

EL CÓNYUGE VIUDO COMO HEREDERO FORZOSO ESPECIAL Y LA COLACIÓN HEREDITARIA*¹

M^º EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

RESUMEN

El art. 807. 3 CC establece que el viudo es un heredero forzoso distinto de los demás. No obstante, surgen dudas sobre la aplicación al mismo de normas dispuestas para otros legitimarios. Parece acertada la tesis, mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, que excluye al viudo de la obligación de colacionar la donación recibida del cónyuge premuerto, si bien requiere ciertas precisiones. Una reflexión sobre las cuestiones que origina este problema contribuye a considerar los derechos del cónyuge en tiempos de revisión de las legítimas.

PALABRAS CLAVE

Viudo, legítima, donación, colación, imputación, herederos, igualdad.

* Fecha de recepción: 24-02-2024. Fecha de aceptación: 10-04-2024.

1. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros» (PID2019-104226GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

THE WIDOWED SPOUSE AS A SPECIAL FORCED HEIR AND THE INHERITED COLLATION

ABSTRACT

Article 807.3 of the Spanish Civil Code establishes that the widowed spouse is a forced heir distinct from the other forced heirs. However, doubts arise regarding the application of the rules set out for other forced heirs to the widowed spouse. The prevailing position in doctrine and jurisprudence which excludes the widowed spouse from the obligation to collate the donation received from the deceased spouse seems well-founded, although it requires certain clarifications. Reflecting on the issues that this problem raises contributes to considering the rights of the widowed spouse in times when compulsory shares are being reviewed.

KEYWORDS

Widowed spouse, compulsory share, donation, collation, imputation, heirs, equality.

SUMARIO

1. Introducción	477
2. Igualdad y cónyuge viudo	481
2.1. La finalidad igualatoria de la colación.....	481
2.2. ¿También reparto igualitario para el cónyuge viudo?	487
3. La colación como deber de los coherederos forzosos.....	497
4. Conclusiones.....	510
Bibliografía.....	512

1. INTRODUCCIÓN

Aunque las legítimas han sido tradicionalmente objeto de debate, ya hace tiempo que se ha acentuado la clásica polémica entre la libertad de disposición del causante y el sistema legitimario como límite a aquella. Los derechos del cónyuge viudo no quedan al margen de la reflexión. Para empezar, puede plantearse la oportunidad de una protección adicional a la que ya suponen las normas sobre régimen económico matrimonial (que tienen en cuenta la colaboración, incluso cuando se trata de un régimen de separación de bienes), habida cuenta del diferente contexto socio-económico actual, tendente a la independencia conyugal sobre la base de que ambos cónyuges pueden proveer, con su trabajo, a su subsistencia y bienestar.

Por otra parte, cuando se piensa en que la voluntad de cada uno de los cónyuges hubiera sido la adecuada protección del otro, a su muerte, se olvida que precisamente en esa presunta voluntad de los esposos se basa la sucesión intestada; de modo que, si el causante no se pronunció, se presume que eso es lo que hubiera querido: que el viudo sea su heredero, si no hay parientes en línea recta (sin perjuicio de que también sea cuestionable su posposición a los ascendientes), o que el viudo reciba el mínimo legal, si los hay. Pero de lo que se trata, si de legítimas hablamos, es precisamente de imponerlas frente o contra la voluntad de los esposos; la legítima es una institución que se aplica a pesar de la voluntad del causante, que dispone de sus bienes a favor de otros. Desde ese punto de vista, toma otro cariz la pregunta sobre la ampliación de los derechos del viudo, cuya respuesta tampoco debe ignorar, de otro lado, el escaso alcance de los que hoy se reconocen (si concurre con los hijos, caso más frecuente, solo sobre un tercio del caudal relicto un derecho de usufructo cuyo valor va disminuyendo a medida que avanza la edad del cónyuge). De mantenerse su legítima, podría abordarse la conveniencia de esta cuota usufructuaria o su sustitución por un derecho de propiedad, así como el alcance o cuantía de ambos. Incluso habría de valorarse si la protección del viudo pasa necesariamente por considerarlo heredero forzoso y si sus intereses o necesidades no pueden quedar satisfechos mediante derechos al margen del sistema de legítimas, tal y como se dispone en el Código Civil de Cataluña, por ejemplo, donde el cónyuge no es legitimario, pero no por eso resulta ignorado (así, arts. 231-30 y 231-31 para el ajuar y el año de viudedad, 442-3 para los llamamientos en la sucesión intestada y 452-1 y siguientes para la cuarta viudal).

La reciente STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) ofrece una nueva oportunidad de comprobar tanto las complicaciones que añade la regulación de la legítima del viudo al ya complejo sistema legitimario como que cualquier solución incide en la controversia sobre la libertad de disposición del causante y los frenos a la misma. Abordando el tema de la sentencia, ¿ha de ser igual el tratamiento de todas las donaciones realizadas en vida por el causante, cualquiera que sea el heredero forzoso donatario? En general, lo niega la doctrina y la jurisprudencia, que rechazan que el viudo deba colacionar el valor de la donación recibida del cónyuge premuerto. Pero esta conclusión no puede obtenerse sin constatar las peculiaridades de la legítima del cónyuge y sin observar que es una solución que favorece al viudo y, por presuponer la imputación de la donación al tercio

libre, es contraria a la libertad de disposición del causante. Si hoy se aboga por la ampliación de la autonomía de la voluntad del causante, resultaría más acorde con la misma la imputación de la donación a la legítima del cónyuge, con el consiguiente deber de colacionar el valor de lo donado, de modo que, dando por cumplidos los deberes del causante mediante donaciones en vida, fuera mayor el margen de libertad para las disposiciones *post mortem*. No obstante, parece que la idea de anticipo de legítima procede más para los descendientes que para el cónyuge, de modo que la naturaleza y fundamento de su legítima no conducen sino a descartar su obligación de colacionar el valor de lo recibido en vida por donación del consorte premuerto.

En el régimen de legítimas del Código Civil se parte de que el usufructo viudal puede resultar incómodo, si no fuente de conflictos entre los herederos y el viudo, razón por la que se regula su conmutación en los arts. 839 y 840. Pero una cosa es «cambiarle» al viudo su derecho de usufructo por otras cosas, y otra bien distinta es negárselo por considerarse que ya tiene recibida su legítima, o incluso más, toda o parte de su participación en la herencia si esta era mayor (fue instituido heredero o legatario por el esposo premuerto), al haber recibido una donación en vida de su difunto consorte.

Si un cónyuge condona al otro una deuda, al fallecimiento de aquel, ¿tiene este que descontarse el valor de lo perdonado de su legítima (capitalizada) y de su cuota (por ser heredero o legatario)?, eso es lo que reclamaban los hijos en el caso de la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724). Si uno de los esposos cede gratuitamente al otro un contrato de reconocimiento de deuda (celebrado entre el cónyuge cedente y extraños), ¿tiene que colacionar su valor el cónyuge cesionario en la herencia del esposo cedente?; así lo solicitaba el hijo demandante en el caso resuelto por la STS de 25 octubre de 2000 (RJ 2000/8549). La petición procedía de la viuda, sin embargo, en el caso que decidió la SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187), pues consideraba no colacionable la cantidad de 18.000.000 de pesetas donada a la misma por el marido premuerto, correspondientes a ingresos de efectivo y a la transferencia de un coche (también alegaba la viuda una deuda de la herencia a su favor por los 20.000.000 de pesetas que ella había prestado al causante para realizar unas obras en un chalet del marido fallecido).

El art. 1035 CC impone el deber de colacionar el valor de la donación recibida en vida al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean. Así pues, concurriendo el viudo con los hijos, sean comunes o propios del causante, se daría el presupuesto de la norma. Ahora bien, esta fácil solución es muy discutible; tanto, que la tesis mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia niega la obligación de colacionar del viudo. Y, en efecto, hay que tener en cuenta que el cónyuge viudo siempre ha sido un legitimario «especial». Para empezar, con anterioridad al Código Civil no era heredero forzoso².

2. El cónyuge viudo no era legitimario ni en el Proyecto de 1851 ni en el Anteproyecto de 1882. El derecho romano solo otorgaba legítima a la viuda pobre. Con anterioridad al Código Civil la solución pasaba por el régimen económico matrimonial; si bien en algún momento se reconoció a la viuda el usufructo de una porción, parece que como heredero forzoso aparece por primera vez

Cuando, con el Código Civil de 1889, se decidió que lo fuera, se añadió en el art. 807.3º que era heredero forzoso el viudo o viuda «en la forma y medida» que establece el Código Civil. El cónyuge viudo siempre ha estado aparte. Por eso, quizá no le sean aplicables normas o instituciones dispuestas para los herederos forzosos en general.

Aparte, frente a los hijos, se consideraba la esposa en el caso de la reciente STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724), de la que podemos partir, pues el planteamiento del problema por las partes y su solución en las diferentes instancias gira en torno a tradicionales argumentos a propósito de la colación por el viudo. En el caso la esposa negaba el deber de colacionar el importe de un préstamo que el cónyuge fallecido le había concedido y luego le condonó. El marido falleció en 2015, bajo testamento otorgado en 2012 con las siguientes disposiciones: «reconoce» a sus tres hijos, Regina, Sabino y Silvia, lo que les corresponde por legítima estricta, por terceras partes iguales; lega a su esposa, Herminia, el pleno dominio del tercio de libre disposición, sin perjuicio de su cuota viudal usufructuaria; instituye heredera en el resto de sus bienes a su hija Silvia, sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente. Son Regina y Sabino quienes reclaman la colación de lo condonado.

Según el JPI, procede considerar la cantidad condonada (45.000 euros) como colacionable, debiendo ser deducida de la masa hereditaria que haya de recibir D.ª Herminia (art. 1035 y ss. CC); al respecto, señala el juzgado, debe señalarse que el cónyuge supérstite es heredero forzoso conforme al art. 807.3º y concordantes CC. Añade que aquella cantidad constituye un anticipo de la herencia que haya de recibir doña Herminia (artículo 1035 CC), de manera que una vez determinado o liquidado el haber de cada coheredero deberá computarse dicha cantidad para serle detrída a doña Herminia de su haber, percibiendo los herederos forzosos el equivalente.

La viuda interpuso recurso de apelación alegando que las donaciones que le hizo el causante solo son «colacionables» en el sentido amplio recogido en el art. 818 CC, pero no en el sentido estricto del art. 1035 CC. Entendía que las donaciones debían computarse para calcular la legítima y valorar si se perjudicaba a los legitimarios, pero no se debían colacionar porque la colación concierne a herederos forzosos que concurren como herederos de la misma clase, es decir, entre coherederos del mismo grupo. Así pues, la

en el CC. Véase LACRUZ BERDEJO, en Lacruz Berdejo, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 84-86; CANO TELLO, C. A., «El artículo 834 del Código Civil desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del derecho de familia español», *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, pp. 393-399; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. II, Vol. 1º, Madrid, 2004, pp. 503-506; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?», *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Capilla Roncero, F., Espejo Lerdo de Tejada, M., Aranguren Urriza, F. J. (dirs.), Cizur Menor, 2019, pp. 438-443; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Madrid, 2020, p. 21; GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Santiago de Compostela, 2020, p. 55.

cantidad de 45.000 euros donada por el causante no debía ser deducida de la masa hereditaria que había de recibir.

La AP de Huelva confirmó la sentencia del JPI, considerando que el cónyuge es heredero forzoso conforme al art. 807.3 del Código Civil, al igual que los hijos y descendientes del causante. Todos son legitimarios, también el cónyuge viudo en cuanto a cuota legal usufructuaria, por lo que:

«debe colacionar lo recibido por donación, a fin de compensar a los demás herederos forzosos de lo recibido a título gratuito, ya que de no ser así se haría de peor condición a los legitimarios hijos del causante, en relación al legitimario cónyuge viudo, por ello no puede aplicarse a aquellos una obligación que no fuera aplicable a este».

Interpuesto recurso de casación por la viuda, este se estima por el TS. De nuevo alegaba Herminia que los 45.000 euros no son colacionables, pues la posición jurídica de la viuda como legitimaria (en usufructo) no es la misma que la de los hijos (en propiedad). Aunque todos ellos sean herederos forzosos, lo son de diferente forma, y la finalidad de la colación es igualar a los iguales. Los hijos demandantes opusieron que la viuda comparece como legataria del tercio de la herencia y como heredera forzosa, y procede la colación porque por su cuota viudal *ex lege* la viuda es legitimaria (art. 807.3 CC), y, como tal, queda sujeta a la colación (art. 1035 CC); los demandantes solo han recibido el tercio de legítima estricta y, de no llevarse a cabo la colación, se verían perjudicados como herederos forzosos; el crédito percibido por la viuda ha de ser traído a la masa hereditaria y computado en el cálculo de las legítimas y también en la cuenta de partición.

La STS, tras recordar en qué consisten las operaciones de computación y de imputación, niega la colación del valor de la donación por la viuda, como se irá explicando más abajo, básicamente porque la colación afecta a los legitimarios que son herederos y que forman parte del mismo grupo, puesto que la ley presume que el causante querría que la donación fuera un pago a cuenta.

