.

(102) ROCA SASTRE, op. cit., en «Estudios», I, pags. 520 y sigs., especialmente páginas 548-551.

En el sentido que hemos expuesto considera la jurisprudencia la expresión «siempre que no constituyan deudas exigibles», como puede verse en la sentencia de 7 de diciembre de 1948, digna de un estudio detenido, imposible de hacer aquí. Se dice en esta sentencia que las cantidades entregadas por el demandado a la viuda como remuneración por los servicios que le prestó su cónyuge difunto—consistentes en la gestión y dirección de un negocio de venta de géneros de comercio, 'mediante el oportuno poder—no constituyen liberalidad si por tales servicios tenía derecho a exigir la retribución acordada. «Admitido que el cónyuge de la recurrida—termina la sentencia—tenía derecho a percibir la retribución correspondiente a aquellas actividades comerciales, falta en el presente caso el supuesto a que se refiere el artículo 619 del citado Cuerpo legal—prestación de servicios que no constituyen deudas exigibles—, y, en consecuencia, no se dan términos hábiles para apreciar la existencia de una donación remuneratoria.»

La frase «no constituyan deudas exigibles» es superflua para la donación remuneratoria de méritos, ya que los mismos se recompensan siempre por motivos de admiración, beneficio a la colectividad, etc., pero no pueden nunca constituir en quien los tiene base para el ejercicio de una *actio civilis in personam*. Creemos que la expresión es aplicable tan sólo a la donación remuneratoria por servicios.

Del artículo 619 se deducen tres evidentes consecuencias:

a) La donación remuneratoria está calificada de verdadera donación en nuestro Derecho. Las sentencias de 7 de diciembre de 1948 y 8 de abril de 1959 confirman nitidamente el pensamiento del legislador.

b) A efectos colacionales hay que tener presente que también es donación remuneratoria la que se realiza en atención a los méritos del donatario, cuando éstos sean de especial relieve, situación que provocaría el móvil remuneratorio. Esta observación reviste un especial interés, como se verá cuando penetremos en el problema de la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias.

c) En este precepto legal se separa totalmente la figura de la donación remuneratoria de la constituida por la donación onerosa. Basta observar la literalidad del texto.

Mayores dificultades interpretativas ha suscitado el artículo 622 del Código civil, donde se establece el régimen de las donaciones remuneratorias.

Después de afirmar que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, agrega que «las remuneratorias por las disposiciones del presente título—el referente a la donación—en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». Realmente el precepto parece incomprensible, después que tanto en el artículo 619 como en el 622 el legislador pretende separar ambos tipos de donación, la onerosa y la remuneratoria: basta observar la redacción de ambos preceptos para observar esta tendencia legislativa a considerar dos figuras distintas. ¿Cómo se explica esta fórmula tan desdichada?

Una corriente doctrinal resuelve el problema asimilando el régimen positivo de la donación remuneratoria al de las donaciones simples. En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER estiman que el precepto, tal como está redactado, es punto menos que de aplicación imposible, porque no puede hablarse de gravamen impuesto como de circunstancia que caracterice la donación remuneratoria, que no implica por sí sola la existencia de un gravamen, sino que debe su naturaleza especial a la causa y no al contenido, con la sola especialidad que resulta de esta nota. El precepto, según los Anotadores de Enneccerus, comete el error de mencionar la donación remuneratoria, que precisamente equivale a las otras donaciones y se ha de regir, como consecuencia, por las disposiciones del título de donación, y sólo en lo que éste no determine, por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos (103). Análoga opinión a la de estos autores sostuvo también MUCIUS SCAEVOLE (104).

Otros autores se han ceñido—en nuestra opinión desmesuradamente—a la letra del precepto legal asimilando el régimen de la

(103) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones a Enneccerus-Lehmann. Derecho de obligaciones*, vol. II, cit., pág. 132.

(104) MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil comentado* (revisión y puesta al día por Ortega Lorca), XI, vol. II, 5.ª ed. (Madrid, 1943), pág. 597. Según este autor, si las donaciones remuneratorias son por su esencia donaciones puras y simples, ¿qué gravamen es ese al que el artículo que comentamos se refiere? Porque si se impone un gravamen, entonces ya no son donaciones remuneratorias, sino onerosas. Una de dos: o el artículo 622, en su segunda mitad, es un enigma que no podemos descifrar, o una contradicción inexplicable.

donación remuneratoria al de la donación onerosa. En este aspecto, LÓPEZ PALOP llega a la conclusión de que «los redactores de nuestro Código, influidos por estas razones, que considero evidentes—se basa en argumentos históricos, sacados de la tradición española, sobre todo de la práctica notarial—, y por la doctrina imperante, con tanta claridad expuesta por POTHIER y LAURENT, y aceptada por muchos civilistas, asimilaron la donación onerosa o la remuneración y no tuvieron inconveniente en usar como sinónimos ambos términos, lo que indudablemente es censurable; pero esa censura, por dura que sea o deba ser, no es bastante para decir que el artículo es ininteligible y mucho menos que la donación remuneratoria debe quedar íntegramente sometida a las normas de las donaciones simples» (105). En el mismo sentido parece manifestarse CASTÁN (106). También ROCA SASTRE acepta el mismo criterio, en base a la redacción literal del precepto recogido en el artículo 622, no obstante considerarlo, al igual que los autores mencionados, sumamente criticable (107). Ante lo claro y explícito del artículo 622, este autor afirma que la donación remuneratoria se regirá del modo siguiente: en la parte que exceda del valor del servicio prestado se aplicarán las reglas de la donación ordinaria; en la que coincida el valor de lo donado con el valor del servicio prestado, el artículo 622 dispone que se regirá por las reglas de los contratos. Hay que entender que alude a los contratos onerosos, ya que la donación también es un contrato (108).

Algún autor, como AMORÓS GOZÁLBEZ, ha estimado error en la dicción del precepto, opinando que la donación remuneratoria debe regirse por las reglas de los contratos, *excepto en la parte que mira exclusivamente al donatario* (109).

Mientras los autores que asimilan el régimen positivo de la donación remuneratoria a la onerosa se ciñen excesivamente al texto literal, éste último viene a hacer caso omiso del mismo. Ni el espíritu de la Ley trata de asimilar una donación a otra, ni

(105) LÓPEZ PALOP, op. cit., en «A. A. M. N.», t. III, 1946, pág. 55

(106) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, «Derecho de Obligaciones», t. IV, cit., págs. 242 y sigs., 245-246.

(107) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 554 y sigs.

(108) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 556-557.

(109) AMORÓS GOZÁLBEZ, op. cit. Curso de conferencias publicadas por el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, págs. 211 y sigs.

tampoco es posible acudir a una solución que prescinda de la *mens legislatoris*, como la de AMORÓS (110).

