

## EL NUEVO PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1041 DEL CÓDIGO CIVIL.

Gloria Díaz Pardo.  
Profesora Titular Interina de Universidad.  
Doctora en Derecho.  
Universidad Rey Juan Carlos.

### Sumario.

#### 1. Introducción. Evolución histórica y fundamento de la colación. 2. Contenido del artículo 1041 del Código civil: atribuciones excluidas de la colación conforme al nuevo párrafo segundo.

- a). *Naturaleza jurídica de la norma contenida en el artículo 1041. Imperatividad.*
- b). *Ámbito subjetivo. Sujetos a los que va destinado el artículo 1041.*
  - a´).- Sujeto pasivo: destinatario del pago.
  - b´).- Sujeto activo: persona que realiza el pago
- c). *Ámbito objetivo. Límites dentro de los que debe aplicarse el artículo 1041.*
  - a´).- Contenido y fundamento de la obligación de alimentos recogida en el artículo 1041 párrafo 1º.
  - b´).- Significado del término *necesidades especiales* recogido en el artículo 1041 párrafo 2º.
  - c´).- Límites de aplicación del artículo 1041 párrafo 2º.

#### 1. Introducción. Evolución histórica y fundamento de la colación.

Con la aprobación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se está reforzando la protección jurídica que requieren determinadas personas en atención a su condición de discapacitado<sup>1</sup>. El objetivo básico e inmediato que se persigue con esta Ley, tal y como se pone de manifiesto en el nº II de la Exposición de Motivos, es habilitar la formación de un patrimonio que sirva para cubrir las necesidades del beneficiario. A este patrimonio se le otorga una especial regulación jurídica (concretamente en lo relativo a constitución, aportaciones y administración). Junto a esta idea central, en torno a la cual gira la Ley, también se arbitran otras importantes medidas de protección patrimonial del discapacitado, requiriéndose para su implantación la modificación de determinados preceptos de la normativa procesal, tributaria y civil.

Las modificaciones del Código civil, éstas afectan a diferentes ámbitos, siendo el Derecho de sucesiones el que más variaciones sufre. Dentro de las normas que han resultado modificadas en esta materia, encontramos la recogida en el artículo 1041. En su contenido se describen una serie de desembolsos patrimoniales que se excepcionan de la obligación de colacionar. Una de las particularidades que presenta

---

<sup>1</sup> Tenemos un importante elenco de normas protectoras, tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado. El artículo 49 de la Constitución es la norma básica de reconocimiento de la asunción del Estado de la carga económica precisa para hacer efectivo el desarrollo e integración de los que se denominan *disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*. Como desarrollo de este precepto es preciso mencionar la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

Más recientemente, se han aprobado la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de los discapacitados; y la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

También es interesante destacar, sin ánimo de hacer aquí una enumeración exhaustiva, una serie de disposiciones dictadas como desarrollo de las diferentes leyes protectoras de los discapacitados. Encontramos así, el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determinan la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad; el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de los discapacitados, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, en su disposición 3ª en lo relativo al reconocimiento del tipo de minusvalía.

este precepto es que se trata de una exclusión impuesta por la ley y no por la voluntad del causante, contrastando con la libertad que éste tiene en relación con la atribución que haga de otros bienes, sobre los que podrá decidir si se incluyen o no en la colación.

Con la citada Ley especial se incorpora un nuevo párrafo al ya preexistente, en el que parecen añadirse una serie de gastos, junto a los que ya figuraban como excluidos de la colación: en concreto, los realizados por los padres o ascendientes en función de la discapacidad que sufran sus hijos o descendientes. Resulta interesante hacer una reflexión sobre este nuevo párrafo para así determinar cómo afecta esta incorporación al régimen que se venía manteniendo con relación a los gastos de alimentos, y comprobar si el grupo de gastos que quedan fuera del régimen colacionable se ha visto reforzado o ampliado en atención a la cualidad de discapacitado del descendiente.

La especial protección legal que recibe el discapacitado tiene gran relevancia práctica en relación a diversos aspectos objeto de estudio en estas jornadas. Pero lo que vamos a cuestionamos en este punto es si, desde una óptica estrictamente jurídica, con el nuevo párrafo del artículo 1041 esa protección se amplía efectivamente, o si, por el contrario, el contenido del párrafo 1º era suficiente para llegar al mismo resultado. Partimos de la premisa previa de la conveniencia y oportunidad que siempre representa la protección de las personas más débiles, así como su plasmación en las normas, pero cosa distinta es si era necesaria esta modificación del artículo 1041 para lograr el resultado pretendido.

Antes de entrar en otras consideraciones, haremos un breve excursus sobre la evolución histórica de la colación y su fundamento, cosa que nos permitirá dar una explicación y justificación a la permanencia de esta institución, y a su actual estado en nuestro Derecho sucesorio.

En Derecho Romano, en el ámbito de la familia, se creaban grandes desigualdades entre la situación jurídico-patrimonial de los hijos emancipados y los sometidos a la potestad del padre; mientras que los primeros podían formar un patrimonio propio, todos los bienes de los segundos pasaban a engrosar el patrimonio paterno<sup>2</sup>. Como consecuencia del no sometimiento a la patria potestad, se excluía a los hijos emancipados (también a las mujeres y a los ascendientes) de la sucesión *ab intestato*.

La rigidez del sistema hereditario de la época de las XII Tablas aparece posteriormente suavizado en el Derecho pretorio, que admite ya la sucesión hereditaria *ab intestato* y *contra tabulas* de los emancipados<sup>3</sup>. Se buscaba con ello lograr la igualdad entre los herederos. Sin embargo, esta inclusión en la sucesión generó otra desigualdad: con el llamamiento de los emancipados, éstos se beneficiaban de los incrementos económicos producidos en el patrimonio del padre por los hermanos no emancipados, los cuales, como contrapartida, no tenían participación en las adquisiciones patrimoniales de aquéllos acaecidas tras la emancipación. Para paliar esta desigualdad, el pretor impuso que los emancipados que heredaran del padre *ab intestato* o *contra tabulas*, concurriendo a la herencia con hijos no emancipados (entre emancipados no procedía la colación), trajeran a colación los bienes adquiridos en virtud de su capacidad patrimonial<sup>4</sup>. El emancipado debía aportar a la masa hereditaria todos los bienes adquiridos desde la emancipación hasta la muerte del padre, bienes que, de no estar emancipado, habría adquirido para el *pater*; es lo que se conoce como *collatio bonorum* o *collatio emancipati*<sup>5</sup>. Se creaba así la ficción de que los bienes del emancipado pertenecían al patrimonio del padre, del mismo modo que ocurría con las aportaciones hechas por los *sui*<sup>6</sup>.

En el caso de la hija dotada que seguía perteneciendo a la familia de origen (casada *sine manu*), la solución jurídica era prácticamente idéntica: debía colacionar lo recibido en concepto de dote. Ésta era la denominada *collatio dotis*. El hecho de que el patrimonio paterno disminuyese como consecuencia del otorgamiento de la dote era tenido también en consideración a la hora del reparto de la asignación hereditaria<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Vide MARÍN LÁZARO, R.: "La colación hereditaria", R.D.P., nº 1, octubre 1944, pp.5-6.

<sup>3</sup> Vide FUENTESECA, P.: *Derecho Privado Romano*, Madrid 1978, pág 544.

<sup>4</sup> Vide VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Civitas, Madrid 1984, pág.767.

<sup>5</sup> Como defecto a esta colación encontramos el hecho de que no se forma una masa única, sino que cada emancipado formaba una masa independiente de la colación del resto de los emancipados.

<sup>6</sup> Vide IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Ariel, Barcelona, 1979, pp.628-29.

<sup>7</sup> Sobre la evolución de la *collatio dotis*, vide FUENTESECA, P.: ob. cit., pp.573-74.

Posteriormente, desapareció la distinción patrimonial entre emancipados y no emancipados. Pero no ocurrió lo mismo con la figura de la colación, que se conservó, básicamente, en atención al mantenimiento de la *collatio dotis*.