La colación es una institución compleja para la que, en su aplicación a casos concretos, suelen repetirse algunas afirmaciones. Se reiteran en los supuestos de colación entre los descendientes, que son los más frecuentes y los más estudiados. Pero también en los menos numerosos casos en que se plantea si el cónyuge viudo debe colacionar la donación realizada en vida a su favor por su difunto consorte.

Entre las afirmaciones que deben destacarse, en relación con la colación entre hijos, se encuentran, sobre todo, la de que pretende la igualdad entre los herederos forzosos en el reparto de la herencia, aunque también la de que se basa en la consideración de la donación como anticipo hereditario. Otros argumentos clásicos, ahora ya para descartar el deber de colacionar la donación del cónyuge viudo, son que este, como heredero forzoso, no es heredero y la colación requiere la concurrencia de varios legitimarios a título universal; por otra parte, que la colación procede entre los legitimarios del mismo grupo, pues persigue la igualdad entre los iguales.

2. IGUALDAD Y CÓNYUGE VIUDO

2.1. La finalidad igualatoria de la colación

Se encuentran referencias a la finalidad o fundamento igualitario de la colación, aplicada a los descendientes, en las SSTs de 3 de junio de 1965 (RJ 1965/3812), 19 de junio de 1978 (RJ 1978/2357), 17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161), 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549), 18 de octubre de 2007 (RJ 2007/8625), 19 de febrero de 2015 (RJ 2015/1400) y 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3619) y en la SAP de Madrid de 14 de julio de 2003 (JUR 2004/18187). Dicha finalidad descansa en la presunción de que el causante no quería la desigualdad de trato entre sus herederos forzosos en las SSTs de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161), 18 de octubre de 2007 (RJ 2007/8625) y 19 de febrero de 2015 (RJ 2015/1400). La igualdad se relaciona, en cambio, con la idea de que la donación es un anticipo de herencia en la STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3619) y en la SAP de Madrid de 14 de julio de 2003 (JUR 2004/18187).

No aluden a la igualdad, aunque sí a la consideración de la donación como anticipo de herencia, las SSTs de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012\9714) y 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724). Según la primera de ellas, el art. 1035 CC «responde a la idea de que, existiendo varios legitimarios, se supone legalmente que lo que hayan recibido gratuitamente en vida del causante, es un anticipo de la legítima...». En virtud de la segunda, «salvo previsión en contrario del causante (art. 1036 CC), hay que interpretar que la donación hecha al legitimario es un pago a cuenta. Subyace la presuposición por el legislador de que el causante, si no dice lo contrario, querría que lo donado a un legitimario sea un adelanto de lo que le pueda corresponder en su herencia cuando muera».

En la doctrina, aunque algunos autores explican diversas teorías sobre el fundamento de la colación, parece que predomina la idea de que la misma se basa en una presunción de la voluntad del causante, bien en el sentido de que se presume que este no querría desigualdades entre sus herederos forzosos, bien en el sentido de que considera la donación un anticipo de herencia³.

3. Explican el fundamento de la colación y diferentes teorías al respecto DE LOS MOZOS, J. L., *La colación*, Madrid, 1965, pp. 154-165; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. IV, Madrid, 1982, pp. 473-489; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, 1992, 1, p. 392; MUÑOZ GARCÍA, C., *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Pamplona, 1998, pp. 37-39, 117-127; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, Madrid, 2002, pp. 46-47; BADENAS CARPIO, J. M., *La dispensa de la colación*, Cizur Menor, 2009, pp. 78-85 y 168; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 1035», *Código Civil Comentado*, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta online).

Como se ve, el argumento de la igualdad suele situarse en primera línea (también el de la proporcionalidad con las respectivas cuotas hereditarias)⁴. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la tesis de la donación como anticipo hereditario, también recurrente, es más coherente con las posibles, y admisibles, desigualdades (la donación sería, simplemente, un adelanto de lo que se vaya a recibir *mortis causa*, que puede ser bien diferente entre los herederos forzosos en la sucesión testada) y que algunos autores separan la colación de una pretendida igualdad entre legitimarios. Por eso ha de analizarse el alcance del reparto igualitario de la herencia que pretende nuestro sistema sucesorio y, además, cómo casa la noción de anticipo con la participación en la herencia del cónyuge viudo.

La sucesión testada es el ámbito de la posible desigualdad. Donde predomina la igualdad de los descendientes es en la sucesión intestada, de modo que es en esta donde tendría más sentido la colación, si esta persigue un reparto igualitario de la herencia. Así, Morell Terry señaló que es un error o un contrasentido la colación en el ámbito de la sucesión testada: el que desiguala en vida, donando a uno de los dos hijos, y después no dispone nada contra los hechos que realizó en vida, instituyendo a los hijos por mitad, no quiere igualar; «¿por qué presumir una voluntad que puede expresarse claramente?», se pregunta. La presunción de que el causante quería igualar a los hijos puede aceptarse para la sucesión intestada, donde se presume la voluntad de igualar, pero para la sucesión testada cabría presumir lo contrario, sostiene Morell Terry⁵.

En esta línea, algunos autores consideran preferible relacionar la colación con la tesis de la donación como anticipo hereditario⁶. Y muchos señalan que la colación puede

4. Así, MORELL TERRY, J., «Colación especial exigida en el art. 1.035 del Código Civil», *RGLJ*, T. 108, p. 28; SARMIENTO RAMOS, J., «Comentario al art. 1035», *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), Madrid, 1993 (consulta online); MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., pp. 37-39; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. II, Vol. 2º, Madrid, 2004, p. 1425; GALVÁN GALLEGOS, A., «Operaciones particionales», *La partición de la herencia*, O'Callaghan Muñoz, X. (coord.), Madrid, 2006, p. 330; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Partición y colación», *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 2012, p. 117; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ob. cit. (consulta online); RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Pamplona, 2017, pp. 200-202.

5. MORELL TERRY, J., ob. cit., pp. 29-34.

6. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, pp. 487-488 y 498, rechaza expresamente que el fundamento y fin de la colación sea la igualdad entre los herederos forzosos, pues aquellos son subjetivos y se hallan en la presunta voluntad del causante de que lo donado se entienda dado a cuenta de la cuota hereditaria del donatario. DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, T. 2, 12ª ed., Madrid, 2017, p. 274, señalan la incoherencia del fundamento de la igualdad en el ámbito de la sucesión testada: la colación, dicen, obedece a la idea de que lo donado a un descendiente es un anticipo de su herencia, «que es cosa distinta de presumir que el causante quiere igualar a todos sus herederos forzosos, pues ello no tendría sentido cuando en el testamento los instituye en proporciones distintas».

servir para lo contrario, es decir, para hacer mayor la desigualdad entre los herederos forzosos, instituidos en cuotas desiguales; así sucederá cuando un hijo toma muy poco, o nada, del caudal hereditario, por haber recibido en vida alguna donación que cubre su mínimo, mientras sus hermanos, instituidos en cuotas mayores, se reparten la mayor parte o toda la herencia. Incluso se ha planteado si, para que proceda la colación, es preciso que el causante haya ordenado que sus herederos le sucedan en cuotas iguales, lo que termina por negarse, pues es admitido que la colación opera tanto en la sucesión intestada como en la testada, y también, en esta última, si el testador instituyó en cuotas desiguales. «Este es seguramente un fallo del sistema», afirma De los Mozos⁷. Como dice García-Ripoll Montijano, «es harto inseguro que el causante que instituye a sus hijos en cuotas desiguales y además les hizo donaciones de distinta cuantía quisiera la colación. Lo más adecuado sería eliminar la colación cuando la sucesión es testada. [...] En todo caso, podría admitirse la colación en la sucesión testada, ante el silencio del causante, si este instituye tal como se dispone para la sucesión intestada»⁸.

A pesar de lo anterior, parece que el sistema sucesorio del Código Civil, y también los preceptos sobre la obligación de colacionar, tienden a la igualdad. De los Mozos explica la colación como normas de derecho dispositivo, que establecen una ordenación típica de las disposiciones del causante; el ordenamiento, impulsado por criterios de equidad, viene a proveer un comportamiento ideal⁹. García-Ripoll Montijano también explica la colación como una norma dispositiva, acomodada a la probable voluntad del causante¹⁰. Se insiste por otros en que la voluntad o finalidad igualatoria no es la del causante, sino la del legislador. Para Sarmiento Ramos la colación parece una nueva consecuencia de la tensión existente entre el deseo legal de igualación de los herederos forzosos y el debido respeto a la voluntad del causante, tensión que se resuelve, una vez más, por la necesidad de un claro pronunciamiento discriminatorio del causante para dejar sin efecto la pretensión igualatoria de la ley¹¹. López Beltrán de Heredia también descarta que

Comparten la idea de anticipo hereditario o pago a cuenta DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 2011, p. 408; RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor, 2017, p. 338.

7. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 213.

8. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 309, añade que no tiene sentido que el legislador establezca la colación a falta de expresión contraria del causante; la mayoría de las sentencias demuestran, dice, que, con toda probabilidad, los causantes no habrían querido la colación que impone la ley. Para el testamento notarial, sigue, podría establecerse que el notario advirtiera expresamente al testador sobre la posibilidad de imponer la colación y sus repercusiones.

9. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 166-168.

10. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 48-52, critica la tesis de la presunción de la voluntad del causante, pues no admite prueba en contrario a falta de dispensa, y explica que se trata de una norma material.

11. SARMIENTO RAMOS, J., ob. cit. (consulta online).

la voluntad igualatoria proceda del causante, que puede, perfectamente, desigualarlos; es la ley simplemente la que ordena la imputación a la legítima (art. 819 CC)¹².

En efecto, es la ley, y no el causante, cuya voluntad desigualatoria se admite por aquella, la que impone límites a la posible desigualdad o reconduce a la igualdad las disposiciones discriminatorias. No hay que olvidar que en nuestro sistema el principio general es el de libertad de disposición y que el freno a la misma es la legítima (incluso solo la estricta entre los descendientes, pues estos pueden ser desigualados con la mejora). Como la ley permite las desigualdades, se establece el límite de las legítimas. Contra la voluntad del causante, se impone la legítima. Por tanto, la igualdad se procura en nuestro sistema mediante las legítimas, y si la colación tiene algo que ver con la igualdad, que lo tiene, es por su conexión con las legítimas¹³.

En pro de esa igualdad entre los descendientes, se ordena, primero, que la donación se considere pago a cuenta de la legítima del descendiente (art. 819 CC) y, segundo, y en consecuencia, se establece que también se considere adelanto de la cuota hereditaria del mismo (art. 1035 CC). Ambos límites pueden ser esquivados por el causante de manera sencilla. El primero si el donante declara expresamente que la donación se impute a la mejora (art. 825 CC) o si ordena que se impute al tercio de libre disposición (caso en que el donatario resultará beneficiado sin el perjuicio que supone la mejora para el resto de los herederos forzosos), supuestos ambos en que no procede el tomar de menos en que la colación consiste. El segundo si el donante dispensa de manera expresa la colación del valor de lo donado (art. 1036 CC), lo que se interpreta como voluntad de que no se impute a su legítima, de modo que la donación se imputará al tercio libre¹⁴ (y se discute si, en el exceso, se puede imputar al tercio de mejora, por analogía con lo que dispone el art. 828 CC para el legado, hallándonos ante una mejora tácita, lo que debería negarse por exigir el art. 825 CC, para una imputación contraria a la igualdad, la declaración expresa). No obstante, para beneficiar de manera especial

12. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Valencia, 2009, p. 44. Ahora bien, también precisa la autora que con la norma del art. 819 se puede igualar, por supuesto, a los legitimarios, pero también se puede dejar más sitio en la parte libre para los extraños.

13. Como señala MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima material y legítima formal», AAMN, 2009, T. II, pp. 498-499, históricamente la legítima ha cumplido una función contraria a la acumulación de la riqueza; ni la solidaridad familiar ni la función económica de la legítima se reducen a una función de sustento o ayuda al establecimiento de los hijos. La cuota legitimaria proporciona igualdad entre los hijos, afirma el autor mencionado.

14. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 130; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., p. 13 y 51. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 297, añade que dispensa de colación implique posible imputabilidad a la parte libre no implica lo contrario: que la imputación a la parte libre signifique dispensa. Porque, a diferencia de la legítima, la parte libre no pertenece a nadie, no llena la cuota necesaria de nadie. Desde el punto de vista contable, se puede donar con cargo al tercio libre y haber colación; no existe incompatibilidad.

a algún legitimario es precisa la voluntad expresa del causante, por lo que, en defecto de la misma, se tiende a un trato igualitario.