En nuestra opinión, el artículo 622, al decir que «las donaciones remuneratorias se regirán por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto», establece un régimen incongruente con el concepto de donación remuneratoria, que en el artículo 619 parece conocerse. En efecto, después de exponer en el artículo 618 el concepto de donación, a continuación, en el artículo 619, dice que «es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante...», es decir, que la donación remuneratoria en la mente del legislador reúne las características de ser un acto de liberalidad consistente en disponer gratuitamente en favor de una persona (art. 618). Pero, además, ya no puede quedar duda alguna de que el legislador conoce la naturaleza donacional de la remuneratoria, así como sus caracteres esenciales, cuando en el propio artículo 619 trata de alejar cualquier asomo de onerosidad en la misma, no sólo a través de la expresión «siempre que no constituyan deudas exigibles», sino también separando, al final del propio artículo, la figura de la donación remuneratoria de la onerosa. El artículo 622, a su vez, trata de no confundir ambos conceptos, al determinar un régimen para las donaciones con causa onerosa y otro distinto para las remuneratorias, aunque de hecho no lo consiga. El propio artículo 1.274 nos pone de manifiesto, indirectamente, esta idea que intentamos probar: podía el Código haber asimilado la causa de los contratos remuneratorios a la de los onerosos, o a los de pura liberalidad; pero, una vez más, observamos que el legislador considera la donación remuneratoria como una liberalidad especial; por eso no asimila su causa a la de la donación en general—a pesar de que, en nuestra opinión, el móvil remunerador del servicio no es más que que la tipificación del fin de enriquecimiento, y no causa como piensa el artículo 1.274—, tampoco la confunde con los contratos onerosos, cuya causa reside—según el propio artículo 1.274—«en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte».

Es evidente, pues, que de *lege data*, parece valorarse acertada-

(110) AMORÓS, op. cit., págs. 211 y sigs.

mente la esencia de la donación remuneratoria, y tanto en el artículo 619 como en el 1.274—incluso el artículo 622 trata, en principio, de aplicarle las reglas de la donación, intentando darle una regulación distinta de las onerosas—se está marcando una clara diferencia entre donación remuneratoria y donación onerosa.

¿Por qué ese régimen jurídico que el artículo 622 determina para la donación remuneratoria, totalmente disconforme con la idea adecuada de la misma, que el legislador parece conocer? Sólo se explica, como ha demostrado con acierto LÓPEZ PALOP, teniendo en cuenta la tradición jurídica española, especialmente contenida en la práctica notarial, así como la doctrina imperante cuando se redactaba el Código civil, influida por las enseñanzas de POTHIER y LAURENT (111). Creemos, sin embargo, que la regulación establecida por el artículo 622 del Código civil para las donaciones remuneratorias es, en realidad, letra muerta. Las observaciones que a continuación hacemos intentan ponerlo de relieve:

a) Aplicar el régimen que para la donación remuneratoria estatuye el artículo 622 significa desconocer la esencia de ésta, destruir la posibilidad de su existencia en nuestro Derecho, contra lo prescrito en los artículos 619 y 1.274 del Código civil. La donación remuneratoria, según opinión unánime de la doctrina y el concepto arrastrado en siglos de evolución jurídica, supone una liberalidad otorgada con propósito de incrementar un patrimonio ajeno y espíritu de agradecimiento por unos servicios prestados con anterioridad, que se recompensan sin estar el donante obligado jurídicamente, llevado de un móvil remunerador, esencialmente espontáneo, o por unos méritos que despiertan la admiración y el deseo de gratificarlos. Hablar, como el artículo 622, de valor del gravamen impuesto, supone eliminar el concepto mismo de donación remuneratoria en nuestro Ordenamiento jurídico, identificándola con un contrato oneroso en el que se da para recibir, en el que la remuneración actuaría de contrapartida del servicio prestado, contra la norma del artículo 619, «que no constituyan deudas exigibles». Aplicando el artículo 622, sobran los artículos 619, 1.274, así como el concepto mismo de donación remuneratoria.

(111) LÓPEZ PALOP, op. cit., «A. A. M. N.», III, págs. 47 y sigs.

b) El Tribunal Supremo ha reconocido la existencia y caracteres fundamentales de la donación remuneratoria, tal como se deduce de los artículos 619 y 1.274 del Código civil, en sentencia de 22 de marzo de 1961, al decir que «el servicio que se remunera en este tipo de donación, lo es por pura liberalidad del donante, ya que no está obligado a ello legalmente». Mientras la donación remuneratoria es un contrato unilateral, la donación onerosa es bilateral y «a la misma se aplica el artículo 1.124» (sentencias 16 diciembre 1930 y 30 diciembre 1961).

En las sentencias que hemos citado de 7 de diciembre de 1948 y 8 de abril de 1959, el Tribunal Supremo configura con suma nitidez la esencia de la donación remuneratoria, eliminando de la misma cualquier asomo de onerosidad. En esta última, por ejemplo, se habla respecto a la donación remuneratoria de «acto de liberalidad», «disposición gratuita en consideración a méritos del donatario o servicios prestados al donante», etc.

c) Mientras en la donación onerosa el acto de liberalidad va acompañado de la imposición de una carga o *modus*, en la remuneratoria no es posible hablar de «gravamen impuesto» por el donante, ya que el servicio fue prestado anteriormente por el donatario y el que realiza la atribución patrimonial a título gratuito no dona exigiendo la realización del servicio, sino que dona agradeciendo la prestación anterior del mismo.

Ciertamente, como observa LÓPEZ PALOP, la situación en orden al servicio y su valor es la misma para el donatario en uno y otro supuesto (112). Pero es evidente que en la donación onerosa, éste se halla obligado a realizarlo—existe una deuda exigible—, mientras en la remuneratoria se hizo espontáneamente.

Existe, pues, en la donación onerosa una conexión íntima entre liberalidad y gravamen, hasta el punto de revocarse aquélla si éste no se cumple (art. 647 C. c.); en la remuneratoria, servicio y retribución son totalmente independientes: quien prestó el servicio lo hizo gratuitamente y sin ánimo de recompensa; el que lo remuneró lo hace espontáneamente, por puro espíritu de reconocimiento.

(112) LÓPEZ PALOP, op. cit., pág. 55. Señala las diferencias que existen entre la donación remuneratoria y la onerosa NÚÑEZ LAGOS, *Pago de lo indebido sin error*, «R. G. L. J.», 1946, pág. 15.

d) En orden a la donación remuneratoria por méritos, todavía con mayor razón que en la de servicios se revela inoperante la última parte del artículo 622, ya que la recompensa de los mismos se debe a un espíritu de admiración o reconocimiento, de carácter inestimable, totalmente incompatible con la idea expresada en dicho precepto: «valor del gravamen impuesto».

e) Finalmente, si el Código civil, en su artículo 622, asimila el régimen de la donación remuneratoria al de las onerosas en la parte que no exceda del valor del gravamen impuesto—como afirman LÓPEZ PALOP (113) y ROCA SASTRE (114)—, se deberá concluir que de la conexión de tal precepto con el artículo 1.035 del Código civil, únicamente es colacionable el exceso del valor del gravamen impuesto, solución a que llega la doctrina en general, como veremos en el apartado siguiente. Sin embargo, tal solución es inaceptable si admitimos la donación remuneratoria en nuestro Ordenamiento, y si tenemos en cuenta su verdadera esencia jurídica, muy alejada, por supuesto, de la regulación del tan citado artículo 622. Prescindiendo del móvil remunerador, y de sus estímulos generales, que pueden ser un obstáculo serio a la colación de las donaciones remuneratorias, según ya expusimos—tendremos ocasión de enjuiciar este problema en todo su alcance—, es evidente que si un padre dona determinados bienes a uno de sus hijos en atención, pongamos por caso, al celo, diligencia y cariño que demostró asistiéndolo durante una larga y penosa enfermedad de aquél, indudablemente nos hallaríamos ante una donación remuneratoria, donde sería imposible hablar de «valor del gravamen impuesto», pero que, al igual que otra donación cualquiera, podría quebrantar el fundamento de la colación al salir del futuro caudal hereditario unos bienes que se dan por espíritu de liberalidad, sin compensación alguna por parte del hijo beneficiado. Los supuestos reales son frecuentes, revisten indudable carácter de gratuidad, imponiéndose su colación en consecuencia, al amparo del artículo 1.035 del Código civil. De aplicar el artículo 622, llegaríamos, por lo que a la colación se refiere, a una evidente injusticia—aparte de que negaríamos el concepto mismo de donación remuneratoria—,

(113) LÓPEZ PALOP, op cit., en «A. A. M. N.», t. III, págs. 45 y sigs.