Es a partir del Derecho justiniano cuando se configura la estructura de la colación que, con su correspondiente evolución, ha llegado a nuestros días. A partir de este momento queda sin aplicación la *collatio bonorum* y pierde su justificación la *collatio dotis*, si bien hace acto de presencia otra modalidad de colación conocida con el nombre de *collatio descendentium*. Con JUSTINIANO se diluyen las diferencias todavía existentes en la sucesión intestada entre las dos categorías de hijos<sup>8</sup>; se limita la colación a las donaciones *ob causam* (eran, particularmente, la entrega de la dote, las donaciones *propter nuptias*, las donaciones “para obtener cargo público”, y las *emendam militiam*)<sup>9</sup>; se aplica la colación a todo tipo de sucesión, incluida la testada; y se establece el carácter dispositivo de la figura, permitiéndose que el causante incluya como objeto de colación las donaciones simples, o que dispense de traer a colación las donaciones *ob causam*, así como que manifieste su deseo expreso de que no proceda la colación<sup>10</sup>.

Durante la Alta Edad Media, debido al fuerte papel que desempeña la familia (concretamente, el patrimonio del padre), se impone la distribución igualitaria de la herencia entre los hijos, llegándose incluso a eliminar la posibilidad de mejora entre ellos. Debido a la imposición de este principio igualitario<sup>11</sup>, la colación adquiere un papel relevante, incluyéndose como bienes colacionables todos los recibidos por donación, independientemente del tipo de ésta.

En la época de Las Partidas<sup>12</sup> se vuelve al sistema justiniano, distinguiendo el tipo de donación a efectos de colación, para de este modo dejar fuera de su sistema a las donaciones simples (salvo disposición en contra del causante, o cuando así resulte por razones de reciprocidad con otros descendientes)<sup>13</sup>. Aparte de los peculios castrenses, quasi-castrenses y adventicios, se excluyen de la colación las antiguas donaciones *ad emendam militiam*, en las que iban incluidos todos los gastos necesarios para armar caballero a alguno de los hijos, y los gastos de educación<sup>14</sup>.

Siguiendo el sistema de Las Partidas, las Leyes de Toro vuelven a excluir de la colación las donaciones simples, salvo voluntad expresa en contra del causante. De no constar tal voluntad, esas donaciones se incluían en la categoría de mejora. En el caso de las donaciones *ob causam* (consideradas colacionables), podían salir del régimen de la colación por decisión expresa del causante, en cuyo caso pasaban a ser consideradas como mejora<sup>15</sup>.

Por lo que se refiere a la época codificadora, el Proyecto de Código civil de 1851 mantiene la colación como figura relevante en orden a preservar, junto a la legítima, la igualdad entre herederos forzosos. Vuelven a estimarse como colacionables todo tipo de donaciones, se suprime la colación *in natura*, se establece el modo de valoración de los bienes sujetos a colación. Estos extremos son mantenidos por nuestro Código civil de 1889. Como diferencias principales entre el Código civil y el Proyecto de 1851 encontramos, en la actual regulación positiva, la no estimación como colacionables de las donaciones hechas por extraños

---

<sup>8</sup> Vide Novela 118.

<sup>9</sup> Vide VALLET DE GOYTISOLO, J.: ob. cit., pp.771-72.

<sup>10</sup> Vide Nov.18, Cap.6.

<sup>11</sup> En algunos Fueros se llega a establecer, para hacer efectiva esa igualdad, que el quinto de libre disposición se atribuya a extraños –no legitimarios–, o que se disponga de esa parte como legado a favor del alma.

<sup>12</sup> Vide Ley 4ª, Tit.XV, P.6ª.

<sup>13</sup> Importante contenido se recoge en la 6ª Partida, Ley 5ª, título XV, al enumerarse los bienes que no son objeto de colación y que difieren del Derecho romano Se expresa, literalmente, de la siguiente manera: “*E otrosi dezimos, que los libros é las despensas que el padre diesse a alguno de sus fijos para aprender alguna ciencia en Escuelas, non gelas puedan contar los otros hermanos en su parte en la partición. E esso mismo dezimos, que as despensas que el pedre fiziere, faziendo armar Cavallero a alguno de sus fijos, dandole armas e cavallo, e las otras cosas que fuera menester por razon de Cavalleria, que non deven ser contadas en su parte*”.

<sup>14</sup> Vide DE LOS MOZOS, J.L.: *La Colación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1965, pp.78-80.

<sup>15</sup> Vide GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 22-24.

en consideración al causante<sup>16</sup>, y la inclusión de la colación de los nietos que suceden en representación de su progenitor<sup>17</sup>.

Tras estas breves alusiones históricas, podemos observar cómo desde el Derecho Romano con la colación se pretendían evitar desigualdades de carácter económico entre aquellos herederos que tenían la consideración de forzosos, desigualdades que se podían provocar durante la vida del causante por la atribución de bienes a alguno de esos legitimarios en detrimento del resto.

Partiendo de la necesaria e inequívoca separación entre colación y legítima, la finalidad perseguida no era dispar sino unitaria, pues se trataba de figuras conectadas básicamente por un mismo propósito: el reparto lo más igualitario posible de la herencia entre legitimarios<sup>18</sup>. Pero existen grandes diferencias entre colación y legítima. La primera se refiere al distinto régimen jurídico aplicable a cada una de estas instituciones, dispositivo en el caso de la colación y de derecho necesario en el caso de la legítima. Pero ello no obsta a que tengan un mismo fundamento, ya que en ambos casos se busca la igualdad entre los herederos que tengan la consideración de legitimarios. Si se adoptase un sistema jurídico hereditario en el que el poder de disposición del causante no estuviese limitado en caso de sobrevivirle determinados familiares, la existencia de una figura como la colación carecería de sentido.

Una buena parte de la doctrina ha buscado la justificación a la actual regulación normativa de la colación en la *presunción de voluntad del causante*. Este planteamiento se basa en el carácter dispositivo de la regulación jurídica de la colación expresado a través del artículo 1036. Se considera que si el causante no manifiesta su voluntad de que no haya colación, es porque tiene la voluntad de anticipar en vida la cuota hereditaria. Siguiendo esta línea de argumentación, VALLET DE GOYTISOLO<sup>19</sup> niega que la finalidad perseguida por la colación sea conseguir la igualdad de los hijos, pues considera que el artículo 1036 del Código civil conserva el fundamento y finalidad subjetivo y presuntivo que tenía la colación desde la reforma justiniana, posteriormente mantenida por Las Partidas y por las Leyes de Toro. Se trataría de una presunción legal de que lo donado a los legitimarios se hizo como un anticipo con cargo a su cuota hereditaria<sup>20</sup>.

La presunción de voluntad de anticipo del reparto hereditario tiene su raíz histórica en el hecho de que los bienes de los *emancipati*, adquiridos tras la emancipación y que se incluirían en el patrimonio del *pater*, de no haberse producido aquélla, se presume que son bienes que pertenecían a la esfera patrimonial paterna y que salieron anticipadamente de la misma; de ahí que se tengan en cuenta a la hora de proceder al reparto hereditario. Esta idea ha perdurado a lo largo de los siglos y se ha mantenido por arrastre histórico, pero en la actualidad no justifica *per se* la existencia de la colación en nuestro ordenamiento jurídico.

Establecer una presunción *iuris tantum* de voluntad del causante como base y fundamento de la colación nos parece algo forzado e innecesario en la actualidad. Tendría razón de ser en un sistema en el que esta figura permaneciera aislada, pero no en un régimen jurídico en el que se mantiene la legítima como figura a través de la cual una buena parte del patrimonio del causante ha de ser respetado en orden a preservar los derechos de los legitimarios. ALVAREZ CAPEROCHIPI cataloga de poco convincente esta fundamentación de la colación en la *voluntad presunta del causante*, por entender que resulta contradictoria con la regulación del Código civil, al no admitirse la prueba de la voluntad contraria del causante más que cuando ésta es expresa (art.1036 del C.c.), y porque la colación sólo procede entre herederos forzosos, siendo así que la presunción de voluntad habría de extenderse también a los herederos voluntarios, si cabe aun con mayor razón<sup>21</sup>. En sentido análogo se manifiesta GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO<sup>22</sup>, cuando afirma que la colación no obedece a una voluntad supuesta del causante. Hace esta afirmación en base a dos

<sup>16</sup> Vide artículo 879 del Proyecto de 1851.

