

El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *La introducción de la apartación o apartamiento en la Ley de derecho civil de Galicia. Perfil funcional.*—II. *Naturaleza jurídica de la apartación o apartamiento.*—III. *Concepto y notas características:* 1. El apartamiento es un pacto sucesorio. 2. El apartamiento implica una atribución de bienes en pago de una legítima futura. 3. El apartamiento no es una partición anticipada de la herencia. IV. *Sujetos del apartamiento:* 1. Introducción. 2. El apartado ha de ser legitimario presunto del apartante en el momento de la adjudicación. 3. Apartante y apartado han de tener plena capacidad de disposición. 4. Carácter personalísimo del acto. 5. ¿Pueden intervenir otros sujetos? 6. Vecindad civil gallega del apartante. Los problemas suscitados por el cambio de vecindad.—V. *Objeto del apartamiento:* 1. Introducción. 2. Prestación del apartado. 3. Prestación del apartante.—VI. *La forma en el apartamiento.*—VII. *Condición y término en el apartamiento.* VIII. *Efectos del apartamiento:* 1. Planteamiento. 2. La transmisión de la titularidad de los bienes o derechos adjudicados al apartado. 3. Exclusión de la condición de legitimario con carácter definitivo. Vinculación de la stirpe. 4. Posibilidad del pacto de exclusión de otros derechos sucesorios. 5. Disposiciones del causante a favor del apartado. 6. Efectos del apartamiento en la determinación de las legítimas. A) *Computación de lo atribuido al apartado.* B) *Imputación de lo atribuido al apartado.* C) *Consecuencias del apartamiento en la determinación de la legítima individual.* D) *Consecuencias del apartamiento de todos los legitimarios.* 7. ¿Existe derecho de reversión de lo atribuido en caso de premoriencia del descendiente apartado?—IX. *Supuestos de ineficacia del apartamiento:* 1. Introducción. 2. Nulidad o anulabilidad del apartamiento. 3. Ineficacia sobrevenida en algunos casos en los que el apartado no consolida su posición legítima. 4. Revocación unilateral y mutuo disenso. 5. Rescisión por lesión. 6. Rescisión por fraude.

I. LA INTRODUCCIÓN DE LA APARTACIÓN O APARTAMIENTO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. PERFIL FUNCIONAL

La Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia dedica la integridad de su Título VIII a las normas relativas al Derecho de Sucesiones. Se trata del Título que, con gran diferencia sobre los restantes, presenta una mayor extensión, acorde en una buena medida con el hecho de que gran parte de las costumbres enraizadas en la sociedad gallega que se distanciaban de los dictados del Código civil se referían precisamente a las cuestiones sucesorias. La nueva Ley trata de hacerse eco de esta realidad, introduciendo un interesante ramillete de instituciones que suponen una notable diferenciación del Derecho de Sucesiones del Código civil.

Entre las muchas notas que apuntan hacia ese distanciamiento destaca, según mi parecer, la admisión expresa de la validez de los pactos sucesorios en el artículo 117.1 de la LDCG. Es cierto que se trata de una admisión parcial, en la medida en que viene constreñida por la exigencia de tipicidad de los pactos, que sólo tendrán relevancia si son, precisamente, alguno de los expresamente regulados en la ley: esto es, el usufructo voluntario de viudedad, el pacto de mejora, el derecho de labrar y poseer y lo que el legislador llama «las apartaciones», a las que en principio —y sólo en principio como se verá— se dedican los artículos 134 y 135 de la LDCG¹. Esta última figura supone un genuino pacto de *non succedendo*, que viene a significar una renuncia anticipada a la legítima futura por el apartado, a cambio de una atribución que recibe de presente del apartante. Es pues, un pacto que contradice abiertamente el principio prohibitivo de los negocios de disposición sobre la legítima futura del artículo 816 del CC, y que se sitúa en la línea de los actos de renuncia anticipada de los derechos legitimarios que, con una u otra extensión, se repiten en prácticamente todos los Derechos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Aunque sin plasmación en la Compilación de 1963, parece indudable que la apartación o apartamiento era una institución arraigada

¹ En sus comentarios a estos artículos, J. M. LOIS PUENTE señala la impropiedad que, desde el punto de vista semántico, se produce con la traducción del término gallego «Apartación», por el castellano «Apartaciones», que se ha hecho en la versión oficial, indicando que el término correcto en este último idioma sería, no el de apartación, sino el de apartamiento (*Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, La Coruña, 1996, p. 81; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. ALBALADEJOS. DÍAZ ALABART dir.) t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, 1997, p. 946, nota 1). Sin dejar de indicar que estoy de acuerdo con el autor citado, en este trabajo se utilizarán indistintamente los dos términos (apartación y apartamiento) por ser, uno el que ha consagrado el legislador, y otro el semánticamente acertado.

en la costumbre de ciertas zonas de Galicia, que la relacionan tanto con la mejora, de la que era un complemento necesario, como con el conocido hábito migratorio de una parte importante de la población gallega. Así, cabe citar algún antecedente jurisprudencial que, a comienzos de siglo, se hizo eco de la existencia de legitimarios que eran apartados de la sucesión de sus mayores a cambio de recibir, en vida de éstos, una cierta cantidad de dinero que les permitía emigrar o establecerse al margen de lo que conformaba el patrimonio familiar², circunstancia que también cuya toma de razón también realizó algún autor³. Este uso «*contra legem*» es recogido, entre otros, por E. Menéndez-Valdés Golpe quien, en el I Congreso de Derecho Gallego, planteaba la posibilidad de admitir en una futura regulación del Derecho civil de Galicia, «que un fillo se poda apartar en vida dos pais, xa co que lle dean ístes, xa co que lle dea o mellorado»; el autor citado recordaba que se trataba de una finalidad que muchas veces se pretendía conseguir, y que sin embargo no era legalmente posible, añadiendo «Os pais dotantes, queren apartar ao dotado; os pais ou o mellorado que lle dan unha cantidade ao que se quere establecer na cidade, ou poñer un negocio, tamén teñen tal pretensión (e o propio favorecido tamén), xa que lle entregan diñeiro equivalente á súa lexítima, ou tal vez máis. Pero como ise diñeiro sigue perdendo valor, resulta que cando chegue o tempo de facer a partixa ou liquidar as lexítimas, aínda hai que lle dar máis. Na práctica, acédese a trampas, como a de simular unha deuda por unha cantidade esaxerada, que o apartado se compromete a pagar ao mellorado o día que aquil perciba a súa lexítima idea que non está mal traída, pero que, como todas as trampas, está mui lonxe de proporcionar unha satisfactoria seguridade. Admitido o pacto sucesorio, como eiquí se propón, non parez haber obstáculos para que o principio de renunciabilidad dos derechos patrimoniais se estenda tamén á expectativa do presunto heredeiro, aínda en vida do causante»⁴.

² STS de 6 de abril de 1915, *CLJC*, abril-septiembre, 1915, pp. 55-62; se trataba en el caso de enjuiciar la naturaleza y efectos de un acto celebrado en escritura pública entre dos hermanos, en vida de la madre de ambos, mediante el cual uno de ellos anticipó a otro, a cuenta de su legítima materna, una determinada cantidad de dinero, que fue recibida en varios plazos por éste; fallecida la madre, el hermano que había recibido la cantidad pactada sucedió asimismo en la herencia materna, y quien le pagó solicitó el reintegro de la cantidad entregada como anticipo de los derechos legitimarios.

³ A. de FUENMAYOR CHAMPÍN, entre las obligaciones que menciona como típicamente impuestas por el causante al mejorado con la mejora de labrar y poseer, se refiere expresamente a la de «entregar a cada uno de sus hermanados cuando se casen o dejen de vivir en la casa la cantidad de ...por una sola vez», cantidad equivalente al importe de su legítima estricta («Derecho civil de Galicia», *NEJ Seix*, t. I, Barcelona, 1950, pp. 239-270, espec. p. 247).

⁴ E. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Algunhas suxerencias ao Congreso de Dereito Galego», *I Congreso Derecho Gallego*, La Coruña, 1972, pp. 571-606, espec. p. 603.

Parece que la sugerencia, recogida en las Conclusiones del citado Congreso, prendió entre los juristas gallegos encargados de elaborar la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, puesto que los dos trabajos que actuaron como precedentes inmediatos de la ley, el elaborado por la Comisión No-Permante de Derecho Civil de Galicia, presentado al Parlamento en 1991, y el Informe presentado poco después por el Consello da Cultura Galega, contenían con algunas diferencias, una reglamentación de la figura⁵.

Finalmente, el tenor literal de los artículos 134 y 135 de la LDCG es el siguiente:

Art. 134. «1. *Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse.*

2. *La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios».*

Art. 135. «*La apartación precisa plena capacidad de disposición de los intervinientes y se hará constar en escritura pública».*

Tal y como se regula en la Ley gallega, la institución de la apartación ha suscitado ya la curiosidad y el interés de los estudiosos, justificado por los muchos problemas que plantea su más que deficiente regulación legal, y por las enormes posibilidades que, desde una perspectiva funcional, se abren ante esta nueva figura.

Las deficiencias técnicas se harán notar en las páginas que siguen pero, desde luego, sobresale la que deriva de la inexplicable repetición de los dos artículos con los que se quiere dar cobertura legal a la figura. Y es que, en efecto, por lo que sólo puede explicarse como resultado de la dejadez y falta de cuidado en el proceso de elaboración de la Ley, por razones que ya son conocidas⁶, el texto de los ya citados arts. 134 y 135 de la LDCG, situado en la sede de los pactos sucesorios, se repite exactamente en los artículos 155 y 156, que son los dos primeros artículos de los dedicados a las «partijas». Sin duda un «lapsus» imperdonable, que cabe espe-

⁵ Los textos de ambos trabajos puede consultarse en *Foro Gallego*, 1992, pp. 13 y ss. J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Madrid, 1996, pp. 84-85, recoge también las vicisitudes parlamentarias que se produjeron desde el Proyecto de Ley de 22 de marzo de 1994, hasta la aprobación del texto definitivamente vigente.

⁶ Expuestas, por ejemplo, por J. M. LETE DEL RÍO, *Manual de Derecho civil gallego*, Madrid, 1999, pp. 28-29; también, en esta misma obra, M. A. PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 219-220.

rar que se corrija en la imperativa revisión de la Ley que ha de producirse de conformidad con la Disposición Adicional Segunda de la misma.

Desde el punto de vista funcional el apartamiento se presenta como una institución de gran interés práctico. Así a la tradicional función que liga las renunciaciones anticipadas de la legítima de los descendientes, con el móvil del mantenimiento de la unidad del patrimonio familiar en una sola mano, asegurando la continuidad de éste, o con el deseo de facilitar a uno de los hijos su independencia económica cuando lo precisa, sin tener que esperar a que se produzca el fallecimiento de sus progenitores, se unen algunas otras finalidades que ya han sido apreciadas singularmente por los Notarios, encargados de dar cauce a este tipo de instituciones, y que en muy poco tiempo de vigencia, muestran ya el extraordinario dinamismo de la apartación. Así, la posibilidad de apartar no sólo a los descendientes, sino también a los ascendientes o al cónyuge, hace que la figura sirva para eliminar *a priori* futuras fricciones sucesorias que pudieran existir, por ejemplo, entre los hijos de un primer matrimonio y el segundo cónyuge del padre de aquéllos, para lo que bastaría, bien con apartar al cónyuge con una cantidad de dinero o algún bien o, inversamente, con apartar a los hijos. Se ha utilizado también el apartamiento en situaciones en las que el apartante es una persona ya anciana, que no tiene descendientes pero sí tiene algún ascendiente vivo, por lo tanto aún más anciano que él, y que desea apartar a éste precisamente para recuperar su absoluta libertad de testar. Desde otra perspectiva, el apartamiento se ha manifestado también como un cauce idóneo para resolver determinadas situaciones de necesidad familiar, como sucede con el apartamiento de todos los hijos (excepto el incapaz) con institución de heredero en favor del incapaz y sustitución ejemplar (o fideicomisaria) en favor del hermano que lo cuide. Todo ello sin olvidar que la figura se utiliza a veces con fines puramente económicos, por el favorable trato fiscal que la apartación tiene en relación con otras figuras de transmisión *inter vivos* de bienes más conocidas, como la donación; así, por ejemplo, no es infrecuente que el deseo del padre de proporcionar de modo gratuito un bien inmueble al hijo en vida de ambos, se haga mediante una apartación, acompañándola de un simultáneo o posterior testamento en el que se instituye heredero al apartado⁷.

⁷ Entiendo que entonces no hay fraude fiscal alguno, pues como señala P. SALVADOR CODERCH, «el uso fiscalmente favorable para el contribuyente de las posibilidades que le ofrece el derecho civil es fundamentalmente lícito; es indudable que el “realizador del hecho imponible” no puede abusar del derecho privado para rodear la aplicabilidad de las leyes fis-

Precisamente, el tratamiento fiscal del apartamiento ha sido objeto de atención en la Instrucción 1/1996, de 28 de febrero, de la Consellería de Economía e Facenda de la Xunta de Galicia, tras una Consulta elevada ante la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda. La Instrucción acepta que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el hecho imponible en el caso de apartación se corresponde con el tipo genérico de las adquisiciones *mortis causa*; tributa pues por sucesiones, con lo que le serán aplicables las reducciones personales contempladas en el artículo 20.1 de la ley reguladora del impuesto⁸. Pero, sin decirlo expresamente, parece dar a entender que el devengo se produce en el momento del otorgamiento de la escritura pública de apartamiento⁹ lo que, a juicio de J. M. Lois Puente, contradice abiertamente el artículo 24.1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que señala que «*En las adquisiciones por causa de muerte... el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante*», por lo que lo correcto técnicamente sería, en la situación actual, la no sujeción del apartamiento¹⁰.

Sin duda este último resultado ni tiene posibilidades de prosperar, ni sería, problemente, materialmente correcto. Pero, con toda evidencia yo también creo que lo es desde la perspectiva meramente formal que imprime el principio de legalidad en materia tributaria. La Ley de 18 de diciembre de 1987 menciona como hechos imposables, además de la herencia y el legado «*cualquier otro título sucesorio*» y, posteriormente, el artículo 11 del Reglamento de

cales, pero todo dependerá del contenido de éstas, una vez hayan sido debidamente interpretadas y si el acto en cuestión cae bajo el supuesto de hecho, la ley se aplicará. Pero también lo es que el contribuyente no tiene por qué limitar el ámbito de su actuación en el ejercicio de su autonomía privada a aquellas posibilidades que le resulten fiscalmente más gravosas, es decir, si efectivamente hay varias soluciones posibles, no está obligado a adoptar la que le resulte más gravosa» («Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada» en P. SALVADOR CODERCH/J. M.ª SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999, pp. 13-74, espec. p. 67).

⁸ Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

⁹ Después de señalar que el apartado puede recibir bienes de la herencia con cargo al tercio de libre disposición o al de mejora, dice literalmente la Instrucción citada «Ante tal circunstancia, debe mantenerse la progresividad del impuesto y, por tanto, debe acumularse la apartación a lo recibido por herencia o legado. Para proceder a tal acumulación se adicionará a la base imponible correspondiente a la sucesión, *el valor comprobado en su día para los bienes integrantes de la apartación*, aunque hubiese variado en el momento de la acumulación. Además, de la cuota de la liquidación correspondiente de tal acumulación, se deducirá el importe resultante de aplicar sobre *el valor comprobado en su día* para los bienes y derechos apartados el tipo medio efectivo de gravamen que corresponda a la nueva liquidación. Finalmente, las reducciones personales a practicar en la base imponible de esta última liquidación serán las vigentes *en el momento del devengo de la apartación*» (todos los énfasis son añadidos).

¹⁰ J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 109-110; cf. también artículo 10.2, en relación con el 11 b del Reglamento del Impuesto.

desarrollo¹¹, señala que «entre otros» son títulos sucesorios a los efectos del impuesto «*Los contratos o pactos sucesorios*»; sin embargo, como tantas veces ocurre, la posterior regulación demuestra que se está pensando sólo en las situaciones de sucesión testamentaria o legal, ignorando completamente las peculiaridades que pueden derivarse de una modalidad de delación sucesoria que ya produce ciertos efectos (en ocasiones también atributivos de bienes) en vida del causante de la herencia. Cuando posteriormente el aplicador de la norma se encuentra con este tipo de realidades, la Administración Tributaria actúa con desconfianza y, desde luego, con fines prioritariamente recaudatorios. En este sentido, son muy expresivas las manifestaciones de J. Delgado Echeverría que, comentando la Disposición Adicional de la nueva Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón señala «La normas fiscales y reglamentarias del Estado pocas veces han tenido en cuenta otras instituciones de Derecho civil que las contenidas en el Código, salvo, a veces, para contemplarlas con desconfianza y como presumibles instrumentos de fraude. Es obvio que no puede ser ésta la actitud de una Comunidad Autónoma respecto del Derecho civil que ella misma promulga, y parece también visible un cambio de talante en la Administración que admita, al menos, la necesaria «neutralidad» de los impuestos, en el sentido de que no han de resultar perjudicados quienes actúan por los cauces y con los instrumentos que las leyes civiles aragonesas les ofrecen, por muy distintos que sean de los del Código civil, o estén prohibidos por éste»¹². La reflexión es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa.

Creo que las consideraciones funcionales y fiscales que se acaban de hacer ponen en evidencia el interés del estudio del apartamiento y de los muchos y enjundiosos problemas estructurales que esta figura plantea y que a continuación trataré de analizar.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA APARTACIÓN O APARTAMIENTO

En una primera aproximación a su naturaleza, el apartamiento es un negocio jurídico, ya que se trata de un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o situación jurídica. Es además un negocio jurídico patrimonial, por-

¹¹ RD 1629/1991, de 8 de noviembre.

¹² J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Zaragoza, 1999, p. 163.

que versa sobre bienes o intereses de naturaleza económica¹³ (atribución patrimonial a cargo del apartante, disposición patrimonial sin atribución –renuncia abdicativa de una expectativa con contenido económico– a cargo del apartado).

Aunque los términos literales del artículo 134.1 de la LDCG parecen conformar el apartamiento como un negocio unilateral del apartante («podrá adjudicarse»), no cabe duda que, como se verá, se trata de un negocio jurídico de carácter bilateral¹⁴ para cuya validez y eficacia se necesita, cuando menos, del consentimiento de apartante y apartado.

En mi opinión es un negocio jurídico *inter vivos*, ya su función característica no es regular relaciones y situaciones originadas por la muerte de un sujeto¹⁵, sino situaciones entre personas vivas, por más que la expectativa de uno de ellos, de la que hace dejación, se funde en el fallecimiento del otro¹⁶. Además, aunque admitamos la posibilidad de negocios *inter vivos* «a causa de muerte», no creo que el apartamiento pueda insertarse en esta categoría. Incluso si partimos del concepto de negocio a causa de muerte que se desprende de los artículos 620 y 667 del CC, se ha de concluir que el apartamiento no pertenece a esta categoría, ya que la renuncia anticipada a la legítima no supone disposición alguna sobre el propio patrimonio para el caso de la propia muerte¹⁷. Por tanto, en principio y como regla general, no le serán aplicables al apartamiento las reglas de los negocios *mortis causa*, sino las de los negocios *inter vivos*, salvando evidentemente las normas singulares que por disposición de la ley sean aplicables a esta institución.

¹³ L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil. Introducción. Teoría General del contrato*, Madrid, Tecnos, 1993, 4.ª ed., pp. 80-81.

¹⁴ Porque es obra común de dos (o más) personas que reglamentan sus recíprocas relaciones respecto de determinados bienes.

¹⁵ *Vid.* respecto a la falta de homogeneidad de la contraposición acto *inter vivos*/acto *mortis causa*, y su propuesta de cambio por la más exacta, acto *inter vivos*/acto de última voluntad, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, pp. 36 y ss. La ideas del autor italiano fueron recogidas en nuestro país por J. B. JORDANO BAREA, «Teoría general del testamento», *Estudios de Derecho público y privado, t. I*, Valladolid, 1966, pp. 431-463.

¹⁶ En el Derecho alemán la renuncia a la herencia no es un negocio a causa de muerte, sino que la doctrina lo considera como un negocio jurídico entre vivos sobre derechos a la herencia. Por la naturaleza *inter vivos* se manifiesta también J. L. LACRUZ BERDEJO, Notas a la traducción de la 2.ª ed. Alemana de *Derecho de Sucesiones* de J. BINDER, Barcelona, 1953, p. 351. En contra, J. GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, vol. 2.º, Madrid, 1995, pp. 116 y 141, siguiendo de cerca el criterio de G. Vismara a la hora de diferenciar actos *inter vivos* y actos a causa de muerte (*vid.* de este último autor, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, p. 2).

¹⁷ Como dice J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 398, el disponente, en la renuncia, no es quien va a causar la sucesión, ni la disposición se realiza para cuando se abra su sucesión.

Desde la perspectiva del apartado es además un negocio de disposición pues por medio de él un derecho subjetivo potencialmente existente (su expectativa legitimaria) es inmediatamente extinguido¹⁸. También es un negocio de disposición desde la perspectiva del apartante, ya que éste transmite de manera inmediata la plena titularidad de bienes o derechos a otra persona; es por ello además un negocio de enajenación o traslativo.

Desde este punto de vista es un negocio complejo que en realidad envuelve en su tipo negocial uno de tipo traslativo y una renuncia abdicativa. El primero de ellos (que realiza el apartante) constituye además una atribución patrimonial, entendida ésta como todo acto jurídico lícito por medio del cual una persona procura a otra una ventaja patrimonial de cualquier tipo; sin embargo en el segundo (obra del apartado) hay disposición pero no hay atribución en sentido estricto porque lo que consigue el apartante no es una ventaja patrimonial directa, sino una mayor libertad de disposición.

Lo que no es fácil de determinar es si el negocio de apartamiento es oneroso o gratuito. En sus acertados comentarios a la institución, J. M. Lois Puente niega la onerosidad, con criterios que a mi juicio no son enteramente convincentes¹⁹; para V. Gutiérrez Aller el apartamiento es un negocio de disposición a título gratuito, puesto que el efecto inmediato que produce es un empobrecimiento del apartante y el consiguiente enriquecimiento del apartado²⁰. Otros autores, por el contrario, no tienen dudas sobre su onerosidad²¹.

El tema es, a mi juicio, particularmente espinoso. Es cierto que si se parte de la distinción de acto oneroso como aquél que impone sacrificios para ambas partes, y ambas partes pueden obtener ventajas del acto²², sin duda el apartamiento parece oneroso, mientras que si se considera que en los negocios gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones o dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso²³, el negocio parece gratuito porque el apartan-

¹⁸ Es una renuncia abdicativa por medio de la cual el titular de un derecho hace dejación de éste extinguiéndolo.