(114) ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 554 y sigs.

y la injusticia consistiría en que lo donado simplemente, sería colacionable, mientras no lo sería lo que se diera por remuneración hasta el límite del servicio prestado por el donatario, a pesar de existir en ambos supuestos un empobrecimiento, un enriquecimiento y un *animus donandi*, de lesionar en idéntica forma la igualdad de los herederos forzosos ante el *relectum*, de anticiparse en las dos hipótesis una cuota hereditaria y de quebrantar en uno y otro caso el superior interés familiar (115). Si, pues, el Código civil, en su artículo 619, admite el concepto auténtico de donación remuneratoria considerándola donación, y el régimen establecido en el artículo 622 para la misma, es inadecuado a las exigencias prácticas de la figura, debemos de concluir que, en nuestro Ordenamiento, hay base positiva para, de acuerdo con las realidades sociales donde la donación remuneratoria se entronca—al igual que cualquier otra institución jurídica—admitir su colación, estimando igualmente que la idea de gravamen, de servicio remunerado como equivalente, recogida en el art. 622 del Código civil, es ajena totalmente al verdadero concepto de donación remuneratoria, conocido por nuestro legislador—arts. 619 y 1. 274 del Código civil, así como en el núm. 5 del art. 880 del Código de comercio—, la jurisprudencia—sentencias 7 diciembre 1948, 8 abril 1959 y 22 marzo 1961—y la doctrina científica (116).

III

LA COLACIONABILIDAD DE LAS DONACIONES REMUNERATORIAS

1. No es posible descubrir en la jurisprudencia clásica texto alguno que alude a la colación de las donaciones remuneratorias: la gestación lenta y casuística de esta especie de liberalidad y sus propias características son incompatibles con el viejo instituto de la *collatio bonorum*. Sólo es posible plantearse el problema una vez

(115) Para un examen de las distintas opiniones doctrinales en torno al fundamento de la colación, vid., por todos, GAZZARA, voz *Colazione* (Dir. civ.), en «Enciclopedia del Diritto», VII (Cir. Compa.), págs. 331 y sigs.

(116) Vid., por todos, en la doctrina patria, ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, cit., págs. 521 y sigs.

que el instituto colacional se transforma sustancialmente por obra de JUSTINIANO, especialmente a través de la Constitución del año 529 y de la *Novela 18*. En la Compilación bizantina eran colacionables una serie de donaciones *ob causam*: la nupcial, la *ad emendam militiam*, la dote, no las donaciones simples, salvo algunas excepciones (117). En cambio, no se enumeran entre las donaciones *ob causam* colacionables, las remuneratorias. El problema ha sido altamente discutido. WINDSCHEID se pregunta si deben colacionarse a la luz del Ordenamiento romano-justiniano, contestando afirmativamente: las donaciones remuneratorias son colacionables, excepto aquella que se dirige a recompensar al donatario por haber salvado la vida al donante. Se basa el ilustre pandectista, al excluir de la colación la donación remuneratoria por haber salvado la vida, en que la misma es irrevocable (*haec donatio irrevocabilis est*: D. 39, 5, 34, 1, del libro V de las *Sentencias* de PAULO), y no se le aplica el límite de la *Lex Cincia* (*in infinitum donare non prohibetur*: *Sentencias* de PAULO, 5, 11, 6) (118).

MICHEL, después de someter a examen una serie de textos romanos, llega a la conclusión de que la donación remuneratoria es un supuesto claro de *datum ob causam*, de donde infiere su carácter irrevocable (119). De ello podríamos deducir que si JUSTINIANO tiende a colacionar las donaciones *ob causam*, sería correcto afirmar que la remuneratoria se incluiría en dicho régimen.

Sin embargo, aparte de que es controvertido el considerar la donación remuneratoria como una *donatio ob causam* en las fuentes romanas, de no forzar los textos, es evidente que JUSTINIANO enumera unos supuestos concretos de donación *ob causam* colacionable, y entre ellos no se encuentra la donación remuneratoria (120). Es, por ello, aventurado dar una opinión en torno a su

(117) Vid., por todos, Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. I (Milano, 1960), pág. 722.

(118) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. ital. por Fadda y Bensa) (Torino, 1904), vol. III, parte 1.ª, & 610, nota 16, pág. 262. Se remite en sus argumentos a la misma obra, vol. II, parte 2.ª, pág. 25, nota 11, & 368. Para WINDSCHEID, sólo es irrevocable y está exenta de los límites fijados por la *Lex Cincia*, la donación remuneratoria por haber salvado la vida al donante, no los demás supuestos de donación remuneratoria.

(119) J. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Université libre de Bruxelles), 1962, pág. 279.

(120) C. 6, 20, 20; Nov. 18, 6.

posible colación dentro del Derecho romano, cuyo silencio a este respecto nos induce a negarla.

BARTOLO se ocupa largamente de la colación, cuyos orígenes romanos sitúa en el Derecho pretorio. Este autor excluye de la colación los *bona adventicia*. Estos bienes no tiene por qué colacionarlos el emancipado. En cambio, si son colacionables los *bona profeticia*. Esta distinción, en orden a la colación, era tan evidente para BARTOLO, que en torno a ella, afirmaba, concordaban todos: «*doctores ultramontani et citramontani*». En orden a la colación, la donación remuneratoria se considera por BARTOLO bien adventicio y, como tal, incolacionable (121).

Los comentaristas españoles de los siglos xvi y xvii, al interpretar la Ley 29 de Toro, que ordenaba colacionar al hijo o hija «la dote o donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recibido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar», se plantearon el problema de si en la expresión «e las otras donaciones» estaban comprendidas las donaciones remuneratorias. GARCÍA DE SAAVEDRA se pronunció por su colación (122), mientras GREGORIO LÓPEZ, influido por la doctrina de BARTOLO—que antes expusimos—, consideró la donación remuneratoria bien adventicia y, como tal, incolacionable (123). Mantuvieron su no colación, también, DIEGO CASTILLO (124), ANTONIO GÓMEZ (125) y LUIS DE MOLINA (126).

La tendencia a la no colación de las donaciones remuneratorias se muestra claramente en la doctrina que precedió a la codificación. Así es contundente la afirmación de SALA, que, basándose en la no colación de las donaciones simples, nos dice claramente que con mayor razón no son colacionables las donaciones remuneratorias (127).