<sup>17</sup> Vide MARÍN MONROY, A.: "La colación: historia y crítica de los problemas de valoración", *AAMN*, 1948, pp.78 y ss.

<sup>18</sup> Vide ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.,: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2000, pág.214.

<sup>19</sup> Vide VALLET DE GOYTISOLO, J.: ob. cit., pp.778.

<sup>20</sup> A este respecto, vide DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil IV*, 9ª Edic., Tecnos, Madrid 2004, reimpresión, 2005, pág.536.

<sup>21</sup> Vide ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *Curso de Derecho hereditario*, Civitas, Madrid, 1990, pág.117.

<sup>22</sup> Vide GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *A.D.C.*, julio-septiembre 2005, pp. 1135-40.

consideraciones: una, que la colación sólo afecta a los legitimarios nombrados herederos; otra, el contenido del artículo 1038.2º del Código civil. En este artículo se declara que los nietos que heredan por representación del padre tienen que colacionar lo recibido del causante en vida de éste, lo cual revela que cuando el abuelo realiza la donación al nieto, viviendo aun el padre, no tiene en su pensamiento que el nieto vaya a tener que colacionar<sup>23</sup>.

En nuestra jurisprudencia no encontramos una línea unitaria a la hora de determinar el fundamento y finalidad de la colación<sup>24</sup>. Hay sentencias que basan esta institución en la búsqueda de la igualdad entre legitimarios; así la STS de 3 de junio de 1965<sup>25</sup> alude a la finalidad igualitaria de la colación, que considera se logrará atendiendo a la naturaleza de los bienes, al objeto perseguido con su transmisión, y a las propias disposiciones que adopte el testador sobre la índole colacionable de los bienes; de manera similar se manifiesta la STS de 19 de junio de 1978<sup>26</sup>, que fija como destino de la colación el lograr un efecto de igualdad o proporcionalidad entre los herederos en la participación de la herencia, separando la colación del cálculo de la legítima (se pone en conexión la finalidad de la colación y de la legítima). En otras ocasiones, como sucede en la STS de 17 de marzo de 1989<sup>27</sup>, el Tribunal Supremo utiliza el argumento de la voluntad presunta del causante, afirmando que la donación realizada se considera anticipo de la futura cuota hereditaria, en aras a la igualdad en las percepciones de los legitimarios.

Es la ley<sup>28</sup>, no la presunta voluntad del causante, la que fija la obligación de colacionar, así como la que establece los bienes y gastos a los que se extiende o no, dejando un cierto margen a la *voluntad expresa* del causante en cuanto al contenido objetivo (art.1042 del C.c.) y en cuanto a la decisión de su no aplicación (arts.1036 y 1037 del C.c.)<sup>29</sup>. Debido a la conexión entre colación y legítima, la dispensa de colacionar a voluntad del causante sólo producirá plena eficacia cuando la atribución gratuita se impute a la parte de libre disposición<sup>30</sup>. La *exclusión legal* de determinados gastos de la colación (art.1041.1º del C.c.), y consecuentemente de la computación de la legítima, es dato indicativo que pone de manifiesto cómo el fundamento de la colación, asentado en el mantenimiento de la igualdad entre coherederos legitimarios, no justifica en esos casos la aplicación de los efectos de esta figura, al no romperse la igualdad entre los legitimarios con el desembolso patrimonial en beneficio de los mismos. Con la incorporación del párrafo 2º del artículo 1041 parece reforzarse esta idea de búsqueda de la igualdad entre legitimarios, pero siempre que tengan una situación idéntica entre sí, siendo la discapacidad motivo para que determinadas atribuciones gratuitas a su favor queden fuera del ámbito de la colación.

## **2. Contenido del artículo 1041 del Código civil. Atribuciones excluidas de la colación conforme al nuevo párrafo 2º, incorporado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.**

a).- *Naturaleza jurídica de la norma contenida en el artículo 1041. Imperatividad.*

---

<sup>23</sup> BALLESTER GINER, E. (*Derecho de Sucesiones, aspecto civil y fiscal*, Edersa, Madrid, 1989, pág.245) también considera que el fundamento de la colación se encuentra en el mantenimiento de la igualdad y no en la voluntad presunta del causante.

<sup>24</sup> Vide 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, t. XLV, fasc.I, enero-marzo 1992, pp.393-94.

<sup>25</sup> R.J. 1965/3812.

<sup>26</sup> R.J. 1978/2357.

<sup>27</sup> R.J. 1989/2161.

<sup>28</sup> Vide DE LOS MOZOS, J.L.: ob. cit., pp. 165 y ss.

<sup>29</sup> RIERA ALVAREZ, J.A. (*Instituciones de Derecho Privado*, t.V, vol. 2º, coord. por Garrido Melero y Delgado de Miguel, Aranzadi, 2005, pp.783 y ss) encuentra indiscutible que el fundamento de la colación se encuentra en la ley, al ser ésta quien la regula y configura. Sin embargo, entiende que esta afirmación es insuficiente, por lo que ahonda en la finalidad que se pretende alcanzar mediante su aplicación. En este punto llega a una postura ecléctica, conjugando las posiciones subjetivas y objetivas, concluyendo que la finalidad de la colación es la distribución de la herencia entre los herederos forzosos de un modo predeterminado por la norma, de acuerdo a criterios que se fundamentan en la voluntad presunta del causante.

<sup>30</sup> Ello no significa que la colación sea una institución al servicio de la legítima, o que tenga como finalidad ser instrumento de defensa de la misma, pero sí que está limitada por ella, pues la voluntad del causante de colacionar nunca puede hacerse en detrimento de los derechos reconocidos por la ley a los legitimarios.

Acabamos de exponer cómo, a lo largo de la historia, las diferentes legislaciones no siempre han mantenido una línea unitaria en relación a la consideración de determinadas disposiciones patrimoniales como incluidas o no en la colación. El artículo 1041 del Código civil, siguiendo la regla incorporada a nuestro Derecho en la época de Las Partidas, no sujeta a colación determinados gastos (los denominados *ad emendam militiam*): los relativos a educación, alimentos, curación de enfermedades (aunque sean extraordinarias), aprendizaje, equipo ordinario, y los regalos de costumbre. En lo concerniente a las atribuciones que sí son colacionables, nuestro Código civil se separa de los antecedentes históricos; de ahí que estime colacionables todo tipo de donación (y no sólo las donaciones *ob causam*<sup>31</sup>), siempre que no constituyan liberalidades de uso.

En su párrafo 1º, el artículo 1041 se refiere al tema central de las atribuciones gratuitas que quedan fuera de la colación. Se trata de aquellas disposiciones que hayan tenido por objeto prestar *alimentos* del legitimario, independientemente del sometimiento o no de éste a la patria potestad. Son una serie de gastos que obedecen al cumplimiento de una obligación legal, motivo que justifica que no se consideren colacionables, al tener una naturaleza jurídica no incardinable en la figura de la donación, ni de lo que se describe en el artículo 1035 como *otro título lucrativo*. Dentro de la enumeración que se hace en este apartado del artículo 1041, se describen una serie de desembolsos que entran en la categoría de *alimentos*, como gastos de educación, curación de enfermedades, aprendizaje y equipo ordinario, junto con los regalos de costumbre que aunque no entrarían en la citada categoría<sup>32</sup>, sin embargo quedan también fuera del ámbito objetivo de la colación<sup>33</sup>.