¹⁹ *Derecho de Sucesiones de Galicia*, op. cit., pp. 81 y ss., espec. p. 87; *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., pp. 950-951.

²⁰ *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Vigo, 1997, p. 91. A juicio de este autor, que el negocio no responda al puro ánimo de liberalidad no afecta al carácter gratuito del desplazamiento patrimonial.

²¹ A. DÍAZ FUENTES, para quien el dato revelador está en el propio artículo 135 de la LDCG que requiere capacidad de disposición en ambos intervinientes, lo que implica el reconocimiento legal de que ambos ceden algo (*Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, A Coruña, 1997, p. 254).

²² Concepto que da L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, op. cit., p. 82.

²³ Concepto de L. DÍEZ-PICAZO, a continuación del anterior.

te no obtiene estrictamente una ventaja patrimonial, sino una mayor libertad de testar. Pero en contra de la gratuidad cabría argumentar que el apartante no se mueve por mera liberalidad ya que tiene un interés, aumentar su libertad de testar, por lo que si se estima que el «ánimo de liberalidad» es una característica esencial del acto gratuito, estaríamos sin duda en el marco de los onerosos. A éstos nos lleva también la consideración, que parece la propia de la doctrina más moderna, según la cual la onerosidad no exige estrictamente prestaciones recíprocas, ni mucho menos equivalentes, sino que las ventajas patrimoniales obtenidas pueden ser únicamente indirectas, y desde esta perspectiva la mayor libertad de testar puede considerarse tal vez una ventaja patrimonial indirecta. Con este planteamiento, podríamos considerar negocio oneroso a aquél que impone sacrificios para las partes intervinientes, pero procurándole también ventajas, y es indudable que el apartamiento cae en el tipo descrito. Sobremanera si, como hace un sector doctrinal, onerosidad y sinalagma prácticamente se identifican,²⁴ parece claro que el apartamiento implica, necesariamente, una relación de interconexidad o sinalagmática, pues se atribuye algo porque se abdica de la futura legítima, y se abdica porque se atribuye algo²⁵. Es lo cierto, sin embargo, que la aplicación pura y simple al apartamiento de las normas relativas a los contratos onerosos y la correlativa exclusión *tout court* de las aplicables a los gratuitos produce resultados insatisfactorios y lo que es peor, muchas veces, profundamente injustos.

El apartamiento es, por lo demás, un negocio aleatorio, lo que tomando en consideración que la distinción entre conmutativos y aleatorios sólo tiene sentido en los negocios onerosos, sería un argumento más a favor de la onerosidad. Aleatorios son todos aquellos contratos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente aprecia-

²⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General. Teoría general del contrato*, nueva ed. revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, 1999, espec. p. 194, donde literalmente se dice «no hay diferencia notable entre onerosidad y sinalagma».

²⁵ Entiendo que es artificial la diferencia que, respecto a la onerosidad o no del apartamiento, hace J. M. LOIS PUENTE, sobre la base del apartante. Para el autor citado, «si un tercero (otro legitimario) pagara la renuncia a la expectativa legitimaria del apartado, sí habría un contrato aleatorio y oneroso. Daría algo para recibir algo: el incremento de su propia porción, una expectativa que podría valer más o menos en función, primero, de que tuviese efectividad (que el apartado llegase a ser legitimario) y, segundo, que la fortuna del causante fuese mayor o menor en ese momento». «Si es el propio apartante —continúa diciendo—, en cambio, quien paga la renuncia del apartado, no recibe nada *patrimonial* a cambio, sino únicamente mayor libertad. Se libera de un freno a su libertad dispositiva *inter vivos* (respecto a los actos a título gratuito) y *mortis causa* (en los términos que después veremos)» (*Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 87, y *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 951).

ble, pero éste no está bien determinado en el momento del contrato y depende de un acontecimiento incierto, por lo que los contratantes corren el riesgo de ganancia o de pérdida. En el contrato aleatorio la posibilidad de ganancia o de pérdida ha sido contemplada por las partes, cosa que sucede en el apartamiento gallego, pues las partes «juegan» con el doble *alea* que representa la incertidumbre sobre si el renunciante llegará o no a ser efectivamente legitimario (piénsese en la posibilidad de premoriencia, o de que siendo el cónyuge se divorcie, o de que tratándose de un ascendiente, sobrevengan después descendientes del apartante) y la incertidumbre sobre si, en su caso, la cuantía de su legítima individual sería, en el momento del fallecimiento del causante-apartante, mayor o menor que lo atribuido en el negocio de apartación. Precisamente por este carácter aleatorio del apartamiento, entiende parte de la doctrina que en él no tiene cabida la rescisión por lesión, aún cuando en el momento de abrirse efectivamente la sucesión del apartante, la legítima que teóricamente habría de corresponder al apartado fuese considerablemente mayor que lo adjudicado en su día. Pero sobre este último aserto también he de volver.

III. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

1. EL APARTAMIENTO ES UN PACTO SUCESORIO

Como ya se ha dicho, a pesar de que la dicción literal del artículo 134.1 de la LDCG en su formulación inicial («*Podrá adjudicarse en vida...*»), pudiera hacer pensar que es un negocio exclusivamente dependiente de la voluntad del apartante²⁶, el apartamiento exige el concurso imprescindible de dos voluntades: la del apartante, por un lado, y la del apartado, por otro²⁷. Así configurado su naturaleza sería estrictamente la de un «pacto sucesorio», lo que quedaría confirmado por la ubicación de los citados artículos 134 y 135 en el Capítulo II del Título VIII de la ley. Tal naturaleza sucesoria y paccionada es la más acorde, no sólo con la sistemática de la institución, sino también con los usos y costumbres gallegas que han de servir para interpretar e integrar el Derecho gallego, tal y como expresamente declara el artículo 2.2 de la propia LDCG.

²⁶ Cabalmente al contrario que el texto legal que recoge la definición mallorquina, donde se pone el acento en la voluntad del definido (cf. art. 50 de la Compilación balear).

²⁷ A. PILLADO MONTERO, «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», RXG, 1996, pp. 17-68, espec. p. 64.

Dentro de la tipología de los pactos sucesorios se trataría de un pacto abdicativo, o de signo negativo o de renuncia²⁸. Basándose en el necesario acuerdo de voluntades de apartante y apartado, se ha negado al apartamiento gallego su carácter de verdadera renuncia, por ser ésta, según J. M. Lois Punte, un acto esencialmente unilateral y no recepticio. Sin embargo, yo no creo que la bilateralidad contradiga necesariamente la existencia de la renuncia, ya que ésta se puede integrar en un negocio de aquel tipo. Por otra parte, cuando el autor precitado dice que el apartamiento no es renuncia, sino pago anticipado de la legítima, parece incurrir en un sofisma; es como si dijera que la donación hecha al legitimario imputable a su legítima no es donación, sino pago anticipado de la misma.

Es el apartamiento «una especie de» desheredación bilateral convenida entre el causante y el renunciante, de hecho, en ese momento un legitimario, quien renuncia a sus derechos sucesorios futuros en calidad de tal. No es pues, ni una renuncia unilateral, ni una repudiación anticipada de la herencia, puesto que en el momento de producirse el apartamiento aún no hay delación (*cf. art. 991 CC*). Siendo pues el único supuesto de excepción a la prohibición de renunciar o transigir sobre la herencia futura (*art. 146.3 LDCG*) no cabe duda que en Derecho gallego no es lícita la renuncia unilateral a la legítima no deferida.

Se puede así definir la apartación, siguiendo a J. M. Lois Punte, como un pacto sucesorio por el que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes a cambio de que éste renuncie a su eventual derecho legitimario²⁹.

2. EL APARTAMIENTO IMPLICA UNA ATRIBUCIÓN DE BIENES EN PAGO DE UNA LEGÍTIMA FUTURA

Su condición de pacto sucesorio abdicativo no impide, sin embargo, considerar que la apartación es un negocio complejo que

²⁸ Un sector de la doctrina, siguiendo probablemente la definición de contrato sucesorio que da el § 1941 del BGB, parece limitar el ámbito de la sucesión contractual a los pactos sucesorios de institución. Sin embargo, como dice J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ en sus comentarios al Fuero Nuevo de Navarra, *Comentarios al Código civil, op. cit.*, p. 109, «los llamados pactos sucesorios renunciativos inciden en el llamamiento sucesorio (legal, testamentario o contractual), por lo que, necesariamente, implican una modificación o alteración de la sucesión; de ahí que no deban ser excluidos del concepto de sucesión contractual, pues, si bien no contienen directamente una institución de heredero, determinan una modificación del llamamiento hereditario existente».

²⁹ *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 89; *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, p. 956. Con imprecisión, entiende F. LORENZO MERINO que el apartamiento (sic) supone la entrega anticipada por el causante al heredero de su cuota hereditaria («Prologo» a *Ley de Derecho civil de Galicia*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 31).

envuelve en su tipo negocial uno de tipo translativo (del apartante) y una renuncia abdicativa (del apartado). El primero de ellos exige necesariamente una atribución patrimonial en «*plena titularidad*», por lo que en ningún caso sería válido un apartamiento de un eventual legitimario sin ningún tipo de contraprestación económica³⁰. Ahora bien, la atribución patrimonial se da a cambio de algo, y precisamente a cambio de la dejación de un derecho sucesorio y futuro lo cual, como quedó dicho más arriba, da al mencionado pacto de apartación un indudable carácter aleatorio³¹.

Refiriéndose a esta característica, dice J. M. Lois Puente que el negocio de apartación tiene en principio carácter aleatorio en un doble sentido: a) desde la óptica del apartante, porque quien hoy tendría el carácter de legitimario podrá no serlo en el momento de la apertura de la sucesión (luego está dando algo actual en pago de la renuncia a una condición que el adjudicatario podrá tener o no). b) para el apartado, porque dando por hecho que la atribución que recibe fuese, en el momento del apartamiento, suficiente o incluso superior a lo que le correspondería recibir, si después cambia a mejor la situación patrimonial del apartante, haría un mal negocio, perdería, ya que no tendría derecho a suplemento³². Para este autor de estas dos notas sólo la primera hace aleatorio el contrato. Basándose en la definición del artículo 1790 del CC, estima que contrato aleatorio es aquél en que la prestación de una parte —o de ambas— viene determinada por un acontecimiento incierto. Aquí, la renuncia del apartado dependerá de que llegue o no a ser legitimario por lo que su expectativa de ganancia o pérdida no trasciende al contrato, mientras que la del apartante sí, pues si el apartado falleciera antes que él mismo, no llegará a tener la condición de legitimario y su renuncia no produciría efecto (el apartante habría perdido lo dado).

No estoy totalmente de acuerdo con la opinión citada. A mi juicio, en su configuración típica, el negocio de apartamiento puede ser calificado de aleatorio tanto desde la perspectiva del apartante, puesto que, como señala J. M. Lois Puente, el apartado puede llegar o no a ser efectivamente legitimario³³, como desde la perspectiva del aparta-

³⁰ J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 90; *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 960. En contra, se pronuncia, A. PILLADO MONTERO, loc. cit., p. 64.

³¹ Contra lo que se manifiesta A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 253.

³² J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 90.

³³ Por lo tanto estaríamos ante una modalidad de contrato aleatorio en la que se pone a cargo de una de las partes una prestación ya firme y de cuantía concreta —la atribución del apartante— frente a otra aleatoria en cuanto a su existencia —el derecho a la legítima del apartado— (sobre las posibles modalidades del contrato aleatorio, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 3.º. *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 452).

do, ya que para él es imposible determinar al tiempo de su celebración si le es o no ventajoso³⁴, en la medida en que el patrimonio del apartante puede incrementarse o disminuir en el tiempo que va desde la apartación al fallecimiento y, por lo tanto, al aceptar la atribución a cambio de su futura legítima el apartado está asumiendo un riesgo³⁵.

En cualquier caso, no acierto a ver la trascendencia práctica de calificar o no como aleatorio al apartamiento. Parece que J. M. Lois Puente lo hace, sobre todo, a efectos de considerar la suficiencia o insuficiencia de lo atribuido al apartado en relación con la legítima que efectivamente le correspondería en el momento del apartamiento ya que la eventual suficiencia o insuficiencia que pueda darse en el momento de actualizarse la legítima, esto es, en el del fallecimiento del causante, es irrelevante por imperativo legal, como se deduce de lo establecido en el artículo 134.2 de la LDCG *in fine*, cuando expresamente señala «*cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*». De ser ese el propósito, considero innecesario el recurso al carácter aleatorio del pacto de apartación para después, con fundamento en tal calificación y presupuesta la incompatibilidad entre aleatoriedad y rescisión por lesión³⁶, terminar concluyendo que, sea cual sea el valor de lo atribuido al apartado en relación con lo que le correspondería como legitimario en el instante del apartamiento, no cabrá la rescisión por lesión. Y ello porque como es bien sabido, en el régimen del Código civil aplicable desde luego en este punto a Galicia, la rescisión por lesión en materia de contratos sólo cabe en los casos previstos en el artículo 1291 1.º y 2.º, referidos respectivamente al contrato del tutor sin autorización judicial y al celebrado en representación del ausente cuando la lesión supera la cuarta parte, supuestos ambos que nunca se van a dar en un apartamiento, negocio para el que el artículo 135 de la LDCG exige la plena capacidad de disposición.

³⁴ Señala V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. ALBALADEJO, dir.), t. XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, pp. 320-321 que generalmente, la idea que se toma como fundamental para la formulación del concepto de contrato aleatorio es la de la imposibilidad de determinar al tiempo de su celebración las ventajas o desventajas que, en definitiva, producirá para los interesados; hasta que el contrato no haya consumado la totalidad de sus efectos, se desconoce el resultado económico.

³⁵ Sería una modalidad de prestación firme –renuncia a la expectativa legitimaria–, a cambio de otra igualmente segura en cuanto a su existencia, pero dependiendo de la suerte en su cuantía –la atribución del apartante–.

³⁶ Presuposición más que discutible, porque como señala M. MARTÍN CASALS aleatoriedad y rescisión por lesión no son, ni lo han sido históricamente, figuras incompatibles, a pesar de que otra parezca ser la opinión jurisprudencial. Así, este autor muestra como la doctrina del *ius commune* aplicaba la institución a los tipos de contratos llamados hoy aleatorios y, en general, a todos aquellos contratos en los que la presencia de un *dubius eventus* caracteriza la posibilidad de pérdida y ganancia para ambos contratantes (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXX (M. ALBALADEJO, dir.), Madrid, 1987, p. 522).

Otra cosa es que, con independencia de la naturaleza aleatoria o no aleatoria del pacto de apartamiento, y sobre la base de la analogía o semejanza del mismo con una partición anticipada (parcial) de la herencia, nos cuestionemos si cabe o no aplicar el régimen de la rescisión por lesión en el ámbito del apartamiento. Si entendemos que la respuesta ha de ser positiva, el precepto de referencia sería el artículo 1075 del CC³⁷ puesto que, interviniendo el futuro causante en el presunto acto particional, el acto de apartamiento semeja más a la partición hecha por el difunto (en concreto a la llamada partición *inter vivos*) que a la partición convencional que está en el supuesto de hecho del artículo 1074 del CC. En consecuencia, el límite de la rescisión sería exclusivamente el perjuicio de las legítimas y por ello, de considerarse aplicable a la situación que nos ocupa, cualquier diferencia de valor (en menos) entre lo atribuido por al apartante y el importe de la legítima del apartado en el momento del apartamiento podría implicar la rescisión del negocio de apartamiento. No creo, sin embargo, que esta haya sido la intención del legislador.

3. EL APARTAMIENTO NO ES UNA PARTICIÓN ANTICIPADA DE LA HERENCIA

Lo que acabo de decir me lleva a preguntar por la posibilidad de configurar el apartamiento como una apertura parcial y anticipada de la sucesión del apartante, por la que éste adjudica en vida, pero a título sucesorio y por vía particional, a un legitimario su legítima. Sería una especie de donación-partición parcial similar a la regulada en los Códigos francés o portugués³⁸.

Según este criterio, el apartamiento sería un pacto sucesorio que produciría un anticipo en la apertura de la sucesión del eventual futuro legitimario; sería una suerte de partición parcial por el propio causante, pactada con el futuro legitimario, naturaleza que se vería corroborada por la repetición de los dos preceptos relativos al apartamiento en sede de partición³⁹.

³⁷ Y no el 1074 como parece presumir J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 93, nota 9, cuando afirma que de entenderse (el apartamiento) rescindible por lesión habría que hacerlo a todos los efectos y en consecuencia sostener que ha de ser superior a la cuarta parte del valor teórico de la legítima corta en el momento de producirse el apartamiento.

³⁸ Se trataría, respectivamente, de la *donation-partage* recogida en los artículos 1075 ss. del *Code* francés y de la *partilha em vida* acogida en el artículo 2029 del Código portugués.

³⁹ Es la tesis mantenida por N. RODICIO RODICIO, en un trabajo inédito que cita J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, pp. 954-955.

Yo creo que, mientras vive el apartante, la apartación no puede tener naturaleza de partición sucesoria, ni siquiera de carácter parcial, ya que una sucesión no se abre hasta que no fallece el causante de la misma; como dice A. Otero, «partir se puede la herencia, pero en el apartamiento no hay todavía herencia»⁴⁰. Otra cosa es, y en realidad así se configuran tanto la *donation-partage* francesa, como la llamada *partilha em vida* del Derecho portugués, que por pacto sucesorio pueda procederse a la partición (total o parcial) de una masa de bienes que, una vez fallecido el ascendiente, puedan tener trascendencia en su sucesión⁴¹. Pero creo que ni tan siquiera eso se produce en la mayor parte de los apartamientos gallegos.

IV. SUJETOS DEL APARTAMIENTO

1. INTRODUCCIÓN

La sistematización y análisis de los requisitos que han de cumplir las personas que intervienen en el pacto de apartamiento se deducen, unos por su contemplación expresa y otros por la lógica del sistema, de los dos preceptos que regulan la figura en la Ley de Derecho civil de Galicia. Así, según el artículo 134 «*Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación...*», a la vez que a tenor del artículo siguiente «*La apartación precisa la plena capacidad de disposición de los intervinientes*». Con semejante tenor literal no cabe albergar muchas dudas sobre algunos puntos básicos de la institución. En primer lugar, la mención a los «intervinientes» confirma una vez más su naturaleza de pacto sucesorio, que exige –al menos– el acuerdo de voluntades entre el apartante y el apartado. Ello es así a pesar de que el texto del artículo 134 pone el acento de la decisión de apartar en la figura del apartante, con aparente imposición al apartado. Se trata sin embargo de un pacto sucesorio que exige el acuerdo de las dos voluntades; por consiguiente, en la medida en que el artículo 146.3 de la LDCG

⁴⁰ A. OTERO, «Jurisprudencia bromeando en serio», *Dereito*, vol. 7, 1998-1, pp. 155-163, espec. p. 159. Similar es el criterio de A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 254, quien dice que no se puede configurar el apartamiento como una operación solutiva de la comunidad hereditaria, porque la herencia aún no está causada.

⁴¹ En realidad tampoco supone verdadera partición en sentido técnico la llamada «partición por el testador», como pone claramente de relieve J. L. LACRUZ BERDEJO, cuando rubrica esta institución como «Evitación de la comunidad. La llamada “partición por el testador”», (*Elementos... V. op. cit.*, p. 169).

excepciona únicamente la apartación de la regla general que prohíbe la renuncia o transacción sobre la legítima no deferida, sólo cabe concluir que en Derecho gallego, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el caso aragonés⁴², y al igual que en Cataluña o Baleares⁴³, no es lícita una renuncia a la legítima futura estrictamente unilateral; ni por supuesto, se puede excluir a un presunto legitimario contando con la sola voluntad del futuro causante, salvo que se utilice el mecanismo de la desheredación.

En segundo lugar, el primero de los preceptos citados exige que el adjudicatario tuviera la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, lo que a pesar del defecto de la formulación legal, otorga a la figura gallega una amplitud mucho mayor que la que tienen las renunciaciones anticipadas de legítima en los ordenamientos catalán y balear donde únicamente puede excluirse de la legítima a los eventuales legitimarios descendientes; lo mismo sucede en el caso aragonés, si bien en éste la eliminación de los ascendientes y del cónyuge viudo del círculo de posibles abdicantes de futuras legítimas no proviene de una restricción del pacto negativo, sino que es lógica consecuencia de su sistema legitimario, ya que como es sabido, en Aragón la legítima es colectiva y sólo a favor de los descendientes.

En tercer lugar, el artículo 135 de la LDCG exige que ambos sujetos en el pacto tenga plena capacidad de disposición, lo que además de excluir por ejemplo a los emancipados del círculo de intervinientes, plantea serias dudas sobre la virtualidad que en el negocio de apartamiento puede tener la figura de la representación legal; asimismo deja imprejuizada el tema de la representación voluntaria y su posible utilización para este caso concreto.

También entre los requisitos personales, nada dice la ley gallega sobre la vecindad civil que han de tener apartante o apartado, cuestión que sin embargo no es difícil deducir del conjunto del sistema pero sobre la que es preciso detenerse para tomar en consideración, sobre todo, los problemas que plantearía un hipotético y más que posible cambio de vecindad.

Por último, alejándose de lo que parecía ser la costumbre gallega recogida por algunos autores, guarda silencio la norma legal sobre la posible intervención en el acto de otros sujetos, distintos o que se vengan a sumar a los del apartante o apartado, como pudiera

⁴² Cf. artículo 177.1 de la Ley de 24 de febrero de 1999, de Sucesión por Causa de Muerte de Aragón.

⁴³ Cf. artículos 377.2.º de la Ley de 30 de diciembre de 1991, Código de Sucesiones de Cataluña, y artículos 50 y 77 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 1990.

ser el caso del cónyuge del primero, o de los otros presuntos legitimarios (v. gr. hermanos del apartado).

Sobre todos estos temas me voy a detener a continuación.

2. EL APARTADO HA DE SER LEGITIMARIO PRESUNTO DEL APARTANTE EN EL MOMENTO DE LA ADJUDICACIÓN

Como ya se ha dicho, la ley gallega exige que concurra «*la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación*», lo cual técnicamente no es muy exacto ya que, por hipótesis, apartante-adjudicante y apartado-adjudicatario son personas vivas y, por lo tanto, éste no puede ser estrictamente legitimario de aquél al no haberse causado aún la sucesión. Es evidente que lo que el legislador quiso decir es que puede ser apartado quien tendría la condición de legitimario del apartante si, en el momento de otorgar el apartamiento, se abriera la sucesión⁴⁴.