(121) BARTOLO, *ad Cod.* 6, de *collationibus*, L. 21, si *emancipati*. nota 4. *ad Dig.* 37, de *collatione dotis*, L. 1 *quamvis*, & *si sub conditione*

(122) GARCÍA DE SAAVEDRA, *Tractatus de donatione remuneratoria* (Amsterdam, 1668), nota 50, pág. 35.

(123) GREGORIO LÓPEZ, Glosa a las palabras *non las revocare*, de la Ley 4, título XV, partida 6.^a, núm. 29, pág. 736, vers. final.

(124) DIEGO CASTILLO, *Ad leges Tauri*, lex XXIX, núm. 23, págs. 185 y sigs.: «*donatio remuneratoria est privilegiata, ut non conferatur*».

(125) ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri*, Proem. 4, vers.: «*talís donatio remuneratoria non confertur*». ».

(126) LUIS DE MOLINA, *op. cit.*, Disp. 244, cols. 1503 y 1504.

(127) SALA, *Digesto Romano Español* (2.^a ed., Madrid, 1852), L. XXXV, tit. VI, núm. 8, pág. 83.

Sin embargo, la Constitución del Ducado de Módena (1771) estableció, en su artículo 7.º, que se debían llevar a la masa hereditaria todas las donaciones, *incluso las remuneratorias hechas por los padres a los hijos*, excluyendo únicamente aquellas cuya remuneración se hubiera podido conseguir igualmente en vía judicial.

También el Derecho de las costumbres francesas (costumbres de Anjou, Maine, Touraine, Ludunois, Dunois), basado en la *égalité parfaite*, admitió la colación de las dominaciones remuneratorias, partiendo de que la misma, incluso cuando se hace para recompensar servicios especiales valorables en dinero y civilmente exigibles, no dejaba de ser verdadera donación y, por tanto, debía llevarse al *relictum*, como cualquier otra donación (128). De la amplitud suma con que está redactado el artículo 843 del Código de Napoleón—fruto de esta tendencia del *Droit coutumier*—hay que deducir la colación de las donaciones remuneratorias en el Derecho francés (129).

Sin extendernos más en esta breve referencia histórica, una conclusión parece deducirse de la misma: el problema de la colación de las donaciones remuneratorias, altamente discutido, está de acuerdo con el carácter donacional o no de las mismas, muy controvertido, por lo demás, en nuestro Derecho histórico (130).

2. Los autores españoles, ante el silencio del Código sobre el particular, han tratado muy superficialmente el problema de la colación de las donaciones remuneratorias. Por otra parte, la desdichada redacción del artículo 622, que parece considerar la donación remuneratoria, en orden a su régimen jurídico, como un contrato mixto de donación y onerosidad, ha disculpado, aunque no

(128) Cfr. en este sentido MELUCCI, *Delle collazioni ed imputazioni*, cit., vol II, pág. 11.

(129) Se dice en dicho precepto: *Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ces cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt...* Claramente se indica la obligación de colacionar toda clase de donación, directa o indirecta, sin posibilidad de retener liberalidad alguna que el heredero recibiera del causante en vida de éste.

(130) LÓPEZ PALOP, op cit., en «A. A. M. N.», t III, 1946, págs. 47 y sigs., después de un estudio histórico de la donación remuneratoria en la práctica notarial española, concluye que la misma vino confundida con la donación onerosa (que sólo en el exceso del gravamen impuesto es tal donación y, por tanto, sólo en ese exceso colacionable).

justificado, la escasa atención dedicada al problema. Es, precisamente, el citado artículo la base de que se ha partido para resolver la cuestión, de forma, repetimos, periférica e insatisfactoria. Así, MANRESA, siguiendo a LOSANA, nos dice que «no cabe excluir de la colación ninguna verdadera donación, cualquiera que sea su carácter, simple o con causa, remuneratoria u onerosa, en cuanto estas últimas excedan el valor del servicio o de la carga» (131). MORELL afirmaba no ser colacionables las donaciones remuneratorias en lo que compensen el servicio o gravamen (132). DE DIEGO manifiesta en torno al problema que «si los servicios por los que se hace la donación constituyen deudas exigibles o el gravamen impuesto es equivalente al valor de lo donado, como dejan de ser donaciones, no son colacionables; en lo que exceda o importe más de lo donado del gravamen o servicio remunerado podrá considerarse como donación, y en tal respecto, colacionable (arts. 619, 622)» (133). Análoga opinión a las anteriores, en base al artículo 619 del Código civil, mantiene P. PEÑA, cuando afirma «que deben regir los principios generales que se establecen en los artículos 619 y siguientes de nuestra Ley común. Conforme a ellos, si los servicios por los que se hace la donación constituyen deudas exigibles o el gravamen impuesto es equivalente al valor de lo donado, dejan en puridad de ser tales donaciones y no deben, por tanto, quedar sujetas a colación. En lo que exceda o importe más de lo donado del gravamen impuesto o servicio remunerado, si puede considerarse como donación, y en tal respecto hay que colacionar» (134). LACRUZ, siguiendo el mismo procedimiento, afirma que «nuestros clásicos, en su mayor parte, entendieron no ser colacionables las donaciones remuneratorias. El Código civil las considera, junto con las onerosas y modales, como donaciones «en la parte que excedan del gravamen impuesto» (135). Concluye este autor afirmando que «en las donaciones remuneratorias de servicios se colacionará el exceso cuando resulten manifiestamente desproporcionadas con el servi-

(131) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, cit., página 546.

(132) MORELL, op. cit., en «R. G. L. J.», t. 99, pág. 326.

(133) DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. III, ed. revisada y puesta al día por COSSIO y GULLÓN (Madrid, 1959), pág. 417.

(134) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, «Sucesiones», volumen III, Relaciones sucesorias en particular (Madrid, 1965), pág. 269.

(135) LACRUZ, *Derecho de sucesiones, Parte general*, cit., pág. 579.

cio en cuestión» (136). La opinión de LACRUZ es seguida por DE LOS MOROS (137). ALBALADEJO, recientemente, ha distinguido los dos supuestos de donación remuneratoria expuestos en el artículo 619, considerando íntegramente colacionable la *remuneratoria por méritos*, por reputarla donación simple. En cuanto a «la remuneratoria por *servicios prestados*, parece que en cuanto al exceso de lo donado sobre el valor del servicio, procederá la colación, aplicando la defectuosa expresión del artículo 622, del que se obtiene tal conclusión, equiparando en él, a 'gravamen impuesto' (en las con causa onerosa) 'servicio prestado' (en las remuneratorias)» (138).

Valgan estas opiniones doctrinales para darnos cuenta de que en nuestro Ordenamiento la colación de las donaciones remuneratorias se admite de forma general, pero siempre teniendo presente la norma contenida en el artículo 622—que ya criticamos y cuya inaplicabilidad es evidente si queremos defender en nuestro Derecho la figura de la donación remuneratoria, claramente admitida en el artículo 619 y concordantes—, que limita en gran manera su alcance, al confundirla con la donación onerosa.