Estamos ante un grupo de gastos que tienen como objetivo atender necesidades básicas de los futuros herederos, bien sea a todos en igual medida, bien en distinta proporción, en atención a las circunstancias particulares que afecten a cada uno de ellos. Estas razones son las que motivan que la norma tenga naturaleza imperativa, lo que impide que pueda ser alterada por disposición en contra del causante; de ahí que siempre quede ese grupo de gastos fuera del ámbito de aplicación de la colación (a diferencia de lo que sucede en relación a otro tipo de gastos, en los que la voluntad del causante puede determinar que sean o no colacionables, tal y como se desprende de los artículos 1036 y 1042 del Código civil). Esta imperatividad -y la exclusión de esas atribuciones patrimoniales de la colación- conducen a otra consecuencia de gran relevancia jurídica: esos desembolsos no se contabilizarán en el cómputo de la legítima<sup>34</sup>.

En el caso de los regalos de costumbre<sup>35</sup>, podría faltar la justificación aludida, lo que conduciría a afirmar que sí sería posible que la voluntad del disponente los hiciera colacionables<sup>36</sup>, lo cual implica, consecuentemente, que se tendrán en cuenta a los efectos del artículo 808. Pero más que hablar de dispositividad al respecto, decidiendo el causante que se incluyan en la colación, parece que lo que sucede es que podrán salir de la categoría de *regalos de costumbre*, en función de la voluntad de quien realiza el regalo, del tipo de regalo de que se trate, así como de las concretas condiciones en que sea efectuado<sup>37</sup>. A diferencia

---

<sup>31</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO M. (*La colación hereditaria*, ob. cit., pág.169) encuentra en esta extensión objetiva un dato que revela que la voluntad del legislador es favorecer la igualdad de los legitimarios y no acomodarse a la presunta y probable voluntad del causante.

<sup>32</sup> Esta afirmación debe ser matizada; si la fuente de los alimentos obedece al cumplimiento de las obligaciones paternofiliales (art.154), en el contenido de *alimentos* sí podrían incluirse esos regalos que se hacen habitualmente y que contribuyen a un desarrollo emocional del menor en periodo de formación.

<sup>33</sup> Esta separación no es observada por todos los autores. Por el contrario, los hay que unifican todo el contenido del artículo 1041 párrafo 1º en el concepto de alimentos, sin distinguir los regalos de costumbre. *Vide* RIERA ÁLVAREZ, J.: ob. cit., pág.850.

En sentido contrario, apreciando por tanto esta diferencia, se manifiesta TORRES GARCÍA T.: *La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados. Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coord. por Bello Janeiro, E.G.A.P., Santiago de Compostela, 2005, pág.363.

<sup>34</sup> *Vide* VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios al Código civil*, t. 5. I, coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, pág.488.

<sup>35</sup> Consideración especial tienen los regalos contemplados en el artículo 1044: regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos. Tampoco se someten a colación, salvo en lo que excedan de lo preceptuado en el citado artículo, que se cifra como mínimo en un décimo de la cantidad disponible por testamento.

<sup>36</sup> *Vide* VALLADARES RASCÓN, E.: *Comentarios al Código civil*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi 2001, pág.1208.

<sup>37</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA C. (*Partición hereditaria, liquidación de gananciales y demandas judiciales. Formularios, textos legales, comentarios y jurisprudencia*, Dijusa, Madrid, 2002, pp.821-22), al comentar el art.1041,

de los *alimentos*, estos gastos son puramente de carácter voluntario, motivo que habilita a que el disponente tenga la facultad de decidir su entidad ante cada circunstancia concreta. Por todo ello, podemos afirmar que los *regalos de costumbre* no serán gastos colacionables cuando constituyan una mera liberalidad de uso. Pero sí dejan de tener el calificativo de usuales –lo cual puede ser provocado por la voluntad del disponente– pasarán a ser liberalidades colacionables.

Como refuerzo al contenido del párrafo 1º del artículo 1041 del Código civil, se especifica en el nuevo apartado 2º, incorporado por la Ley 41/2003, determinado tipo de gastos que tampoco se han de considerar colacionables: “*Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*”. La imperatividad es igualmente predicable respecto de este nuevo apartado, que habrá de aplicarse con independencia de la voluntad del causante al efecto, porque las causas a que obedece la incorporación de este párrafo conducen a excluir esos desembolsos de la posible consideración de donación.

b). *Ámbito subjetivo. Sujetos a los que va destinado el artículo 1041.*

a’).- Sujeto pasivo: destinatarios del pago.

De acuerdo con el artículo 1035 del Código civil, la colación procederá, en primer lugar, entre sucesores que tengan la condición de *legitimarios* (este artículo los denomina *herederos forzosos*). Todos los que tengan derecho a legítima inmediatamente exigible están sometidos a colación. El Código civil amplía, pues, el ámbito personal de la colación, con lo que se separa del Derecho común anterior<sup>38</sup>.

Respecto a la excepción legal de proceder a la colación, el párrafo 1º del artículo 1041 no distingue en función de la posición que ocupa el legitimario frente al causante –ascendiente o descendiente–; tampoco hacen distinción los artículos 1035 y 1036<sup>39</sup>, por lo que va referida a todos ellos.

Si la obligación de colacionar se extiende a todos los herederos forzosos<sup>40</sup>, como consecuencia lógica, las normas que configuran el contenido de esta figura –entre ellas el artículo que estamos comentando– habrán de dirigirse necesariamente a todos los que tengan esta condición. De este modo, deberán incluirse en el artículo 1041 párrafo 1º, tanto los gastos efectuados por los padres y ascendientes, en función de su deber como parientes, como los llevados a cabo por los hijos o descendientes, en atención a ese mismo deber.

Por razones bastante obvias, normalmente serán los padres y ascendientes los que presten alimentos a descendientes que tengan a su vez la condición de legitimarios. El caso de hijos o descendientes que presten alimentos a sus ascendientes, que además tengan la categoría de legitimarios, y que sean llamados a la herencia junto a otro ascendiente legitimario, será poco frecuente en la práctica. Pero ello no obsta a que el ámbito de aplicación de esta norma jurídica se extienda a ellos cuando se dé tal supuesto de hecho<sup>41</sup>.

Tradicionalmente, se viene afirmando que a la condición de legitimarios hay que unir la condición de *heredero*. Lógicamente quedarán fuera de la colación aquellas atribuciones que sean otorgadas a través de legado, motivo por el que se exceptiona al cónyuge viudo de la aplicación de las normas de colación, al

---

se plantea la posibilidad de que los regalos de costumbre puedan adquirir un valor desproporcionado respecto al valor de las legítimas, poniendo como ejemplo el supuesto en que hayan sido hechos en épocas de desahogo económico de una familia venida luego a menos.

<sup>38</sup> Vide LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros: *Elementos de Derecho Civil V*, 2ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2004, pág.140; DE LOS MOZOS, J.L.: ob. cit., pp.203 y ss.

<sup>39</sup> En Derecho foral, el Código de Sucesiones de Cataluña se separa de este ámbito y, en el artículo 43, se restringe la aplicación de la colación a los descendientes herederos; igual sucede en la Compilación de Navarra, (leyes 332 a 335), donde se atenúa la referencia familiar a los coherederos descendientes.

<sup>40</sup> Vide ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: ob. cit., pp.222-23.

<sup>41</sup> Contrariamente se manifiesta ÁLVAREZ CAPEROCHIPI J.A. (ob. cit., pp.115-116), quien considera que la colación no se da más que en las donaciones a descendientes, no así en las donaciones a ascendientes o al cónyuge. Pero una vez hecha la afirmación, no argumenta las razones que la justifican.

entender que su porción en la legítima no le inviste de la posición real de heredero, sino de legatario<sup>42</sup>. Esta postura doctrinal ha sido puesta en entredicho por algún sector, al entenderse que el fundamento de la colación no desaparece por el hecho de que la disposición patrimonial se haga a través de legado<sup>43</sup>. A mayor abundamiento, la exclusión de la obligación de colacionar del cónyuge viudo vendría dada por la propia dinámica de funcionamiento de la colación, pues sólo se aplica esta figura entre herederos legitimarios de igual condición, siendo imposible que se dé concurrencia alguna con el cónyuge viudo, ya que éste forma por sí mismo un solo grupo de herederos forzosos<sup>44</sup>.