Como se acaba de exponer, colación e imputación están muy relacionadas y, estándolo, la finalidad igualitaria de la colación viene por su conexión con la previa imputación de la donación a la legítima. García-Ripoll Montijano transcribe las palabras de García Goyena en relación con el Proyecto de 1851: «en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe también reconocer colación»¹⁵. No hay colación si no hay previa imputación de la donación a la legítima. También lo explicaba así De los Mozos, para quien en el art. 1035 la expresión «para computarlo en la regulación de las legítimas» tiene el significado de imputación en la legítima, explicación que pone de relieve el acercamiento entre ambas instituciones, pero no las confunde; lo que es objeto de colación, se imputa en primer término a la legítima y después a la parte libre, habiendo de entenderse para el beneficiado que lo que adquiere es en beneficio de su legítima estricta, indica el autor mencionado¹⁶.

Es por la estrecha relación con la imputación de donaciones y, por tanto, con las legítimas, por lo que la colación consigue igualación. Así, la igualdad absoluta que podría conseguirse en la sucesión intestada también podría decaer si, al donar, el donante ordena la imputación de la donación al tercio de libre disposición o dispensa la colación, falleciendo luego intestado. La institución que conduce a la igualdad es, en principio, la imputación: que la legítima se considere pagada mediante una donación en vida. No obstante, la colación también tiende a la igualdad por dos razones: una, en la medida en que la colación es una consecuencia de la imputación, y, otra, porque la colación, si se quiere distinguir de la imputación, tiene que referirse al tercio de libre disposición. En suma, la ley iguala en la legítima mediante la imputación dispuesta en el art. 819 CC, e iguala en el tercio de libre disposición a través de la colación ordenada en el art. 1035 CC; pero para la colación es necesaria la imputación en la legítima del donatario, pues no se toma de menos si el causante ordenó una mejora o la imputación al tercio de libre disposición. En este sentido, debe destacarse el art. 464-17 del Código Civil de Cataluña, donde se establece que es colacionable el valor de las atribuciones hechas por el causante por actos entre vivos a título gratuito, «siempre y cuando la atribución se haya hecho en concepto de legítima o sea imputable a la misma, o que el causante haya establecido expresamente, en el momento de otorgar el acto, que la atribución sea colacionable»; así pues, según la norma catalana la colación requiere imputación a la legítima, sin perjuicio de que se contemple también la colación voluntaria.

Morell Terry sostiene que el art. 1035 CC tiende a la igualdad o proporción preestablecida entre los herederos forzosos, tanto en la parte de legítima como en la parte libre. Hecha la agregación, dice, los herederos forzosos han de percibir su legítima íntegra siempre; pero además ha de repartirse con igualdad, o en su caso proporcionalmente, el importe

15. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 25.

16. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 141.

total de las donaciones, porque se presume que el causante al donar no quiso desigualar y entregó a cuenta de la legítima. Tiene lugar la colación, añade, siempre partiendo de la base de que la donación deba imputarse a la legítima, por no haber expresado el causante que sea una mejora o que se aplique a la parte libre, pues habrá de presumirse la voluntad del causante de que sus herederos forzosos queden igualados (siempre en la sucesión intestada, y también en la testada cuando se realiza siguiendo las reglas de aquella)¹⁷.

García-Ripoll Montijano afirma que, tendiendo las legítimas al reparto igualitario de la herencia, la colación es una institución al servicio de la misma finalidad; la colación, añade, propende a la igualdad: habrá más a repartir entre los herederos forzosos¹⁸. En definitiva, termina, el régimen típico que establece la ley es la igualdad entre los legitimarios, pero admite que se pueda establecer una desigualdad; la imposición de la colación, salvo dispensa expresa, no puede ser entendida sino en virtud de un sistema sucesorio que pretende el reparto igualitario de la herencia entre la familia del causante. Ahora bien, indica que la colación solo puede desempeñar su papel propio cuando al menos una parte de lo donado pueda ser imputado fuera de la legítima del donatario, pues, de no ser así, toda la liberalidad se imputará a la legítima de este, por la preferencia del art. 819 CC sobre el art. 1035 CC, y no habrá colación¹⁹.

Por su parte, López Beltrán de Heredia explica que la colación afecta a los legitimarios, quienes tomarán de menos del caudal relicto el valor de las donaciones que se han imputado a su porción. La toma de menos es consecuencia de la imputación, dice. Precisamente, añade, porque el art. 819 CC ordena imputar la donación a su legítima, el heredero forzoso, al rellenar su cuota legal, tomará de menos el valor de lo ya recibido en vida del causante. Y en relación con la finalidad igualatoria de la colación, López Beltrán de Heredia afirma que la igualación se consigue generalmente en virtud de lo establecido en el art. 819 CC, y no en virtud de los arts. 1035 y siguientes²⁰. Imputada

17. MORELL TERRY, J., ob. cit., pp. 37-45 y 116.

18. También en un trabajo anterior GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, 3, p. 1141, sostenía que el fundamento de la colación se encuentra en la voluntad de la ley de mantener la igualdad sucesoria de los legitimarios, admitido que en el testamento se pueden establecer cuotas desiguales entre los herederos forzosos; todo ello a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

19. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 70, 74, 77, 79-83, 297. No obstante, matiza el autor que la colación no produce plenamente la igualdad, pues mantiene una igualdad proporcional, al respetar las cuotas establecidas por el testador. Pero, dice, la norma tiene por objeto la protección de un interés familiar igualatorio, que el ordenamiento considera deseable. La colación se estableció para facilitar la igualdad entre legitimarios.

20. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 11-13, 42, 45, 54-55. La autora parte de que computación, imputación y colación son fases de un mismo fenómeno y están muy relacionadas, de manera que una no es posible sin las otras. La toma de menos es consecuencia de la imputación y esta es consecuencia de la computación.

la donación a la legítima, la toma de menos ya está realizada por lo que ordena el art. 819 CC; por eso, la autora cree que la colación en sentido estricto afecta a la parte libre, con lo que se consigue la pretendida igualdad entre todos los legitimarios. La legítima es igual para todos los legitimarios (excepto los expresamente mejorados) y si luego los igualamos en el tercio libre, tomando de menos el valor de las donaciones imputadas al mismo, todos reciben lo mismo.

En suma, parece que la colación responde a la idea de anticipo, respecto de la que el causante puede tomar postura, procurando la igualdad (lo que no requiere que se pronuncie, pues la donación se imputaría a la legítima y se colacionaría por imperativo legal) o disponiendo desigualdades (ordenando la imputación a la mejora o dispensando la colación [equivaliendo esto último a la imputación al tercio de libre disposición]). La norma dispositiva procura la igualdad, estableciendo la previa imputación a la legítima y la posterior colación del valor de la donación, en lo que esta se extienda a la porción libre. Y las desigualdades han de ser expresas²¹. De la voluntad del causante depende que la donación sea un anticipo de legítima, de mejora o del tercio de libre disposición; si no hay tal pronunciamiento del causante, se aplicará la norma que tiende a la igualdad, ordenando el reparto entre todos los herederos forzosos del valor de lo donado, una vez cubierta la legítima de los mismos²².

Llegados a este punto, queda por aclarar si lo explicado se acomoda al cónyuge viudo: si para él es coherente pensar que lo donado constituye un adelanto de su participación en la herencia, que haya que traer a la masa partible para conseguir un reparto igualitario de la misma.

2.2. ¿También reparto igualitario para el cónyuge viudo?

Es más que dudoso que el deber de «reconstruir el haber del causante», para conseguir, salvo dispensa de la colación, la igualdad entre los legitimarios, como afirma la STS de 17 septiembre de 2019 (RJ 2019/3619), alcance al viudo.

Algunos autores afirman que la colación se aplica por grupos de legitimarios, entre los de la misma clase, pues se trata de igualar a los iguales, no procediendo con otros de

21. En este sentido, según RUBIO GARRIDO, T., ob. cit., pp. 338-339, no se pueden inferir desigualdades entre legitimarios si no ha habido una voluntad clara del causante en tal sentido; la colación busca evitar desigualdades no queridas claramente por el causante (no busca evitar desigualdades entre los hijos, como dice la jurisprudencia, pues las desigualdades se permiten por el legislador y la colación también funciona aun cuando haya desigualdades ordenadas por el causante).

22. Quizá, como señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 51-52, no se trata de anticipo de la cuota hereditaria del donatario, sino de anticipo de la masa hereditaria partible entre los coherederos legitimarios; lo que desea el legislador es que el valor de lo donado se cuente como parte de la masa partible entre los legitimarios.

un grupo distinto²³. Tradicionalmente fue así, por razones históricas, pues el deber de colacionar se imponía a los descendientes²⁴. Por otra parte, la colación no podía alcanzar al viudo con anterioridad al Código Civil, si esta se imponía a los herederos forzosos, entre los que no se encontraba el cónyuge. La ampliación que supuso incluir al viudo entre los legitimarios suscitó una duda que, como se ha dicho, se ha resuelto por algunos autores afirmando que no cabe mezclar herederos forzosos de grupos diferentes²⁵.

Lo mismo puede encontrarse en la jurisprudencia. Así, la STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549) no admite la obligación de colacionar del cónyuge viudo, entre otros argumentos, «por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales». Aunque sin referencia a la igualdad (salvo por la referencia a la anterior STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549), que transcribe), la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) descarta también la colación de donaciones por el viudo porque «el viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos»; efectivamente, con anterioridad, se explica en la sentencia que «la exigencia de que los legitimarios “concurran” a la sucesión (art. 1035 CC) se ha interpretado doctrinalmente en el sentido de que hereden conjuntamente. Es decir, que la colación tiene lugar entre legitimarios de la misma clase, de modo que la colación afecta a legitimarios que han sido instituidos coherederos y son legitimarios del mismo grupo, pero no afecta a los legitimarios de un grupo distinto de los que ha configurado la ley, y que no se confunden entre ellos (colacionan los descendientes entre sí, los ascendientes entre sí, cuando sean legitimarios e instituidos herederos)».

Volviendo a la doctrina, Espejo Lerdo de Tejada niega que el viudo esté obligado a colacionar o pueda reclamar la colación: no existe, dice, el patrón, igualitario o proporcional, típico o legal que justifica en otros casos la colación²⁶. En efecto, así es, si la colación, como se ha explicado anteriormente, tiende a la igualdad, requiriendo la previa imputación a la legítima, si bien la colación en sentido propio opera en el tercio de libre disposición (ya que el tomar de menos la parte correspondiente a la legítima

23. MORELL TERRY, J., ob. cit., p. 115; DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 210. SARMIENTO RAMOS, J., ob. cit. (consulta online); MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., p. 142; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 152-153; MARTÍNEZ ESPÍN, P., ob. cit., p. 117; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al art. 1035», *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta online).

24. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 1-96; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, pp. 131-294; MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., pp. 19-36; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 19-26, 54-74; BADENAS CARPIO, J. M., ob. cit., pp. 61-73.

25. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 211, afirma que los grupos o clases de legitimarios responden a una configuración legal independiente, y aunque el testador puede hacer heredero al cónyuge viudo, lo mismo que no puede modificar la cuota legitimaria, tampoco puede mezclar entre sí los grupos que ha configurado la ley.

26. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación...», p. 402.

es consecuencia de la imputación que ordena el art. 819 CC). La cuestión reside, entonces, para empezar, en que si la donación no se imputara en absoluto a la legítima, sino por entero al tercio de libre disposición, no operaría la colación.

Ya explicamos más arriba que, tal y como señala López Beltrán de Heredia, la colación es consecuencia de la imputación. La colación se impone a los herederos forzosos porque previamente imputan a su legítima el valor de lo donado; se entiende recibida su legítima, pero también la parte del tercio de libre disposición, por el deber de colacionar, en la medida en que la donación fuera imputable a este por exceder de la legítima. Esto está claro para los descendientes. Pero no es tan obvio para el cónyuge. Si la donación al cónyuge se computa, y no cabe duda de que es computable (art. 818 CC), seguidamente ha de imputarse a alguna parte del caudal relicto y, también seguidamente, ha de valorarse si procede la colación o no, lo que depende de donde haya sido imputada; el viudo seguirá disfrutando de su derecho de usufructo por completo si la donación se imputa a la parte disponible.

En el caso de la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) la donación se imputó al tercio de libre disposición. Tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que, en orden a averiguar a qué parte se imputa la donación al cónyuge, debe estarse en primer lugar a la voluntad del donante o causante. Parece que esto es lo que se hizo en la sentencia mencionada, donde, tras negar que la viuda debiera colacionar el valor de la deuda perdonada, se advirtió que cuestión diferente es que las donaciones a la viuda sí deban computarse para el cálculo de la legítima, lo que no ha sido objeto del procedimiento, «al igual que tampoco lo ha sido la procedencia de su imputación a la parte libre, dada la voluntad del causante de que la viuda reciba la legítima usufructuaria y el tercio libre».