El problema, no sólo ha llamado escasamente la atención en nuestro Ordenamiento, sino también en otros más progresivos, como el italiano, donde se han estudiado con más detenimiento y profundidad los problemas colacionales y donde las normas positivas son más explícitas. La obra de MELUCCI (139), escrita en el último tercio del siglo pasado, bajo la vigencia del Código de 1865, representó un indudable progreso en el estudio de la colación, influido por la rica tradición consuetudinaria francesa, que tanto impulsó el desarrollo de la institución. En orden a la colación de las donaciones remuneratorias, el autor se aparta de la fórmula general que recoge el Código civil francés en su artículo 843—colación de todas las donaciones, considerando la remuneratoria una especie más de éstas, sin particularidad alguna—, planteándose el problema en términos similares a como hemos visto sucede en la doctrina española. Afirma que si el descendiente ha prestado al

(136) LACRUZ, *Anotaciones al Derecho de sucesiones de J. Binder* (Barcelona, 1953), pág. 259; *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 579.

(137) DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pág. 239.

(138) ALBALADEJO, *Notas a la traducción del Derecho de sucesiones de A. Cicu*, cit., pág. 960.

(139) MELUCCI, *Delle collazioni ed imputazioni*, II, cit., págs. 7 y sigs.

donante unos servicios valorables económicamente y éste se los retribuye mediante una donación remuneratoria, se da únicamente la forma de un acto a título gratuito, nunca el contenido; al no existir verdadera liberalidad, no se ha producido desequilibrio, por este título, entre los herederos, faltando, en consecuencia, el fundamento de la colación (140). Pero si la donación remuneratoria —agrega MELUCCI—excede el valor de los servicios prestados dicho exceso constituye auténtica liberalidad, exigiéndose, por tanto, su colación (141).

La opinión de MELUCCI la vemos reflejada en autores como VITALI (142), LOSADA (143) y PACIFICI-MAZZONI (144), para quienes las donaciones remuneratorias que recompensen servicios valorables en dinero sólo son colacionables en la parte que excedan el valor del servicio; todas las demás constituyen donaciones simples y, como tales, enteramente sometidas a colación.

En vigencia del Código de 1865, otros autores, como PIOLA (145), COVIELLO (146) y D'AVANZO (147), estimaron que la donación remuneratoria debía colacionarse, al amparo del artículo 1.001, tanto se llevara a cabo por reconocimiento, méritos del donatario o por especial remuneración.

La colación de las donaciones remuneratorias, después de promulgado el Código de 1942, se admite por la doctrina en general, al amparo del artículo 737 del Código civil, en relación con el 770, párrafo primero. Revisten especial interés, al respecto, las opiniones de CICU (148) y FORCHIELLI (149). Son, por otra parte, los autores que han dedicado una mayor atención al problema.

CICU empieza observando que se deben colacionar las donacio-

(140) MELUCCI, *Delle collazioni ad imputazioni*, II, cit., págs. 8 y sigs, especialmente págs. 10 y 11.

(141) MELUCCI, *Delle collazioni ed imputazioni*, II, pág. 11.

(142) VITALI, *Delle Successioni legittime e testamentarie*, VI (Napoli, 1911), págs. 331-332.

(143) LOSADA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie* (Torino, 1911), pág. 459.

(144) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni* (Firenze, 1923), pág. 140.

(145) PIOLA, voz *Successioni* (*Rapporti giuridici fra coeredi*), en «Digesto Italiano», XIII (Torino, 1925), pág. 536.

(146) COVIELLO, *Successioni* (Napoli, 1935), pág. 464.

(147) D'AVANZO, *Delle successioni*, I, *Parte General* (Firenze, 1941), pág. 253.

(148) CICU, *La divisione*, cit., págs. 117-118; *Sucesiones*, trad. esp., cit., páginas 958-959.

(149) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 158 y sigs.; también págs. 192-193.

nes remuneratorias por ser verdaderas donaciones, aunque hace una serie de distinciones para después acabar negando, de *iure condendo*, su colación por las razones que más arriba expusimos (150). Si la especialidad—observa—que caracteriza la remuneración excede el valor normal de los servicios deseados por el donante, sólo ese exceso se colacionará; si se trata de servicios prestados y recibidos gratuitamente, la donación no debe colacionarse, pues en tales casos la prestación del servicio evitó el empobrecimiento del donante y su remuneración suplió el lucro cesante para el donatario; si, finalmente, la donación ha sido hecha en consideración a los méritos del donatario, al no suponer restablecimiento del equilibrio económico precedentemente lesionado, se colacionará enteramente. Sin embargo—concluye—, la voluntad de remunerar, base de la donación remuneratoria, en cuanto que es incompatible con los principios que rigen la colación, debería movernos a excluir del ámbito objetivo colacional todos los actos de liberalidad que revistan categoría de donación remuneratoria (151).

Sin embargo, el más decidido defensor de la colación de las donaciones remuneratorias es FORCHIELLI (152). Ha mantenido su conferimiento sin restricción alguna, criticando a CICU por su tendencia limitadora. Parte de que la donación remuneratoria es verdadera donación, según la opinión general de la doctrina, y por ello, jamás se puede negar su colación. Si bien admite la posibilidad de revisar este aspecto en un plano de política-legislativa, de *iure condito*, llega a la conclusión de que no se puede dudar que la donación remuneratoria se colaciona totalmente, como si se tratara de una donación cualquiera, sin distinguir si se dona en atención a un especial reconocimiento, por servicios prestados o méritos del donatario (153).

(150) Vid. *supra*, exposición más detallada de la postura de CICU, núm. 2: *El móvil remuneratorio y el fundamento de la colación*.

(151) El pensamiento de CICU en torno a la colación de las donaciones remuneratorias lo recoge, en esencia, GAZZARA, voz *collazione*, cit., *Enciclopedia del Diritto*, VII, págs. 339-340.

(152) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 158-162; también págs. 192-193.

(153) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., págs. 192-193. Cfr. esp. también páginas 158-162. El autor, ante las normas positivas, estima que se debe colacionar toda donación remuneratoria, sin que sea posible hacer distinciones, ya que el carácter remuneratorio no impide considerarla verdadera donación. Sin embargo, coincide con CICU en admitir que, en el plano deontológico, es oportuno preguntarse si el principio positivo del conferimiento de tales donaciones no está.

En el Ordenamiento francés, la norma amplia del artículo 843 permite colacionar las donaciones remuneratorias, como, por otra parte, admite la doctrina. BONNECASE afirma que son colacionables las donaciones propiamente dichas, ya sean *remuneratorias*, mutuas u onerosas (154). Los continuadores de PLANIOL creen que deben conferirse las donaciones remuneratorias, al igual que todas las donaciones, pero sólo en la medida en que constituyan actos de liberalidad, por lo que, al igual que las donaciones con carga, sólo debe llevarse a la masa hereditaria el exceso del valor del servicio prestado (155).