En el párrafo 2º de este artículo, por el contrario, sí aparece delimitado explícitamente el ámbito subjetivo. Establece que se aplicará a los gastos realizados por padres y ascendientes respecto de sus *hijos o descendientes discapacitados*, con lo que se separa de la norma contenida en el párrafo 1º.

La discapacidad a la que se alude es la recogida en el artículo 13 de la Ley 41/2003, por el que se incorpora una disposición adicional 4ª al Código civil. Se trata, por tanto, de un concepto que viene delimitado por el contenido del artículo 2.2. de la Ley; queda de este modo restringido a aquellas personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y/o a personas afectadas por una minusvalía física y sensorial igual o superior al 65%. Estos grados de minusvalía se determinarán por la calificación – administrativa o judicial- que se realice atendiendo a los baremos que se recogen en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Procede destacar el hecho de que no se exige que el destinatario de la norma, el discapacitado, sea a su vez un incapacitado judicialmente<sup>45</sup>. No sería suficiente con la incapacitación judicial, si esa minusvalía a la que hace referencia el artículo 2.2. de la Ley 41/2003 no concurriese a su vez, pues esta norma se destina a los discapacitados, no a los incapacitados. SERRANO GARCÍA<sup>46</sup> critica esta dualidad, que maneja la Ley diferenciando incapacitados de discapacitados, y la califica de “poco comprensible”, por considerar que prácticamente todos los incapacitados judicialmente son discapacitados<sup>47</sup>, aunque no se puede afirmar lo contrario, pues la discapacidad no implica *per se* la incapacitación. PEREÑA VICENTE<sup>48</sup> también critica la desvinculación de la discapacidad de la incapacitación que hace la Ley 41/2003. Considera que debería

---

<sup>42</sup> Vide VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios de Derecho sucesorio. Computación, imputación, colación, “favor partitionis”*, vol.IV, Montecorvo, 1992, pp.490-91.

<sup>43</sup> Vide ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: ob.cit., pp.394-399.

<sup>44</sup> Existe prácticamente unanimidad doctrinal a este respecto. La afirmación se mantiene desde principios del siglo XX, siendo MORRELL el precursor de esta doctrina (hay que poner de relieve que en el momento temporal en que se inicia esta posición las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas); vide MORELL y TERRY: “Colación especial exigida en el art.1035 del Código civil”, RGLJ, 108, primer semestre 1906, pág.115.

En análogo sentido argumenta FUENMAYOR A. (“Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado de su cuota legítima”, RGLJ, CLXXIX, primer semestre, 1946, pp.75 y ss.) (quien realmente se plantea el problema de la imputación de un legado a la cuota usufructuaria, y no de colación), para quien la posibilidad de que el cónyuge viudo quede sometido a colación es una solución legal sin demasiado fundamento.

Encontramos algún autor que mantiene lo contrario, admitiendo la colación del cónyuge viudo tras la reforma del Código civil en 1981. Argumentan que las donaciones entre cónyuges son admisible tras la citada reforma, por lo que si éste concurre con otros legitimarios en condición de heredero deberán llevar a colación tales donaciones. Vide BALLESTER GINER, E.: ob. cit., pág 244, y RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: ob cit., pág.1434.

<sup>45</sup> Al igual que se recoge en el artículo 3 de la Ley 41/2003 en relación a la constitución del patrimonio protegido, así como en el resto de modificaciones del Código (a excepción de la posibilidad de establecer un gravamen de la legítima con una sustitución fideicomisaria)

<sup>46</sup> Vide su artículo “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en RJN, octubre-diciembre 2004, pp.251-52.

<sup>47</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN J. (“La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, A.C., t.1, nº 4-febrero 2004, pág.359) sostiene que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad. Pero niega la afirmación inversa, pues puede suceder que la causa de discapacidad no lo sea de incapacitación, o que no se haya instado el procedimiento judicial requerido para ello.

Ciertamente, todo proceso de incapacitación conduce a afirmar la existencia de limitaciones en la capacidad de obrar, pero no consideramos que siempre tenga que ser por ello el incapacitado un discapacitado en los grados recogidos en la Ley 41/2003. Vide LUCINI NICÁS: “La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, A.C., nº 14, julio 2004, pág.1624.

<sup>48</sup> Vide su artículo “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, A.C. nº 15, septiembre 2004, pp.1760-62.

admitirse la equiparación entre incapacitado judicialmente no discapacitado y discapacitado a efectos de la dispensa de colación en particular y a todos los demás casos en general -lo cual resultaría difícil de mantener en el caso del artículo 813-, si con ello se favorece al incapacitado.

Efectivamente, no parece que sea de recibo excluir del ámbito subjetivo de aplicación del párrafo 2º del artículo 1041 al incapacitado judicialmente que no haya obtenido oficialmente la oportuna calificación – administrativa o judicial- de discapacitado a los efectos del artículo 2.2. de la Ley. Teniendo en cuenta la graves consecuencias que desencadena la incapacitación judicial para la persona en orden a la limitación de su capacidad de obrar, así como la finalidad tuitiva del procedimiento incapacitador, el mero hecho de estar incapacitado debería ser dato suficiente para considerarle persona discapacitada, sin necesidad de tener que recurrir a ningún procedimiento especial para ello.

El carácter imperativo de la norma, así como la finalidad subjetiva<sup>49</sup> que mueve la aprobación de la Ley 41/2003 (expresada en el nº I de la Exposición de Motivos, al declarar que hay una realidad social que refleja la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores), parece conducir a la negación de la posibilidad de extensión analógica del precepto a los casos de desembolsos especiales de un descendiente en atención a las necesidades derivadas de la discapacidad de su ascendiente legítimo. La escasa probabilidad de que tal fenómeno se produzca evidencia la falta de previsión al respecto. Pero ese factor de improbabilidad no excluye que, en la práctica, pueda darse alguna situación como ésta. En tales casos, la protección de ese discapacitado tendría que reconducirse por la vía del artículo 1041 párrafo 1º, y conforme al mismo analizar si ese gasto queda o no excluido de la colación.

Esta distinción entre legitimarios descendientes y ascendientes podría haberse solventado, si el legislador hubiese utilizado una expresión más amplia, de modo similar a lo que ocurre en otras normas de la propia Ley. Además, entendemos que si la Ley especial no limita específicamente en su contenido normativo la formación del patrimonio, ni por tanto el ámbito subjetivo de los destinatarios de la misma a los hijos o descendientes, tampoco debería hacerse esta limitación en este caso concreto. Sin embargo, a pesar de la amplitud que con carácter general puede apreciarse en la ley, observamos que, en la modificación que hace de otros preceptos del Código civil relativos al Derecho de sucesiones, también se limita únicamente a los disminuidos que tengan la condición de descendientes (por ejemplo, en los artículos 782, 808, 831). Pero no podemos hacer aquí una equiparación entre los citados artículos reformados por la Ley y el que ahora es objeto de nuestro estudio, porque estos diferentes artículos recogen supuestos especiales dentro de cada figura (sustitución fideicomisaria y mejora), y no son un complemento de otra regla contenida en esos mismos preceptos, tal y como sucede en el caso del artículo 1041 párrafo 2º. Por el contrario, si comparamos esta nueva incorporación del párrafo 2º del artículo 1041 con otras modificaciones que se hacen del Código civil, observamos que la distinción entre ascendientes y descendientes en esos otros casos no se produce.

Especial trascendencia tiene el nuevo apartado 7º del artículo 756. En él se incorpora una nueva causa de indignidad para suceder, que consiste en la no prestación de las atenciones debidas –alimentos- al discapacitado. Se extiende esta causa a “*las personas con derecho a la herencia*”, dentro de las cuales podría encontrarse perfectamente un descendiente que no se ocupó debidamente de cubrir las atenciones de su ascendiente<sup>50</sup>. Si se extiende esta causa de indignidad a todos los herederos, no parece plausible que, por lo que se refiere a las “*necesidades especiales*” del discapacitado ascendiente, estos gastos hayan de incluirse en la colación, o se dude si se consideran dentro del párrafo 1º del artículo 1041, por no extenderse a ellos el párrafo 2º.