En la sentencia mencionada al TS le pareció clara la voluntad del causante en orden a la acumulación de la donación a la legítima, con la consecuente imputación de aquella a la parte disponible. El problema se plantea si dicha voluntad no está clara. El art. 819. 1 CC solo menciona expresamente a los hijos cuando ordena que la donación se impute a su legítima, salvo que tenga la consideración de mejora. No obstante, que el problema de la imputación de donaciones al cónyuge no se hubiera planteado en otros tiempos era lógico; primero, porque no era heredero forzoso con anterioridad al Código Civil y, segundo, cuando pasó a ser legitimario en este, estaban prohibidas las donaciones entre cónyuges. Es cuando se admitieron en el art. 1323 CC (por Ley 11/1981, de 13 de mayo) los contratos y las transmisiones de bienes, por cualquier título, entre los esposos, cuando se originó la duda sobre la imputación de la donación a la legítima del viudo, por seguir la regla general del párrafo primero del art. 819 CC para los legitimarios, o al tercio de libre disposición, por reconducir al cónyuge a la regla establecida para los extraños en el párrafo segundo del art. 819 CC.

No parece que la idea de anticipo pueda aplicarse a la legítima del cónyuge viudo para considerar que la donación recibida por él es un adelanto de la misma, y de su cuota hereditaria en su caso, porque haya de recibir el mismo trato que otros herederos forzosos. Así como para los descendientes tiene lógica explicación el deber de colacionar,

en cuanto destinatarios de toda o la mayor parte de la herencia (por lo menos, dos tercios, salvo alguna mejora), tiene menos fundamento para el viudo, a quien solo se reconoce un derecho de goce, y con una extensión muy limitada, precisamente para que no se impida la trasmisión del patrimonio a los descendientes (aunque también para evitar que algunos bienes, los privativos del cónyuge premuerto, acaben en manos de una persona ajena a su probable origen familiar).

Considerar lo donado como un pago a cuenta con la finalidad de repartir la herencia equitativamente (o proporcionalmente, respetando las cuotas desiguales) tiene sentido entre quienes necesariamente reciben lo mismo, los bienes de la herencia, en la parte en que todos son iguales (la legítima) y en la parte en la que no lo son (en esta para conseguir una igualdad limitada, pues se respetarían las desigualdades dispuestas por el testador). Por eso, como se dijo más arriba, se plantea si la colación solo se debe aplicar en la sucesión intestada, tal y como se dispone en otros ordenamientos, o en la testada requiere que los herederos hayan sido instituidos en cuotas iguales (lo que se niega, pero para advertirse a continuación el inconveniente de esta solución). Pero precisamente en la sucesión intestada el cónyuge viudo no repartiría con nadie si es heredero y, de no serlo por concurrir con descendientes, recibiría algo muy diferente a estos; y, en cuanto a la sucesión testada, es improbable (aunque no imposible) que el viudo sea instituido por igual con los descendientes. Por tanto, no es lógico que quien recibe legalmente un tratamiento tan diferente o diferenciado, por la ley o por el cónyuge testador, sea llamado a repartir como los otros.

En el caso del viudo, no parece aceptable la idea de anticipo de usufructo o, lo que es igual, la imputación de la donación a su cuota usufructuaria y, habiéndose de imputar al tercio de libre disposición, no habría deber de colacionar. De la opinión justamente contraria se mostró, sin embargo, la AP de Huelva en el caso que venimos comentando sobre la deuda perdonada. Vino a afirmar que no se podía hacer a los descendientes legitimarios de peor condición, por lo que a todos los herederos forzosos debían aplicárseles las mismas obligaciones; alegaba la Audiencia que el cónyuge era legitimario, igual que los hijos y descendientes; todos, decía, incluido el cónyuge, son legitimarios a efectos de la colación. Desconocía la Audiencia que ya el propio art. 807. 3 CC dispone que el viudo es heredero forzoso en la forma y medida que establece el Código. Por tanto, no es que hagamos del cónyuge viudo un legitimario de mejor condición (si lo excluimos de la colación), sino que, legalmente, es un legitimario de distinta condición.

Parece que el cónyuge viudo queda al margen de esa igualdad, que se pretende entre los descendientes. Su deber de colacionar la donación recibida en vida del causante beneficiaría, evidentemente, a los hijos, pues, de admitirse, estos no tendrían que soportar el usufructo viudal (ni siquiera tendrían que conmutárselo, por considerarse ya pagado), y tendrían más a repartir del tercio libre, si la donación excediera de la cuota usufructuaria. Sin embargo, si la donación se imputa al tercio libre, los hijos tienen que seguir soportando el usufructo y queda menos sitio para los extraños o para los propios hijos (si eran ellos los herederos). En el sistema actual, en que la legítima de los hijos puede resultar muy amplia (dos tercios si el causante no hizo uso del tercio de mejora),

puede ser razonable la imputación de la donación al cónyuge al tercio libre, de manera que, además, reciba un usufructo que grava solo la mitad de la legítima larga de los descendientes (uno de los dos tercios). Sin embargo, de reducirse la legítima de los descendientes, como se postula hoy, tendría menos sentido que quede gravada por el usufructo del viudo en alguna parte, pero la solución no ha de pasar por imputar las donaciones al cónyuge a su legítima, pues también podría consistir en imputarlas a la porción disponible (que sería mayor), sin perjuicio de que también sea esta parte la que soporte el gravamen del usufructo viudal.

En definitiva, es determinante averiguar si, capitalizado el derecho de usufructo de un tercio, correspondiente al viudo que concurre con descendientes, la donación en vida podría servir de pago de esta legítima. Esta cuestión no recibe una solución unánime en la doctrina. Sí es mayoritaria, como se ha explicado, la tesis que niega el deber de colacionar del cónyuge, por lo que, de seguirse esta opinión general, la donación debería ser imputable a la parte libre. Si imputación y colación están íntimamente relacionadas, no se puede predicar a la vez la imputación a la legítima del viudo y la inexistencia de obligación de colacionar; si se imputara a la legítima, se colacionaría; si la donación es un pago adelantado de la legítima, no llegaría a nacer, o tendría menor extensión, el usufructo viudal, pues tendría que tomar de menos el valor de la donación, y ello tanto en relación con la legítima como en lo que exceda de ella en su caso.

Lacruz Berdejo se planteó el problema de la imputación, pero en relación con el legado al viudo, inclinándose por la imputación al tercio libre, por ser la solución que coincide con la probable voluntad del testador²⁷.

Vallet de Goytisolo cambió de opinión, como él mismo aclaró. Comenzó sosteniendo la imputación al tercio de libre disposición, descartando la aplicación analógica del art. 819. 1 CC, y entendiendo que era posible presumir que el causante que donó a su cónyuge quiso otorgarle una liberalidad independiente de su cuota legal²⁸. Pero rectificó y optó por la no acumulación, es decir, por la imputación a cuenta de la cuota viudal²⁹.

27. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 114.

28. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, p. 388.

29. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los arts. 819 y 834», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XI, Albaladejo García, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1982, (consulta online). BUSTOS LAGO, «Comentario al art. 834», *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta online), considera que la tesis favorable a la imputación a la cuota viudal que finalmente sostiene Vallet es plenamente coherente con la negación de una delación legitimaria especial y del carácter de herederos de los legitimarios en todo caso.

Muñoz García se inclina por equiparar el viudo al resto de herederos forzosos, teniendo en cuenta que el Código Civil solo separa a los extraños, de manera que la solución pasa por la imputación a su legítima, solución que es seguida por otros³⁰.

Para López Beltrán de Heredia la cuestión es dudosa. Si toda donación realizada a favor de un legitimario se imputara a su legítima, esa imputación podría ser considerada como una conmutación total o parcial del usufructo que legalmente corresponde al cónyuge viudo. Finalmente sostiene que la donación al cónyuge se imputa al tercio libre con base en el siguiente argumento: el cónyuge separado o divorciado imputa al tercio libre la donación (porque pierde su derecho a la legítima), por lo que podría parecer excesivo que el cónyuge viudo sea de peor condición que el cónyuge separado o divorciado³¹. Para la imputación de legados al viudo, dice López Beltrán de Heredia: debe respetarse la voluntad del causante, pero es dudoso que este pueda conmutar el usufructo porque esta es una facultad de los herederos en el art. 839. Por eso, parece razonable imputar el legado al tercio de libre disposición, considerándolo un extra sobre su legítima. No obstante, añade que tampoco ve inconveniente excesivo para que el causante haga esa conmutación del usufructo viudal, mientras la legítima del viudo esté cubierta y no haya lesión de las legítimas de los demás herederos forzosos; habrá que pasar por lo dispuesto por el testador³².

La SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187) consideró que las dos atribuciones a título gratuito realizadas en vida por el difunto a la viuda eran computables (art. 818 CC) e imputables a la legítima de la esposa (art. 819 cc), pues constituyeron una atribución en pago parcial de su legítima. Primero afirma la sentencia que el art. 819 establece la imputación pensando en que cualquier atribución gratuita hecha por el causante a alguno de sus legitimarios se presume como entrega a cuenta o anticipo de su cuota legítima, y después que «cierto es que el artículo 819 del Código Civil hace

30. MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., p. 75; GALVÁN GALLEGOS, A., ob. cit., p. 329; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La legítima del cónyuge viudo (artículos 834 a 840 del Código Civil)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Vol. II, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, 2014, p. 3094.

31. A nuestro juicio, efectivamente, no queda otra solución que imputar al tercio libre la donación al cónyuge divorciado, pues este ya no es legitimario. Pero el viudo divorciado no recibiría más que eso, valga lo que valga, y partiendo de que la donación no haya sido revocada en el caso de que hubiera sido una donación por razón de matrimonio (art. 1343 CC), caso en que también podría afirmarse la imputación a la parte disponible. Sin embargo, el cónyuge no divorciado puede tener derecho a más si, de considerarse que la donación se imputa a su legítima, aquella es insuficiente para cubrir el valor de su usufructo, tras su capitalización, o si el valor de lo donado es superior al de su legítima, caso en que ocuparía el tercio libre. Por tanto, parece que la imputación a su legítima no hace de peor condición al viudo sin más; sin perjuicio de que, obviamente, la tesis que le favorece es la de la acumulación de donación y legítima. En el mismo sentido, podría alegarse que el hecho de que la donación a un hijo desheredado se impute al tercio de libre disposición (lo que también discute la doctrina) no lo hace necesariamente y en todo caso de mejor condición que el hijo no desheredado.

32. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 37 y 41.

referencia a la imputación a la legítima de las donaciones realizadas a los hijos, pero también lo es, que la doctrina interpreta el artículo ampliándolo a todos los legitimarios entre los que se encuentra el cónyuge viudo, por lo que sí este recibió donaciones en vida y no se expresó que lo fue en concepto de mejora (artículo 825), hay que imputar dichas donaciones a su cuota legitimaria, cual es el usufructo viudal; ya la doctrina anterior a la reforma del Código Civil por ley de 13 de mayo de 1981 ampliaba el concepto “donaciones hechas a los hijos” a los demás legitimarios y, por ello, a todos los descendientes y ascendientes legítimos; la ampliación que realiza la doctrina a todos los legitimarios incluido el cónyuge viudo –sin olvidar que algunos autores exceptúan al último–, tiene su fundamento en la presunción de que el donante, futuro causante, anticipó al donatario, futuro legitimario, su legítima y no como liberalidad pura, a menos que se pronuncie contra esta imputación y, en cuanto al cónyuge viudo, en la consideración de que los hijos son legitimarios con mejor derecho que el cónyuge y por ello no puede aplicarse a ellos una obligación que no fuera aplicable al segundo, el cual, en caso contrario, resultaría beneficiado en perjuicio de los hijos a pesar de tener estos supuestamente un mejor derecho en la herencia. Las donaciones realizadas en vida por el causante a favor del cónyuge viudo, al ser posibles tras la reforma de 1981 (artículo 1323), deben imputarse a la cuota legitimaria viudal, salvo que pueda colegirse que la voluntad del causante fue la de acumular donación y cuota legal, por las mismas razones que han de imputarse los legados a favor del viudo o viuda en su cuota viudal y no acumularse el legado y la cuota legal usufructuaria cuando concurre con otros herederos forzosos...». La sentencia termina aclarando que «cabe que los bienes para pago de la legítima se dejen al legitimario como herencia o legado o se le hubiese dado en vida del causante como donación (artículos 815 y 819), estableciendo la ley que lo recibido en tal concepto se imputa, en principio, en la legítima (artículo 819) y no hace falta la manifestación de que lo dejado lo es para pago de la legítima; solo importa que el legitimario reciba, por cualquier camino, lo suficiente para cubrir su derecho».