Si bien nuestro propósito en este apartado era presentar la problemática de la donación remuneratoria en el Derecho español, que es donde pretendemos aplicar la solución que aquí ofrecemos, hemos planteado someramente la cuestión en algún otro Ordenamiento, con miras a proporcionar una mejor perspectiva de la situación actual del problema. Este—repetimos—no ha sido examinado con la debida atención y es nuestra intención resolverlo tomando como base una serie de aspectos que ya hemos apuntado

3. De todo lo que hasta aquí expusimos y de las consecuencias deducidas, estamos en situación de hallar un fundamento—objetivamente indiscutible—sobre el que apoyar la colación de las donaciones remuneratorias. Tenemos razones suficientes para admitir que tales liberalidades se lleven a la masa hereditaria, concretamente en nuestro Derecho. En efecto, hemos visto que son auténticas donaciones, que por ellas el donante retribuye unos servicios espontáneamente, sin que esté obligado a ello jurídicamente y sin que los servicios prestados por el donatario exijan, como contraprestación, ser remunerados. A la vista del artículo 619 del Código civil, la donación remuneratoria está considerada como una entidad distinta de la onerosa, y el artículo 622 no es obstáculo

en evidente contradicción con el propio fundamento de la colación. Espera que el futuro legislador, teniendo en cuenta que la colación se basa en la anticipación de una cuota hereditaria, remedie el problema concreto de la colación de las donaciones remuneratorias, excluyéndolas de la misma, completando de este modo el justificado tratamiento a favor que a dichas donaciones ha concedido el Código vigente al excluirlas de la revocación y reducción (art. 809, ap. final C. c.).

(154) BONNECASE, *Elementos de Derecho civil*, III, trad. esp., pág. 494.

(155) RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit civil*, IV, París, 1959, págs. 909-910.

a esta consideración, precisamente porque no es imaginable que el legislador quisiera desterrar de nuestro Ordenamiento el único concepto posible de donación remuneratoria que en el artículo 619, corroborado en el propio artículo 1.274, parece conocer con bastante claridad.

Apoyados en rigurosas premisas científicas—«la doctrina es concorde, dice FORCHIELLI, en afirmar que la donación remuneratoria es siempre y evidentemente una donación» (156)—, ante los preceptos de nuestro Código civil, especialmente el artículo 619, y fundados en el propio concepto y mecanismo jurídico de las liberalidades remuneratorias, no dudamos en afirmar que la donación remuneratoria es auténtica donación (157). Las especialidades que la misma pueda presentar no suponen obstáculo a su colación, ya que en todo caso siempre se trata de un empobrecimiento-enriquecimiento que viola los principios fundamentales informantes del instituto colacional, al igual que si se tratara de una donación cualquiera.

La donación remuneratoria es una donación con especialidades, pero donación, y esto es lo que se tiene en cuenta a la hora de aplicar la fórmula amplia del artículo 1.035 del Código civil. La conjunción del artículo 619 con el 1.035, la propia naturaleza de la donación remuneratoria, nos mueven a admitir de *iure condito* la colación por entero de las donaciones remuneratorias. Afirmar, como hace la doctrina española, que únicamente se colaciona el exceso del servicio remunerado, por aplicación ciega del artículo 622 del Código civil, es no tener presente el concepto esencial de donación remuneratoria, creer que ésta es un juego de prestaciones conexas, un *do ut des* mutuo, y no una remuneración basada en móviles de gratitud y reconocimiento por unos servicios que se retribuyen sin obligación de hacerlo. Los servicios prestados, si bien pudieron enriquecer el patrimonio del donante y compensar su empobrecimiento como consecuencia de la atribución patrimonial realizada, revisten carácter autónomo, no se hicieron para recibir, sino gratuitamente. Existe, realmente, una liberalidad por ambas partes, ya que si así no fuera, tendríamos un servicio prestado para ser retribuido, «deudas exigibles», que destruyen el fin

(156) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 159.

(157) Vid. por todos. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., págs. 163 y sigs.

de liberalidad, la idea de donación (art. 619, C. c.). No existe gravamen, sino liberalidad y espíritu de generosidad, que son todo lo contrario a cambio proporcional de bienes, compensación de ventajas y sacrificios, ideas todas que juegan un papel decisivamente calificador de la onerosidad.

Ya vimos cómo de la función que la doctrina asigna a la colación, y sea cualquiera la postura que se adopte, no existe obstáculo alguno para el conferimiento total de las donaciones remuneratorias.

En el ámbito del Derecho constituido, creemos que es posible interpretar el silencio del Código civil, en orden a la colacionabilidad de las donaciones remuneratorias, en un sentido afirmativo: se trata de verdadera donación, y como tal está reconocida en el Código civil (arts. 619, 1.274); no es posible considerarla de otra forma, so pena de negar la liberalidad remuneratoria en nuestro Ordenamiento; la fórmula del artículo 1.035 es clara: habla de traer a la masa hereditaria lo que se recibió del causante en vida de éste... por *donación* u *otro título lucrativo*; los propios fines y el fundamento de la colación son congruentes, en el terreno de los principios, con la devolución al *relictum* de aquellas remuneraciones hechas en vida del *de cuius*. En buena lógica jurídica, habría que pronunciarse por su colación.

Sin embargo, no creemos que tales argumentos sean suficientes para interpretar afirmativamente el silencio del Código. Si nada es posible objetar a los mismos en el terreno de los principios, razones poderosas, de fondo sustantivo, nos impiden pronunciarnos por una solución positiva. El concepto mismo de móvil remunerador—superior, en nuestro criterio, dentro del ámbito colacional, a la idea objetiva de salida de bienes anticipadamente, quebranto de la igualdad sucesoria—, el nuevo planteamiento de la colación que propugnamos, incompatible con la idea de donación, lo absurdo que sería, sobre todo, colacionar las donaciones remuneratorias por méritos, son otros tantos argumentos que nos mueven a negar, incluso de *iure condito*, la colación de las donaciones remuneratorias. *El silencio del Código al respecto nos lleva a una solución negativa*, como veremos en el número próximo, al encontrarnos con unas razones más poderosas, en nuestra opinión, que las que apoyan la solución afirmativa.

4. El artículo 1.035 del Código civil nos da una definición de colación poco nítida desde el momento en que parece englobar en su concepto una serie de operaciones defensoras de la legítima, involucradas con la colación desde las Leyes de Toro. No es extraño por eso, como observa LACRUZ, que en la definición del artículo 1.035 del Código civil se haya mencionado a la *regulación de las legítimas*, ni que el artículo 818 a las donaciones que cuentan para el cálculo de la legítima las califique de «donaciones colacionables», ni que, finalmente, en el capítulo de la colación se introduzcan preceptos y alusiones dirigidas a la salvaguardia de la herencia forzosa (158). Desbordaría la finalidad del presente trabajo hacer un estudio de estas operaciones defensoras de la legítima (159).

Diremos, con VALLET, que computación, imputación y reducción, de una parte, y la colación, de otra, son operaciones independientes y sucesivas. Mientras la computación e imputación tienen por finalidad encasillar donaciones y legados en su correspondiente cuota ideal para velar porque no exista inoficiosidad, la colación, en cambio, se dirige a formar otra masa diferente que constituirá el caudal partible (160). El cálculo de la legítima, observa LACRUZ, supone la reunión ficticia del *donatum* y *relictum*, y la división hipotética de esta hipotética cantidad, a fin de averiguar la cuantía de la legítima individual. Tras la reunión ficticia viene la imputación a cada legitimario de cuanto hubiese recibido del causante, a fin de saber si se halla pagado en su legítima. La colación, aunque se practique entre legitimarios, no es un instrumento de defensa de la legítima; aunque parte de una suerte de reunión ficticia, ésta sólo tiene por objeto servir de base a un nuevo reparto del caudal (o de la parte destinada a los legitimarios); y aunque se realiza por imputación, no se trata de una operación contable a

(158) LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 566.