Para determinar, pues, quiénes pueden ser apartados es preciso recurrir al párrafo segundo del artículo 146 de la LDCG conforme al cual «*Son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código civil y en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho Cuerpo legal*»; la norma de remisión incorpora pues al Derecho gallego el contenido del artículo 807 que considera herederos forzosos a «*los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes*», «*a falta de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes*» y «*el viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*». En consecuencia, podrá apartarse a los hijos o a los ulteriores descendientes cuando falten los de grado preferente –tema sobre el que volveré–, a los padres cuando no haya descendientes⁴⁵ y en todo caso al cónyuge por tener éste siempre la condición de legitimario, cualquiera que sea el círculo de parientes con quien concurra. De esta suerte, como ya he dicho, el círculo de posibles apartados de la legítima es

⁴⁴ Para J. M. LOIS PUENTE esta exigencia de la condición actual de legitimario para la validez del pacto, implicaría la posibilidad de impugnarlo por falta de causa si tal condición faltase (*Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 25, *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, p. 963).

⁴⁵ No procederá el apartamiento del padre en el caso previsto en el artículo 111 del CC, en el que el progenitor que hubiese sido condenado a causa de las relaciones a las que obedezca la generación o bien si la filiación hubiese sido judicialmente declarada contra su oposición, pierde los derechos que pudiera tener por ministerio de la ley o en sus herencias respecto del hijo, y por lo tanto no acredita derecho a la legítima de su hijo. No obstante, según el párrafo tercero de este mismo artículo 111 «*Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad*».

mucho más amplio que el de los otros Derechos civiles autonómicos que admiten la abdicación anticipada. Con ello se plantean además muchos asuntos de interés práctico.

Así por ejemplo, algún autor que se ha acercado a la figura se ha preguntado si cabe apartar el nieto si vive el hijo o hija, padre o madre de aquél, fundamentando la respuesta negativa con el dato de que, conforme al artículo 148 de la LDCG, el apartado no hace número y este efecto no se puede dar respecto del nieto si vive el padre o la madre, porque en tal caso, el nieto tampoco haría número aunque no hubiese apartación⁴⁶. Frente a ello se podría argumentar que según el texto vigente del artículo 808.2 del CC, conforme al respecto con la doctrina tradicional, se puede mejorar al nieto en vida de los padres y, puesto que la mejora es legítima, cabe entender que en alguna medida, los nietos son legitimarios del abuelo aún en vida del padre. Con todo me parece más acertado considerar que no es posible apartar al nieto en vida de su padre. Ello es así, además de por la razón que ya ha sido expuesta, porque genuinamente entre descendientes la mejora se comporta como la parte de libre disposición y en realidad sólo es legítima fuera del grupo de los descendientes, luego el argumento señalado pierde su validez. Sobremanera, cabe considerar que el apartamiento de hijos y descendientes sólo tiene verdadero sentido en relación con la legítima estricta, que en realidad es la única parte de la herencia «intangibles» sobre la que el causante no tiene capacidad de disposición; salvo, por supuesto, que el descendiente sea legitimario único, en cuyo caso sólo hay legítima y tercio de libre disposición. En todo caso, como se verá al estudiar sus efectos, la apartación del hijo excluye de la legítima a su estirpe y, por lo que, tampoco es preciso apartar a los nietos en caso de que, previamente, hayan sido apartados sus padres.

Hay que considerar, en fin, que no existe ningún inconveniente en apartar a todos los posibles legitimarios, en cuya hipótesis no procede el llamamiento a los que serían legitimarios de grado u orden posterior, sino que la consecuencia sería, de no sobrevenir otros legitimarios eventuales no apartados, la extinción de la legítima global y la obtención, por el apartante, de la plena libertad de disposición⁴⁷. Esto se deriva, en el caso de los descendientes, además de la referencia a la vinculación de sus sucesores y legitimarios que contiene el artículo 135 de la LDCG, del juego de las reglas que el Código civil, directamente aplicable en este punto en el ordenamiento gallego, tiene en materia de representación suce-

⁴⁶ V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 93.

⁴⁷ V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 93; A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 260.

soria; en efecto, según resulta de los artículos 761 y 857 del CC, sólo cabe la entrada de los descendientes de grado ulterior en la legítima del ascendiente causante si el legitimario de grado preferente fallece antes que el causante o si el hijo es indigno o ha sido desheredado, lo que confirma también el artículo 929 cuando excluye la posibilidad de representar a una persona viva salvo en los casos de desheredación o incapacidad. En la misma línea se sitúa el artículo 766 del CC, de donde se desprende que el que renuncia a la herencia no transmite derecho alguno a sus herederos⁴⁸. Por lo tanto, queda fuera del ámbito de la representación sucesoria el supuesto de apartamiento del descendiente de grado preferente. Cabría incluso aludir al artículo 985.2 del CC⁴⁹, precepto que presupone que el *status* de legitimario del repudiante se extingue tanto para él como para su estirpe, puesto que «*por derecho propio*» es absorbido por los colegitimarios⁵⁰. El único precepto que podría alegarse para mantener la tesis contraria, que admitiría el llamamiento a los legitimarios de grado u orden posterior en caso de apartamiento de todos los legitimarios de grado preferente, sería el artículo 923 del CC, según el cual «*Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*»; sin embargo, esta norma, además de ser aplicable únicamente en el caso de que procediese la apertura de la sucesión intestada, no implica la entrada de nuevos legitimarios cuando se produzca la repudiación de todos los preferentes, ya que los descendientes que suceden de conformidad con ella no tienen la condición de legitimarios, y son únicamente herederos intestados⁵¹.

⁴⁸ Al menos en la interpretación tradicional que confirma incidentalmente la STS de 23 de septiembre de 1992, RJA, 1992, núm. 7.019. De esta interpretación se aparta A. GORDILLO CAÑAS, para quien cabría otra inteligencia del artículo 766 del CC que le daría mayor sentido, y conforme a la cual vendría a significar que cuando el heredero instituido no llega a heredar (por premoriencia, incapacidad o renuncia) se observará lo dispuesto para los casos de incapacidad o desheredación; esto es, que le representarán sus descendientes. La virtualidad del precepto estaría, según el autor citado, en extender la comunidad de efectos prevista en los artículos 761 y 857 a todos los casos en que el instituido heredero no llega a heredar; en independizar el derecho de los descendientes ulteriores del causante respecto de las circunstancias personales o los comportamientos reprobables o caprichosos del primer llamado; en definitiva, en reforzar la imperatividad e indisponibilidad de la legítima de los descendientes, en beneficio de los de grado ulterior (*Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1880).

⁴⁹ Conforme a este precepto «*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*».

⁵⁰ J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. ALBALADEJO*, t. XI, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 38.

⁵¹ Por todos, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, p. 122, quien recoge la doctrina más significativa en el sentido

Sería pues ilógico que si el apartamiento no da entrada a los descendientes del apartado en la sucesión del apartante, a quienes el sistema llama con preferencia, se la de a los ascendientes, siempre llamados entre los eventuales legitimarios con carácter subsidiario, es decir, a falta de descendientes⁵².

Por su parte, si se apartan a todos los descendientes o, en su caso, a todos los ascendientes, entiendo que no ha de verse incrementada la legítima del cónyuge viudo como si aquéllos no existieran (art. 838 del CC), sino que su cuota en usufructo habra de ser, según corresponda, a la de los artículos 834 y 835 del CC. A ello no se opone a mi parecer la referencia a que el apartado «no hace número» del artículo 148 de la LDCG, que sólo tiene sentido en la determinación de la legítima individual entre varios legitimarios del mismo orden. Otra cosa será, y ello puede ser frecuente, que el apartante acuerde la apartación de sus descendientes o ascendientes, precisamente por la intención de ejercitar su recuperada libertad dispositiva en beneficio de su cónyuge (piénsese en la existencia de un segundo matrimonio con hijos del anterior), pero ello ocurrirá precisamente por el ejercicio de esa libertad y no porque se haya automáticamente incrementado la legítima viudal⁵³.

3. APARTANTE Y APARTADO HAN DE TENER PLENA CAPACIDAD DE DISPOSICIÓN

La ley gallega exige expresamente la plena capacidad de disposición de los intervinientes en el apartamiento, lo que excluye la posibilidad de que puedan actuar como apartantes o apartados los menores, aunque estén emancipados⁵⁴ o los que hayan sido judicialmente incapacitados. Ello confirma la naturaleza dispositiva de

de que la repudiación de todos los legitimarios de orden y grado preferente extingue la legítima, y que ésta no pasa al grado u orden sucesivo.

⁵² El supuesto es en buena medida similar al que se plantearía en el régimen del Código civil en el caso de que sean desheredados justamente el descendiente único o todos los descendientes y en el J. VALLET DE GOYTISOLO se plantea si la legítima desaparecerá o bien se producirá una especie de «*successio graduum et ordinum*» que situaría como legitimarios a los ascendientes supérstites; se decanta por la primera respuesta pues «la designación de los ascendientes como legitimarios es subsidiaria y tan sólo se previene para el supuesto de inexistencia de descendientes legítimos, pero no para los casos de repudiación y desheredación o indignidad de éstos» (*Comentarios al Código civil... t. XI, op. cit.*, p. 593).

⁵³ Puede incluso que el cónyuge concorra a la herencia con los legitimarios apartados; ello sucederá cuando se produzca la apertura de la sucesión intestada, en cuyo caso los descendientes o ascendientes apartados entrarán en la sucesión como herederos intestados, y no como legitimarios.

⁵⁴ A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la definición mallorquina, en la que siguiendo la tradición histórica cabe que se defina el menor emancipado (*cf.* art. 50 de la Compilación balear).

los actos tanto del apartante-atribuyente, como del apartado que abdica de su expectativa legitimaria⁵⁵.

La imposibilidad de que intervengan como apartante o apartado los menores emancipados, aún contando con el complemento de capacidad de los padres o del curador, supone una diferencia entre la renuncia *ex ante* que el apartamiento significa y la repudiación de la herencia una vez causada ésta, ya que según la opinión más común el menor emancipado puede, por sí sólo, repudiar la herencia o rechazar el legado⁵⁶.

A pesar de que la reforma del Código civil de 1983 pretendió diferenciar la situación de prodigalidad de la incapacitación propiamente dicha, entiendo que la restricción a las facultades de actuación sobre el propio patrimonio que la prodigalidad significa implica que los declarados pródigos no puedan otorgar válidamente un pacto de apartamiento, salvo que la sentencia diga otra cosa⁵⁷.

4. CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL ACTO

Se ha planteado ya la doctrina la cuestión de si es necesaria la intervención personal de apartante y apartado en el negocio de apartamiento o si es posible la representación, o lo que es lo mismo, si el pacto de *non succedendo* que el apartamiento significa es, al igual que el testamento, un negocio personalísimo o si cabe su otorgamiento a través de representante. La cuestión queda limitada al ámbito de la representación voluntaria, puesto que la exigencia de plena capacidad de disposición impide, a mi juicio, que entre en juego la llamada representación legal.

En relación con la representación voluntaria los autores gallegos se pronuncian, en general, por la respuesta afirmativa, con menores o mayores restricciones. Así, mientras para V. Gutiérrez Aller ningún precepto consagra el carácter personalísimo del negocio, por lo que éste podrá formalizarse por medio de apoderado⁵⁸, opinión muy similar a la sostenida por A. Díaz Fuentes⁵⁹, la postura de J. M. Lois Puente es un poco más restrictiva al estimar que

⁵⁵ Vid. *supra*. También, A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁶ Por todos, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 98.

⁵⁷ Vid. ahora artículo 760.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

⁵⁸ *Réxime...*, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁹ «La renuncia a la legítima no es un acto personalísimo y, por tanto, se puede dar poder a otro para realizarla» (A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 258).

sólo cabría la representación voluntaria cuando el poder contemple expresamente el concreto negocio de apartamiento⁶⁰.

Aunque no niego que la admisión de la representación voluntaria pudiera tener sentido, por ejemplo, en el caso de que se quisiera apartar a un descendiente emigrado en lejanas tierras, lo que como es sabido no es infrecuente en Galicia, con el régimen actual debe proscribirse totalmente la posibilidad de representación en el apartamiento. Entiendo que ello es derivación necesaria de la trascendencia de cualquier pacto sucesorio que exige, salvo autorización expresa en contrario, al modo que sucede por ejemplo con la renuncia a la herencia en el BGB, la concurrencia personal de los intervinientes en el acto. Tal es la opinión de nuestra mejor doctrina⁶¹ que se confirma, por ejemplo, en el artículo 64 de la reciente Ley de Sucesiones a Causa de Muerte de Aragón⁶². Que la Ley de Derecho Civil de Galicia sólo haga referencia expresa al carácter personalísimo en relación con uno de los pactos que recoge (precisamente el de mejora en el artículo 129), no es porque nos hallemos aquí ante una excepción a la regla general contraria, sino ante la previsión para un caso concreto de lo que ha de ser la regla general que hubiera debido ser recogida en una, inexistente, rúbrica referida a la doctrina común a todos los pactos sucesorios⁶³. Además puede decirse que si al testamento se le impone la exigencia del personalismo, con mayor razón a una disposición como la paccionada que, en principio, resulta más gravosa para los disponentes dado su carácter generalmente irrevocable⁶⁴.

Entiendo que, aún cuando se mantenga la distinción teórica entre las figuras del representante y el mero nuncio que actúa como

⁶⁰ *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 95; *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º*, op. cit., p. 964.

⁶¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V*, op. cit., pp. 385-386, con cita de la STS de 30 de mayo de 1978, *RJA*, 1978, núm. 1953, que aparentemente sigue la postura contraria.

⁶² Aunque es cierto que el artículo 67 del CSC admite el otorgamiento del pacto de heredamiento mediante poder especial, que la doctrina en general interpreta como alusivo a la figura del *nuntius* (J. J. LÓPEZ BURNIOL, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. I, op. cit., p. 334); por su parte, la ley 173 del Fuero Nuevo navarro, en las normas generales sobre pactos sucesorios bajo la rúbrica «Carácter personalísimo. Delegación», se dice literalmente «*El otorgamiento del pacto sucesorio es personalísimo. No obstante, puede delegarse en otra persona su formalización, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad*». En general, sobre el personalismo formal en los contratos sucesorios, C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, 1992, pp. 28 ss.

⁶³ El carácter personalísimo del acto no puede derivarse, como conclusión, de la exigencia de plena capacidad de disposición, como erróneamente hace D. BELLO JANEIRO, *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma de Galicia*, Madrid, 1999, p. 199; lo que no cabe, por esta razón, es la llamada representación legal, pero en absoluto impide la representación voluntaria.

⁶⁴ I. MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994, p. 552, hablando en general del personalismo en los pactos sucesorios.

transmisor de la voluntad ya formada de una de las partes⁶⁵, no cabría siquiera la utilización de esta última figura ya que, siendo el apartamiento un negocio formal, el autor de la declaración, que nunca puede ser el nuncio, es quien debe actuar formalmente, y por lo tanto ha de concurrir al otorgamiento del acto⁶⁶; por ello a mi juicio no es posible la intervención del *nuntius*⁶⁷.

5. ¿PUEDEN INTERVENIR OTROS SUJETOS?

La cicatera regulación legal del apartamiento deja sin respuesta la pregunta sobre la posible celebración de un negocio de apartamiento entre el apartado y otra persona distinta del causante de la legítima de cuya abdicación se trata. Aparentemente, el tenor literal del artículo 134 se pronuncia por la respuesta negativa al exigir que el apartado tenga «*la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación*», con lo que parece que adjudicante-apartante y adjudicatario-apartado son protagonistas imprescindibles del negocio. Por consiguiente, el futuro causante ha de ser, en todo caso, la parte contractual del apartado y la renuncia sólo afectan a las consecuencias hereditarias derivadas de la muerte de ese causante. Sin embargo, no creo que el texto de la ley impida cualquier intervención de otros posibles sujetos en el negocio de apartamiento, al menos cuando concurren también el titular de la expectativa legitimaria y el futuro causante⁶⁸.

Así, por ejemplo, cumple cuestionarse si en un negocio de apartamiento celebrado entre apartante-futuro causante y apartado-eventual legitimario, deben otorgar su consentimiento los otros legitimarios presuntos que, obviamente, se van a ver afectados por el

⁶⁵ Distinción que, en lo sustancial, niega L. Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1992, Reimpresión de la ed. de 1979, p. 56.

⁶⁶ Como dice W. FLÜME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil, t. II*, 4.^a ed., trad. J. M.^a MIQUEL/E. GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, p. 882 «En un negocio que deba ser documentado formalmente, sólo puede intervenir otra persona, distinta de las partes, siempre que lo haga como representante, no como nuncio». Salvo que se admita la posibilidad de una aceptación posterior del apartamiento por el renunciante, lo que según mi criterio no es posible.

⁶⁷ En contra, J. I. IGLESIAS REDONDO, *Manual de Derecho civil gallego*, Madrid, 1999, p. 268.

⁶⁸ La definición mallorquina sólo cabe entre el futuro legitimario definido y el ascendiente del que reciba la donación, atribución o compensación, aunque parece que no excluye la posibilidad de que dos cónyuges definan conjuntamente a uno de sus hijos o descendientes (cf. art. 50 CB); en cambio, según el artículo 70 de la misma CB, en el pacto de finiquito de legítima la donación, atribución o compensación puede ser hecha tanto por el ascendiente como por «su heredero contractual» en vida de aquél. En la LSCM de Aragón, todos los pactos sucesorios necesitan de la concurrencia del causante de la sucesión, lo que se confirma respecto de la renuncia de la herencia futura en el artículo 84; sin embargo, no queda excluida la intervención de terceros (cf. art. 62).

negocio. Cabalmente, la respuesta es negativa si este último consentimiento se plantea en términos de concurrencia necesaria ya que, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 88 del texto propuesto por la Comisión no Permanente de Derecho civil de Galicia, la ley vigente no exige dicho consentimiento. Los otros legitimarios habrán de pasar pues por el resultado del apartamiento, sin perjuicio de que, como después se verá, lo atribuido haya de ser objeto de computación e imputación en la herencia del apartante y pueda ser objeto de reducción si perjudica las legítimas de los otros legitimarios con quienes no se contó. A mi juicio, la no exigencia del consentimiento de los otros posibles afectados es un argumento más para excluir la naturaleza particional del negocio de apartación. Otra cosa es que dicho consentimiento se otorgue efectivamente, si bien ha de tomarse en consideración que dicho consentimiento nunca podrá ser interpretado como una renuncia o transacción sobre sus propias legítimas o sobre las acciones protectoras de las mismas, ya que la regla general es que se prohíben estos negocios abdicativos, salvo el supuesto del propio apartamiento (art. 146.3 LDCG).

Otro tema interesante en relación con los posibles intervinientes en el negocio es el de la virtualidad de que los dos padres conjuntamente puedan proceder al apartamiento de un hijo común, obviamente legitimario de ambos, recibiendo bienes de uno sólo de ellos. Algunos antecedentes de la institución a los que ya se ha hecho referencia apostaban claramente por esta posibilidad, como era el caso del texto propuesto en las conclusiones del I Congreso de Derecho gallego, en el que se decía «O pai ou a nai no seu respectivo haber, ou entrambos os dous conxuntamente para os bens gananciáis, poderán «apartar» en vida, total ou parcialmente, a calquera dos seus presuntos herdeiros forzosos, mediante a entrega de diñeiro ou doutros bens. Este pacto obriga aos contratantes e máis aos seus herdeiros». Con el texto legal vigente la solución, sin embargo, es menos clara. A primera vista el artículo 134 de la LDCG exige que los bienes con los que se aparta sean del «adjudicante», lo que como mucho posibilitaría que un progenitor apartase con bienes propios y con la mitad de los bienes gananciales⁶⁹, pero nunca con bienes privativos del otro progenitor. Sin embargo, existen razones más que convincentes para llegar a la conclusión cabalmente contraria⁷⁰. Así, en primer

⁶⁹ Lo que plantearía nuevas cuestiones en relación con la eficacia de dicha disposición (cf. arts. 1379 y 1380 del CC, pero referido a las disposiciones testamentarias de bienes gananciales).

⁷⁰ En el caso de la definición mallorquina, la SAP de Baleares de 29 de noviembre de 1991, AC 199/1992, marginal 488, contemplaba un supuesto en el que el definido había aceptado la donación de un bien propiedad de su madre, pero en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle en la herencia de sus dos progenitores, por lo que dio

lugar, la propia configuración de la legítima gallega que admite numerosas excepciones al principio de intangibilidad cualitativa en el punto que se refiere a la necesidad de que sea pagadera precisamente con bienes del causante, pudiendo satisfacerse en muchos casos en dinero extraherencial⁷¹, lo que con mayor razón, dada su mayor debilidad como derecho subjetivo, podría ser aplicado a la mera expectativa legitimaria. Pero además juega de modo definitivo a favor de la licitud de un pacto a tres bandas como el descrito la analogía con la figura introducida por el legislador gallego en el artículo 158.2 de la propia LDCG, merced a la cual en la partija conjunta por ambos cónyuges, el haber correspondiente a cualquier sucesor de una o de ambas herencias, sea o no legitimario, puede ser satisfecho con bienes de un solo cónyuge, pudiendo quedar excluido de los bienes del otro. Sin duda se trata de un precepto pensado para la satisfacción de las legítimas (y de las herencias) cuando éstas sean causadas, pero que creo que con mayor razón puede ser aplicado analógicamente al pago de expectativas legitimarias pues, con toda certeza, en su filosofía subyace, sobre todo, el deseo de los cónyuges de regular conjuntamente y de manera unitaria sus respectivas sucesiones, lo que probablemente tratándose de patrimonios pequeños y con mayoría de bienes comunes, como ocurrirá en los casos más numerosos, subyace también en muchos negocios de apartación. Además, los problemas más enjundiosos que plantea la partición conjunta del artículo 158.2 de la ley gallega derivan, precisamente, de la fase de pendencia que se da entre el fallecimiento de ambos cónyuges, durante el cual un legitimario puede haber recibido íntegramente su legítima o, por el contrario, no haberla recibido en absoluto⁷², pudiendo producirse variaciones en la cuantía de la mentada legítima derivadas, por ejemplo, de los incrementos o dis-

carta de pago por «definición» de tales derechos respecto de la herencia, no sólo de la madre donante, sino también del padre. La sentencia afirma respecto a la validez de un pacto de definición como el descrito que «Esta posibilidad de que la renuncia a no reclamar derechos en la futura sucesión de su progenitor se preste en consideración a una atribución lucrativa que proviene del patrimonio de otro, no está prevista en la Compilación, aunque tampoco puede estimarse prohibida y, menos, a partir de la entrada en vigor de la reforma practicada en el texto por la Ley de 28 de junio de 1990, puesto que ahora el nuevo párrafo 1.º del artículo 48 facilita que la legítima se abone en bienes que no sean de la herencia. Además y habida cuenta del carácter global que revistió la más arriba aludida distribución familiar de bienes, cabe comprender, dentro del amplio concepto de ventaja que utilizaba el artículo 50 de la redacción aplicable para la resolución del litigio, la indirecta de recibir un determinado bien, de mayor valor o de particular predilección, existente en el patrimonio de la madre a cambio, cabalmente, de no obtener nada material del padre».