Esta resolución judicial merece, cuando menos, tres comentarios. El primero es que no es coherente sostener a la vez la imputación a la legítima y la inexistencia del deber de colacionar; como se ha señalado, la colación es consecuencia de la imputación, pues no se puede mantener que la legítima se considera pagada mediante una donación en vida pero que, en el momento de la partición, no se descuenta el valor de lo donado, sino que la legítima, o toda la cuota hereditaria, se toma por entero. Si la donación es pago de la legítima, su valor se toma de menos cuando se realiza la partición, «rellenando» la porción correspondiente solo con lo que falte para cubrirla. Sin embargo, la solución de la Audiencia fue negar la colación por la viuda, tras afirmar previamente la imputación de la donación a su legítima. Si la legítima se ha de tomar por entero en la partición, es porque la donación no era medio de pago de la misma y, en consecuencia, debía imputarse al tercio de libre disposición. En relación con esto último ha de realizarse la segunda precisión: la sentencia admite la voluntad del causante contraria a la imputación a la legítima, pero no solo esto, que no plantea problema en principio, sino que se refiere a la posible mejora del viudo, desconociendo que en nuestro sistema legal solo cabe la mejora de los descendientes (arts. 808, párrafo segundo,

y 823 CC), por lo que, de considerar que la donación no es anticipo de legítima, solo cabe la imputación de aquella al tercio de libre disposición. Y, por último, el tercer comentario viene impuesto por la necesidad de rechazar que haya que imponer las mismas obligaciones a todos los legitimarios, para, según la sentencia, no perjudicar a quienes lo son de mejor derecho (los hijos); como se señaló más arriba, el viudo no es un heredero forzoso de peor derecho, sino un legitimario de derecho distinto. Y precisamente la naturaleza y régimen de su derecho se compagina mal con el deber de colacionar lo recibido en vida del esposo premuerto.

Parece que del Código Civil se pueden extraer algunos argumentos a favor de la acumulación de la donación a la legítima y consiguiente imputación del valor de lo donado al tercio de libre disposición.

Los arts. 839 y 840 CC limitan la facultad de conmutar el usufructo del viudo a los herederos y al propio cónyuge viudo, respectivamente; y los herederos solo pueden elegir como medios de pago de aquel derecho una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Por otra parte, para los hijos es la ley la que ordena, y solo para ellos, en el art. 819, que la legítima se considere pagada mediante la donación hecha en vida por el progenitor. Así pues, las normas legales no contemplan que la donación por el cónyuge premuerto pueda sustituir al usufructo viudal, en todo o en parte. No obstante, la omisión podría obedecer a la derogada prohibición de donaciones entre cónyuges; admitidas estas, podría pensarse que la conmutación del usufructo corresponde a los herederos o al viudo en el caso de que exista este derecho, esto es, de no considerarse ya cubierto por la donación hecha en vida por el esposo premuerto. Pero la sustitución de la legítima por la donación a instancias de los herederos no aparece prevista en la ley, que tampoco ordena la imputación a su legítima, sin perjuicio de que, quizá, esta imputación sea admisible si la ordena el causante. Como dice López Beltrán de Heredia, parece que nada se opone a que el cónyuge donante conmute el futuro usufructo del consorte por una donación, siempre y cuando queden cubiertas todas las legítimas de todos los herederos forzosos. Y, como se señaló anteriormente, estar a la voluntad del causante, en orden a la imputación de la donación o del legado al cónyuge, es la primera regla según la doctrina citada antes. La cuestión es que, si el causante no se pronunció en vida, parece que no debe entenderse conmutado el usufructo viudal por la donación del esposo premuerto.

Debe tenerse en cuenta que si el viudo no es heredero testamentario (o legatario de la porción disponible), su legítima se impondrá en una sucesión en la que son otros, los hijos probablemente, los herederos, de modo que el esposo donante no quería favorecer al viudo con más. En esa sucesión, en la que el único derecho sucesorio del viudo es su legítima, ¿es posible entender que, tal y como podría ocurrir con los hijos, ya no debe recibir nada en el momento de la muerte del causante porque ya lo tiene recibido en vida? Como se ha dicho, el causante no quiso favorecer al viudo en su testamento con algo más, pero eso es distinto de admitir que se considere ya pagado lo mínimo o que la ley entienda que deba ser así con base en la idea de anticipo de legítima. No parece que el perdón de una deuda en vida pueda constituir adelanto de un derecho que nace,

a la muerte de uno de los esposos, para el decoro, subsistencia o dignidad del viudo, como en ocasiones se ha dicho.

En la actualidad existen razones para cuestionar la configuración legal de la legítima del cónyuge viudo. Pueden existir argumentos tanto para ampliar los derechos sucesorios del cónyuge como para reducirlos o, simplemente, para regularlos de una manera diferente. La esposa actual no es la esposa en quien se pensó originariamente para reconocer derechos legales al cónyuge. Pero, independientemente de lo anterior, el sistema legal pensaba en una esposa a quien, como explica Lacruz Berdejo, el fallecimiento del cónyuge afectaba de un modo especial y distinto a como incide en cualquier otro familiar³³. Si la legítima del viudo cumplía una función asistencial, ajena a la finalidad de transmisión de la riqueza propia de la sucesión de los descendientes (aunque esta también obedeciera a razones de solidaridad familiar), no se compagina con la misma que haya de disminuir en la medida de lo recibido en vida. La donación en vida no ha de relacionarse, para reducirlo, con el bienestar del viudo que persigue su legítima a la muerte del consorte³⁴. Para los descendientes puede aceptarse que la donación constituya anticipo del patrimonio a transmitir; para el cónyuge es menos aceptable que la donación sea un adelanto de un derecho que nace precisamente a la muerte del esposo para contribuir al bienestar del viudo.

Distintas resoluciones judiciales, al señalar diferencias entre el fundamento de la sucesión intestada y el sistema de legítimas, aludían al necesario respeto del usufructo viudal. En la SAP de A Coruña de 16 noviembre de 2000 (JUR 2001/109598) se sostenía que el cónyuge viudo se beneficia siempre de sus derechos legitimarios, puesto que se trata de una sucesión forzosa; se trata de un *officium pietatis*. Asimismo, según la SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (AC 2004/484), la regulación de las legítimas se impone aun contra una voluntad expresa del causante.... Por su parte, la SAP de A Coruña de 22 de octubre de 2010 (AC 2010/1816) afirmó que la sucesión forzosa (sistema legitimario) es un derecho necesario con la finalidad pretendida de proteger jurídicamente al cónyuge viudo, haciéndole acreedor a una vida digna, al tiempo que permite la cohesión del grupo familiar.

33. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 84. Cita a Cossío cuando este indica que así como para los otros herederos la muerte del causante supone una mejora patrimonial en su anterior estado, para el cónyuge significa quiebra de su economía personal, ya que, en el mejor de los casos, pierde el disfrute de parte de los bienes que antes integraban la sociedad conyugal.

34. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia, 2006, p. 120, sostiene que no son las mismas las razones históricas para forzar que los bienes de los padres pasen a los hijos que las que pueden existir para que los bienes de las personas casadas pasen al viudo, normalmente de edad aproximada y en la última etapa de su vida. La finalidad es predominantemente asistencial, dice. Las razones no tienen nada que ver con la transmisión de la riqueza a las generaciones futuras, sino con la atención a la calidad de vida de las personas mayores.

Si la dignidad del viudo puede quedar en entredicho con una legítima tan escasa como la que se le ha reconocido en la ley (solo un derecho de usufructo, cuyo valor disminuye a medida que avanza la edad del viudo, y solo sobre un tercio si concurre con los descendientes, que es lo más frecuente), peor quedará si se descuenta de la misma el valor de la donación recibida en vida. La legítima del viudo supone una participación en el disfrute de la herencia que no ha de quedar sustituida por una gratuidad en vida; cosa distinta es que, acumulada la donación, en su caso, a la legítima, esta pueda conmutarse a iniciativa de los herederos (art. 839 CC). Una cosa es reducir la cuota viudal por descontar el valor de la donación en vida y otra es, manteniendo su cuantía, cambiar el derecho de usufructo por los medios de pago que permite la ley. También para los descendientes el Código Civil admite el pago en metálico en ciertos supuestos.

La donación al viudo debe quedar fuera del fondo partible por igual, porque ha de aprovechar al donatario en cuanto no sea inoficiosa y no ha de presumirse que el causante quiso que se repartiese entre los descendientes. Esto es lo que aclaraba Morell Terry para las donaciones hechas a extraños, pero nos parece fácilmente trasladable a las donaciones realizadas al cónyuge³⁵.

35. MORELL TERRY, J., ob. cit., p. 45.

3. LA COLACION COMO DEBER DE LOS COHEREDEROS FORZOSOS

En la doctrina es lugar común afirmar que los sujetos activos y pasivos de la colación son los legitimarios que concurren como herederos, bien voluntarios bien *abintestato*. El deber de colacionar incumbe a los sucesores a título universal. Como perceptores de una cuota, los legitimarios legatarios de parte alícuota se incluyen entre los sujetos obligados a colacionar en ocasiones, pero constituye una tesis generalizada la exclusión de los legitimarios que reciben un legado de cosa determinada. Para el cónyuge viudo se argumenta que su peculiar situación jurídica en la sucesión, a la que concurre como usufructuario, conduce a excluir su deber de colacionar el valor de la donación recibida en vida³⁶. Pocos autores se apartan de esta tesis³⁷.

También se ha negado el deber de colacionar del viudo por otras razones como la derogada prohibición de donaciones entre cónyuges (argumento inatendible hoy, al permitir el art. 1323 CC los contratos y las transmisiones de bienes entre cónyuges), la exclusión de las donaciones usuales en el art. 1041 CC y, en relación con las donaciones por razón de matrimonio, el dato de ser recibidas cuando el donatario no es heredero forzoso del donante³⁸.

Pero la exclusión del deber de colacionar del viudo se apoya, sobre todo, en que, como legitimario, no es heredero³⁹. En general se afirma que su cuota usufructuaria lo asimila

36. Así, DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 208-209; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 111; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, p. 491; ROCA JUAN, J., «Comentario al art. 1035», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol 2º, Albaladejo García, M.-Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1989 (consulta online); SARMIENTO RAMOS, J., ob. cit (consulta online); MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., p. 141; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 310; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 58 y 65; BADENAS CARPIO, J. M., ob. cit., p. 95; MARTÍNEZ ESPÍN, P., ob. cit., p. 117; VALLADARES RASCÓN, E., ob. cit. (consulta online). RODRÍGUEZ ROSADO, B., ob. cit., p. 201, matiza en el sentido de que la colación opera entre los perceptores de una cuota.

37. Sí lo hacen DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ob. cit. (consulta online), que niega la obligación de colacionar si el viudo concurre como usufructuario, pero la afirma si este concurre como heredero de cuota instituido en testamento junto con otros legitimarios, y RUBIO GARRIDO, T., ob. cit., p. 342, para quien también colaciona el cónyuge viudo que concurre con otros legitimarios, ascendientes o descendientes, pues, a su juicio, no tiene sentido hoy ceñir la colación a los descendientes, aun cuando quizá fuese así en el derecho histórico. Por su parte, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones*, T. II, Vol. 2º, p. 1434, para el caso de que el cónyuge hubiera sido instituido heredero, no afirma abiertamente su obligación de colacionar, pero sí dice que, admitidas las donaciones entre cónyuges, ha desaparecido la base para rechazarla.

38. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 208-209; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, T. I, Barcelona, 1971, p. 289; ROCA JUAN, J., ob. cit. (consulta online).

39. Entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, pp. 86-88; VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al art. 834», (consulta online); MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Heredero», *EJB*, II, Madrid, 1995, p. 3306; MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., pp. 147-149; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones*, T. II, Vol. 1º, pp. 509-511; CARRANCHO HERRERO, T., «Comentario al art. 834», *Código*

al legatario de parte alícuota o que el llamamiento en usufructo no es apto para entender que sucede a título universal. También que es un partícipe de la herencia, pero no un heredero. Frente a esto, podría destacarse la opinión de Peña Bernaldo de Quirós, quien sostiene que el viudo tiene el título de heredero, y con toda plenitud en cuanto a las consecuencias no patrimoniales de tal cualidad; también es heredero en cuanto a los efectos patrimoniales, dice, pero en cierta forma y medida; el viudo no sustituye al causante en su patrimonio, como los demás herederos, pero tampoco es un simple adquirente de derechos singulares; como heredero forzoso no pasa a ser titular de un derecho real, ni de un derecho subjetivo; la ley lo llama como copartícipe (en cuanto al goce) de la titularidad del patrimonio mismo, termina el autor mencionado⁴⁰.

En cualquier caso, la colación, se suele reiterar, requiere que los herederos forzosos concurren a la herencia como tales. Es lo que puede leerse también en las sentencias antes mencionadas, que excluyen al legitimario legatario de un bien determinado y cuestionan la obligación del legitimario legatario de parte alícuota⁴¹.

Así, en el caso de la STS de 25 octubre de 2000 (RJ 2000/8549), el marido había realizado una donación a la esposa que, además, era heredera universal, y se afirmó que «el artículo 1035 del Código Civil impone solo la obligación de colacionar a los herederos forzosos y doña María del Carmen Amalia R. V. M., aunque posee la condición de heredera universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, del Código Civil, y el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión...».

En la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) se explica que la colación, al insertarse en las operaciones particionales, requiere la existencia de una comunidad hereditaria, en la que sean partícipes a título de heredero los legitimarios, y se afirma que «aunque el art. 807.3 CC lo califique como “heredero forzoso”, en cuanto legitimario es usufructuario,

Civil Comentado, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta online); RODRÍGUEZ ROSADO, B., ob. cit., p. 152.

40. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La naturaleza de la legítima», *ADC*, 1985, 4, p. 906.