Más que un intento de diferenciar los distintos supuestos de legitimarios discapacitados necesitados de alimentos, a efectos de sacar esa aportación especial de la colación, parece que el legislador ha recogido

---

<sup>49</sup> PÉREZ JIMÉNEZ Mª T. (“Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en A.C. nº 21, diciembre 2004, t.II, pág.2541) pone de relieve, al comentar la Ley 41/2003, cómo el legislador parte de una situación de hecho que califica de real y objetiva, consistente en el hecho de la supervivencia de muchos discapacitados a sus padres. Esta circunstancia, unida al hecho de tener que cubrir las necesidades básicas de esos sujetos, así como de asegurarles un futuro, es lo que considera que motiva a que la Ley arbitre medios para proporcionarle ese patrimonio protegido.

<sup>50</sup> Vide PÉREZ DE VARGAS, J.: *La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7º del Código Civil*, en “Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados”, coord. por Bello Janeiro, D., E.G.A.P., Santiago de Compostela, 2005, pp.247 y ss.

los casos más frecuentes en la práctica social, olvidando esta otra realidad, que también es posible, pues si la colación se extiende a todos los herederos forzosos, y no sólo a los descendientes, no encontramos razón alguna para que la exclusión legal de colación en casos especiales de destinatarios discapacitados vaya referida únicamente a los que sean a su vez descendientes.

b’).- Sujeto activo: persona que realiza el pago.

En relación con lo que acabamos de exponer en el apartado anterior, podrá ser sujeto activo del pago exento de colación cualquier ascendiente o descendiente que lo realice, quedando reducida esta posibilidad únicamente a los ascendientes en la aplicación del párrafo 2º del artículo 1041.

Centrándonos en los alimentos prestados por ascendientes, conviene hacer una precisión. De acuerdo con el tenor literal del párrafo 1º, parece que no basta con que se dé la circunstancia subjetiva de que los gastos sean asumidos por un ascendiente sin más. Esa asunción tiene que ubicarse dentro de la obligación legal de prestar alimentos. Si quien corre con el pago de esta obligación es un abuelo, porque su hijo no quiere asumir ese coste frente al nieto (pudiendo hacerlo), lo que surgirá será una deuda del padre frente al abuelo, siendo el gasto subsumible en el contenido del artículo 1043 del Código civil, y quedando incluido en la colación<sup>51</sup>. Ello se debe a que, en tales casos, el ascendiente, a pesar de estar soportando la obligación en nombre propio, no está asumiendo un deber que le competa directamente, sino que es una exigencia de segundo grado (arts. 144 y 145 del C.c.), lo cual implica que está supliendo la falta de cumplimiento de ese deber de su propio hijo frente a su nieto. Surgirá, por tanto, una deuda entre ellos, que deberá ser pagada y, en caso contrario, deducible por vía de colación de la cantidad a recibir *mortis causa*.

En caso de que el ascendiente se haya responsabilizado del gasto por estar obligado, legal y directamente a ello (caso de que el descendiente intermedio haya premuerto), sí estaríamos ante el supuesto de hecho previsto en el artículo 1041, porque esos gastos obedecerían a un deber legal, y estarían exentos de ser sometidos a colación<sup>52</sup>.

El nuevo párrafo 2º parece ser más cauto en este aspecto, ya que especifica que son los gastos de padres y *ascendientes* los que están exentos de colación, sin diferenciar si se asumen en cumplimiento del deber que impone la ley, o si se trata de una colaboración voluntaria del abuelo. Si conjugamos esta no limitación subjetiva al ascendiente que tiene el deber de sustentar al discapacitado, con la finalidad de protección del patrimonio del discapacitado explícita en la Ley 41/2003, llegamos a la conclusión de que, en tales casos, el desembolso patrimonial del ascendiente está libre de ser sometido a colación, a pesar de que esté cubriendo un deber propio del padre del discapacitado, o de que desee asumir ese coste voluntariamente. Con esta alusión a los ascendientes se clarifican las dudas que pudieran suscitarse en cuanto al sujeto activo que soporta el gasto frente al discapacitado<sup>53</sup>.

c).- *Ámbito objetivo. Límites dentro de los que debe aplicarse el artículo 1041.*

A continuación, vamos a detenernos en el contenido objetivo del artículo 1041, diferenciando para ello el ámbito a que va referido cada uno de sus apartados, para así determinar y delimitar la innovación que supone la incorporación del nuevo párrafo 2º por la Ley 41/2003.

La especial regulación contenida en este 2º apartado del artículo 1041 es interesante en orden a determinar cuándo ha de aplicarse y hasta dónde puede llegar el gasto a esos efectos de exclusión de la colación, y si difiere de lo que se venía aplicando hasta ahora a través de lo dispuesto en el párrafo 1º.

a’).- Contenido y fundamento de la obligación de alimentos recogida en el art.1041 párrafo 1º del Código civil.

<sup>51</sup> Vide VALLADARES RASCÓN, E.: ob. cit., pág.1208.

<sup>52</sup> Vide SARMIENTO RAMOS, J.,: *Comentarios al Código civil*, t.1, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág.2452.

<sup>53</sup> Vide PUIG FERRIOL, L.: *Protección del discapacitado: aspectos sucesorios*, en “Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados”, coord. por Bello Janeiro, D., E.G.A.P., Santiago de Compostela, 2005, pp.301-302.

Como ya anunciamos previamente, en el artículo 1041 párrafo 1º, se enumeran una serie de gastos incluidos en el concepto de *alimentos*. Para conocer el contenido del precepto, hemos de ponerlo en relación con aquellos otros destinados a regular el deber de prestar alimentos y las obligaciones derivadas de la paternidad. Para saber qué gastos tienen la consideración de *alimentos* y cuáles no, debemos acudir al artículo 142; y para establecer el límite de los mismos, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 146 del Código civil<sup>54</sup>. En el artículo 142 se determina que todo gasto preciso para el sustento de la persona, así como para su formación educacional, se debe incluir en la categoría de *alimentos*. Coincide este contenido con el delimitado en el párrafo 1º del artículo 1041.

Particular importancia tienen, en relación con nuestro estudio, los gastos ocasionados por una enfermedad. Aquí no hay límite a partir del cual se deba someter el gasto a colación: todo lo que requiera el desarrollo y evolución de la enfermedad se excluye de la colación, a pesar de que sean gastos de carácter extraordinario, cosa que puede ser frecuente cuando el necesitado de tales cuidados sufra una discapacidad. ¿Conduce ello a afirmar que respecto de estos gastos (que implican el mantenimiento básico de la persona), no hay límites en relación a la fortuna de quien los soporta? El artículo 146 establece la proporción que ha de tenerse en consideración, a la hora de fijar la cuantía de los alimentos, para lo cual se atiende al patrimonio del alimentante y a las necesidades del alimentista. ¿Cómo ha de valorarse, pues, esta regla en relación al artículo 1041?

Hasta la modificación de este precepto, su único párrafo consideraba imperativamente no colacionables los gastos derivados de la prestación de alimentos, porque se refiere a una serie de desembolsos que obedecen a los deberes derivados de las relaciones jurídico familiares<sup>55</sup>, que, como ya apuntamos, no generan desigualdades, debido a la necesidad que cubren, razón básica por la que salen de la colación. Se incluyen aquí dos prestaciones distintas de alimentos en función del origen y contenido de cada una de ellas: por un lado, la que debe efectuarse como consecuencia de la determinación de la filiación -no sólo, aunque sí en la mayor parte de supuestos, los deberes derivados de la patria potestad en relación a los menores sometidos a ella (art.154), sino también los de los padres que no ostenten la patria potestad (arts.110 y 111, *in fine*)-; por otro lado, la que obedece al cumplimiento de la obligación de alimentos entre parientes (art.142)<sup>56</sup>.