⁷¹ Vid. el estudio de los mismos en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., pp. 1177 ss.

⁷² Vid. los problemas prácticos suscitados por la figura, expuestos por F. ALBA PUENTE, *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, op. cit., pp. 242 y ss.

minuciones en el patrimonio del cónyuge sobreviviente. Pues bien, todos estos problemas están obviados en el caso del apartamiento conjunto de ambos cónyuges, en los que puede liquidarse con carácter definitivo las legítimas paterna y materna del apartado con bienes de uno sólo de los progenitores o con bienes comunes de ambos; esta última opción puede hacerse además sin liquidación alguna de la sociedad de gananciales, facilitándose con ello el proceso de manera muy significativa.

Asimismo plantea notable interés práctico la cuestión de decidir si un colegitimario de quien abdica de su legítima puede ser quien satisfaga anticipadamente ésta, en lugar de futuro causante. El principio general que deriva del artículo 146.3 de la LDCG que impide la renuncia o transacción sobre la legítima futura excepción hecha de las excepciones «previstas» en la ley, obliga a interpretar el negocio de apartamiento en su sentido literal, lo cual impide la validez de un pacto de renuncia a la legítima entre colegitimarios, sin la concurrencia –parafraseando la frase histórica– de la persona de cuya sucesión se trate. Este pacto de *hereditate tertii* está, como todos los de esta índole, proscrito en el sistema⁷³. Mayores dificultades plantea la admisibilidad o no de un negocio celebrado efectivamente entre apartante-futuro causante, apartado-futuro legitimario y otro y otros colegitimarios (o heredero extraño), en el que precisamente estos terceros aporten los bienes o el dinero con el que el padre procede al apartamiento del abdicante. Se trataría de un acto complejo en el que coexistiría algo así como un negocio de apartamiento acompañado de un pago por tercero con consentimiento del deudor. Planteándose esta situación J. M. Lois Puente señala que el tenor literal del artículo 134 parecería excluir esta posibilidad, pero que el argumento sistemático, en cambio, favorece la respuesta afirmativa al permitir el pago de la legítima (y aquí hablamos de una expectativa legitimaria que es algo cualitativamente de menor entidad) con dinero extraherencial «*cuando se convenga así entre el legitimario y el obligado al pago de la legítima*» y en el pacto de mejora⁷⁴. A ello cabría oponer que por mucho que la expectativa legitimaria sea algo de menor entidad que la legítima, el pacto entre heredero y legitimario al que se refiere el artícu-

⁷³ En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...op. cit.*, p. 96; *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 966. En cambio era admisible en el texto propuesto en el I Congreso de Derecho gallego en el que se decía «*Entenderáse o mesmo cando a «apartación» a faga da súa conta outro presunto herdeiro en vida dos seus pais*». Aunque F. LORENZO MERINO entiende que el caso tradicional ha sido, precisamente, el del mejorado que aparta por su cuenta a sus hermanos (*El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, 1992, p. 56).

⁷⁴ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

lo 149 en su letra b) sólo se puede referir a una legítima ya causada y es una mera aplicación del principio general de autonomía de la voluntad⁷⁵, que excluye absolutamente la intervención del causante de la sucesión y, por lo tanto, no guarda similitud con lo que ahora se plantea. Sin embargo, yo también creo que un pacto trilateral como el descrito ha que tener cabida en la ley gallega. Abogan por ello, además de los principios generales del Derecho de Obligaciones que admiten la validez y plena eficacia del pago por tercero como mecanismo de extinción de la deuda, las razones prácticas que expone J. M. Lois Puente en el sentido de que en la realidad un acuerdo de este tipo permitirá por ejemplo, que cuando se trate de apartar a uno o varios hijos para que otro reciba la totalidad de la explotación familiar, si los padres no tienen liquidez, el hijo favorecido pueda pagar ahora en lugar de tener que esperar al momento de apertura de la sucesión⁷⁶. La concurrencia de las tres voluntades evita (o al menos minora ostensiblemente) la posibilidad de abusos y fraudes.

Parcialmente distinto sería el caso de apartamiento realizado a través del pago de un tercero (heredero del causante o colegitimario del apartado) en el que las voluntades del causante, del apartado y del tercero pudiesen no coincidir en el mismo acto. Me refiero al supuesto que, según demuestran algunos antecedentes bibliográficos y jurisprudenciales, gozó de cierta tradición en Galicia⁷⁷ por el cual es el causante quien pacta con el tercero (a quien instituye heredero o a quien mejora) la obligación de que satisfaga anticipadamente la legítima de sus colegimarios. Así, parece que era relativamente común incluir en la mejora de labrar y poseer la cláusula por la que el mejorado se obligaba a entregar a sus hermanos, cuando se casasen o dejasen de vivir en la casa una cantidad equivalente al importe de su legítima estricta⁷⁸, aunque no quedaban muy claros los efectos del cumplimiento de tal obligación. La parquedad de la ley gallega en los preceptos relativos al pacto de mejora y a la mejora de labrar y poseer explica que no se mencionen cláusulas que tradicionalmente aparecían en este tipo de instituciones, a modo de cargas que gravarían al mejorado a favor del mejorante o de su cónyuge, o de los otros hijos⁷⁹, lo que no impide que su licitud haya sido considerada por los comentaristas de la

⁷⁵ M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART*, t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, 1997, p. 1178.

⁷⁶ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

⁷⁷ Cf. la STS de 6 de abril de 1915, ya citada.

⁷⁸ A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, «Derecho civil de Galicia...», *op. cit.*, p. 247.

⁷⁹ No se refiere a ello la letra c) del artículo 149 de la LDCG, que presupone una legítima ya causada.

ley⁸⁰. Ahora bien, ¿es lícito que una de estas cargas consista precisamente en satisfacer anticipadamente la legítima, por ejemplo, del hermano del mejorado cuando éste abandona la casa familiar?; y en su caso, ¿una cláusula de este tipo puede presuponer —con el consentimiento del renunciante— el finiquito definitivo de los derechos legitimarios de quien resulta pagado? A situaciones similares a ésta parece referirse A. Díaz Fuentes cuando entiende que nada se ha de objetar a que el resultado atributivo a favor del legitimario no venga directamente del potencial causante, sino que se pudiese realizar por medio de un contrato con otra persona como estipulación a favor del legitimario, con tal de que se plasmasen los elementos del negocio dispuesto en el artículo 134 y fuese efectivamente cumplida la atribución⁸¹. El autor encauza la posibilidad a través de la figura del contrato a favor de tercero acompañado de la renuncia a la legítima del estipulante por el beneficiario; así señala que el estipulante concierta con el promitente una atribución patrimonial para el beneficiario (futuro legitimario) y éste otorga la renuncia a la legítima del estipulante. Perfeccionado el negocio con el promitente para que entregue al legitimario lo que se conviniese que éste reciba, bien podría reputarse a aquél como un ejecutor de la disposición del estipulante y en todo caso con la efectividad de la entrega se produciría la ratificación⁸². A mi juicio la licitud de un negocio de este tipo pasa por algunas matizaciones. Entiendo que la configuración que la ley gallega hace del pacto de apartamiento exige necesariamente la concurrencia imprescindible de las voluntades conjuntas y cruzadas, como si de una oferta y una aceptación se tratase, del apartante y del apartado, por lo que en todo caso sería imprescindible que ese contrato a favor de tercero entre el causante-estipulante y el promitente concurriese el presunto legitimario prestando su consentimiento. Es posible, desde luego, que ese consentimiento no se prestase en el mismo momento en el que, por ejemplo, el futuro causante (estipulante) y el mejorado (promitente), otorgan el pacto de mejora, y que pueda ser otorgado en un tiempo posterior, tal vez, cuando el favorecido contrae matrimonio o abandona la casa paterna, en cuyo caso la unidad de acto que predico para el apartamiento exige el mantenimiento del futuro causante en su voluntad en ese preciso momento; siempre, por supuesto, en vida del futuro causante, pues en otra circunstancia se trataría

⁸⁰ Vid. la mención de la posibilidad de incluir estas cargas o gravámenes, M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 895-905.

⁸¹ A. DÍAZ FUENTES, ... op. cit., p. 261.

⁸² A. DÍAZ FUENTES, ... op. cit., pp. 261-262.

de una legítima ya deferida a cuyo pago por un colegitimario nada cabría objetar. La prestación del promitente ha de cumplir, por otro lado, los requisitos objetivos que exige la figura del apartamiento a los que tendremos ocasión de aludir posteriormente («*plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase*»). La dificultad en orden a la admisión de estos acuerdos trilaterales que implica la referencia a que los bienes han de ser precisamente del «adjudicante», debe de ser salvada por las razones prácticas antedichas, además de que la interpretación de la institución de conformidad con la tradición jurídica gallega, o al menos con la doctrina que la encarna (art. 2.º.2 LDCG), ha de derivar en la admisibilidad el pactos a tres bandas que pretenden disciplinar de manera unitaria y coordinada una determinada sucesión, en salvaguarda de la integridad y continuidad de los patrimonios familiares.

6. VECINDAD CIVIL GALLEGA DEL APARTANTE. LOS PROBLEMAS SUSCITADOS POR EL CAMBIO DE VECINDAD

El pacto de apartamiento supone la extinción, en principio, con carácter definitivo de los derechos legitimarios del apartado en la sucesión del apartante. Por lo tanto, sus implicaciones se producen exclusivamente en la sucesión de este último. De conformidad con el artículo 16 del CC, en los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se aplicarán las normas de DIPr., que en punto a la sucesión *mortis causa*, se recogen en el artículo 9.8.º del CC que comienza diciendo que «*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento....*», añadiendo poco después «*Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión*», introduciendo a continuación «*si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*».

De una primera lectura de los términos transcritos de este precepto parecen derivarse varias conclusiones. En primer lugar, que la única vecindad civil relevante a efectos de determinar la aplicación o no de la ley gallega a un negocio de apartamiento es la del apartante, causante de la sucesión, y en ningún caso la del apartado. En segundo término, que dicha aplicación resultará incontrovertida y el pacto de apartamiento desplegará todos sus efectos en el caso

de que tanto en el momento del otorgamiento del mismo, como en el de su fallecimiento, el apartante causante ostentase la vecindad civil gallega, aunque hubiesen tenido otra en un tiempo intermedio. En tercer lugar, que las situaciones verdaderamente problemáticas se producirán en caso de que entre el momento de celebración del pacto y el del fallecimiento del apartante se hubiese operado un cambio de vecindad que la muerte del apartante transforma en definitivo. Esto último puede ocurrir porque una persona de vecindad gallega otorgue con uno de sus futuros legitimarios un pacto de apartación y posteriormente cambie su vecindad, con la que fallece. Si muere sometido a un ordenamiento en el que el sistema legitimario es más flexible que el gallego y en el que además se permite la renuncia a la legítima con cierta amplitud, no parece que el imperativo respeto a las legítimas de la ley que rige la sucesión, impuesto por el artículo 9.8.º, pueda significar merma alguna de la regla que, como excepción a la más general con la que se inicia el precepto, sanciona la validez de los pactos sucesorios hechos de conformidad con la ley del disponente en el momento del otorgamiento; esto ocurrirá, por ejemplo, en el caso del apartamiento de un hijo, cuando el apartante gallego fallece después con vecindad civil navarra, o aragonesa, o balear o catalana⁸³. Mucho más enjundiosa será la situación en la que quien actuó como apartante gallego, adquiera posteriormente la vecindad civil común, donde como ha sido reiterado en este trabajo, se prohíbe sin aparente excepción la renuncia anticipada a la legítima en el artículo 816 del CC, y donde el necesario respeto a las legítimas del Código civil que impone en este tipo de casos la excepción a la excepción del artículo 9.8.º de este cuerpo legal, vendría a derivar en la plena eficacia de los pactos sucesorios válidos según la vecindad del disponente en el momento del otorgamiento, salvo que se tratase de pactos relativos a la legítima, en cuya situación se aplicarán las normas de protección de ésta; lo que es lo mismo, el pacto de apartamiento no sería válido ni produciría sus efectos extintivos de la legítima del apartado⁸⁴.

⁸³ Más discutibles serían los casos de apartamiento de ascendientes o del cónyuges, cuando el otorgante gallego fallezca con vecindad civil balear, pues según la CB serán legitimarios y no pueden renunciar anticipadamente a ese derecho. Similar es la situación en Cataluña, donde los ascendientes son legitimarios y el cónyuge posee el derecho a la cuarta viudal, aunque sobre esta última institución he de volver.

⁸⁴ Justamente la conclusión contraria a la que parece querer llegar D. BELLO JANEIRO, *op. cit.*, p. 200, para quien de la disposición contenida en el 9.8 del CC se debe derivar la validez del apartamiento en caso de cambio de vecindad. Por cierto, que al autor antecitado se le debe recordar que efectivamente el artículo 9.8 del CC es de aplicación en Galicia, pero no por el carácter supletorio del Derecho estatal en esta Comunidad, sino porque en la materia que regula (DIPr. y Derecho interregional) el estatal es, precisamente, el único ordenamiento aplicable porque así lo determina el artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Precisamente por el temor a esta pérdida sobrevenida de la eficacia del pacto de definición, el legislador balear de 1990 introdujo un párrafo en el artículo 50 de la Compilación de Baleares donde se dice «*El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición*»; se trata de una norma unilateral que pretende asegurar la eficacia de la definición y que aparentemente resolvería el tema, si no fuera porque, a pesar de haber quedado al margen del recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno interpuso en su día frente a la ley de modificación del CB y, en buena lógica, no haber sido afectado por la STC de 6 de mayo de 1993, que lo resolvió, sobre este párrafo del artículo 50 transcrito recaen serias sospechas de inconstitucionalidad. Si, a pesar de su farragosa redacción y de las múltiples interpretaciones a las que a dado lugar en las que no es momento de entrar, no se puede dudar de que el artículo 149.1.8.^a de la CE otorga al Estado competencia exclusiva para legislar en materia de «conflictos de leyes», parece que sólo el Estado, y no una Comunidad Autónoma de modo unilateral, podría dictar una norma como la contenida en el artículo 50.3 de la CB; es decir, a día de hoy, los problemas planteados por el cambio de vecindad, para la definición, como para el apartamiento, sólo podrán ser resueltos a la luz del artículo 9.8.º del CC, que sí es una norma estatal.

Sin embargo, todo es mucho más complejo. Primero, porque cabría otra interpretación del artículo 50.3 de la CB, que pudiera salvar su legitimidad, viéndolo como una mera reiteración de la norma de conflicto estatal⁸⁵. Segundo, porque tal vez quepa deducir que del artículo 9.8.º del CC no se desprende necesariamente que el apartamiento otorgado por un gallego que después fallece sometido al Código civil no pueda desplegar sus efectos. Voy a detenerme en esto segundo.

En un artículo doctrinal en el que L.I. Arechederra estudiaba la problemática del artículo 9.8.º en relación con las legítimas⁸⁶, el autor puso de relieve la incoherencia que suponía en el seno de la sucesión voluntaria, tanto testamentaria como pactada, la salvedad que ese precepto hacía de las legítimas. Tal incoherencia deriva de varias consideraciones; así, la disciplina relativa a la legítima no constituye únicamente un conjunto de normas imperativas, sino también una norma limitativa de la facultad de disponer, un límite a la autonomía privada, por lo que su lógica incardinación está en la

⁸⁵ A. FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», *ADC*, 2000, pp. 23-81, espec. 65. Esto explicaría, según este autor, que quedase al margen del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno.

⁸⁶ L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional», *RDP*, 1976, pp. 503-515.

fase de otorgamiento⁸⁷. El término «legítima» del artículo 9.8.º, del Código civil no maneja términos homogéneos, ya que el significado que el mismo tiene en los sistemas de Derecho foral y en el Código civil, es muy distinto, presididos aquéllos por el principio de libertad de testar, y éste por el de la restricción que supone la legítima castellana. Por ello, entendido en su tenor literal, el ajuste que pretende el artículo 9.8.º destrozaría situaciones y derechos contemplados por el otorgante del testamento o del pacto e incluso conculcaría derechos adquiridos. Esto es especialmente claro en el caso de los pactos sucesorios, cuya eficacia no tiene porqué quedar deferida al momento de la muerte del causante, por lo que, como dice el autor citado «El posterior cambio de vecindad de éste no puede —no debe— alterar el régimen ya establecido. La solución opuesta iría contra la más elemental consideración del alcance de la vigencia de una ley nueva y ofrecería al instituyente una forma de desentenderse de lo que con carácter irrevocable estableció»⁸⁸. Además tendría importantes repercusiones en la propia validez y eficacia de los testamentos, ocasionando por ejemplo, situaciones de preterición sobrevenida. Pone además de relieve que ese «se ajustarán» del artículo 9.8.º opera en toda su radicalidad únicamente cuando el tránsito lo es de una región foral con legítima flexible, a la región castellana o común, con legítima fuerte, porque el ejercicio de la libertad de testar nunca tendrá eficacia en el Derecho común, a pesar de que el testamento otorgado en Castilla siempre valdrá en las regiones forales. En definitiva, que detrás de una norma de conflicto como la señalada se halla el establecimiento a nivel legal de un claro predominio del sistema castellano (mejor sería decir, creo yo, del sistema del Código civil)⁸⁹.

Pues bien, si esa discriminación a favor del Derecho del Código se produce, y creo que así es, la situación deviene mucho más grave tras la entrada en vigor de la CE de 1978, que impone un principio de igualdad entre los distintos ordenamientos civiles existentes en el Estado español cuya concreción, como señala A. Font, comporta la exigencia de un trato neutro en la determinación del Derecho aplicable en los supuestos interregionales⁹⁰. Sin embargo, como este mismo autor reconoce, es difícil considerar con la actual juris-

⁸⁷ *Loc. cit.*, p. 505.

⁸⁸ *Loc. cit.*, p. 509.

⁸⁹ *Loc. cit.*, p. 513.

⁹⁰ A. FONT SEGURA, *loc. cit.*, p. 49; como dice este autor «El legislador estatal debe adoptar normas de Derecho interregional ejerciendo una competencia exclusiva que le ha sido encomendada en el marco del principio de lealtad autonómica, sin que su intervención pueda producir un trato preferente a favor de uno de los Derechos españoles».

prudencia constitucional, dimanada en este punto de la STC de 8 de julio de 1993, que el artículo 9.8.º en su formulación vigente sea una norma inconstitucional, a pesar de suponer un trato de favor para el sistema legitimario del Código civil. Ello es así, porque la aplicación de la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer a las legítimas, se fundamenta en una conexión que objetivamente guarda una estrecha relación con el supuesto regulado, aunque pueda esconder una opción de política legislativa discriminatoria, si bien como propuesta de *lege ferenda* sería muy conveniente un cambio de criterio.

¿Significa esto que tratándose de una sucesión de apartante gallego que fallece ostentando la vecindad común el apartamiento deviene un negocio nulo en los términos del artículo 9.8.º? ¿Será válida la atribución como anticipo de legítima, de suerte que el renunciante podrá pedir el suplemento? ¿Significa además, que si no hay mención del apartado en el testamento que otorgó en su día el apartante, existe preterición? Sinceramente no creo que esto pueda ser así, y que ni siquiera tengan excesivo sentido los intentos de atemperación de tan inicuos resultados que tratan de hacer, desde la interpretación estricta del 9.8.º, algunos autores⁹¹.

Estimo que resulta más acertado realizar una interpretación flexible del artículo 9.8.º que pueda conducir a sostener la validez del apartamiento a pesar del cambio de vecindad del apartante⁹². En esta línea adquieren mucho sentido los argumentos dados en su día por J. Ferrer Pons en relación con la definición mallorquina⁹³. Así, si en una sucesión han sido apartados todos los legitimarios (o el único existente) extinguiéndose la legítima, parece lógico entender que en el momento de la apertura de la sucesión ya no hay legítima y no hay nada que respetar; apurando los términos, parece que si sólo uno o alguno de los legitimarios ha sido apartado, para él ya no hay legítima, ya nada podrá reclamar⁹⁴. La lógica de la apartación como pacto

⁹¹ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 981, incurriendo a mi juicio en alguna contradicción: si sólo le cabe la acción de suplemento, ¿por qué pueden pedir los herederos del apartante la restitución de los bienes o su valor actualizado?

⁹² No deja de ser absurdo que el apartado pueda o no tener derecho a una legítima en función del posterior cambio de vecindad del apartado, lo que en nada depende de él.

⁹³ J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 777.*

⁹⁴ Como dice A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 261, no deberá entenderse que adquiriendo el causante, después del apartamiento de un legitimario, la vecindad civil en el territorio de derecho común, que no acoge la renuncia anticipada a la legítima, deba tenerse por anulada aquélla. La ley personal del causante al tiempo del fallecimiento deberá servir para fijar la legítima de quien la tenga, pero no para restablecer retroactivamente como legitimario a quien se excluyó por pacto sucesorio válido según la ley aplicable al tiempo de su otorgamiento. Los cambios de vecindad civil no deben desvirtuar la vida jurídica anterior del sujeto conforme a la ley personal que en cada momento le fuese propia, bajo pena de destruir la seguridad jurídica e incluso la libertad personal.

sucesorio bilateral y el necesario respeto por la voluntad de los intervinientes impondría además que ni la voluntad unilateral del apartante (en el caso de cambio de vecindad por declaración del interesado), ni la obra directa de la ley (en caso de residencia continuada durante diez años, sin ninguna declaración de voluntad del apartante en contrario) pudieran conllevar su ineficacia sobrevenida. Por añadidura, según mi consideración, el apartado que celebra un negocio de apartamiento perfectamente válido y eficaz, y con posterioridad en función de un avatar que le es absolutamente ajeno, cual es el cambio de vecindad del apartante, reclama su legítima, está yendo sin lugar a dudas contra sus propios actos, y debe ver rechazada su pretensión.