41. La sentencia de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) señala que la opinión mayoritaria excluye de la colación: a) a los legitimarios que, aun siendo llamados como herederos, lo sean solo a su legítima estricta, por presuponer que no quería el causante que recibieran nada más, con independencia de que lo que reciban no sea de la misma naturaleza y calidad; b) al legatario de parte alícuota, aun cuando sea llamado a una cuota, en cuanto no es heredero, si bien existen argumentos en contra de la posición tradicional, pues recibe una cuota (entre otros argumentos). También según la SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187) «no está obligado a colacionar el heredero instituido en cosa cierta y determinada (artículo 768 del Código Civil), pues aunque no se admita la tesis de que en todo caso es un legatario, no tiene ninguna cuenta de participación y el legatario de parte alícuota, aun discutiéndose su condición de heredero, debería estar sujeto a colación, siempre, naturalmente, que sea un legitimario».

por lo que aun en el caso de que se le hubiera instituido heredero o legatario de parte alícuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos».

Lo mismo se ha entendido por la AP de Madrid: solo los legitimarios que concurren como herederos están obligados a colacionar y entre ellos no se encuentra el cónyuge viudo.

Así, para la SAP de Madrid de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/151525) «el usufructo legal legitimario, no comporta mas que el derecho real limitativo del dominio de los auténticos herederos en que consiste, a concretar *ex re certa* no propiciando la confusión entre las personalidades de causante y usufructuario y no confiere a este el *ius disponendi* de los bienes usufructuados. Por lo que no cabría identificar, podría concluirse, al legitimario con el heredero legal. Así, con ello, debería decaer la prosperabilidad de la acción ejercitada por la actora, dado, que no concurriendo, en el cónyuge viudo, la calidad de heredero forzoso, no estaría obligado como se pretende, a colacionar».

En la SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187) se explicó que «la sentencia de instancia argumentó que las donaciones hechas en vida por el causante a la ahora viuda actora no son colacionables porque el cónyuge viudo en cuanto legitimario no es heredero ya que al tener derecho al usufructo no recibe una parte alícuota de la herencia, presupuesto indispensable para reunir la condición de heredero (artículos 660 y 668 del Código Civil), y la existencia de cuota es imprescindible para que tenga sentido la colación, puesto que las donaciones se consideran como anticipos de la cuota abstracta y su aportación a la masa se efectúa para computar lo aportado a la cuota de la partición (artículo 1035 del Código Civil)...». La Audiencia, tras una extensa explicación sobre las diferencias entre computación, imputación y colación, con afirmaciones discutibles en muchos casos, consideró que «el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de la obligación de colacionar en los términos prevenidos en el artículo 1035, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000...».

De nuevo fue la AP de Madrid la que abordó el problema en la Sentencia de 26 febrero de 2004 (JUR 2004\249789), donde se vuelve a negar el deber de colacionar del cónyuge viudo por no ser heredero. Así, en relación con la donación por el marido a la esposa, se afirmó que:

«aún cuando la literalidad del artículo 807 del CC, señala como heredero forzoso al cónyuge viudo, tal aseveración se ha visto, totalmente desvirtuada por la jurisprudencia, que considera, que en modo alguno, precisamente la cualidad de “heredero”, concurre en el cónyuge viudo, sino que este ostentaría, sino un derecho legitimario, que se plasmaría en el usufructo viudal, en la cuota que le correspondiera, según concorra con unos u otros herederos en este caso forzosos del causante».

Esta tesis doctrinal y jurisprudencial, mayoritaria, requiere alguna revisión. Para empezar, quizá los herederos forzosos tengan que colacionar, como tales, aunque no sean

necesariamente perceptores de una cuota de herencia en el momento de la partición (aunque sí siempre herederos según la doctrina que postula la existencia de una delación legal a la legítima). Si ello es así, ha de analizarse la razón por la que el viudo, siendo legitimario, no ha de colacionar.

La primera observación que podría hacerse es que la colación es un deber de los herederos forzosos, independientemente de que en la concreta sucesión de que se trate no sucedan a título universal. La obligación de colacionar de los herederos forzosos no depende de que sean instituidos herederos por el causante o de que sean herederos *abintestato*: los hijos, como herederos forzosos, siempre han de tomar de menos el valor de las donaciones recibidas, salvo mejora o dispensa; así, parece que también deben colacionar el valor de lo donado en caso de recibir un legado para el pago de su legítima o de no recibir nada.

Al primer caso se refiere López Beltrán de Heredia, para quien no es del todo exacto que solo los legitimarios que sean herederos tengan que colacionar. Colacionan todos los descendientes legitimarios, dice, porque a todos se les debe imputar a su legítima la donación. Aunque el causante haya atribuido al legitimario su cuota con un legado de un bien determinado, resulta que es siempre un legatario de parte alícuota, pues, con independencia de su título de atribución, tiene siempre derecho a una cuota del caudal computable, es decir, es titular de una cuota, aunque luego esa cuota sea satisfecha con un legado de cosa determinada y con las donaciones imputables a su porción. Todos los descendientes legitimarios, llamados todos por el Código «herederos forzosos», en su condición de tales, son todos iguales y por tanto, la colación debe afectarles a todos, aunque su legítima material esté cubierta por un legado. Cuando el Código habla de «herederos forzosos» se refiere a todos los legitimarios, sean realmente herederos, sean legatarios o sean donatarios, termina la autora citada⁴².

Efectivamente, parece que el descendiente que solo recibe un bien en pago de su legítima estricta (porque así lo ordena el testador), pero también recibió en vida una donación, debe imputar ambas atribuciones, legado y donación, a su legítima; colacionará la donación, como ordena el art. 1035 CC, pero no colacionará el legado, como dispone el art. 1037 CC, como es lógico, pues aquella es un anticipo, pero no lo es este; el hecho de que el causante solo deje a ese hijo su legítima estricta mediante un legado de cosa específica no ha de implicar inaplicación de la regla del art. 819. 1 CC. En otro caso, si

42. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 13, 56 y 58. Explica la autora que, aunque el legitimario no sea heredero y reciba un legado de cosa determinada, debe imputar la donación a su legítima y el exceso a la parte libre; también tiene que imputar el legado a cubrir lo que le falte de su porción legal, el exceso se imputará a la parte libre y si no cabe, a la mejora (pp. 14, 63-64). Rebate los argumentos de quienes sostienen que los legitimarios con deber de colacionar han de ser herederos: en el derecho histórico los legitimarios tenían derecho a recibir su legítima a título de herencia; tampoco es argumento que la colación requiera titularidad concurrente y esta implica tener la condición de heredero o de titular de una cuota, porque el legitimario legatario lo es siempre de parte alícuota, aunque su porción esté satisfecha con un legado de un bien concreto.

el descendiente, al que se donó en vida, recibe un legado además de su legítima (prelegado), en la que el testador dispone que sucedan por igual todos los descendientes, el legado, en virtud del art. 828 CC, habría de imputarse al tercio de libre disposición y, en el exceso, a la mejora (mejora tácita o presunta por exceso de imputación), sin que proceda su colación, por establecerlo el art. 1037 CC y por no haberse imputado previamente a la legítima; a esta se imputaría la donación recibida en vida, recibiendo lo que falte el legitimario, si la donación no fuera suficiente, como «heredero» forzoso⁴³. De modo que tienen el deber de colacionar los herederos forzosos que han imputado la donación a su legítima, concurren a la sucesión como herederos, como legatarios o como prelegatarios.

Al segundo caso se refiere Miquel González, que pone el ejemplo del heredero forzoso que no recibe nada en la sucesión intestada del padre, por haber recibido por donación tanto como le correspondía por su cuota intestada, mientras que otro hijo recibe todo el caudal relicto. El hijo que recibió su legítima por donación, dice, no deja de ser heredero forzoso a efectos de la colación. Así pues, la condición de heredero forzoso no se reduce al derecho a una cuantía de bienes, termina Miquel González, que también expone otros argumentos para defender que, en contra de la doctrina dominante, en el Código Civil existe una delación legal a la legítima o se parte de que los legitimarios son herederos⁴⁴.

Por tanto, se puede afirmar que los descendientes están obligados a colacionar porque son coherederos forzosos y se requieren ajustes entre ellos previos al reparto de los bienes, pero no porque se precise que la sucesión sea intestada o que el testador los haya instituido herederos; yendo más allá, si se defiende que los herederos forzosos son siempre herederos en el sistema del Código, con mayor razón resultará indiferente el llamamiento por el testador o que se trate de una sucesión *abintestato*⁴⁵. Colaciona también el que no recibe nada de la herencia en la medida en que sigue siendo heredero forzoso (o heredero), cualidad que obliga a imputar a la legítima la donación recibida en vida y tomar de menos su valor en el momento de la partición (procediendo la colación en el tercio de libre disposición), para que los coherederos forzosos aumenten sus cuotas.

Los descendientes concurren como coherederos forzosos, incluso cuando no han de tomar nada de la herencia, precisamente para colacionar lo recibido en vida mediante donación del causante. También cuando han sido llamados como legatarios, porque así se les paga su legítima, a la que deben imputar la donación recibida en vida, de modo

43. No obstante, según la tesis que niega que los herederos forzosos sean herederos el legado habría de imputarse a la legítima en primer lugar.

44. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones sobre la legítima», *Estudios de Derecho de sucesiones*. Liber amicorum T. F. Torres García, Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M. P. (dirs.), Madrid, 2014, pp. 987-988, 993-995. También RODRÍGUEZ ROSADO, B., ob. cit., p. 203.

45. ESPEJO, «La colación...», p. 398, dice que si se considera que todo legitimario tiene el título de heredero, es innecesaria su institución de heredero para considerarlo incluido entre los sujetos de la colación.

que, siendo ambos medios de pago de la porción obligatoria (sin que proceda una acción de complemento en caso de resultar insuficiente el legado), la donación se descuenta en la partición, pero el legado se toma aparte y no se colaciona (como establece el art. 1037 CC), precisamente porque es pago de la legítima estricta por orden del causante. Y, asimismo, cuando son prelegatarios, caso en que el legado sería imputable al tercio libre (art. 828 CC) y tampoco colacionable (tal y como dispone el art. 1037 CC), sin perjuicio de que fuera imputable a la legítima, y, por tanto, colacionable, la donación recibida en vida.

La obligación de colacionar requiere concurrencia, no ya de herederos, sino de los coherederos forzosos que han de repartirse los bienes hereditarios, los que continúan en la masa partible y el valor de los que tendrían que estar si no se hubiera donado, aunque sean llamados de distinta manera en la sucesión: unos como herederos, otros como legatarios y otros como donatarios. En este sentido, en el art. 464-17 del Código Civil de Cataluña se impone el deber de colacionar a los descendientes «que concurren como coherederos», no como herederos.

Pero el viudo no es coheredero forzoso, aunque resulte llamado como legitimario junto con los descendientes. Disfrutará de un usufructo cuyo alcance es independiente de como hayan de repartirse los bienes los descendientes, si bien sí depende de con quién concorra y de que se hayan computado todas las donaciones (también la realizada a su favor). Podría pensarse que si la donación a favor del cónyuge se computa, también debería imputarse a su legítima, para darse esta por pagada, pero no parece que ello se compagine bien con la especial configuración de la legítima del viudo ni que responda a la finalidad de esta. Que la donación al viudo se computa es algo que no ofrece duda, tampoco a los tribunales, aunque no se impute a su legítima y sea, en esto, tratado como los extraños. Mas no porque lo sea, sino porque ya el art. 807 advierte que es un legitimario en la forma dispuesta en el Código Civil. El cónyuge no es un heredero forzoso como los otros.

El deber de colacionar del cónyuge no depende solo de que sea heredero forzoso, porque lo es. Lo que ocurre, y de ahí que quede excluido de la colación, es que es un heredero forzoso diferente y, por eso, no es coheredero forzoso. Como se señaló anteriormente, el viudo no era legitimario antes del Código Civil; cuando se estableció su legítima, esta se configuró para que el viudo pudiera mantener su condición o posición económica anterior, a la vez que no se impedía la transmisión de los bienes a los parientes en línea recta, de modo que el patrimonio quedara en manos de la familia. Lo que está claro es que, aunque el Código lo denomine heredero forzoso, es un legitimario aparte. En la redacción inicial del Código Civil algunas normas (algunas de las cuales se mantienen hoy) venían a demostrar que el cónyuge era un heredero forzoso en forma distinta, como ya advertía el propio art. 807. 3º CC.

- En su redacción original el art. 814 CC disponía que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulaba la institución de heredero, aunque valían las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas. Y se añadía que «la preterición

del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código». De manera que, aunque también se contemplaba la preterición del cónyuge, puesto que era heredero forzoso, su omisión tenía efectos menos graves que la de los parientes en línea recta. Y los efectos eran distintos porque también era diferente su derecho, aun siendo legitimario: si el omitido era uno de aquellos parientes, había que anular la institución de heredero para dar al preterido lo que le correspondía, que no era sino su cuota como heredero (*abintestato*); si el omitido era el cónyuge se mantenía la institución de heredero porque bastaba con que el viudo disfrutara de su derecho de usufructo. Su legítima queda al margen de las normas dispuestas para los otros herederos forzosos, los parientes en línea recta⁴⁶.