En el caso de la obligación de alimentos entre parientes, la necesidad es la base de su admisibilidad, por lo que cuando tal necesidad cese o sea consecuencia de un comportamiento reprochable del alimentista, esta obligación no surgirá, o cesará (art.152). Curiosamente, no encontramos este condicionamiento en la prestación de alimentos surgida del ejercicio de la paternidad, pues el fundamento es distinto del caso anterior, al encontrarse entre los deberes unívocos que tienen los padres respecto de los hijos menores. No aparece aquí la reciprocidad característica de la obligación de alimentos entre parientes<sup>57</sup>.

Cuando no haya necesidad de cargar con tales gastos, porque el sujeto sea autosuficiente y tenga medios propios, o cuando haya cesado la obligación por incurrir en alguna de las causas del artículo 152<sup>58</sup>, pero se asuman de manera voluntaria, estimamos que, en principio, tampoco tendrían que considerarse gastos colacionables, pues el artículo 1041 párrafo 1º, no va dirigido en exclusiva a la asunción de gastos que sean estrictamente exigidos en virtud de los presupuestos legales<sup>59</sup>; además, se estaría cubriendo una obligación que va más allá de ámbito legalmente establecido, que ha sido catalogada por muchos autores como de carácter moral<sup>60</sup>. Pero esta afirmación ha de ser matizada. Ello será así siempre que tales desembolsos, aunque no se deban o no sean jurídicamente exigibles, no supongan una liberalidad, al no

---

<sup>54</sup> Cabe destacar que, respecto al ámbito subjetivo, puede no haber coincidencia entre el contenido del artículo 143 del Código civil y el del artículo 1041, pues los sujetos que resultan obligados a prestar alimentos, conforme se recoge en el primero de estos preceptos, no siempre van a tener la condición de legitimarios (no tienen esta condición los hermanos) o no lo van a ser en concurrencia con otros del mismo grado (cónyuge), motivo por lo que no podrán aplicárseles las reglas de colación.

<sup>55</sup> Vide MUÑOZ GARCÍA, C.: *La colación como operación previa a la partición*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág.158.

<sup>56</sup> Vide ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *Curso de Derecho de Familia*, t.II, Civitas, Madrid, 1988, pág.267.

<sup>57</sup> Vide PADIAL ALBÁS, A.,: *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, pp.30 y ss.

<sup>58</sup> Vide MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág.22.

<sup>59</sup> Vide SARMIENTO RAMOS, J.; ob.cit., pág.2453.

<sup>60</sup> Vide, MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil*, t.VII, Madrid, 1914, pp.619-20; y RIERA ÁLVAREZ, J.A.: ob. cit., pág.850.

producirse un enriquecimiento del hipotético donatario, ni empobrecimiento correlativo del patrimonio del presunto donante. Cuando la atribución realizada sobrepase el ámbito de la necesidad, y, además, ello implique crear desigualdad de trato entre herederos que tengan la condición de legitimarios, deberemos extraer ese gasto del ámbito del artículo 1041 y considerarlo un gasto que sí puede ser llevado a colación, pues excede del contenido propio de lo que se estiman *alimentos*, lo que podría ocasionar que, por esta vía, se estuviese beneficiando algún legitimario en detrimento de otros; ejemplo de ello lo encontramos en el contenido del artículo 1042, donde por voluntad del causante se pueden colacionar gastos de formación profesional, que tienen carácter excepcional. Mas este artículo 1042 no es suficiente para marcar los límites del art.1041 párrafo 1º. En cada caso concreto habrá que valorar la conveniencia o inconveniencia del gasto, en función de las necesidades de quien lo recibe y la repercusión que tiene en el patrimonio de quien lo efectúa, para verificar si hay o no desigualdad económica no justificada (art.146). Por tanto, si el exceso<sup>61</sup> del gasto respecto a lo que se incluye en la categoría de alimentos, en relación a los criterios de variabilidad y proporcionalidad fijados en el artículo 146 del Código civil, perjudica el patrimonio del causante y afecta al resto de legitimarios, sí será un gasto colacionable<sup>62</sup>. Es en este punto donde adquiere relevancia la incorporación del párrafo 2º del artículo 1041, introducido por la Ley 41/2003, tal y como pasaremos a detallar a continuación.

b’).- Significado del término *necesidades especiales* recogido en el artículo 1041 párrafo 2º.

La igualdad de trato que persigue y a la que atiende la colación no significa que haya de aplicarse el mismo gasto a todos los legitimarios, independientemente de la situación particular de cada uno de ellos. A esto hay que añadir que esa finalidad y fundamento de la institución de la colación no es la que motiva la exclusión legal de los gastos de la colación<sup>63</sup> a través del artículo 1041, tal y como hemos puesto de relieve en el apartado anterior –prestación de la atención debida-, y como completaremos en éste.

Cuando una persona sale de la patria potestad, es frecuente que la prestación de alimentos dependa en muchos casos de la posición laboral que adquiera aquélla y de los golpes de fortuna que pueda tener. A ello ha de sumarse la distinta situación en la que se puede necesitar ayuda, por sufrir una enfermedad o por estar afectado de una discapacidad. En este último supuesto es donde la Ley 41/2003 despliega su eficacia y ofrece un elenco de normas de protección del patrimonio de estas personas. Dentro del marco de esta protección es donde hay que encuadrar el párrafo 2º al artículo 1041 del Código civil. En él se especifica que todos los gastos requeridos para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes afectados por una discapacidad quedan excluidos de la colación. Si estos gastos quedasen incluidos en la categoría de *alimentos*, en el sentido ya visto, este nuevo párrafo nada ampliaría el contenido del preexistente.

Por consiguiente, las legalmente denominadas por el legislador *necesidades especiales* habrán de ser interpretadas en el sentido de gastos excepcionales, necesarios para la persona discapacitada como consecuencia de su discapacidad. Estos gastos pueden ser estrictamente requeridos para el mantenimiento de las necesidades básicas y el desarrollo adecuado del discapacitado, en cuyo caso tendrían la condición de *alimentos* (ejemplo de ello puede ser pagar asistencia para ayuda a la movilidad del discapacitado, o contratar un profesor especializado en función de la discapacidad que padece a fin de fomentar su formación intelectual), por lo que quedarán excluidos de la colación por aplicación del párrafo 1º del artículo 1041 del Código civil<sup>64</sup>. Toda contribución para subsanar aspectos esenciales de la vida, como alimentos, educación general, sanidad, en relación a la condición particular de cada sujeto, quedan, pues, inmersos en el contenido de este nuevo precepto. En cuanto tienen la consideración de necesidad, las aportaciones realizadas para su subsanación se integran, en la mayoría de los casos, en una obligación incardinable dentro del deber de prestar alimentos.

---

<sup>61</sup> En relación al exceso, corresponderá probarlo a los coherederos beneficiados con la colación. Vide PASQUAU LIAÑO, M.: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, t.III, dirigido y coordinado por Albácar López, J.L., Trivium, Madrid, 1992, pág.1176.

<sup>62</sup> Vide ROCA JUAN.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, M., t.XIV, vol.2º, Edersa, 1989, pág.50.

<sup>63</sup> Vide TORRES GARCÍA, T.; ob. cit., pp.359-360.

<sup>64</sup> SERRANO GARCÍA, (ob.cit. pág.259) considera que el contenido del párrafo 2º encaja en el párrafo 1º del artículo 1041, en lo que denomina dispensa de colación, por lo que en este aspecto la reforma de la Ley 41/2003 parece no tener relevancia a efectos prácticos.