Desde el punto de vista contrario ¿Puede tener eficacia un apartamiento celebrado por un apartante de vecindad común que muere con vecindad gallega? En principio creo que no, porque el 9.8.º ordena estar al momento del otorgamiento para determinar la validez del pacto sucesorio, pero al igual que cabe dar *a posteriori* a una atribución anterior el carácter de adjudicación a título de apartamiento, creo que puede darse validez a este pacto en el caso de que, una vez adquirida la vecindad gallega, se produzca, de alguna manera, la sanación del negocio.

Problemas particulares pueden derivarse también de la aplicación, en caso de apartamiento, de la regla final del artículo 9.8 del CC, adicionada por la ley de 15 de octubre de 1990 cuando señala que «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*»⁹⁵. Considerando que los derechos a los que refiere este párrafo son precisamente los derechos sucesorios del viudo, lo que no es pacífico en la doctrina, aunque sí sea lo mayoritariamente aceptado⁹⁶, cabe plantear situaciones conflictivas. Por ejemplo, piénsese en la situación de un matrimonio compuesto por un cónyuge gallego y otro de vecindad civil no gallega, siendo la ley que rige los efectos del matrimonio la catalana (*cf. art. 9.2.º del CC*); ambos cónyuges celebran un negocio de apartamiento, para lo que el apartante gallego entrega un determinado bien o cantidad a su consorte. Fallecido el apartante, la ley reguladora de su sucesión será la gallega, pero los derechos (sucesorios) del apartado serán regidos por la ley cata-

⁹⁵ Sobre el origen de la adición, M.ª E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, 1993, pp. 33 y ss., quien en la obra analiza profusamente los problemas suscitados por el nuevo inciso.

⁹⁶ *Vid.* al efecto, M. E. GINEBRA MOLINS, «Els conflictes de Lleis derivats de la coexistència de diversos ordenaments jurídics civils a l'estat espanyol i l'últim incís de l'art. 9.8. Cc.», *La Notaría*, 1996-4, pp. 69-116, espec. pp. 91 y ss.

lana, que es por hipótesis la que rige los efectos del matrimonio. Si se dan los presupuestos objetivos y subjetivos que la acreditan (arts. 380 y 381 del CSC) ¿podrá el sobreviviente reclamar la cuarta viudal, o habrá de entenderse extinguida ésta como consecuencia del negocio de apartamiento? Aparentemente, la respuesta dependerá de la naturaleza que se le asigne a este derecho del viudo, de arraigada tradición catalana, de suerte que si se considera como un derecho legitimario (aunque sea condicionado), podría pensarse que queda afectado por el pacto sucesorio válidamente celebrado en su día y que debe considerarse extinguido; sin embargo, tal conclusión no resulta conforme ni con el texto legal, que sólo permite renunciar a la cuarta viudal «*después de la muerte del causante*» (cf. art. 384.1.º CSC), ni con la tesis mayoritaria que excluye su carácter legitimario, como queda corroborado por la propia ubicación de la figura en el seno del Código de Sucesiones de Cataluña⁹⁷. Por eso parece que, si se cumplen los requisitos exigidos por la ley catalana como reguladora de los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge sobreviviente en el ejemplo señalado, el viudo acreditará el derecho a la cuarta viudal a pesar del apartamiento, aunque deberá computar entre sus bienes propios los recibidos como contraprestación a la apartación, si es que los conserva en el momento del fallecimiento de su consorte⁹⁸.

Cabría plantear aquí la posible utilización del cambio de vecindad con el propósito de eludir la aplicación del artículo 816 del CC. Por ejemplo, se adquiere la vecindad gallega para apartar a un legitimario y después se recupera la vecindad civil común. ¿Podrá entonces el legitimario apartado reclamar su legítima sobre la base del fraude a la ley que, supuestamente, subyacía en el cambio de vecindad? El supuesto puede parecer de laboratorio, pero es evidente que puede darse, sobre todo, en las zonas limítrofes con la Comunidad Autónoma gallega, sometidas al Derecho común, y en las que poco importa trasladar la residencia algunos kilómetros durante dos años, cambiando voluntariamente de vecindad.

⁹⁷ Tesis que confirma la STSJC de 4 de diciembre de 1989, comentada por J. EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a la sentència de 4 de desembre de 1989. Dret a la quarta viudal i any de plor», *RJC*, 1990, pp. 481-500.

⁹⁸ En el caso de que los haya gastado o consumido (si los ha enajenado operará, según creo, el principio de subrogación real), el problema se complica, porque para decidir si existe o no derecho a la cuarta se trata de valorar el patrimonio del cónyuge sobreviviente en el momento del fallecimiento del causante y su potencialidad para mantener al viudo con el mismo *status* que tenía en el momento final de su matrimonio (J. ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Barcelona, 1994, p. 1277). Por tanto puede que tenga derecho a la cuarta quien gastó lo que recibió de su cónyuge al ser apartado, aunque en cierta medida ello signifique una acumulación de derechos a su favor.

La instrumentalización de los cambios de vecindad con fines de defraudación de las legítimas ha sido ya una cuestión abordada por la STS de 5 de abril de 1994⁹⁹, en la que se resuelve un pleito promovido por el hijo de unos causantes, nacidos y casados en Logroño y residentes en Erandio, primero y en Sopelana posteriormente, que se ve apartado de la herencia —en el sentido que este término tiene en la Compilación del País Vasco— por la disposición testamentaria otorgada por sus padres al amparo de las normas relativas a su ley personal vizcaína, que acababan de adquirir, después de cinco años de residencia continuada en la última villa citada. En general, los comentaristas de esta sentencia, contra la tesis mantenida en ella, dudan de que en el caso se dieran los presupuestos del fraude a la ley, tal y como está recogido en el artículo 12.4 del CC¹⁰⁰, por considerar que la adquisición de la vecindad foral por los testadores se había producido de manera perfectamente lícita y que no se probó la intención de defraudar. Precisamente la dificultad de esta última prueba¹⁰¹ hace, que difícilmente pueden apreciarse situaciones fraudulentas en casos de apartamiento hechos de conformidad con el Derecho gallego, aunque después se produzca un cambio de vecindad y, apurando aun más el resultado, cabe dudar de la operatividad del fraude por modificación voluntaria del punto de conexión en Derecho interregional, cuando dicha modificación es perfectamente legítima y amparada por el sistema. En todo caso, de apreciarse el fraude de las legítimas del Código civil, creo que la sanción debería limitarse a la tutela de éstas, y no tiene por qué derivar en la nulidad *tout court* de aquel pacto.

V. OBJETO DEL APARTAMIENTO

1. INTRODUCCIÓN

En su momento configuré el negocio de apartamiento como un pacto sucesorio de carácter abdicativo, por el que el apartado extin-

⁹⁹ *RJA*, 1994, núm. 2933.

¹⁰⁰ Quizá con la excepción de T. F. TORRES GARCÍA, *CCJC*, núm. 35, pp. 789-800. Especialmente crítico con la sentencia es R. DURÁN RIVACOBA, «Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley...», *loc. cit.*, pp. 95 ss.; también, E. ZABALO ESCUDERO «El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994», *PJ*, 1994, pp. 397-402; J. M. ARRIOLA ARANA «Vecindad civil y nulidad del testamento», *RJN*, 1995, pp. 9-51, quien señala que en la sentencia late la idea de la preeminencia del Derecho común a los Derechos forales.

¹⁰¹ Sobre la dificultad de la prueba del fraude, A. CALVO CARAVACA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo/S. Díaz Alabart dir.)*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 937.

que su condición de legitimario (expectante, pero con carácter definitivo) a cambio o en contraprestación de la adjudicación en vida de la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase por parte, con las salvedades que se han introducido, del apartante. Es pues un contrato sinalagmático, por más que sea de tipo sucesorio, y por tanto con prestaciones recíprocas o correspectivas que actúan una como causa de la otra, de tal suerte que se adjudica porque se renuncia y se renuncia porque se recibe la adjudicación. Por ello, como ya he dicho varias veces, no cabe en Derecho gallego la renuncia unilateral a la legítima, ni tampoco puede tener eficacia el apartamiento sin contraprestación económica o con una contraprestación irrisoria (lo que pudiéramos llamar el apartamiento *nummo uno*, sobre el que volveré). Prestación del apartante y prestación del apartado conforman pues, conjuntamente, el elemento objetivo del negocio en cuestión.

2. PRESTACIÓN DEL APARTADO

El tipo legal describe la prestación del apartado en el negocio de apartamiento diciendo que, por su realización este sujeto queda «*totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo*», expresión que al parecer de algún autor significa que, una vez causada la legítima, el apartamiento concertado en su día impide al apartado el ejercicio de la acción de suplemento¹⁰², se entiende que para el caso de que lo atribuido sea inferior a la cuota legitimaria que le correspondería en el momento de causarse la sucesión. Sin embargo, el efecto descrito parece más radical que el que significaría una mera imposibilidad de ejercitar la acción de suplemento al modo que sucede en el Derecho catalán; como dice J. M. Lois Puente la «exclusión de la condición de legitimario» implica no sólo la renuncia a dicha acción, sino a todas las que protegen la legítima, incluidas las que se refiere a los actos realizados por el causante (simulación, inoficiosidad, etc.), y en general al complejo haz de derechos que tal condición atribuye¹⁰³. Entiendo, con el último autor citado, que con el apartamiento se extingue no sólo la legítima, sino también la posibilidad de ejercitar cualquier acción destinada a la protección de los derechos legitimarios. Por consiguiente, los artículos 134 y 135 de la LDCG dejan sin efecto, para el Derecho gallego, lo establecido en el artículo 655.2.º del CC.

¹⁰² V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 92.

¹⁰³ J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 97; *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 967.

Pero es que además, en mi opinión, la extinción de los derechos legitimarios que el apartamiento comporta puede significar que el apartado lo sea de cualquier derecho sucesorio, estándole vedado, por ejemplo, promover el juicio de división de la herencia, o cualquier otro que derive no ya de la condición de legitimario, sino de la mero sucesor. Ello sucedería cuando el apartante haya dispuesto eficazmente de la integridad de su herencia a favor de persona o personas distintas del apartado, a quien no corresponde entonces ni la condición de legitimario, por estar extinguida con carácter previo al fallecimiento del causante, ni la condición de heredero o legatario porque la sucesión lleva otro camino. Este efecto totalmente excluyente se producirá con independencia de la extensión del negocio de apartamiento, esto es, de la posibilidad de que éste se refiera, como el tipo legal describe, sólo a la legítima, o pueda también abarcar la íntegra sucesión del causante, cuestión que abordaré seguidamente.

En efecto, el tipo descrito en el artículo 134 de la LDCG sólo hace referencia a que el apartamiento produce la extinción de la condición de legitimario, pero deja en el tintero lo admisible de lo que se pudiera llamar un «apartamiento amplio» o una «renuncia anticipada a la herencia», comprensiva no sólo de los derechos de legítima, sino de todos los posibles derechos en la sucesión del apartante. Esta doble posibilidad se admite expresamente tanto en la tipificación de la definición mallorquina, como en la que hace la reciente Ley de Sucesiones a Causa de Muerte de Aragón. Curiosamente, también estaba de alguna manera prevista en las Conclusiones del I Congreso de Derecho gallego, donde el apartamiento podía ser total o parcial, configurándose, ya no como una renuncia a la legítima, sino como una renuncia a la herencia con uno u otro alcance,¹⁰⁴ y claramente la exclusión de la herencia del apartante era el efecto previsto en el texto elaborado por el Consello da Cultura Galega¹⁰⁵. Pues bien, aún cuando probablemente la voluntad de eliminar definitivamente al apartado de la herencia responda, las más de las veces, a la intención de los intervinientes en el negocio, y de que esto se consiga efectivamente a través de las disposiciones voluntarias del causante en testamento o en otros contratos sucesorio-

¹⁰⁴ «Caso de se tratar dunha «apartación» parcial fixarase no contrato a cuota a que se contrae aos efectos da súa futura computación na partición da herdanza», decía uno de los párrafos del texto propuesto.

¹⁰⁵ Artículo 108 del texto propuesto por el Consello da Cultura Galega «*El adjudicatario queda totalmente excluido de la herencia del adjudicante, e incluso de sus derechos legitimarios, cualquiera que sea el valor de la herencia al tiempo de la sucesión del adjudicante. También quedarán apartados los herederos del adjudicatario, aunque sean legitimarios*».

rios, destinando su sucesión a personas distintas del apartado, la generalidad de la doctrina, ante el silencio legal, entiende que no cabe pactar la exclusión de todos los derechos sucesorios en el negocio de apartamiento¹⁰⁶; baste decir en esta misma línea que, según se desprende del artículo 117.1 de la LDCG, los únicos pactos sucesorios admisibles en el Derecho gallego, como excepción a la regla general prohibitiva del artículo 1271.2.º del CC, son precisamente los regulados en la ley, y que por tanto la admisibilidad de cualquier pacto exige una estricta tipificación legal que excluye la posibilidad de extender el apartamiento más allá de lo permiten las fronteras marcadas por el tipo descrito. Más adelante me detendré en este tema.

Cuestión distinta y en cierto modo inversa es la de decidir si cabe un negocio de apartamiento limitado a la legítima, pero de carácter parcial; es decir, un negocio que no impida, por ejemplo, que el apartado reclame el suplemento de legítima en el caso de que el patrimonio del causante haya experimentado un significativo incremento en el tiempo que transcurrió entre el negocio de apartación y la apertura de la sucesión. También esta posibilidad se preveía, con el carácter de regla general, en las Conclusiones de I Congreso de Derecho gallego. De nuevo podría recurrirse aquí a la configuración legal de la figura para apostar por la respuesta negativa. Sin embargo, tratándose de un pacto de signo negativo parece más sensato entender que el tipo legal actúa como freno a las posibilidades máximas de exclusión de derechos sucesorios, y que el principio general de autonomía de la voluntad que, con los matices que derivan de su peculiar naturaleza, también es aplicable a los pactos sucesorios, permitiría lo que pudiéramos llamar un «apartamiento parcial» o limitado a ciertos aspectos de la legítima. Con todo, la cuestión es dudosa.

Otro asunto que ha sido planteado por la doctrina es la posibilidad de que, tratándose de legitimarios descendientes, el apartamiento se extienda no sólo a la legítima estricta, sino también a la mejora. Al respecto, entiende A. Díaz Fuentes que aunque se produzca en vida del causante el apartamiento de todos sus potenciales legitimarios, el apartante seguirá teniendo que destinar el tercio de mejora a alguno de sus descendientes, y que no cabe un pacto sucesorio por el que todos los legitimarios renunciasen también a participar en el tercio destinado a mejora; para el autor citado una formulación así estaría torturando la institución, que se concibe para

¹⁰⁶ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 979; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 106; V. GUTIÉRREZ ALLER, *op. cit.*, p. 92; A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 259.

mejor encaminar la sucesión del patrimonio familiar y no para que el causante se desembarace de todos sus legitimarios¹⁰⁷. En mi opinión la conclusión ha de ser, cabalmente, la contraria. Varias razones apuestan por ello. En primer lugar, porque en el sistema del Código civil, que en este punto es también Derecho civil gallego, la mejora es legítima y por lo tanto, tratándose de legitimarios descendientes, la renuncia a la legítima debe extenderse –salvo pacto en contrario– a la mejora; en segundo lugar porque, en mi opinión la regla general que prohíbe la renuncia a la legítima no deferida del artículo 816 del CC, reflejada también en el artículo 146.3 de la LDCG con la excepción que representa el apartamiento, no afecta a la mejora que sí se considera renunciable con carácter anticipado; y en tercer y último lugar, porque un efecto excluyente de la mejora como el descrito da pleno sentido a una institución como el apartamiento que puede ser el cauce adecuado para que un causante resuelva con carácter anticipado posibles conflictos que pudieran presentarse, por ejemplo, entre los hijos de un anterior matrimonio y su segundo cónyuge; si aparta a los primeros y se admite la extensión a la integridad de la legítima, incluido el tercio de mejora, el cónyuge podrá ser el destinatario único de la sucesión, una vez causada ésta.

En cualquier caso, como ya he dicho más arriba, los efectos del apartamiento se limitan a la extinción de la legítima del apartante en cuanto tal, de suerte que si por ejemplo un hijo es apartado de la legítima paterna y la herencia va íntegra a la madre, falleciendo después esta y sucediéndola el hijo, éste recibe los bienes de la madre que anteriormente pertenecieron al patrimonio paterno, y que ahora son herencia de la madre.

3. PRESTACIÓN DEL APARTANTE

De conformidad con el artículo 134 de la LDCG la contraprestación que corresponde el apartado consiste en la adjudicación al apartante de «*la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción*», texto que una vez más adolece de gran imprecisión y deja sin resolver un buen número de cuestiones de gran interés práctico que seguidamente voy a tratar.

Así, en primer lugar la referencia a la «*plena titularidad*» que procede directamente del artículo 107 del texto elaborado por el Consello da Cultura Galega, que en este punto difería del artículo 87 del texto de la Comisión no Permanente, donde se mencionaba

¹⁰⁷ A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 260.

«la propiedad o plena titularidad de determinados bienes», ha hecho plantearse a la doctrina si puede adjudicarse al apartado la nuda propiedad de uno o más bienes concretos, reservándose el adjudicante el usufructo, o a la inversa, si pueden adjudicarse bienes en usufructo vitalicio o temporal, o bienes gravados. En principio, si plena titularidad se hace equivaler a propiedad plena, el adjudicante no podría atribuir bienes en nuda propiedad o en usufructo ¹⁰⁸, e incluso es más que discutible que pudieran atribuirse titularidades compartidas, como una cuota indivisa en un bien común, o un apartamento en régimen de multipropiedad. Sin embargo, semejante conclusión no convence en general a los autores, que hacen equivaler la expresión a la exigencia de que el apartado no puede quedar sujeto a condicionamiento o restricción ¹⁰⁹, o señalan que lo que quiere exigirse es una atribución actual, excluyendo una atribución diferida al momento de la muerte del adjudicante ¹¹⁰; en esta última línea, ha dicho J. M. Lois Puente que desde la óptica de la naturaleza de la institución, si la atribución en nuda propiedad, usufructo o con un gravamen tiene un valor razonable y satisface el interés del apartado, es perfectamente válida, señalando además con argumento que me parece muy convincente que, puesto que puede apartarse al cónyuge y la legítima de éste es, en todos los supuestos, en usufructo, negar que pudiera satisfacerse la expectativa legitimaria con lo mismo que tendría derecho a recibir en pago de la legítima parece absurdo ¹¹¹. En la misma línea permisiva de la atribución de derechos reales limitados, M. Estévez aporta argumentos de índole práctica al señalar que, si se pretende excluir la atribución en usufructo o en nuda propiedad, bastaría para eludir la prohibición legal con formalizar dos negocios: uno donde se apartase al descendiente, por ejemplo, con una atribución en plena propiedad, y otro, acto seguido, donde éste constituyese un usufructo vitalicio a favor del apartante, desgajándolo de la plena propiedad recientemente atribuida, o que incluso, para evitar las posibles objeciones basadas en la literalidad del precepto, se atribuyese una cantidad de dinero irrisoria, completada con una atribución de un derecho real limitado ¹¹². Con todo, hubiera sido deseable una mayor claridad en el texto legal.

Debo matizar, por añadidura, que si se atribuye la plena propiedad de determinado bien o bienes, con reserva del usufructo sobre

¹⁰⁸ Como opina, V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 94.

¹⁰⁹ A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 253.

¹¹⁰ J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 95; *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., p. 965.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² M. ESTÉVEZ, *Lección inédita*, pronunciada en el I Curso de Especialización de Derecho civil gallego, en Santiago de Compostela, 1997.

los mismos a favor del apartante, lo que puede ser frecuente, la muerte de este último sujeto producirá, por aplicación el artículo 513.1.º del CC, la consolidación del dominio en el apartado, y no el paso del usufructo a los otros herederos o legitimarios no apartados.

En segundo término el artículo 135 de la LDCG hace referencia a que la atribución ha de ser de «*determinados bienes*»; de nuevo la incorrección legal es manifiesta, pues entendido en su sentido literal parece que han de adjudicarse necesariamente bienes o cosas y que éstas han de ser determinadas. Sin embargo, no hay obstáculos razonables para impedir que la contraprestación de la abdicación de la legítima sean no sólo bienes determinados, con inclusión por supuesto del dinero metálico, sino también derechos o valores de contenido económico con tal de impliquen un desplazamiento patrimonial a favor del apartado. Así por ejemplo, la contraprestación puede consistir en el perdón por el apartante de una deuda que el apartado tenía frente a él, o en la satisfacción por el apartante de una deuda del apartado frente a un tercero, o en la liberación de un gravamen que pesase sobre el apartado, o en costearle unos estudios o una formación que vaya más allá de lo debido en concepto de alimentos.

En relación a la cuantía, el silencio del legislador no impide que la lógica del sistema y la configuración de la institución permita sentar algunas conclusiones. Así, tratándose como se ha dicho de un negocio sinalagmático en el que la atribución patrimonial actúa como causa de la renuncia a la expectativa legitimaria y viceversa, no es posible, como también se ha anticipado ya, el apartamiento gratuito o a cambio de una atribución irrisoria –v. gr. a cambio de una peseta–. El legitimario futuro ha de recibir, a cambio de la abdicación de su expectativa, un auténtico valor económico y no una contraprestación meramente simulada o ficticia, lo que posibilitaría en su caso el ejercicio de una acción de simulación que privaría al negocio extintivo de sus efectos, y que podría ser ejercitada por el propio legitimario apartado, fallecido éste por sus propios legitimarios e incluso por sus acreedores a través de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1111¹¹³. En la Ley de Derecho civil de Galicia ni cabe el apartamiento estrictamente unilateral, ni el realizado con el concurso de la voluntad del apartante, pero a cambio de nada¹¹⁴.

¹¹³ En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., p. 961-962; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 94. Sin embargo, quiero matizar que, en contra de lo que parece significar este autor (vid. nota 10 del lugar últimamente citado) la referencia al artículo 1111 ha de serlo a la subrogatoria y no a la pauliana, porque la impugnación se basa en la simulación y no en el fraude.

¹¹⁴ Términos que no son equivalentes, como parece entender A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 259. Parece aceptar la posibilidad de renuncia a cambio de nada, A. PILLADO MONTERO, loc. cit., p. 64.