Hay la preterición del cónyuge está contemplada en el art. 814. I, que, sin más, también le otorga su legítima. No se contempla la nulidad de las disposiciones testamentarias o de la institución de heredero en caso de omisión del cónyuge, como se hace en el art. 814. II para los hijos y descendientes, si bien solo en el caso de preterición errónea. En el art. 814 se parte de que para el cónyuge basta con reconocer su cuota usufructuaria y ni siquiera en el caso de preterición errónea se contempla ineficacia alguna⁴⁷. De modo que tanto antes como ahora las vicisitudes relativas a la legítima del cónyuge quedan al margen del reparto de los bienes hereditarios, que es cosa propia de los descendientes.

- El art. 851 CC, por su parte, no separa al cónyuge para establecer los efectos de la desheredación injusta, sino que esta «anulara la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado», cualquiera que sea este, pudiendo estar el cónyuge entre ellos. No obstante, su tenor literal permite una lectura diferente en función de quien sea el legitimario desheredado; si este es el cónyuge, es posible entender el art. 851 CC de modo similar al art. 814 CC: basta con reconocer al viudo su derecho de usufructo. Así, si el testador, que deshereda al cónyuge injustamente, tenía

46. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 189, a propósito de esta redacción originaria del art. 814, aunque se refería a la ineficacia parcial de la institución de heredero, añadía que el viudo recibía su cuota *ex lege*, igual que la recibiría si la sucesión fuera intestada y concurrieran parientes del testador de mejor grado sucesorio que él mismo. Citaba a García Bernardo, para quien la omisión del viudo no puede tener virtualidad para anular la institución, porque, anulada, el viudo no es heredero, y no es lógico dar a su posición de legitimario un efecto (anulación de la institución de heredero) que él no puede reemplazar con el título de heredero *abintestato* que la ley no le da.

47. No obstante, para el supuesto de preterición errónea del cónyuge podría plantearse la aplicación del art. 767 CC, en cuyo caso el cónyuge sí podría ser heredero si no hay parientes en línea recta en la sucesión intestada del causante. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), Madrid, 2003, p. 5346; el autor indica que la aplicación del art. 767 CC requiere unos presupuestos, prueba del error y su carácter determinante de la institución, que no son necesarios para la preterición no intencional de descendientes.

descendientes o ascendientes, no procederá tal anulación, sino tan solo reconocer el usufructo correspondiente. Solo si cónyuge era el heredero *abintestato*, por no existir parientes en línea recta, habrá que anular la institución de heredero del testamento que lo deshereda (instituyendo a un hermano, por ejemplo).

- El art. 655 CC menciona a los que tengan derecho a una parte alícuota de la herencia, separándolos de los que tengan derecho a legítima, como sujetos legitimados para reclamar la reducción de donaciones inoficiosas. Aunque originariamente la referencia a los primeros también tenía sentido en relación con otros, hoy se ha de limitar al cónyuge viudo, que queda diferenciado de los otros legitimarios⁴⁸.
- El art. 985 CC menciona a los herederos forzosos sin más, como se hace en el art. 1035 CC. Parece claro que la norma se refiere a los descendientes en orden al acrecimiento entre ellos. Por eso también podría pensarse que los preceptos sobre la colación se refieren solo a los descendientes en orden a los descuentos entre ellos. Como indica Miquel González en relación con el art. 985 CC, la legítima del CC se atribuye al grupo y si repudia uno de sus componentes, los demás aumentan su parte, pero no por la forma en que el testador haya hecho los llamamientos, como sucedería por aplicación de las reglas del derecho de acrecer, sino porque la delación legal de la legítima es al grupo⁴⁹. En esta línea podría pensarse que los descendientes colacionan, independientemente de que sean instituidos herederos por el testador, en cuanto integrantes del grupo en que opera la igualdad. En cuanto legitimarios de la misma clase, entre los descendientes tiene lugar el aumento de las cuotas de los no repudiantes o de los no donatarios o la reducción de las cuotas de los donatarios. Al viudo le han de resultar indiferentes esos aumentos o disminuciones; su derecho de usufructo de un tercio recaerá sobre los bienes hereditarios, salvo conmutación, cualquiera que sea el reparto que hagan los hijos (tomen unos más que otros). El párrafo segundo del art. 985 CC se refiere expresamente a los coherederos en la legítima; distintas normas sobre colación también aluden a los coherederos, que han de serlo en la legítima (habida cuenta de la relación entre colación y legítimas, como establece el propio art. 1035 CC y tal y como se explicó en el apartado anterior), y de ese grupo no forma parte el viudo.
- La norma del art. 968 CC contempla que el viudo hubiera recibido bienes por donación de su difunto consorte, para imponerle la obligación de reservarlos a favor de los descendientes de ese matrimonio, en el caso de que vuelva a casarse (art. 979 CC). Según la redacción originaria del Código, solo podría tratarse de donaciones por

48. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones...», pp. 998-1.000, explica que en la versión original del Código los sujetos que tenían derecho a una parte alícuota, pero no a la legítima, eran los hijos ilegítimos naturales, cuya cuota se extraía del tercio de libre disposición. Tras la reforma de 1981, sigue, carece de sentido la legitimación del que tenga derecho a una parte alícuota de la herencia referida a los hijos naturales, pero no al cónyuge viudo.

49. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones...», p. 996, explica que la delación legal de la cuota legitimaria es al grupo.

razón de matrimonio, para las que se admitía que no procedería su colación, por no ser imputables a la legítima, entre otras razones⁵⁰. En la original redacción del Código se partía de que lo reservable era un bien donado, cuyo valor no se había colacionado porque el donatario no era un heredero forzoso al tiempo de la donación. Admitidas las donaciones vigente el matrimonio, la reserva viudal se ha mantenido igual en el art. 968 CC y no se debe ignorar que la norma presupone inexistencia del deber de colacionar para quien luego ya sí es heredero forzoso, el viudo, simplemente por el hecho de no serlo un poco antes, en el momento de la donación⁵¹. Lo donado no se colacionaba; se reservaba si el viudo contraía nuevo matrimonio.

Los preceptos sobre la reserva viudal inducen a pensar que el viudo no ha de colacionar el valor de lo donado en la partición que realizara con los hijos, pues no parece muy coherente descontar la donación del usufructo, capitalizado, y, a la vez, tener que conservar el bien donado para que sucedan los hijos. Si en el Código Civil el nuevo matrimonio no es causa de extinción del usufructo viudal, no parece que tampoco deba reducirse en la medida del valor de la donación, precisamente porque se ordena que lo donado vaya a manos de los descendientes al existir riesgo de desviación. El viudo puede disfrutar de su derecho de usufructo en su integridad. Y esto lo mismo ha de valer para el viudo que se vuelve a casar que para el que no repite matrimonio; el que continúa siendo viudo goza de libertad sobre el bien donado, pero la inexistencia de riesgo de desviación de los bienes de su línea de procedencia (el cónyuge premuerto) no ha de suponer rebajar su derecho. Sencillamente, la cuota usufructuaria se disfruta sin reducciones y, en caso de volverse a casar, el viudo está obligado a conservar los bienes recibidos por donación de su difunto esposo para que sucedan en ellos los descendientes del primer matrimonio. Si el Código contempla el riesgo de que el bien se desvíe para imponer la reserva viudal es porque no se colacionó, no se descontó su valor, pues no tendría mucho sentido que el cónyuge reciba menos como legítima y, además, tenga que reservar el valor total de la donación (la propiedad del bien). Por eso, parece que el Código solo tenía en mente la colación entre descendientes, sobre los que no recae obligación alguna de reservar⁵².

50. En el capítulo dedicado a las donaciones por razón de matrimonio, la originaria redacción del art. 1331 CC disponía que «los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, solo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión testada», a lo que añadía el primitivo art. 1334 CC, que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia».

51. El inicial art. 1333 CC ordenaba la ineficacia de la donación por razón de matrimonio si este no llegaba a celebrarse, lo que también establecía el art. 1326 CC originario para las capitulaciones matrimoniales, aunque no se disponía el plazo de un año, como en la actualidad.

52. Si bien, en virtud del art. 812 CC, los ascendientes suceden con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos

Por otra parte, lo que se ha planteado la doctrina es si la obligación de reservar afecta a la legítima del viudo, preguntándose si lo recibido como tal también está sujeto a reserva por haberse adquirido en la sucesión testada o intestada del difunto consorte. Parece que la respuesta ha de ser negativa, puesto que el art. 968 CC sujeta a reserva «la propiedad de los bienes», cosa que no recibe el viudo como legitimario, ni aun en el caso de que se le haya conmutado su usufructo (a la vista de los medios de pago que admite el art. 839 CC). Solo en un caso se podría dar el supuesto de la reserva viudal: cuando el viudo concorra con hijos solo del causante, no comunes, pues, según el art. 840 CC, aquellos pueden elegir sustituir el usufructo viudal por un lote de bienes hereditarios; en este supuesto es dudoso que el viudo esté obligado a reservar los bienes recibidos a cambio de su legítima, pues, de estarlo, no podría disponer de los mismos, quedando en similar posición que si su usufructo no se hubiera conmutado.

En relación con esta cuestión, Lacruz Berdejo niega que la legítima viudal tenga que ser reservada por dos razones: una, que la propiedad de los bienes queda en la familia; otra, que quedaría burlada la finalidad alimentaria del usufructo si no pudiera el viudo gastar y consumir los frutos. La solución contraria, decía Lacruz Berdejo, solo valdría contemplando en la reserva una sanción contra las segundas nupcias, para reducir los ingresos que la ley asigna al cónyuge por su condición de viudo, para alimentarle a él y solo para eso, nunca para contribuir a un nuevo matrimonio. Pero, termina, no parece ser esa la finalidad de la ley y, en general, cualquier limitación al usufructo viudal por causa de segundas nupcias debería haberse establecido por el CC al regular la legítima del cónyuge viudo⁵³. La respuesta de Lacruz Berdejo apoya la tesis de que la legítima ha de disfrutarse por el viudo en su integridad, sin tomar de menos el valor de la donación; la legítima viudal no ha de ser reservada en caso de nuevo matrimonio, ni ha de ser rebajada en caso de donación al cónyuge en vida⁵⁴.

Habiendo recibido una regulación diferenciada el cónyuge viudo en distintos aspectos, puede mantenerse su separación también a efectos de colación. La obligación de colacionar se impone a los que concurren como coherederos forzosos y tomarían bienes

objetos donados existan en la sucesión; en otro caso, sucederán en las acciones del donatario, en el precio o en los bienes por los que se hayan permutado. Pero esta reversión de donaciones no implica las limitaciones o deberes que la reserva viudal supone para el cónyuge viudo en vida (arts. 974 a 978 CC).

53. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, T. II, p. 274.

54. Otro posible caso de reserva viudal sobre lo recibido como legítima sería aquel en que el viudo haya adquirido los bienes de los hijos del primer o anterior matrimonio (art. 969 CC), mas en este supuesto sería legitimario de estos o heredero en su sucesión intestada, surgiendo el mismo problema que en la reserva lineal regulada en el art. 811 CC, caso para el que se acepta que la obligación de reservar alcanza a la legítima del ascendiente; ahora bien, el fundamento de la legítima del ascendiente puede ser bien distinto del que justifica la legítima del cónyuge viudo.

en propiedad del haber partible, aunque en el caso concreto no sean llamados como herederos o no tomen nada de aquel (porque el causante haya elegido otro medio de pago de la legítima, como el legado o la donación). La colación sí exige concurrencia de los que integran el grupo llamado por la ley al reparto de los bienes como propietarios. Y por eso no debe colacionar el viudo, que puede concurrir con los hijos en la partición, en el sentido de resultar llamados todos a la sucesión, pero no concurre con ellos en el sentido de coincidencia en el llamamiento en orden al reparto de la herencia. Colacionar es adicionar el valor de lo donado, para que los otros legitimarios tomen más en el reparto de los bienes hereditarios (arts. 1047 y 1048 CC), reparto este en que no participa el viudo. Para el viudo no tiene sentido el tomar de menos para que los otros tomen bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. El viudo no se descuenta nada, simplemente no será cotitular del uso: eso sí, lo tomaría de menos, pero no hay coheredero alguno que tome el equivalente en otros bienes hereditarios, sino herederos que dejan de soportar el gravamen.