(159) Para un estudio exhaustivo de los problemas referentes a la computación, imputación y reducción de donaciones inoficiosas, así como de los colacionales, en el Código civil, vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., págs. 463 y sigs. Cfr., también del mismo autor, *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, «A. D. C.», XVIII-I, (enero-marzo, 1965), págs. 3 y sigs. Revisten también especial interés para el problema las obras del mismo autor, *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales Ordenamientos del Occidente europeo*, «R. I. D. C.», 3, 1954, págs. 45 y sigs; *La colación propiamente dicha en el Código civil español*, «R. D. E. A.», año II-7, 1957, págs. 3 y sigs.

(160) VALLET, *Apuntes*, cit., págs. 563-564.

fin de determinar si el donatario se halla pagado en la legítima, sino de una especie de pago ficticio de la participación del donatario en la herencia: consecuentemente, aquí no se distingue entre la legítima estricta, la mejora y los bienes de libre disposición (161).

La colación supone la existencia de varios herederos forzosos que concurren a una sucesión, limitándose fundamentalmente a variar las participaciones en el caudal relicto. Se trata de agregar ficticiamente a la masa hereditaria todo aquello que los legitimarios obtuvieron a título gratuito del causante cuando éste vivía para calcular la cuota que en dicha masa pertenece a cada uno de ellos. Se pretende hacer un nuevo reparto del *relictum*, se busca una reconsideración de la participación del donatario en el patrimonio del causante.

Como observan ROYO MARTÍNEZ (162) y VALLET (163), el Código civil no separa ni distingue con la nitidez y precisión que fuera de desear la colación en sentido estricto y la computación de las donaciones; «precisa, según el artículo 818, para fijar las legítimas y la cuota de libre disposición y para reducir los legados, y tras ellos, las donaciones inoficiosas». En la colación a que se refiere la sección 1.ª, capítulo VI, título III, libro III del Código (arts. 1.035-1.050), no late la idea, ni aún la sospecha—observa ROYO—de inoficiosidad o extralimitación del *de cuius* en sus facultades dispositivas a título lucrativo, sino un criterio interpretativo de la voluntad del causante, cuando ayuda u obsequia con donaciones en vida a uno de sus herederos forzosos, no se propone hacerle de mejor condición que a los restantes, de una manera definitiva, sino anticiparle algo de lo que un día le ha de corresponder, y por ello, salvo que el causante destruya o excluya tal presunción a través de una manifestación expresa, la Ley ordena la nivelación al tiempo de partir (164).

He aquí, pues, la idea esencial en que se basa el concepto de colación, inconfundible con las operaciones defensoras de la legi-

(161) LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 567. Cfr. páginas 567 y 568, así como nota 5 en la pág. 567, donde se hace una clara y sucinta distinción entre las operaciones colacionales y las de cálculo de la legítima.

(162) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»* (Sevilla, 1951), páginas 355 y sigs.

(163) VALLET, *Apuntes*, cit., pág. 563.

(164) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, cit. págs. 355 y sigs.

tima (165): supone la colación un anticipo de cuota hereditaria y, como tal, implica que el donatario toma de manos en la masa herencial lo que se le donó en vida, viniedo a ser, en consecuencia, una agregación ficticia de ciertos bienes o valores recibidos del causante, como consecuencia de haberse modificado anticipadamente las porciones hereditarias. Por ello, es válida, en nuestra opinión, la afirmación de FORCHIELLI, cuando dice «que el legislador ha establecido la colación porque ha partido del presupuesto de que el ascendiente, cuando dona al descendiente, intenta, por lo general, anticiparle toda o parte de la herencia futura» (166).

La colación implica, por tanto, en el concepto tradicional, claramente delimitado de los instrumentos que velan por la legítima, la coexistencia de varios legitimarios concurrentes a una misma sucesión, alguno de los cuales experimentó un aumento de su patrimonio como consecuencia de un acto a título gratuito hecho en vida del causante a expensas del *relictum*. La consecuencia inevitable es agregar imaginariamente—percibiendo de menos—ese anticipo, salvo dispensa del causante. No se trata de sumar el *donatum* al *relictum*, sino de añadir al *relictum* una parte del mismo, entregado en vida del *de cuius*, y que al morir éste engrosó de nueva la masa de donde salió.

Sin embargo, y en base a esta noción de colación—obligación que tiene el heredero forzoso de llevar a la masa hereditaria aquello que recibió en vida del causante a título gratuito, por estimarse mera anticipación de toda o parte de su cuota sucesoria—, nos vemos obligados a criticar la idea misma de la institución, reconsiderando aquellas observaciones que hacíamos en el número 2 del

(165) La doctrina predominante, a partir sobre todo de MORELL (op. cit., en «R. G. L. J.», v. 98, 1901, págs. 288-307; v. 99, 1901, págs. 320-330; v. 108, 1906, págs. 27 y sigs. y 113 y sigs.), ha distinguido claramente el concepto impropio de colación del artículo 818, referido a la computación para cálculo de la legítima, de la noción técnica y más estricta que recogen los artículos 1.035 y sigs. del C. c. Se puede afirmar que mientras los artículos 818 y sigs. tienen por objeto agregar ficticiamente o computar todas las donaciones—incluso las hechas a extraños y del tipo que sean—a la masa hereditaria, para imputarlas a la legítima y al tercio de libre disposición, con el fin de establecer la cuota legitimaria y reducir los legados y donaciones inoficiosas, los artículos 1.035 y sigs. no tienen como finalidad esencial velar por la legítima, sino regular una figura de distinto alcance y fundamento, la colación o simple alteración del caudal partible, como consecuencia de haberse anticipado gratuitamente una parte del mismo a algún coheredero legítimo.

(166) FORCHIELLI, *La collazione*, cit., pág. 48.

apartado 1.º. Decíamos allí que era absurdo hablar de colación de donaciones: si éstas han de agregarse ficticiamente a la masa hereditaria para percibir de menos *iure hereditario* lo que se recibió de más en vida del causante, ¿cómo podemos hablar de donación? Si ésta supone un enriquecimiento del donatario (*locupletatio*) y un espíritu de liberalidad en el donante (*animus donandi*), como elementos esenciales a toda donación, al llevar el valor de las mismas—modificando las proporciones que le corresponden en la adjudicación del caudal relicto—ha desaparecido la idea de donación, ya que el donatario no se ha enriquecido, pues ha de devolver lo donado—mediante reducción proporcional de la participación en el *relictum*—, y el donante, al pensar en la futura agregación del valor de los bienes donados, carece de *animus donandi*. No se dona, sino que se anticipa lo que corresponderá al presunto donatario; no se entregan unos bienes que enriquecerán el patrimonio del donatario, sino que se adelanta una entrega, por acto *inter vivos*, que ya le corresponde *iure hereditario* y que se consolidaría después de la muerte del causante. Si mediante el anticipo de cuota en vida se merma la porción que la Ley reserva a los legitimarios, habrá que realizar las operaciones de computación, imputación y reducción de donaciones por inoficiosidad. La colación, en tal caso, no procede, ya que ésta, como observa LACRUZ, sólo tiene por objeto servir de base a un nuevo reparto del caudal (167).