Ahora bien, la exigencia de que se trate de una atribución efectiva ¿conlleva también que lo sea por un importe aproximado a lo que en el momento del pacto valdría la legítima del apartado?; en caso afirmativo, ¿sería rescindible por lesión al modo que sucede, por ejemplo, con la renuncia a la legítima en el Código de Sucesiones de Cataluña? Sin perjuicio de que el tema se trate con mayor profundidad cuando se estudie la posible pérdida de la eficacia del apartamiento, cabe decir desde ahora que, no existiendo previsión legal expresa, y dado el escaso juego que tiene la rescisión por lesión en el sistema del Código civil, que en este punto es el aplicable en Galicia, no parece posible la utilización del mecanismo rescisorio en caso de que la atribución sea inferior, incluso manifiestamente inferior al valor de la legítima en el momento del pacto. Otra cosa es que, en la aceptación de la atribución por parte del apartado haya podido existir algún vicio en la voluntad que haga viable la utilización de otras acciones protectoras, como las de anulabilidad del negocio por dolo o error, tema sobre el también tendré ocasión de incidir.

Desde la perspectiva opuesta, y también con referencia a la posible cuantía de la atribución dada al apartado, se ha preguntado V. Gutiérrez Aller si la apartación puede comprender todos los bienes actuales del futuro causante. Responde el autor citado, sobre la base de su configuración del negocio como de carácter gratuito, que serán de aplicación los artículos 634 y 636 del Código civil, de forma que, inicialmente, la apartación puede abarcar todos los bienes presentes del apartante —se entiende que con los límites del artículo 634—, sin perjuicio de que se pueda reducir por inoficiosa en cuanto exceda de lo que el apartante pueda dar por testamento ¹¹⁵. Ahora bien, no cabe duda que, a parte del interés de los otros posibles legitimarios a los que el autor precitado hace mención, en un apartamiento con una atribución de bienes excesiva o notablemente superior a la que correspondería como contraprestación objetiva de la renuncia pueden estar también implicados los intereses de otros posibles terceros, singularmente los acreedores del apartante, quienes pueden ver defraudados sus derechos a través de un apartamiento con una atribución excesiva. Bajo el prisma de la gratuidad el negocio pudiera pensarse que esos acreedores perjudicados pueden tener fácil el recurso a la acción revocatoria o pauliana ¹¹⁶, puesto que el artículo 1297 del CC presume celebrado

¹¹⁵ V. GUTIÉRREZ ALLER, *op. cit.*, p. 94.

¹¹⁶ Tal parece el criterio de J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 980, *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 108, para quien frente a los acreedores del apartante el negocio ha de tratarse como a título lucrativo, pues si lo que hacemos es anticipar una expectativa sucesoria, la contraprestación lo es sólo para el

en fraude de acreedores todos los contratos por virtud de los cuales el deudor enajene bienes a título gratuito, presunción que según confirma el artículo 643 del mismo cuerpo legal tiene, al decir de la doctrina hoy mayoritaria y de la jurisprudencia¹¹⁷, carácter *iuris et de iure* al establecer este último precepto que «*Se presume siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella*», y todo ello con independencia de que existiera o no efectivamente ánimo de defraudar, pues es también hoy comúnmente aceptado que la razón que justifica en este caso la revocación no es la mala fe de las partes, sino la debilidad del título gratuito frente al oneroso de los acreedores¹¹⁸.

Sin embargo, en este trabajo se ha dicho varias veces que la naturaleza gratuita del apartamiento resulta muy discutible y que existen buenas razones para considerarlo, precisamente, de naturaleza onerosa; aunque también he matizado que en las relaciones con terceros esa onerosidad, de predicarse, ha de admitir ciertas modulaciones. De nuevo voy a remitirme a la parte en la que trataré de las posibilidades de impugnación de la validez y eficacia del negocio. Baste decir ahora que en supuestos de «precio» claramente desproporcionado por lo excesivo es preciso discriminar si lo que realmente ha existido es un acto fraudulento o más bien un acto simulado. En este último caso se tratará de un acto radicalmente nulo¹¹⁹, mientras que en el primero estaremos ante un acto válidamente celebrado pero lesivo para el interés de los acreedores, lo que permite declararlo ineficaz en la medida necesaria para evitar el daño, pero sin que impida que el acto siga siendo válido en las relaciones *inter partes*. En fin, en esa otra parte del trabajo intentaré demostrar, siguiendo las teorías objetivadoras del fraude desarrolladas por la doctrina más cualificada, que en un negocio de apartamiento con una atribución patrimonial excesiva es posible la rescisión por fraude, aún en caso de no se pueda probar la mala fe del apartante y el apartado, y que apurando al máximo las posibilidades de la objetivación (*cf.* art. 1292 del CC), cabe incluso la utilización de la acción pauliana en cualquier negocio de

atribuyente, pero frente a sus acreedores, al no haber un correspectivo patrimonial, la atribución debe tratarse como lucrativa y ser verá sujeta al artículo 1297 del CC.

¹¹⁷ *Ad ex.* STS de 16 de febrero de 1993, *RJA*, 1993, núm. 774.

¹¹⁸ Por todos, en la doctrina más reciente con acopio de las opiniones precedentes y variedad y extensión de argumentos, C. JEREZ DELGADO, *Los actos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, *passim*, espec. pp. 179 y ss.

¹¹⁹ Por falta de causa verdadera, *ex.* artículo 1276 del CC, según la doctrina más tradicional, o por no resultar realmente querido por los contratantes, según la postura de P. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial...», *loc. cit.*, pp. 44 y ss.

apartamento que perjudique a los acreedores, sea cual sea el «precio» de la renuncia.

VI. LA FORMA EN EL APARTAMIENTO

El artículo 135 de la LDCG se muestra taxativo en la exigencia de escritura pública para la realización del negocio de apartamiento, coincidiendo en ello con otros Derechos civiles autonómicos que coinciden en esta exigencia para negocios similares ¹²⁰. La escritura podrá ser o no de capitulaciones matrimoniales (*cf.* art. 113.2 de la LDCG), pues el negocio de apartamiento no está vinculado necesariamente a la celebración de un matrimonio.

Aunque el texto legal podría ser más claro, coincido con la doctrina gallega que otorga al requisito de la escritura pública el carácter de forma *ad solemnitatem* ¹²¹, y ello con independencia de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes adjudicados ¹²². Esta misma doctrina se ha planteado también la virtualidad que puede tener un pretendido negocio de apartamiento en el que no se haya llenado la forma pública, por ejemplo, porque se haya instrumentado en documento privado, o sencillamente mediante la entrega de los bienes muebles o el dinero adjudicado. Entienden algunos autores, que en este tipo de situaciones se producirá el efecto traslativo de los bienes en cuestión, pero no la exclusión de la condición de legitimario que la apartación persigue; ese desplazamiento patrimonial podrá valer en su caso como un pago a cuenta de la legítima, pero en ningún caso como un finiquito de la misma ¹²³. Sin embargo, entiendo que este efecto, digamos minorado, no tiene por qué producirse siempre; más bien creo que en la mayor parte de las ocasiones, la no consumación del efecto extintivo de la legítima al faltar la forma pública, hará perder su causa a la atribución, que también decaerá. El efecto traslativo descrito por los autores citados, tratando la adjudicación del apartamiento no formal como una

¹²⁰ *Cf.* artículos 50 de la Compilación de Baleares y 62 y 177 de la LSCMA. También artículos 1280.4.º y 1008 del CC.

¹²¹ En general, se otorga tal carácter a las exigencias de forma en los pactos sucesorios; como señala I. MONASTERIO ASPIRI, *op. cit.*, p. 553, formalmente el pacto sucesorio es más limitado que el testamento, no existen diversas formas, ni cabe el que sea ológrafo, ni ninguna clase de contrato sucesorio de formalidades atenuadas para casos de necesidad, ni ningún contrato sucesorio militar privilegiado.

¹²² J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 967; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 97; V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, p. 95; A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 259.

¹²³ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*; A. DÍAZ FUENTES, *ibid.*

simple donación, sólo será posible si se dan los requisitos propios de la conversión del negocio nulo ¹²⁴.

Deben ser otorgadas ante Notario ambas declaraciones, y a mi juicio, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en una donación, ambas declaraciones deben hacerse de forma simultánea ¹²⁵, lo que no sólo impide su celebración a través de representante, como ya signifiqué, sino que además no permite que un apartamiento se formalice a través de una oferta y una posterior aceptación dilatada en el tiempo, aunque ambas se otorguen en escritura pública. Ha de existir, pues, unidad de acto, debiendo aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 699 del CC.

La forma pública imperativa, además de las garantías de exactitud y seguridad jurídica que significa, protegiendo a los interesados de decisiones precipitadas, asesorándoles sobre sus consecuencias y aclarando su significado —v. gr. el Notario debe dejar claro que la adjudicación se produce, precisamente, en concepto de apartamiento—, da pie además a la constancia del apartamiento con traspaso de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. A este respecto los preceptos de aplicación son el artículo 14 de la LH y los preceptos reglamentarios que la desarrollan, especialmente, por lo que respecta a un pacto de índole abdicativa con entrega inmediata de bienes como el apartamiento, el artículo 77 del RH en sus párrafos primero y tercero, debidamente matizados por una interpretación en cierta medida correctora, puesto que su tenor literal pone claramente de manifiesto que están pensados sobre todo para pactos de institución y no de renuncia ¹²⁶. Dice el respecto el artículo 77.1 «*En la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio se consignarán, además de la denominación que en su caso tenga la institución en la respectiva legislación que la regula o admita, las estipulaciones pertinentes de la escritura pública, la fecha del matrimonio si se tratase de capitulaciones matrimoniales, y, en su caso, la fecha del fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión, el contenido de la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación y las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en que aparezca la designación de heredero*»; por su parte, según el 77.3.º

¹²⁴ Vid. *supra*.

¹²⁵ Así se exige, para los pactos sucesorios positivos en el § 2276 del BGB, simultaneidad que, sin embargo, no se reclama en el caso de la renuncia a la herencia admitida en el propio BGB.

¹²⁶ Sin embargo, parece limitar la aplicación del artículo 77 del RH a los pactos de signo positivo, R. M.^a ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*. T. VI, 8.^a ed., Barcelona, 1995, pp. 106 y 113.

del mismo texto legal, «*Cuando, por implicar el contrato sucesorio, heredamiento o institución de que se trate, la transmisión de presente de bienes inmuebles, se hubiere practicado la inscripción de éstos antes del fallecimiento del causante o instituyente se hará constar en su día tal fallecimiento por medio de nota al margen de la inscripción practicada, si bien habrá de extenderse el correspondiente asiento principal para la cancelación de las facultades o derechos reservados por el fallecido, en su caso*».

Si se aporta la escritura de apartación en el Registro de la Propiedad al pretender la inscripción de los bienes a favor de los herederos, el Registrador no deberá practicar la mención que, para dejar constancia de la afección de los bienes hereditarios al pago de las legítimas, se recoge en el artículo 15 de la LH¹²⁷, aplicable ahora en relación con la legítima gallega¹²⁸.

Creo que, aún cuando se mantenga que el apartamiento es un negocio jurídico de naturaleza onerosa, no debe resultar de aplicación al apartado la protección que al tercero hipotecario otorga el artículo 34 de la LH¹²⁹, ya que de lo contrario sería de mejor condición el legitimario renunciante que cobra su legítima por anticipado, que quien la recibe a título sucesorio, lo que es además coherente con la opinión que mantiene que el citado precepto de la Ley Hipotecaria no protege a los adquirentes por sucesión *mortis causa*¹³⁰.

Una cuestión que se han planteado también los autores y que conecta el tema de la forma con el del objeto de la apartación es la de decidir si pueden los otorgantes atribuir el carácter de apartación a una donación recibida por el apartado con anterioridad, incluso en el caso de que en el momento de la atribución no ostentase la condición de legitimario del apartante. La respuesta ha sido afirmativa¹³¹, en la consideración de que la voluntad de las partes puede novar un negocio anterior en que se hubiera recibido una determinada cosa o cantidad a cuenta de legítima, o en otro concepto, pero siempre a título gratuito, y atribuir posteriormente a esa entrega un

¹²⁷ L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones... t. II, op. cit.*, p. 566.

¹²⁸ Sobre la afección de los bienes hereditarios al pago de la legítima gallega y su constancia registral, M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 1196 ss.

¹²⁹ Con mayor razón el precepto no sería de aplicación de sustentar la tesis de la gratuidad del apartamiento.

¹³⁰ J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario, t. II, 3.ª ed.*, Madrid, 1994, p. 995. Aunque se deben ver los matices que introduce J. M. GARCÍA GARCÍA, que enumera una serie de casos en los que cabe apreciar onerosidad en la transmisión *mortis causa* y en los que estima que puede aplicarse el artículo 34 de la LH (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, t. II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*, Madrid, 1993, p. 287).

¹³¹ En tal sentido se resuelve expresamente el tema en el artículo 50 de la Compilación Balear para la definición.

efecto excluyente de la condición de legitimario¹³². Ello podrá ser así, aún cuando en el momento de la atribución antecedente el posteriormente apartado no tuviera la condición de legitimario, siempre y cuando la ostentase al tiempo del apartamiento efectivo¹³³, a pesar de que el tenor literal del artículo 134 de la LDCG parece exigir que tal condición concorra, precisamente, al tiempo de la adjudicación. Estima V. Gutiérrez Aller que, a este respecto, por «tiempo de la adjudicación» ha de entenderse aquel momento en que al desplazamiento patrimonial se le atribuye el carácter de apartación, y es en ese momento cuando el legitimario debe tener la condición de tal, independientemente de que la adquisición patrimonial hubiese tenido lugar con anterioridad¹³⁴.

Lo que no es posible, como ya vimos al interpretar la expresión «*plena titularidad*» es pactar un contrato de apartamiento con entrega deferida de los bienes o derechos adjudicados a un momento posterior.

VII. CONDICIÓN Y TÉRMINO EN EL APARTAMIENTO

Otra de las lagunas que se ponen de manifiesto en la parca regulación del apartamiento en la Ley de Derecho civil de Galicia es la relativa a la posibilidad de que el negocio pueda someterse a condición o a término. Se trata además de una cuestión que en alguna de las legislaciones autonómicas que admiten la renuncia anticipada a la legítima (o a la herencia) ha recibido respuestas radicalmente diferentes: así, mientras el legislador balear de 1990 declaró expresamente que la definición «*deberá ser pura y simple*» (art. 50 CB), en la nueva Ley de Sucesiones a Causa de Muerte de Aragón se admite que los pactos sucesorios puedan contener «...*modalidades, cargas y obligaciones que se convengan*» (art. 66) expresión que más parece hacer referencia al modo, aunque igual que su antecedente en la Compilación aragonesa, no creo que excluya la condición y el término.

En el caso de la apartación gallega, el silencio legal ha propiciado la discrepancia doctrinal. Así, mientras para V. Gutiérrez Aller se trata de un negocio jurídico puro, no susceptible de condición ni

¹³² J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 968; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 98, quien estima que la gratuidad del negocio antecedente es esencial, ya que la contraprestación por lo atribuido tiene que ser y sólo puede ser la renuncia a la condición de legitimario.

¹³³ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 968; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 98; V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, p. 95.

¹³⁴ V. GUTIÉRREZ ALLER, *ibid.*

término ¹³⁵, para J. M. Lois Puente el sometimiento a condición, tanto suspensiva como resolutoria es posible, mientras que no lo sería la inserción de un término ¹³⁶. La solución es, a mi juicio, dudosa. En contra de la lícita inserción de los mal llamados «elementos accidentales» del negocio jurídico en un apartamiento gallego podría argumentarse con la supletoriedad del artículo 990 del CC que, como es sabido, prohíbe que la aceptación o la repudiación de la herencia puedan hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente; claro que el precepto está pensando exclusivamente en una repudiación posterior a la apertura de la sucesión, única que tiene cabida en el seno del Código. Por el contrario, a favor de la condicionalidad del apartamiento militan razones de peso, tanto de orden dogmático, como de índole práctica; en el primer sentido, ha de recordarse que el Derecho positivo admite ampliamente la inserción de la condición en los negocios jurídicos tanto de tipo contractual, como de índole testamentaria (arts. 790, 1.113 y ss. y 1255 del CC), de suerte que la imposición de la «pureza» del negocio sería la excepción, y no la regla general. Además, desde el punto de vista práctico admitir la condicionalidad de la extinción de la expectativa legitimaria, tanto desde el planteamiento suspensivo, como desde el resolutorio, puede servir a resultados atendibles y perfectamente tutelables por el Derecho; así, se han citado entre las razones que pueden justificar la condicionalidad de este negocio, algunas como «que no tenga hijos el apartado», de suerte que si los tuviera el apartamiento quedaría sin efecto, o que fije su residencia en el extranjero, de modo que si lo hiciera el apartamiento produciría todos sus efectos a fin de facilitar la partición entre los que permanecieran en el país ¹³⁷. Puede pensarse en otras condiciones posibles e igualmente lícitas, como por ejemplo, en el apartamiento del cónyuge, condicionar su eficacia a que en el momento del fallecimiento del causante no se hubiera producido el divorcio, en cuyo caso los bienes atribuidos deberían reintegrarse a la masa hereditaria. Sin embargo, creo que existen también otras condiciones que difícilmente son compatibles con el tipo legal; así por ejemplo, si como ya anticipé, creo aunque con dudas, que se puede condicionar la plena eficacia extintiva del carácter de legitimario en el apartamiento al hecho de que el patrimonio del causante no experimente incrementos significativos, de suerte que si así ocurriera el legitimario podría reclamar el suplemento, me parece incompatible

¹³⁵ V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 92.

¹³⁶ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., p. 969; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 107.

¹³⁷ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

con el significado y naturaleza de la institución que se obligara al apartado a reintegrar parte de la atribución en el caso de merma del patrimonio del apartante.

Por otro lado, como se ha puesto de manifiesto, la condicionalidad del apartamiento deja en la incertidumbre el carácter de legitimario del apartado, por lo que parece que el evento condicionante, para ser admisible, ha de tener lugar o dejar de producirse antes del fallecimiento del causante¹³⁸.

Ahora bien, en el supuesto de que se pactase una condición suspensiva o resolutoria y ésta fuera contraria al tipo legal, o el evento condicionante fuese posterior a la apertura de la sucesión, habrá que dilucidar si se anula el negocio, o si éste se considera plenamente eficaz considerando la condición como no puesta. La duda se plantea porque, como es conocido, en nuestro Derecho la solución adoptada para el caso de las condiciones imposibles o contrarias a la ley es totalmente distinta en el caso de los contratos (art. 1116.1 del CC), que en el caso de los testamentos (art. 792 del CC); así, mientras que en el primer supuesto la solución legal es que la condición hace nulo el contrato, en el segundo se tiene por no puesta, por considerar que su nulidad no alcanza a la disposición. En mi opinión, el apartamiento sometido a una condición ilícita o imposible debe ser considerado nulo, no sólo porque se trate, como ya dejado dicho, de un negocio *inter vivos*, por más que también produzca efectos *post mortem*, sino porque el *favor testamenti* que fundamenta la diversidad de la disciplina y el tenor del artículo 792 del CC, carece de razón en el caso de los pactos sucesorios, en los cuales, aunque devengan ineficaces a consecuencia de la ilicitud de la condición, siempre sería posible, si se quisiese, reiterar la declaración de voluntad purificada de los defectos de la condición, algo totalmente inviable en el caso de los negocios de última voluntad.

Lo que parece en todo caso contrario a la naturaleza de la institución es la inserción de un término, tanto inicial como final, ya que la «extinción» de la condición de legitimario que está en el fundamento de la apartación es incompatible con la temporalidad de los efectos que implica la aposición de un término¹³⁹. Ya tuve ocasión de indicar que tampoco es posible insertar en el negocio de apartamiento un «término de cumplimiento» de la prestación del adjudicante, en el sentido de diferir a un momento futuro y cierto la

¹³⁸ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

¹³⁹ Aunque es cierto que en BGB la jurisprudencia admite que la renuncia a la herencia se someta a término (*vid. supra*).

entrega de los bienes o derechos dados a cambio de la abdicación de la expectativa legitimaria.

VIII. EFECTOS DEL APARTAMIENTO

1. PLANTEAMIENTO

Los dos efectos principales y mutuamente dependientes del negocio de apartamiento son la transmisión inmediata de la titularidad de lo adjudicado al apartado y la extinción de la condición de legitimario de éste, con carácter definitivo y sea cual sea el valor de la herencia en el momento de deferirse, según reza el artículo 134 de la LDCG. Sin embargo, la imbricación de ambos efectos, y las consecuencias colaterales que los mismos tienen en la futura sucesión del apartante obligan a detenerse en el estudio de la eficacia del negocio abdicativo.

2. LA TRANSMISIÓN DE LA TITULARIDAD DE LOS BIENES O DERECHOS ADJUDICADOS AL APARTADO

Cuando hice referencia a la prestación del apartante puse de manifiesto que ésta puede consistir en cualquier atribución que proporcione alguna ventaja patrimonial al apartado, tal como la transmisión de la propiedad de un bien, una cantidad de dinero, la titularidad de un derecho, el pago de una formación, o incluso la satisfacción de una deuda o la extinción de un derecho real que gravaba un bien del apartado. No obstante, la dicción literal del artículo 134 demuestra que el legislador estaba pensando en que la atribución consistiera precisamente en la entrega de bienes de cualquier clase, razón que explica que en la doctrina se haya planteado, en relación con esta transmisión, si la adquisición de la propiedad del objeto transmitido requiere o no tradición, pues mientras el título gratuito (sucesión o donación), no requiere la *traditio*, el oneroso sí la precisa¹⁴⁰. En mi opinión, la transmisión obedece a un título de naturaleza genuinamente contractual y, por consiguiente, como regla de base exigirá la tradición, aunque es cierto que la trascendencia práctica del problema resulta más bien escasa¹⁴¹, no sólo porque la escritura pública imprescindible equivaldrá las más de las veces a la entrega, sino también porque, como se dijo en su momen-

¹⁴⁰ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 970.

¹⁴¹ Como reconoce el propio J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

to, no cabe deferir a un momento futuro la prestación del apartante y, por consiguiente, la entrega del bien o del derecho —si de ello se trata— ha de ser inmediata.