Pero hay otro tipo de gastos que pueden pagar los ascendientes, en relación directa con la discapacidad del descendiente, que no son precisos para un mantenimiento adecuado de sus condiciones de vida, es decir, que no son *necesidades* en el sentido estricto del término; ejemplo de ello podemos encontrarlo en la compra de un coche especial para facilitar la movilidad del discapacitado, o en la adquisición de una silla con características particulares (por ejemplo, para participar en competiciones deportivas). Estos gastos no son *alimentos*, y pueden suponer un desembolso patrimonial importante en función de la capacidad adquisitiva del ascendiente que lo asume, por lo que su inclusión en el párrafo 1º del artículo 1041 podrían plantear serias dudas. La circunstancia de que no sean necesidades básicas, y de que puedan suponer un empobrecimiento del patrimonio del ascendiente en detrimento del resto de descendientes legitimarios, podría conducir a excluir esos gastos del ámbito de aplicación del artículo 1041 párrafo 1º. Pero el hecho de que sirvan para cubrir facetas especiales del desarrollo del disminuido, aunque supongan un esfuerzo patrimonial que pueda llevar a la consumición total del patrimonio del ascendiente, es lo que parece justificar la incorporación del apartado 2º, para así ampliar el ámbito de exclusión de gastos de la colación del artículo 1041 párrafo 1º en aquellos casos en que la condición de discapacitado así lo justifique.

Se tratará, por tanto, de gastos tendentes a facilitar la vida de esa persona, o bien a potenciar sus distintas facultades. Pueden no entrar en la categoría de alimentos, pero, por su especial destino, no han de estimarse atribuciones lucrativas que supongan un beneficio para ese legitimario, motivo por el que quedan excluidos de la colación. Consiguientemente, no será preciso calificar estos gastos como *alimentos* para que, incluidos en el párrafo 1º, queden exentos de la obligación de colacionar. El artículo 1041, párrafo 2º, viene a resolver las dudas que pudieran suscitarse en torno a la catalogación de estos gastos<sup>65</sup>.

A través de esta línea de argumentación, podemos llegar a afirmar que la simple conveniencia del gasto para facilitar la vida y/o potenciar habilidades del discapacitado es motivo para que quede fuera de la colación; así, si un discapacitado que sufre una parálisis en la parte inferior del cuerpo desea practicar como hobby un deporte como el baloncesto, y necesita para ello una silla de características especiales, obviamente el gasto no podrá ser calificado de necesario, pero sí de conveniente para ese sujeto. La asunción de ese gasto por los ascendientes tendrá el carácter de excepcional, y puede que ese desembolso suponga un enorme sacrificio para la economía familiar. Pero no será colacionable, a pesar de que con ello se vean perjudicados otros descendientes. Por el contrario, si un gasto en similares condiciones va destinado a un descendiente no discapacitado -o disminuido pero no en los extremos que prevé la ley-; por ejemplo, se le compra un coche para que llegue con más facilidad a los entrenamientos deportivos, desencadenando con ello que otro descendiente no pueda acceder a ese mismo entretenimiento, o que no pueda practicar otro hobby parecido, sí sería pertinente calificarlo de gasto excesivo y, por lo tanto, colacionable. De acuerdo con esta reflexión, parece que ha quedado ampliado positivamente a los herederos discapacitados el ámbito de aplicación del artículo 1041 párrafo 1º<sup>66</sup>.

Antes de la incorporación de este párrafo 2º, se venía admitiendo por la doctrina, y por distintas resoluciones judiciales (al no encontrar ninguna decisión de las Audiencias en contra), que las necesidades especiales y excepcionales requeridas por el particular estado de la persona que las recibía deberían considerarse incluidas en el contenido del art.1041.1 del Código civil. Una S.T.S. de 31 de diciembre de 1908 marcó el inicio de esta posición. Según esta sentencia, no son colacionables los gastos extraordinarios que hacen los padres para atender las necesidades imprevistas y especiales de los hijos, salvo que conste que el padre ha querido favorecer a su hijo por un acto de liberalidad. Es evidente que cuando los gastos sean destinados a cubrir carencias o deficiencias originadas por problemas físicos o psíquicos, la limitación del artículo 146 no será aplicable, cuestión que ya venía especificada de esta misma manera en el párrafo 1º del artículo 1041 en relación a los gastos derivados de curación de enfermedades, aunque fueran extraordinarias.

---

<sup>65</sup> DÍAZ ALABART S. (*La protección jurídica de las personas con discapacidad (estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, dirigido por Díaz Alabart, S., cap.VI, Ibermutuamur, Associació catalana Nabiu, Madrid, 2004, pág.232) encuentra el valor del párrafo 2º en el hecho de que se permiten excluir de la colación determinados gastos que anteriormente no encajaban bien en el artículo 1041 (pone como ejemplo la adquisición de vehículos especialmente adaptados).

<sup>66</sup> Vide DÍEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A.: ob.cit., pág.539; y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código civil comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004, pág.991.

No todos los autores que estudian este nuevo párrafo 2º le dan un carácter amplificativo; sin dudar de su alcance clarificador, hay quienes califican de innecesaria la precisión de este apartado, por considerar esos gastos dentro del concepto de enfermedades recogido en el párrafo 1º. Vide LACRUZ BERDEJO, J.L, y otros.: ob.cit., pp.142-43.

La justificación, en tales casos, viene dada por la propia finalidad que se persigue con esa aportación, y porque no deja de ser una cuantía que se ubica en el concepto de alimentos. Con el nuevo apartado del artículo 1041 ya no será preciso reconducir el gasto a la categoría de alimentos para excluirlo de la colación. Esto prueba la utilidad de la modificación introducida por el párrafo 2º del artículo 1041 del Código civil.

c' ).- Límites de aplicación del artículo 1041 párrafo 2º.

Tal y como hemos venido poniendo de manifiesto, es opinión generalizada que el contenido del artículo 1041 párrafo 1 tiene unos límites; sobrepasados éstos, el gasto sale de la esfera de los alimentos. Todo lo que supere una habitualidad y proporcionalidad en el gasto (cosa que variará en base a lo previsto en el artículo 146), beneficiando a unos herederos en perjuicio de otros, excederá de lo que se considera *alimentos* y deberá quedar sujeto a colación, para así evitar ese eventual desequilibrio. Pero, en el caso de los descendientes discapacitados, ese “exceso” en el gasto, motivado, no por la elevada cuantía del mismo, ni por la mayor atención económica que precisa, sino por su especial destino cuando no sea estrictamente necesario, queda fuera de toda sospecha en relación a su exclusión de la colación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1041.2º. Lo que se exige ahora es que se trate de gastos relacionados con la discapacidad que sufre ese descendiente, pero sin la exigencia añadida de que sean estrictamente necesarios en el sentido de tener que considerarse obligación de alimentos en los términos del artículo 142. No obstante, esta afirmación no significa que el hecho de la discapacidad sea suficiente para que todo gasto realizado en relación a esa persona quede fuera de la colación

Si el discapacitado no necesita alimentos ni colaboración económica puntual, por tener un patrimonio autosuficiente, o incurre en alguna de las causas del artículo 152, esos gastos de los padres o ascendientes para atender a sus *necesidades especiales*, ¿quedan fuera de la esfera del artículo 1041 párrafo 2º, o bastará con ser discapacitado para que todos los gastos que origine su discapacidad queden sin más incluidos en el contenido de este artículo? Entendemos que la diferencia entre los párrafos 1º y 2º del artículo 1041 es la apuntada. El párrafo 1º queda ceñido a las ideas motrices de necesidad y obligatoriedad; en cambio, el párrafo 2º juega con los conceptos de conveniencia u oportunidad. Ahora bien, en lo relativo a los límites de aplicación, el párrafo 2º debe circunscribirse dentro de los propios límites que marca la figura de la colación. Esto conduce a afirmar que si el discapacitado tiene autonomía económica, es independiente económicamente respecto de sus padres, y su patrimonio puede asumir el gasto de que se trate, habrá que estar atento al desembolso patrimonial que se hace en su favor por los ascendientes, pues en determinadas ocasiones podría exceder del contenido del artículo 1041 y pasar a tener la condición de mera liberalidad. Para ello habrá que estar a cada caso particular, al igual que ocurre que con el exceso del pago de alimentos, para así poder hacer la valoración pertinente a cada caso.