Cierto que el heredero forzoso sólo está obligado a traer a la masa el valor que lo donado tenía al tiempo de la donación (artículo 1.045) y, como consecuencia, es posible que desde que aquélla tuvo lugar hasta el momento del conferimiento, se haya incrementado el valor de lo que se entregó anticipadamente, como consecuencia de ciertas inversiones, empleo productivo de los bienes, etcétera, mas esto excede el ámbito donacional. Es posible que también haya sucedido lo contrario, que el donatario no haya sabido hacer un uso productivo de los bienes donados, que en determinadas operaciones comerciales, por ejemplo, haya perdido totalmente las cantidades o bienes donados en vida del causante. Riesgos y ventajas son para el donatario, como dice el artículo 1.045,

(167) LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte General*, cit., pág. 567.

pero unos y otros son independientes del contrato de donación y de los bienes que integran su contenido. Aparte los problemas que plantea dicho precepto legal—resueltos magistralmente por Cossío (168)—es evidente que sólo se trae a la masa hereditaria el valor de lo donado al tiempo de la donación, y dicho valor agota el ámbito de la liberalidad y el de su conferimiento.

Las situaciones en que puedan encontrarse los bienes donados desde que tuvo lugar la entrega de los mismos hasta su conferimiento, dependen de múltiples factores, verbigracia, facultades del donatario, fluctuaciones del tráfico comercial, etc., y son totalmente ajenas al contrato de donación, cuya entidad jurídico-esencial se agota una vez que el donatario acepta (art. 629, C. c.) o, en todo caso, desde que el donante conoce la aceptación del donatario (artículo 623) (169). El causante que en vida del mismo ha entregado a uno de sus descendientes bienes pertenecientes a su patrimonio, y que al morir recibe proporcionalmente de menos, no ha donado—salvo dispensa, lo que implica, a su vez, inexistencia de colación—, simplemente anticipa algo que le pertenece al heredero. No hablemos, pues, de colación de donaciones, como se ha hecho tradicionalmente, porque sería un contrasentido; supondría quitar con una mano, como dijimos más arriba (170), lo que ya dimos con otra: dar unos bienes en vida para deducir su valor *post mortem*. Hablemos, simplemente, de *anticipación de cuota hereditaria*, de dar por acto *inter vivos* lo que ya tenemos derecho a tomar por acto *mortis causa*. Sólo podríamos afirmar que existía donación cuando el causante en vida entrega unos bienes al futuro heredero con propósito de no deducirlos del *relictum*—en cuyo caso habría intención de liberalidad, *animus donandi*, ocasionando un evidente enriquecimiento del donatario—, pero en tal caso no existiría colación, desaparecería la idea de agregación ficticia al acervo hereditario. No digamos, en conclusión, que existe *colación de donaciones*; hablemos, simplemente, de *antipo de cuota sucesoria* (171).

Este esquema es aplicable, lógicamente y con mayor razón, a

(168) Cossío, op. cit., «R. D. P.», junio de 1966.

(169) Para un estudio de estos preceptos legales, cfr. LALAGUNA, *Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación*, «R. D. P.», 1964, págs. 275 y sigs.

(170) Vid., *supra*, ap. I, núm. 2.

(171) Vid., *supra*, ap. I, núm. 2.

la llamada *colación de donaciones remuneratorias*. Si el donatario ha de llevar a la masa herencial el valor de la remuneración de los servicios prestados o la recompensa de sus méritos, no digamos que existe, en tal caso, donación remuneratoria; hablemos más bien, de apariencia de liberalidad. No puede existir donación remuneratoria cuando la finalidad remuneradora y el espíritu de reconocimiento son ilusorios, si se entregan en vida del causante unos bienes al legitimario que le pertenecen *iure hereditario* y cuyo valor se le deducirá del patrimonio relicto.

En efecto, ¿qué tipo de agradecimiento es el del donante que recompensa unos servicios por un lado y por otro descuenta su importe del *relictum*? ¿Cómo podemos hablar de admiración ante unos méritos cuya remuneración es ficticia desde el momento en que la percibirá de menos después de la muerte del causante? La finalidad remuneradora, esencial a la donación remuneratoria, desaparece si damos, para quitar, si el deber moral de gratitud o la admiración que despiertan los méritos relevantes del donatario fundamento del móvil remunerador, están apoyados en una ficción que podría traducirse en estos términos: «agradezco tus servicios y admiro tus merecimientos; por eso te hago donación de unos bienes cuyo importe se deducirá de la cuota que te corresponda cuando yo muera» (172).

Aunque es concebible normalmente en estos supuestos la dispensa colacional, también podemos aplicar aquí lo que decíamos para las donaciones en general: desde el momento en que aquélla exista desaparece la idea de colación por expresa voluntad del causante (art. 1.036).

No podemos hablar, por consiguiente, y a mayor abundamiento de razones, de *colación de donaciones remuneratorias*. Sólo es posible hablar de *anticipación de cuota hereditaria para agradecer unos servicios o reconocer méritos relevantes*, sin que sea posible llevar su estimación a la masa hereditaria, si no queremos desvirtuar, como decía Crcv (173), e incluso destruir el *móvil remunerador* y la esencia misma, en consecuencia, de la especialidad que reviste la donación remuneratoria.

(172, Vid., *supra*, ap. I, núm. 2.

(173) Crcv, op. cit., págs. 117-118, y 959, respectivamente.

Concluimos nuestro estudio negando, de *iure condito*, la colación de las donaciones remuneratorias en base a las razones siguientes:

a) Interpretamos el silencio del Código civil en orden a la colación de las donaciones remuneratorias en un sentido negativo, excluyéndola de la fórmula amplia utilizada por el artículo 1.035. El deber de gratitud por unos servicios o la admiración por unos méritos, impulsos del móvil remunerador, desaparecerían—y con ellos la propia donación remuneratoria—si la recompensa por los mismos se diera en un momento anterior y se quitara en otro posterior.

b) Excluidas las donaciones remuneratorias de la revocación por ingratitud y supervivencia de hijos y no considerándolas el legislador fraudulentas e ineficaces respecto de los acreedores del quebrado, al contrario que lo que sucede con las demás donaciones (artículo 880, n. 5 del Código de comercio), creemos aplicable, por analogía, este régimen de favor a las donaciones remuneratorias que el causante haga en vida a sus herederos, quedando exentas de colación.

De *iure condendo*, no creemos se pueda hablar de colación de donaciones, y con mayor razón, de donaciones remuneratorias. Como antes expusimos, si existe colación, no podemos hablar de donación. La colación destruye de por sí la propia esencia de la donación. Se trata, simplemente, de unos mismos bienes integrantes del caudal relicto, cuya disposición, reservada para después de la muerte del causante, se adelantó *inter vivos*. En las donaciones remuneratorias, los servicios o merecimientos del heredero forzoso provocaron en el causante un deber de gratitud o reconocimiento que le mueve a anticipar en vida del mismo una parte del acervo hereditario para recompensarlos, y cuyo valor no es deducible *pos mortem*, a no ser que neguemos los caracteres sustanciales de la donación remuneratoria—en su aspecto general y específico—y apoyemos la liberalidad en un engaño o en un puro mito.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

Doctor en Derecho y Profesor Adjunto
de Derecho civil en la Universidad de Salamanca