Otra cuestión interesante que también se ha suscitado es el de la eventual responsabilidad del apartado en caso de que el apartante resulte finalmente despojado del bien a causa de la evicción ¹⁴². Entiende J. M. Lois Puente probable la aplicación al caso de las reglas de la evicción en la compraventa, sobre la base de la naturaleza contractual del apartamiento, de modo que el apartado podría en el caso descrito reclamar la indemnización correspondiente ¹⁴³; sólo con carácter subsidiario admite el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1124 y con ello la recuperación de la posición sucesoria. Por mi parte estimo que el perjudicado podrá, si lo desea, consolidar su posición de apartado de la legítima reclamando la indemnización debida por evicción o incluso, novando con el apartante el negocio de apartamiento mediante una prestación de sustitución; pero si nada de esto se hace, la consecuencia automática del despojo del bien atribuido al legitimario renunciante a causa de la evicción de un tercero ha de ser la pérdida de eficacia del negocio de apartación en su conjunto y, por lo tanto, también la pérdida de eficacia de la renuncia, al haber decaído la causa de ésta. Otra cosa dejaría en manos del apartante mayores posibilidades de utilizar la figura con móviles fraudulentos.

3. EXCLUSIÓN DE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIO CON CARÁCTER DEFINITIVO. VINCULACIÓN DE LA ESTIRPE

El efecto fundamental de la apartación para el apartado es, según la dicción de la ley gallega, la «*exclusión de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*», lo que debe completarse con el párrafo segundo del mismo artículo 134, conforme al cual «*La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios*». De este tenor literal parece deducirse que por el pacto sucesorio de apartación tanto el apartado como su estirpe quedan priva-

¹⁴² Lo plantea J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 979-980; *Derecho de Sucesiones... op. cit.*, p. 107. Con carácter incidental, en relación con la definición mallorquina, se suscita en la STSJ Baleares de 28 de mayo de 1992, AC @ .399/1992, marginal 901.

¹⁴³ *Derecho de Sucesiones... ibid.* No entiendo, sin embargo, el razonamiento que el autor citado hace para llegar a la misma conclusión en *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 980, aplicando según dice la regla del artículo 638 del CC y la remisión de éste (¿?) a los contratos y, por tanto, a la compraventa.

dos definitivamente de la condición de legitimarios del causante, a cambio de bienes determinados, y en todo caso, es decir, con independencia de las vicisitudes que pueda sufrir tanto el patrimonio del causante como los sujetos intervinientes en el negocio, antes de la apertura de la sucesión.

De esta irrelevancia de las vicisitudes patrimoniales y personales de los elementos que conforman la apartación se deriva, en primer lugar, que el apartado nada podrá exigir de los herederos del causante en caso de que, entre el tiempo de la apartación y el del fallecimiento del causante el patrimonio de éste, ahora convertido en herencia, haya experimentado un incremento notable, de suerte que hubiera recibido mucho más como legitimario, de lo que en su día recibió como apartado¹⁴⁴. Desde la perspectiva contraria, si lo experimentado por el patrimonio del apartante ha sido una disminución, de suerte que al apartado se le atribuyó más de lo que en su día le hubiera correspondido como legitimario, nada podrán reclamarle los herederos (salvo, como se verá, el perjuicio de las legítimas de los no apartados).

Uno de los temas polémicos suscitados por la defectuosa regulación de la figura es el de determinar si, en efecto, el pacto sucesorio de apartamiento vincula a la estirpe del apartado en todo caso, o sólo en el supuesto de que llegue a consolidar su posición de legitimario, de suerte que si esto no se produce, singularmente por premoriencia del apartado al apartante, el efecto de exclusión no tiene lugar y la estirpe del apartado mantiene la condición legitimaria.

Si bien la opinión mayoritaria en la práctica es también la de extender la exclusión a la estirpe del apartado en todo caso, sobresale por su brillantez argumental la opinión de J. M. Lois Puente partidario, precisamente, de la postura contraria; esto es, para el autor citado, la exclusión del apartado sólo se produce aleatoriamente para el caso de que efectivamente tenga la condición de legitimario en el momento de la apertura de la sucesión. Las razones que a su juicio avalan esta postura son, entre otras¹⁴⁵, que nadie puede renunciar a lo que no tiene y, según el artículo 146.2 de la ley gallega, son legitimarios «*los herederos forzosos determinados en el Código civil*», con arreglo al cual, la condición de legitimario nace con la apertura de la sucesión; luego si en tal momento el apar-

¹⁴⁴ Por el contrario, en la propuesta de regulación del I Congreso de Derecho gallego se decía, «*Agás que o pai ou a nai teñan disposto o contrario, o «apartado» terá dereito a reclamar a partición correspondente naqueles outros bens que os pais teñan adquirido con posterioridad ao pacto e non señan en substitución dos que existían na data do seu otorgamento*».

¹⁴⁵ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 953-954.

tado no es legitimario (por haber otros de orden preferente –se aparta al padre y sobrevienen hijos– o por premoriencia) se renuncia a algo que nunca ha llegado a tener, no puede producir *ningún efecto* (el énfasis es añadido), ni para él ni para su estirpe, que tendrá la condición legitimaria por derecho de representación, pero con carácter originario¹⁴⁶. El autor citado considera confirmada su opinión por el propio tenor literal del artículo 134.2 que no dice que el apartamiento vincule al apartado y a sus descendientes (que sería la referencia exacta a la estirpe), sino a sus «*sucesores y legitimarios*», es decir, a sus herederos voluntarios y forzosos, lo que únicamente haría referencia a los derechos en la herencia del apartado y respecto de éste, pero no se referiría para nada a los derechos propios en la herencia de otro¹⁴⁷. Para J. M. Lois Puente, además, si entendiéramos que la presunta renuncia del apartado surte siempre efectos para sus descendientes, con independencia de que él llegue a tener la condición de legitimario, obtendríamos resultados absurdos; como ejemplo pone el de un causante sin descendientes que aparte a sus padres; si en contra de su opinión, se sustenta la tesis de que queda vinculada la estirpe del apartado, y resulta que después del apartamiento el apartado tiene hijos, al ser éstos descendientes del apartado, no serían ya legitimarios y el apartante conservaría su libertad dispositiva anterior¹⁴⁸, lo que como es natural, no le parece de recibo.

A mi juicio, no tiene razón el autor tantas veces citado. Pero antes de rebatir uno a uno sus argumentos, y añadir algunos otros que refuerzan la tesis contraria, hay que comenzar señalando que precisamente la situación planteada en caso de premoriencia del renunciante al causante fue polémica en la doctrina del Derecho común¹⁴⁹, si bien en mi opinión en todos los ordenamientos autonómicos que admiten negocios de renuncia anticipada a la legítima, dicha polémica se resuelve actualmente en el sentido de excluir definitivamente tanto al renunciante como a su estirpe, también

¹⁴⁶ Añade el autor citado, *ibid.*, «De haber querido la Ley gallega anticipar la vocación legitimaria al efecto de permitir su negociación irrevocable, tendría que haberlo dicho expresamente. Sin embargo, no ha cambiado en nada la determinación de quiénes son herederos forzosos, ni tampoco el principio sucesorio básico de que el heredero tiene *que vivir todavía* al fallecimiento del causante para poder llegar a serlo».

¹⁴⁷ «Es decir, que lo que está disponiendo el artículo 134 es que unos y otros tendrán que respetar el negocio de su causante como propio, en lo que afecte a éste», añade J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

¹⁴⁸ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

¹⁴⁹ Vid las opiniones contradictorias mantenidas al respecto por Fontanella y Cancor, recogidas por M. P. FERRER VANRELL, *La definitio en el Derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*, Palma, 1992, pp. 154 y ss. Para E. Roca Trías, la opinión generalizada en la doctrina clásica era la no vinculación de la estirpe en caso de premoriencia de la madre renunciante (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. ALBALADEJO*, t. XXXVIII, vol. 2.º, Madrid, 1982, pp. 268-269).

para el caso de premoriencia de aquél al causante de la sucesión, como también sucede en el § 2349 del BGB, aunque se admite negocio en contrario.

Varias son las razones que, según mi parecer, pueden oponerse a los argumentos de J. M. Lois Puente. En primer lugar, no es cierto que el apartante que premuere renuncie a algo que nunca ha llegado a tener y, por lo tanto, su renuncia no pueda tener ningún efecto. Tanto la premisa como la conclusión son erróneas. El apartado renuncia a algo que tiene efectivamente, su expectativa legitimaria, y aunque después ésta no se consolide, aquella renuncia produjo sus efectos; efectos en vida de los intervinientes (traspaso de la titularidad del bien dado a cambio, por ejemplo), y efectos posteriores al fallecimiento del causante, pues con independencia de la exclusión o no de la estirpe –tema sobre el que volveré– ¿no imputa también el autor citado lo atribuido al apartado en la legítima que dice ha de atribuirse a la estirpe si éste premuere?

En segundo término, en el planteamiento del Código civil, que en este punto también es Derecho gallego, son legitimarios los hijos y descendientes, según el artículo 807.1; es decir, los hijos de un descendiente premuerto (o indigno o desheredado) son legitimarios. Discrepa la doctrina sobre si este derecho lo acreditan los descendientes de ulterior grado por derecho propio¹⁵⁰, o por derecho de representación¹⁵¹. Con este segundo planteamiento parecería más fácil sustentar la vinculación de la estirpe a los actos realizados por aquél a quien representan. Con el primero sería imprescindible la existencia de una norma *ad hoc* que sancionase esa vinculación. En cualquier caso, a mi entender dicha norma existe, y es precisamente la contenida en el artículo 134.2 de la LDCG. Es cierto que su tenor literal no es demasiado riguroso y que debió aludir expresamente a los descendientes del apartado, como hace el § 2349 del BGB, o más cercano aún, el artículo 173 de la LSCMA, y no a sus «sucesores y legitimarios», como dice la ley gallega, ya que aquéllos y no éstos son realmente su «estirpe». Ahora bien, deducir de tal imprecisión legal unos efectos tan radicales como los que pretende J. M. Lois Puente, no sólo me parece un argumento muy débil en una ley tan poco rigurosa técnicamente como la gallega, sino que además deja sin sentido la referencia a la vinculación a los sucesores y legitimarios que hace el artículo 134.2. Con ella no se puede estar haciendo alusión, simplemente, a la vinculación que los

¹⁵⁰ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. y 226 y ss.

¹⁵¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* V, *op. cit.*, pp. 60-61; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales... t. XI*, *op. cit.*, p. 591.

herederos (voluntarios o forzosos) tienen por los actos de su causante, considerados actos propios en las relaciones que al primero afecten¹⁵², pues eso es una simple consecuencia del efecto sucesorio y, para las relaciones obligatorias, queda ya sancionada en el artículo 1257 del CC. Creo más lógico dar el sentido al aludido artículo 134.2 de la LDCG de vincular a la estirpe, que dejarlo sin ninguno escudándose en un argumento puramente literal, tantas veces rechazado por el mismo J. M. Lois Ponte, muy crítico con el escaso rigor mostrado por el legislador gallego a la hora de redactar los preceptos de la ley.

Por otra parte, el ejemplo que pone este autor para reducir al absurdo la interpretación contraria a la suya no me parece el más adecuado. Aunque en el texto de la ley gallega quepa la apartación de cualquier legitimario, no cabe duda de que el tema de la vinculación o no de la estirpe por el pacto abdicativo de la legítima afecta, sobre todo, al supuesto que, con toda probabilidad, será el más frecuente: el apartamiento de un descendiente. No tiene sentido en absoluto hablar de la vinculación de la estirpe en el caso de que el apartado sea el cónyuge, ya que la legítima que acreditará en su día es personalísima y su estirpe no puede estar nunca vinculada por el acuerdo, pues o se trata de descendientes que también son comunes al apartante –y por tanto serán legitimarios del apartante por derecho propio y distinto del de su progenitor apartado–, o no son descendientes del apartante, y entonces ningún derecho legitimario pueden acreditar en la herencia de éste que de interés a la discutida vinculación. Por lo que atañe a la vinculación de la estirpe en el caso de apartamiento de los ascendientes, creo que, bien planteado el asunto, la conclusión a la llega J. M. Lois Ponte con el ejemplo que propone es errónea, pues si después del apartamiento el apartante tiene hijos, éstos serán en todo caso legitimarios suyos en su calidad de descendientes de grado preferente, y no de descendientes de los ascendientes apartados, a los que sin más desplazan y cuyo derecho legitimario nunca se va a consolidar; por tanto es indiferente que a los legitimarios preferentes les vincule o no el pacto abdicativo de sus abuelos; ellos son legitimarios de su padre o madre como efecto de la filiación de éstos, y no de la descendencia de aquéllos.

En definitiva, que el texto del artículo 134.2 de la LDCG debió decir, para evitar equívocos, algo así como que en caso de apartación de descendientes, la extinción de la legítima afecta también a

¹⁵² Significativo al respecto son los artículos 1.1 y 35.4.º del CSC (*vid.* su interpretación en J. MARSAL GUILLAMET, «La vinculació de l'hereu als «actes propis» del causant envers els béns de l'hereu (arts. 1.1 i 35.4 CS)», *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou Dret sucesori de Catalunya*, 1992 (Àrea de Dret civil Coord), Barcelona, 1994, pp. 321-338.

los descendientes del apartado, conclusión a la que en todo caso se debe llegar con el texto vigente. Otra cosa es hacer del negocio abdicativo una «lotería» que lo deje, por avatares poco probables, pero sí posibles, prácticamente sin efecto alguno.

Ahora bien, aunque lleguemos a la conclusión antedicha de conformidad con la cual el efecto típico del apartamiento implica que se han de considerar vinculados por la apartación, no sólo el apartante y el apartado, sino también los descendientes de éste, que nada podrán reclamar en la herencia de su abuelo, aun cuando su padre (renunciante a su legítima) le hubiera premuerto, cabría preguntarse si, como consecuencia de que así lo quisieran las partes se puede, sin contrariar el sentido de la institución, pactar el resultado contrario. Es decir, si apartante y apartado pueden acordar que, en caso de premoriencia de éste, no se tengan por extinguidos los derechos legítimos de sus descendientes del segundo en la herencia del primero. A mi juicio, en coherencia con la admisibilidad de determinaciones accesorias de la voluntad en el apartamiento, la respuesta debe ser positiva, tanto más cuanto que ello significa una «minoración» de los efectos típicos del apartamiento, que por ello no iría contra la regla general prohibitiva de los pactos renunciativos de la legítima que se puede desprender del artículo 146.3 de la LDCG.

4. POSIBILIDAD DEL PACTO DE EXCLUSIÓN DE OTROS DERECHOS SUCESORIOS

El tipo legal de la apartación implica, según se ha dicho ya reiteradamente, la exclusión del apartado con carácter definitivo de la condición de legitimario que, en puridad, le pudiera corresponder en el momento de la apertura de la sucesión. No se menciona en absoluto, como por el contrario hacían algunos de los textos que pueden considerarse antecedentes más o menos directos de la figura¹⁵³, la posibilidad de que la apartación no se limite a extinguir los derechos legítimos, sino que quepa también extender su eficacia a todos los derechos sucesorios que pudieran corresponderle en la herencia del apartante¹⁵⁴.

La omisión o el olvido no dejan de ser curiosos si se tiene en cuenta que esta exclusión total es la que se corresponde, en la

¹⁵³ Artículo 108 del texto elaborado por el Consello da Cultura Galega, o el texto propuesto por el I Congreso de Derecho gallego.

¹⁵⁴ En realidad en el texto del Consello da Cultura Galega parece que sólo cabía este apartamiento «total», y no el de efectos limitados a la legítima.

mayor parte de las ocasiones, con el interés de apartante y apartado, que precisamente celebran el pacto abdicativo con el deseo de finiquitar todos los asuntos relativos a la sucesión del primero por parte del segundo, y no sólo los relativos a la legítima. Es cierto que muchas veces, el problema estará minimizado porque probablemente quien aparta a un legitimario es alguien que también está interesado en testar dando un destino determinado y meditado a su herencia, y precisamente por eso y como complemento necesario, realiza un apartamiento. Fuera de la legítima su libertad es prácticamente absoluta y en uso de la misma, si eso era lo deseado, excluirá totalmente al legitimario de su sucesión. Sin embargo, en mi opinión, la cuestión de decidir si cabe o no una apartación que afecte a todos los derechos sucesorios (de carácter legal) sigue teniendo su interés, porque más allá de los efectos directamente relativos a los bienes hereditarios, una exclusión de tal tipo conduciría a que, por ejemplo, un apartado con carácter global no podría ejercitar derechos sucesorios como la interposición de un juicio de división de la herencia, u otros que por aquella condición legal pudieran corresponderle.

La posibilidad de una «definición amplia» comprensiva de todos los posibles derechos en la sucesión de los padres, y otra «definición estricta», limitada exclusivamente a los derechos legitimarios de los definidos, está hoy expresamente admitida en la Compilación Balear después de que, con el texto, anterior, se suscitaran dudas en la doctrina¹⁵⁵. El legislador gallego no supo aprovechar el modelo, y obvió toda referencia a esta cuestión. Ante la falta de pronunciamiento legal expreso, ya manifesté con anterioridad que no parece que la misma pueda resolverse en otro sentido que el de entender que la apartación es únicamente un pacto de exclusión anticipada de la legítima, que no puede en ningún caso, extenderse a otros posibles derechos sucesorios. Apuestan por ello, además de la tipicidad que según el artículo 117.1 de la LDCG han de respetar los pactos sucesorios para ser admitidos¹⁵⁶, la aplicación supletoria del artículo 1271 del Código civil que, como regla general, prohíbe los pactos sobre la herencia futura¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Si bien eran justamente contrarias a las que se plantean en la ley gallega; el artículo 50 de la CB de 1961 hablaba de «*renuncia o finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres*», por lo que la duda era acerca de la posibilidad de renunciar únicamente a la legítima, pero no a los demás posibles derechos en la sucesión (J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 773).

¹⁵⁶ M. ESTÉVEZ, *loc. cit.*

¹⁵⁷ En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 979. Implícitamente tampoco estima que pueda extender el apartamiento a la intestada, V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime... op. cit.*, p. 92.

Por consiguiente, si procede la apertura de la sucesión intestada, el apartado será llamado a la misma en el lugar que le corresponda como pariente que es el del causante, aunque ya no sea legitimario. En este punto la siguiente cuestión que cabe suscitar es la de concretar la parte que ha de corresponderle o, desde otro punto de vista, determinar el tratamiento que ha de darse a lo recibido anticipadamente en concepto de apartación. La opinión de los autores que hasta el presente se han ocupado del asunto es la de considerar al apartado como un legitimario que ha recibido una donación en vida de su causante y, en consecuencia, estiman que sucederá como cualquier otro heredero legal, debiendo colacionar lo atribuido en el apartamiento de conformidad con lo establecido en el artículo 1035 del CC¹⁵⁸. Por mi parte estimo que tal solución no se compeadece bien con la configuración legal, ni de la colación, ni del apartamiento; en primer lugar, porque mediante el apartamiento el apartado pierde con carácter definitivo su condición de heredero forzoso y, por lo tanto, no estamos en puridad en el supuesto de hecho del artículo 1035; desde el segundo punto de vista, porque con la tesis que establece la colación, se está dando a la atribución dada a título de apartamiento la misma consideración técnica que lo recibido por el legitimario renunciante sometido al artículo 816 del CC, si este se interpreta en el sentido de dar validez a la atribución como mero anticipo de legítima, y ello a pesar de ser la apartación un pacto sucesorio perfectamente lícito y eficaz, y ser la renuncia a la legítima en el Código nula de pleno derecho. Por eso, en mi opinión es más acorde con la naturaleza de la institución gallega estimar que, abierta la sucesión intestada y concurriendo el apartado como heredero con otros que también lo sean y sean además legitimarios —única hipótesis en la que se plantea el problema de la colación—, no procede la colación de lo atribuido al apartado. Con ello no es que este sujeto reciba a mayores lo atribuido en apartamiento, como da a entender J. M. Lois Puente, sino que por haber sido privado el apartado de su condición de legitimario, sólo tendrá derecho a recibir, en concurrencia con los demás, la parte de la herencia que no constituya legítima¹⁵⁹.

¹⁵⁸ J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 103; C. FERNÁNDEZ CASQUEIRO/J.M. GÓMEZ, *ivi.*, p. 217.

¹⁵⁹ Opinión que ya manifesté en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 1208.

5. DISPOSICIONES DEL CAUSANTE A FAVOR DEL APARTADO

Tampoco le pareció de interés al autor de la ley gallega de 1995 solventar los muchos problemas que puede suscitar la existencia de disposiciones testamentarias (¿o de pactos sucesorios?) a favor del apartado, anteriores o posteriores al negocio de apartamiento, a pesar de que también en este asunto el cercano punto de referencia que representaba la Compilación balear bien pudo ser aprovechado. Por eso, los prácticos aconsejan yuxtaponer al apartamiento un testamento revocatorio de los anteriores y en el que se resuelvan directamente muchas de las dudas suscitadas por la figura.

Con todo, tratándose el apartamiento de un pacto de extinción anticipada de la legítima, ha de deducirse necesariamente que toda disposición anterior o posterior por la que el apartante hubiera atribuido o atribuya algo al apartado en concepto de legítima (institución o legado en pago de legítima o a cuenta de la misma) queda sin efecto como consecuencia de la apartación¹⁶⁰. La disposición anterior por la general eficacia revocatoria que tiene el pacto sucesorio en relación con el testamento anterior, y la posterior porque la voluntad unilateral del testador no puede hacer renacer algo (la legítima), que la voluntad concorde de los intervinientes en el pacto extinguió¹⁶¹. Por eso, lo que sí cabría mantener es que el apartado, a pesar de su abdicación inicial, celebre con posterioridad otro pacto en el que no sólo dejase sin efecto el apartamiento, sino que fuese instituido dentro del marco que permiten los pactos sucesorios de la ley gallega (pacto de mejora, mejora de labrar y poseer, usufructo universal de viudedad).

También cabe, sin duda, que el apartante otorgue un testamento posterior en el que decida atribuir algo al apartado, que por hipótesis, ya no tiene la condición de legitimario porque renunció anticipadamente a ella. Sin duda tal atribución es, en principio posible. El problema es decidir qué tratamiento se le da y, en concreto, una vez causada la sucesión a qué parte de la herencia del causante se imputará dicha atribución. En principio, no parece posible su atribución a la parte de legítima que, como se acaba de decir, a consecuencia del apartamiento ha quedado extinguida. Por lo tanto, parece que el apartado deberá ser tratado como un extraño y, si acepta la atribución *mortis causa* y existen otros legitimarios no aparta-

¹⁶⁰ También parece entenderlo así, A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 261.