Como colacionan los que deberían proceder a la partición (precisamente para determinar si algún heredero forzoso debe tomar menos o no tomar nada, para que lo tomen los demás), no se requiere mera concurrencia de legitimarios sin más, sino de coherederos forzosos, esto es, pluralidad de los que se reparten la herencia. El viudo, aunque deba velar por que se respete su derecho, no tiene que intervenir en la adjudicación de los bienes hereditarios. En su derecho el viudo está solo, no concurre con nadie. Sin embargo, en el reparto de los bienes hereditarios tiene que darse la concurrencia que justifica que los otros tomen el equivalente del valor de lo donado a uno de ellos: es precisa la existencia de coherederos forzosos. Los descendientes tienen el deber de colacionar porque, como tales, son coherederos forzosos (aunque su legítima se satisfaga mediante donación, legado o, lógicamente, como herederos), lo que no es el viudo, aunque sea heredero forzoso. Cuando el art. 1035 CC impuso la colación no podía estar pensando en el cónyuge, pues, por un lado, no se admitían las donaciones entre esposos y, por otro, las donaciones por razón de matrimonio no se imputaban a la legítima. Y después, aunque cupiera considerar incluido al viudo en la referencia a los herederos forzosos del art. 1035, otros preceptos sobre la colación se refieren a los «coherederos» en el reparto de los bienes, entre los que no está el viudo; así, los arts. 1047, 1048 y 1050. El viudo es legitimario, pero no concurre con nadie como coheredero.

Finalmente, tampoco estaría obligado a colacionar el cónyuge que sí es heredero (no solo heredero forzoso), como en alguna ocasión se ha afirmado o se ha cuestionado. Si el viudo es, además de legitimario, heredero en la concreta sucesión de que se trate, tampoco se daría la concurrencia a la que se refiere el art. 1035 CC. El cónyuge no concurre con nadie si la sucesión es intestada, pues su llamamiento depende de que no haya descendientes ni ascendientes y, en ese caso, recibe todo como heredero *abintestato* único (art. 944 CC). Y si la sucesión es testada y, por tanto, el viudo es coheredero por haber sido instituido por el testador (cónyuge premuerto), tampoco colaciona porque el Código Civil se refiere a la concurrencia como coherederos forzosos, no a la concurrencia de coherederos voluntarios (o de extraños con forzosos). La

conurrencia como coherederos forzosos es propia de los descendientes; el cónyuge viudo puede resultar llamado a la herencia junto con aquellos, pero, aunque sea coheredero voluntario, no es coheredero forzoso: su concurrencia es en forma distinta, como el propio legislador se ocupó de advertir, una vez que incluyó al cónyuge entre los legitimarios.

Por otra parte, distintas normas del Código Civil demuestran que determinadas atribuciones patrimoniales al cónyuge bien quedan al margen de sus derechos sucesorios, bien son independientes de lo que pueda corresponder a los descendientes. Así, el art. 1321 CC establece que el ajuar de la vivienda habitual común se entregará al viudo, fallecido el consorte, «sin computárselo en su haber»; por tanto, se produce un traspaso de la propiedad de estos bienes al cónyuge sobreviviente independiente de sus derechos sucesorios; esto es, el cónyuge puede recibir algo más para su bienestar o adecuada supervivencia sin que ello repercuta en el usufructo viudal. Por su parte, el art. 814. II. 2º ordena mantener la institución de heredero a favor del cónyuge en caso de preterición no intencional o errónea de alguno o algunos de los hijos o descendientes; por tanto, su cuota hereditaria no se ve alterada ni en el grave caso de preterición errónea de los hijos o descendientes, salvo en lo necesario para cubrir la legítima de los preteridos.

Las resoluciones judiciales anteriormente citadas prescinden de que el viudo fuera heredero o legatario de parte alícuota en el caso concreto, centrándose en que, como legitimario, no es heredero. Efectivamente, si el viudo debe colacionar no ha de depender de que sea heredero voluntario o legatario de parte alícuota. En relación con los hijos, tampoco depende de eso, pues colacionarán siempre, salvo dispensa, por su carácter de coherederos forzosos, como se ha explicado. No tiene sentido si el viudo instituido heredero tiene, en ese caso, por ser heredero, deber de colacionar. Su obligación de colacionar, de admitirse, habría de basarse en otras consideraciones y no en su título de heredero⁵⁵. Si el cónyuge es heredero, sigue siendo legitimario y es esta cualidad la que determina el deber de colacionar; pero esta cualidad es la decisiva para los legitimarios que son coherederos forzosos y concurren como tales. Por otra parte, la institución de heredero del cónyuge no hace que la donación tenga que imputarse necesariamente a su legítima.

Si el ámbito donde tiene más sentido la colación es la sucesión intestada, por encontrarse en la igualdad su razón de ser, obvio es que no puede alcanzar al viudo, que no concurre con nadie. Y si no procede para la intestada la colación del viudo, tampoco debe proceder para la sucesión testada, pues, aunque sea instituido por igual junto con los descendientes, y aunque la colación en sentido propio tenga lugar en el tercio de libre disposición, la colación se impone no en cuanto coheredero voluntario, sino en cuanto coheredero forzoso y es consecuencia de la imputación de la donación a la legítima por el trato

55. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación...», p. 402, señala que parece extraño que la colación del cónyuge exija manifestación de voluntad para instituirle heredero; la colación, añade, no exige ninguna voluntad testamentaria del donante y si fuera necesaria para el cónyuge, con el mismo fundamento habría que admitir la colación de los extraños.

igualitario que pretenden las normas, objetivo del que escapa el viudo, al disfrutar de una legítima distinta.

Aceptado está, en general, que la colación no pretende la protección de las legítimas; pero sí está relacionada con ellas en cuanto es una operación que se impone solo a los que son herederos forzosos y requiere que la donación se tenga en cuenta previamente a efectos de legítima (cosas ambas que expresamente establece el art. 1035 CC). Y en lo que a la legítima se refiere (aunque también en alguna otra cosa), el viudo recibe un tratamiento diferente, por lo que se debe separar de algunas instituciones u operaciones, como la colación. En este sentido, en el Código Civil de Cataluña, como el cónyuge no es heredero forzoso, ya quedaría al margen de la colación, pero el art. 464-17 menciona exclusivamente a los descendientes como sujetos obligados a colacionar; y, además, para el cálculo de la cuarta viudal se ordena expresamente que no se incluyan las donaciones hechas al cónyuge viudo (aunque sí otras).

4. CONCLUSIONES

La solidaridad conyugal que puede justificar la legítima del viudo quizá requiera reglas diferentes a las dispuestas para otros herederos forzosos, cuyas legítimas encuentran su fundamento también en la solidaridad familiar, pero, además, en otras consideraciones, como la igualdad de los descendientes, pretensión igualitaria de la que habría de escapar el viudo. La propia ley, a la vez que tiende a la igualdad, mediante la imputación a la legítima de las donaciones y consiguiente colación (operando esta en el tercio libre), especifica que el viudo es un heredero forzoso diferente a los de los otros grupos. Distintas normas apoyan que el viudo deba considerarse excluido de la colación: la especial configuración legal de su legítima implica que la donación no deba considerarse un anticipo de la misma, que no sea coheredero forzoso, aunque sea legitimario, y que no participe en el reparto de los bienes hereditarios, resultado ajeno a los ajustes entre los que sí concurren como coherederos forzosos (que, por otra parte, aun siendo herederos en cuanto legitimarios, no tienen que suceder necesariamente como herederos en la concreta sucesión de que se trate).

La solidaridad conyugal se impone contra la voluntad del esposo premuerto, pues la legítima del viudo se establece como límite a esta. Admitida en la ley una participación obligatoria en la herencia para el cónyuge, de modo que pueda usar y disfrutar de una parte de la misma, ha de ser independiente de las donaciones realizadas en vida. Estas no han de ser un anticipo de un derecho que nace para el bienestar del viudo, so pena de quedar frustrada esta finalidad. No parece que quepa, ni en la ley ni en la voluntad del cónyuge donante, eliminar o reducir el usufructo viudal dándolo por satisfecho mediante una donación en vida. Así, la ley no regula una posible conmutación del usufructo por donaciones del esposo premuerto y, aunque la inexistencia de norma sobre imputación de la donación al cónyuge puede tener una explicación histórica, la primitiva redacción del Código partía de que las donaciones *propter nuptias* no eran colacionables y, sin embargo, sí eran reservables si el viudo repetía matrimonio, reserva viudal que se mantiene hoy, apoyando la tesis de que del usufructo, capitalizado, no se descuenta el valor de la donación y, en caso de nuevas nupcias, el bien donado se reserva. Por su parte, el cónyuge donante quiere, por definición, favorecer a su consorte, por lo que parece adecuado excluir la colación de la donación y mantener la tesis de la acumulación de donación y legítima, imputándose aquella al tercio libre; y si tras la donación cambiara su intención, ello no debería conducir a considerar satisfecha una legítima que se impone a pesar de su voluntad.

La peculiaridad de la legítima del cónyuge viudo no puede perderse de vista cuando, en pro de la libertad de disposición del causante, hoy se postula la reforma del sistema legitimario del Código Civil. Así, la imputación de donaciones a la legítima de los herederos forzosos, y consiguiente colación, favorece la autonomía de la voluntad de aquel, quedando íntegro o menos menguado el tercio de libre disposición para disponer a favor de extraños; mas esta regla ha de cuestionarse tratándose del cónyuge, pues no se compagina bien con la naturaleza de su legítima, ya que no se trata de la transmisión del patrimonio (como ocurre con los descendientes, para los que disminuye su porción

obligatoria por considerarse pagada mediante una donación en vida), sino de la creación de un derecho, antes inexistente, en atención a la particular situación del cónyuge tras enviudar. Otra cosa es que la atención al viudo pueda ser objeto de una regulación diferente, contemplándolo, o no, como legitimario, o que se consideren suficientes las normas sobre régimen económico matrimonial; pero de momento no cabe sino considerar al viudo heredero forzoso, si bien aparte.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENAS CARPIO, J. M., *La dispensa de la colación*, Cizur Menor, 2009.
- BUSTOS LAGO, J. M., «Comentario al art. 834», *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta *online*).
- CANO TELLO, C. A., «El artículo 834 del Código Civil desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del derecho de familia español», *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, pp. 393-404.
- CARRANCHO HERRERO, T., «Comentario al art. 834», *Código Civil Comentado*, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta *online*).
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 2011.
- DE LOS MOZOS, J. L., *La colación*, Madrid, 1965.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Murcia, 2006, pp. 13-171.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, T. 2, 12ª ed., Madrid, 2017.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 1035», *Código Civil Comentado*, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta *online*).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, 1992, 1, pp. 377-418.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Capilla Roncero, F., Espejo Lerdo de Tejada, M., Aranguren Urriza, F. J. (dirs.), Cizur Menor, 2019, pp. 437-461.
- GALVÁN GALLEGOS, A., «Operaciones particionales», *La partición de la herencia*, O'Callaghan Muñoz, X. (coord.), Madrid, 2006, pp. 301-333.
- GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Santiago de Compostela, 2020.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, 3, pp. 1105-1196.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, Madrid, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, en Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F., *Derecho de sucesiones*, T. I, Barcelona, 1971, y T. II, Barcelona, 1973.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Partición y colación», *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 2012, pp. 97-123.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Herederero», *EJB*, II, Madrid, 1995, pp. 3303-3306.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima», *EJB*, III, Madrid, 1995, pp. 3949-3954.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), Madrid, 2003, pp. 5339-5390.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima material y legítima formal», *AAMN*, 2009, T. II, pp. 493-560.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre la legítima», *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M. P. (dirs.), Madrid, 2014, pp. 983-995.
- MORELL TERRY, J., «Colación especial exigida en el art. 1.035 del Código Civil», *RGLJ*, T. 108, pp. 27-45, 113-132.
- MUÑOZ GARCÍA, C., *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Pamplona, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La naturaleza de la legítima», *ADC*, 1985, 4, pp. 849-908.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. II, Vol. 1º y Vol. 2º, Madrid, 2004.
- ROCA JUAN, J., «Comentario al art. 1035», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol 2º, Albaladejo García, M.-Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1989 (consulta *online*).
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Herederero y legitimario*, Pamplona, 2017.
- RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor, 2017.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La legítima del cónyuge viudo (artículos 834 a 840 del Código Civil)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Vol. II, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, 2014, pp. 3087-3137.

SARMIENTO RAMOS, J., «Comentario al art. 1035», *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P. (dirs.), Madrid, 1993 (consulta *online*).

VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al art. 1035» (actualizado por Ordás Alonso, M.), *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5^a ed., Pamplona, 2021 (consulta *online*).

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. IV, Madrid, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los arts. 819 y 834», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XI, Albaladejo García, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1982 (consulta *online*).

Sentencias citadas

Tribunal Supremo

3 de junio de 1965 (RJ 1965/3812)

19 de junio de 1978 (RJ 1978/2357)

17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161)

9 de enero de 1995 (RJ 1995\341)

25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549)

18 de octubre de 2007 (RJ 2007/8625)

11 de octubre de 2012 (RJ 2012\9714)

19 de febrero de 2015 (RJ 2015/1400)

17 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3619)

24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724)

Audiencias Provinciales

SAP de A Coruña de 16 de noviembre de 2000 (JUR 2001/109598)

SAP de Madrid de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/151525)

SAP de Madrid de 14 de julio de 2003 (JUR 2004/18187)

SAP de Madrid de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004\249789)

SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (AC 2004/484)

SAP de A Coruña de 22 de octubre de 2010 (AC 2010/1816)

SAP de Huelva de 28 de marzo de 2019 (JUR 2019/169370)