¹⁶¹ En general, sobre los efectos revocatorios de los pactos sucesorios y la falta de esa misma eficacia de los testamentos respecto de los pactos, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 386.

dos, deberá imputarse a la parte de libre disposición, reduciéndose en cuanto al exceso; es decir, el apartado recibirá el tratamiento de un extraño. El problema se plantea en el caso de que el apartado sea un descendiente y entre en juego la posibilidad de la mejora. ¿Deberá entonces ser tratado asimismo como un extraño, también respecto de ésta? Los autores que hasta el presente han pensado en el tema no se muestran de acuerdo; así mientras que para A. Pillado Montero ¹⁶² parece que, efectivamente, procederá la reducción en todo lo que la atribución testamentaria exceda del tercio de libre disposición, para J. M. Lois Puente tal resultado choca con el sentir común, y que al igual que se puede mejorar al nieto viviendo el padre, también debe poderse mejorar al apartado aunque no sea legitimario, pues, al fin y al cabo, sigue siendo descendiente, y lo mismo cabe decir según este autor de los descendientes del apartado ¹⁶³. Se trataría de una mejora tácita que, al ser atribuida *mortis causa* no plantearía graves problemas (cf. art. 828 del CC). Según mi parecer esta última tesis puede ser acertada en el caso de que el apartamiento del descendiente después favorecido con la institución o el legado se hubiese limitado a su legítima estricta. No obstante, estimo como ya dije más arriba, que cabe asimismo extender el efecto extintivo a la legítima larga, incluida la posibilidad de ser mejorado, en cuyo caso no creo que la voluntad unilateral del testador sea hábil para dejar sin efecto lo que previamente se había pactado, si bien ha de reconocerse que históricamente fue un asunto controvertido el de decidir si, ante un promesa de no mejorar, eran admisibles las atribuciones testamentarias hechas a favor del beneficiario de la promesa ¹⁶⁴.

Una cuestión que no he visto reflejada en la literatura que hasta el presente ha generado el apartamiento, es la de decidir qué puede ocurrir en caso de que el causante efectúe en su testamento una institución o legado a favor del apartado y éste decida también repudiar dicha atribución. ¿Pasa a sus descendientes, o están vinculados por la renuncia? En principio, si existen otros parientes de grado más próximo al causante con derecho a la sucesión, los des-

¹⁶² *Loc. cit.*, p. 67.

¹⁶³ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 977. Menos claro es A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 256 y 261, para quien cualquier disposición a favor del apartado en testamento posterior a la apartación debe entenderse imputable al tercio de mejora o al tercio de libre disposición. También parece admitir la posibilidad de mejorar al apartado en testamento posterior, V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, pp. 96–97.

¹⁶⁴ Cf. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil, t. XI, op. cit.*, p. 356; también se hace del problema M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código civil*, Sevilla, 1999, p. 261.

endientes del apartado-repudiante nada podrán exigir; en la parte de legítima porque la estirpe está vinculada por la decisión abdicativa del apartado, y en la parte libre porque, salvo que estén llamados como sustitutos vulgares, no se produce su llamamiento al no haber el derecho de representación en la sucesión testada (ni en la intestada) en caso de repudiación de la herencia. Pero, complicando un poco más la hipótesis: ¿qué sucede si el apartado es además el heredero único y no existen otras personas con mejor derecho a suceder? El apartamiento habría supuesto entonces la extinción de la legítima y posteriormente el testador decide igualmente atribuir todo su patrimonio a ese apartado. Si repudia lo recibido por testamento, se abre la sucesión intestada, pero según se establece en el artículo 1009 del CC, aquella repudiación inicial implica también la renuncia a esta segunda delación. Sin embargo, en este caso serán llamados los descendientes del repudiante en virtud de lo establecido en el artículo 923, aunque no tendrán entonces el carácter de legitimarios, sino de meros sucesores intestados del causante ¹⁶⁵.

Pero modificando el ejemplo citado ¿si el testador atribuye únicamente la parte libre al apartado? En la parte correspondiente a la legítima no puede suceder quien renunció preventivamente a ella y, por tanto, se produciría la apertura de la sucesión intestada. Al ser el apartado el descendiente más próximo en grado, a él le favorecerá también el llamamiento, no ya como legitimario (pues ya no hay legítima), sino como heredero intestado de su causante ¹⁶⁶.

Como cierre de este punto relativo a las disposiciones testamentarias posteriores al apartamiento, quiero resaltar que, en coherencia con la moderna doctrina de la preterición y el límite de su alcance y significado, acelerado a partir de 1981, entiendo que no es preciso que el causante mencione al apartado en su testamento para evitar así la preterición, ya que ésta se obvia, simplemente, con la atribución en vida que significa el apartamiento ¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Normas similares al artículo 923 del CC son el artículo 327.1 del CSC y el artículo 205.3.º de la LSCMA.

¹⁶⁶ Quien podrá aceptar y/o repudiar indistintamente la parte a la que es llamado por el causante, y la parte en la que sucede intestado, según la postura que mantiene la autonomía de ambas delaciones cuando se refieren a cuotas distintas de una misma herencia; como dice A. GALVÁN GALLEGOS, que sigue en esta postura a J. L. LACRUZ BERDEJO/M. ALBALADEJO, *Derecho de sucesiones, op. cit.*, p. 176, ambas delaciones se basan en una distinta designación subjetiva (uno el querido por el testador, otro el designado por la ley según el grado de parentesco), y son asimismo independientes en cuanto al momento de su génesis («La indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia», *ADC*, 1997, pp. 1817-1848, espec. p. 1829).

¹⁶⁷ Similar parecer mantiene, A. PILLADO MONTERO, *loc. cit.*, p. 65.

6. EFECTOS DEL APARTAMIENTO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

A) *Computación de lo atribuido al apartado*

La primera cuestión que suscita el apartamiento, y que la ley no resuelve directamente en la determinación de la legítima global, es la de decidir si lo atribuido en su día al apartado debe o no tomarse en consideración en las operaciones de cálculo de aquélla, o lo que es lo mismo, si debe ser objeto de computación (o de la mal llamada colación en el artículo 818 del CC). Aparentemente la respuesta parece ser negativa, pues el objeto de la atribución no forma parte de los bienes de la herencia al haberse traspasado su titularidad al apartado (no es parte del *relictum*), y por otro lado, como ya vimos, su naturaleza no es estrictamente gratuita (al menos no hay ánimo de liberalidad), y por tanto tampoco cabría considerarlo como integrante del *donatum*. Conclusión negativa que además se reforzaría al observar que el artículo 147 de la LDCG, destinado precisamente a regular las operaciones de cálculo de la legítima global, no menciona expresamente la atribución al apartado a los efectos de la reunión ficticia. Sin embargo, si esto efectivamente fuera así, el apartamiento sería un cauce demasiado evidente para defraudar las legítimas de los otros legitimarios no apartados, solución que probablemente no es la querida por el legislador, además de chocar frontalmente con el carácter imperativo de las legítimas. Por eso, considero, como hacen otros autores, que lo atribuido al apartado debe ser objeto de computación¹⁶⁸. No me parecen acertados los argumentos que, para apoyar la tesis contraria, sustenta A. Díaz Fuentes¹⁶⁹; algunos de ellos están basados en el error de identificar la operación de computación con la genuina colación, error probablemente derivado de la inexacta utilización del término en el artículo 818 del CC. Tampoco es razón suficiente el tenor literal del artículo 148 cuando advierte que «*La determinación de la legítima individual entre varios legitimarios está sometida a las normas del Código civil, con la salvedad de que el apartado... no hace número*», pues precisamente el precepto deja fuera de su ámbito la determinación de la legítima colectiva o global, que es ahora el tema que

¹⁶⁸ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., pp. 971-972; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 101; A. PILLADO MONTERO, loc. cit., p. 67. Mi opinión favorable a la computación ya la manifesté también en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 1165.

¹⁶⁹ A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 255.

aquí interesa. Mayores dificultades para sostener la tesis de la computación de lo atribuido al apartado plantea el inciso final del artículo 134 de la LDCG, cuando hace referencia a que la exclusión de la condición de legitimario se hace «*cualquiera que sea el valor de la herencia al tiempo de deferirse*», expresión que literalmente parece significar que, ni el apartado puede exigir nada en caso de que su legítima computada en el momento de la apertura de la sucesión sea superior a lo recibido en su día en concepto de apartamiento, ni los demás legitimarios u otros interesados en la sucesión, podrán reclamarle nada en caso de que lo que le fue otorgado en su día resulte de valor superior a lo que le correspondería como legitimario. Sin embargo, creo que también es posible entender el inciso del artículo 134 que se acaba de transcribir en otro sentido, a mi juicio más acorde con el significado de la figura: aquél que lo interpreta como que ni el apartado, ni los herederos voluntarios del apartante, cuando haya habido apartación, pueden reclamar nada a efectos de la legítima del apartado. Considerar que tampoco pueden hacerlo los legitimarios restantes en caso de ver afectadas sus legítimas significaría ir en contra, como ya he dicho, de todo el mecanismo de protección legitimaria, lo que no creo que haya sido la intención el legislador.

¿A qué tiempo habrá de atenderse para valorar lo atribuido al apartado al efecto del cálculo de la legítima global? A este respecto, aún cuando no se trate técnicamente de una donación, creo que habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 147.3.^a de la LDCG, que después del cálculo del *relictum* ordena que «*El valor líquido obtenido se añadirá al que tuviesen los bienes donados por el causante en el momento de la donación...*», criterio que ahora se distancia del establecido en el Código civil, una vez que la reforma de 1981 suprimió el párrafo segundo del artículo 818, que atendía a ese mismo criterio temporal. Aunque atender al tiempo de la donación a efectos de la valoración del *donatum* suela beneficiar al donatario en tiempos como los presentes proclives a la devaluación monetaria, razón por lo que su adopción por parte del legislador gallego ha sido en general criticada por la doctrina¹⁷⁰, resulta ser probablemente la más adecuada para las atribuciones a título de

¹⁷⁰ J. L. ESPINOSA DE SOTO/G. GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, *Derecho de Sucesiones de Galicia*, op. cit., pp. 187-188; M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 1167; J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 972; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 101; lo que no creo que sea posible es lo que hace este último autor, al ignorar el artículo 147.3.^a de la ley gallega, y pretender la aplicación directa del Código civil.

apartación, pues aunque sólo sea de una manera aproximativa, es muy probable que el apartante y el propio apartado hicieran sus cálculos sobre el valor de la legítima de quien se proponía apartar, y el valor del bien o la cantidad con la que acordaban saldarla ¹⁷¹.

B) *Imputación de lo atribuido al apartado*

La computación de lo atribuido al apartado en las operaciones de cálculo de la legítima global exige, correlativamente, hacer la imputación en la parte de herencia (legítima corta/larga, libre disposición) que corresponda, lo que de nuevo vuelve a plantear interesantes problemas no fáciles de resolver.

La interpretación literal del artículo 134 de la LDCG, al declarar la exclusión de la condición de legitimario como consecuencia directa de la apartación conduciría a aceptar su tratamiento como un extraño y, en consecuencia, que lo atribuido como contraprestación a su renuncia se imputase en la parte de libre disposición (art. 819.2.º), de suerte que en todo lo que excediese de ella, y salvo que tratándose de descendientes la renuncia se hubiese limitado a la legítima estricta, habría de reducirse por inoficiosidad ¹⁷². Sin embargo, esta conclusión dista mucho de ser evidente por varias razones. En primer término, porque con tal planteamiento la institución serviría bien poco a uno de los fines a los que, probablemente, quiso atender, cual era el de incrementar en alguna medida la libertad dispositiva del causante. Además, no es ni mucho menos pacífico en el sistema del Código que un legitimario que ha recibido donaciones en vida de su causante y, después decide repudiar la sucesión a la que es llamado, deba imputar aquéllas a la parte libre, y más bien parece que a pesar de no consolidar su posición legítima, dicha imputación ha de hacerse a la legítima, a fin de evitar posibles fraudes y merma de la libertad dispositiva del *de cuius* ¹⁷³.

¹⁷¹ Es curioso constatar que, con el texto anterior del artículo 50 de la Compilación balear, que como el vigente, no se refieren al problema de la computación de donaciones, J. VALLET DE GOYTISOLO *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, t. 1, Las legítimas, vol. 1.º*, Madrid, 1974, p 477 estimase que lo más justo era atender al valor del objeto de la definición hecho en el momento de la donación.

¹⁷² Que el apartado recibe el tratamiento de un extraño podría deducirse también en cierta medida del artículo 148 de la LDCG, que en la determinación de la legítima individual dice que el apartado «no hace número»; claro que también cabe interpretarlo a contrario, diciendo que en la determinación de la legítima individual no hace número, pero sí en la de la legítima colectiva.

¹⁷³ El tema es sumamente controvertido en la doctrina, y sobre él ha vuelto en fechas recientes M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada...*, op. cit., p. 183 y ss., para quien la solución más coherente sería mantener la imputación a la parte libre y permitir la reducción preferente de la liberalidad hecha al legitimario repudiante,

A mi juicio este último criterio debe ser también la regla general en el supuesto de apartamiento. Por lo tanto, la atribución hecha como satisfacción anticipada de su legítima (al igual que otras hipotéticas donaciones que el causante pudo haberle hecho), deben ser tratadas como hechas a un legitimario e imputadas a la parte de legítima. Sin embargo, esta solución plantea nuevas interrogantes.

Así, en caso de que los legitimarios sean los descendientes del causante, se suscita la duda sobre cómo han de hacerse las reglas de imputación cuando la atribución hecha al apartado exceda de su parte de legítima estricta. A primera vista la exigencia del artículo 825 del CC, imponiendo la voluntad expresa de mejorar, exige que la imputación se haga a la parte de libre disposición, salvo que exista la orden contraria del disponente. Haciendo un planteamiento más flexible de la exigencia del carácter expreso de la mejora J. M. Lois Puente estima que en este tipo de situaciones, el exceso sobre el tercio libre (más la parte de legítima estricta, hay que añadir), sería mejora en sentido amplio y no reducible¹⁷⁴. Abona este criterio en el parecer de este autor la analogía que puede tener el negocio de apartación con la partición por el propio testador (sería una especie de partición en vida) y el hecho de que el artículo 1075 del CC ordena que en la partición hecha por el difunto la impugnación sólo es posible en caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos. Sin embargo, no creo que la referencia a este precepto del Código añada argumentos a favor de posible «mejora tácita» por vía de apartación, pues del todo innecesaria es la referencia al respeto a las legítimas que también es imperativo para el causante. Sin lugar a dudas la solución al problema depende de la tesis que se mantenga en relación con la posibilidad de las mejoras tácitas en el seno del Código civil; si como aprecia un sector doctrinal, del artículo 825 se desprende inexorablemente que la voluntad de mejorar por parte del causante-donante ha de constar expresamente, aún cuando no se utilice la palabra «mejora»¹⁷⁵, la atribución que exceda de la parte libre más la legítima estricta del apartado habrá de ser reducida; en cambio, con la interpretación más flexible que parte de una concepción amplia del término «mejora» en el citado artículo 825, y considera que toda donación no colacionable por dispensa o por repudiación de la herencia (a lo que yo añado ahora, o por renuncia anticipada a

conclusión que a mi entender modifica, sin fundamento legal suficiente, el orden legal de reducción de los artículos 656 y 820 del CC.

¹⁷⁴ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 973; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁵ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 451.

la legítima) puede ser imputada al segundo tercio hereditario ¹⁷⁶, cabría la mejora tácita del apartado.

Entiendo que la solución al problema de imputación pasa por la interpretación del negocio de apartamiento (insisto en que se pudo renunciar sólo a la legítima estricta) y por la necesaria constancia de la voluntad de mejorar, por más que el término «expresamente» del artículo 825 del CC haya de interpretarse con flexibilidad.

Otro supuesto problemático puede ser el de apartamiento del cónyuge, cuando posteriormente se produce el divorcio o el fallecimiento del apartado, quien nunca llega a consolidar su condición de legitimario. No parece lógico que en este caso la imputación se haga a la cuota viudal legitimaria, inexistente por supuesto en caso de que el apartante no contraiga ulterior matrimonio, pero que sí existe en caso contrario. Carece entonces de toda lógica que el cónyuge viudo puede ver mermada su cuota legal por la atribución que se le hizo al anterior. Entiendo que en este caso el tratamiento de quien en su día fue apartado debe ser el de un extraño. Lo mismo sucederá en el caso de que los apartados hubieran sido los ascendientes, y posteriormente éstos hayan dejado de ocupar la posición preferente en la sucesión por el nacimiento de descendientes del apartante; a todos los efectos los ascendientes han de ser tratados entonces como extraños ¹⁷⁷.

Sin embargo, no creo que este último criterio sea extensible, como hace J. M. Lois Puente, a todos los casos en los que el apartado no sería legitimario en el momento de la apertura de la sucesión aunque no se hubiera verificado el apartamiento, hipótesis en las que este autor estima que de superar la parte disponible lo dado al apartado, la atribución tendrá que ser reducida ¹⁷⁸. No tiene esto sentido en caso de premoriencia del apartado cuando éste era precisamente un descendiente del causante, en el que el artículo 1038.1 del CC, que a pesar de su ubicación es también una norma de imputación legitimaria ¹⁷⁹, ordena la colación de lo atribuido al progenitor prefallecido en la cuota del descendiente de grado ulterior que ocupe su lugar en la sucesión.

¹⁷⁶ J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil... t. XI, op. cit.*, p. 341; similar, M. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1990, p. 233; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones, t. II, 2.ª ed.*, Barcelona, pp. 195-196.

¹⁷⁷ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil... V, op. cit.*, p. 484, a efectos de imputación.

¹⁷⁸ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 973-974; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁷⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil... V, op. cit.*, p. 484. En contra de la aplicación del artículo 1038.1 del CC, a la imputación, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada, op. cit.*, p. 183.

C) *Consecuencias del apartamiento en la determinación de la legítima individual*

De conformidad con el artículo 148 de la LDCG «*La determinación de la legítima individual entre varios legitimarios está sometida a las normas del Código Civil, con la salvedad de que el apartado a que se refiere la sección 4.ª del capítulo II de este título no hace número*». Se preceptúa pues que el apartado no sea tenido en cuenta a los efectos de la determinación de las legítimas de los demás; es como si el apartado nunca hubiese existido, al menos en su condición de eventual legitimario o como si, existiendo, hubiese repudiado la herencia una vez abierta la sucesión. Optando por esta solución, el legislador gallego no aumenta la libertad dispositiva del testador, ya que en lugar de incrementar la porción de libre disposición, lo que hace es mantener la integridad de la legítima colectiva, de forma que la cuota que hubiese correspondido al apartado incrementa la legítima de los demás¹⁸⁰. Es, en definitiva, la misma solución que para el supuesto de renuncia *ex post* mantiene el artículo 985.2 del CC, cuando en la regulación del derecho de acrecer dice «*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*».

Para la correcta comprensión de la problemática que el artículo 148 de la ley gallega plantea en lo que atañe al apartado, y tomando en consideración que éste puede ser cualquier legitimario, y no sólo los descendientes, creo oportuno diferenciar algunos supuestos.

Así, si el apartado es el cónyuge, la llamada a que «*no hace número*» en el cómputo de la legítima individual sólo puede significar que su cuota en usufructo desaparece, lo que favorece a quienes tengan derecho a la nuda propiedad de la porción correspondiente. Cuando los favorecidos son exclusivamente herederos voluntarios, por no existir descendientes o ascendientes que acrediten derecho a legítima, el hecho de que el supérstite apartado no haga número va a significar, además, la desaparición de la legítima.

Pero donde de veras tiene interés la salvedad del artículo 148 es en el caso de descendientes o ascendientes, si unos u otros tienen legitimarios de la misma clase, y la cuestión consiste en dilucidar el

¹⁸⁰ A diferencia de lo que hace el artículo 42.2 de la Compilación balear que, para fijar la legítima de los hijos, ordena que harán número «...*el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición y el declarado indigno de suceder...*», y análogamente en la legítima aplicable en Ibiza y Formentera, artículo 80 de la misma CB. Este es también el criterio del artículo 357 del CSC.

destino sucesorio de la porción legitimaria que hubiese correspondido al apartado. Es evidente que frente al apartado, sus sucesores y legitimarios el resultado es siempre la pérdida de su derecho a la legítima y a cualquier suplemento o diferencia entre lo recibido en vida del causante, y lo que hubiesen podido recibir de no mediar apartamiento. Sin embargo, frente a los demás legitimarios dicho resultado puede ser antagónico según el destino que se otorgue a la porción que hubiese correspondido a aquél. Así, desde un punto de vista teórico dos son las soluciones posibles. La primera solución pasa por entender que el legitimario apartado se cuenta, hace número o parte a los efectos de la determinación de la legítima individual, de forma que puesto que el apartado queda en todo caso excluido de la sucesión, la apartación no repercute en beneficio de los demás legitimarios, sino en beneficio de la parte de libre disposición que se verá con ello incrementada¹⁸¹. Puede decirse que, de haberse adoptado este criterio, la apartación no obstaculizaría la determinación de la legítima individual del apartado, que se haría igualmente, si bien tal porción, que no podría ser recibida por éste (salvo lo recibido anticipadamente), acrecería a la parte de herencia que no constituye legítima, quedando absorbida o subsumida en ella. La segunda de las soluciones mencionadas estima que el renunciante (en nuestro caso, el apartado) no hace número o parte para computar la legítima individual; la legítima global seguirá siendo la misma y se atribuirá al resto de los legitimarios, de suerte que para ellos es como si el apartado no existiera; así, al haber un partícipe menos, e idéntico dividendo global, hay una suerte de derecho de acrecer para el resto de los legitimarios, no variando la parte de libre disposición¹⁸².

¹⁸¹ Es el sistema que sigue, por ejemplo, el artículo 357.1 del CSC (*cf.* también el art. 376.2 del mismo cuerpo legal), tanto para el caso de renuncia, como para el de desheredación e indignidad, en los que se sigue el aforismo romano *exheredatus numerum (o partem) facit ad minuendam legitimam*, regla que se apoya en un texto de Ulpiano y que J. VALLET DE GOYTISOLO glosaba afirmando que en Cataluña, «la legítima individual se calcula incluyendo en el divisor al desheredado, pero el cociente que le hubiese correspondido no incrementa la porción de los otros legitimarios, sino que... es absorbida por el instituido o instituidos herederos» (*Las legítimas*, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 721). No obstante, L. JOU I MIRABENT, pone de manifiesto que la cuestión fue muy debatida en el Derecho histórico catalán, entre cuyos autores se observan defensores y detractores de la tesis finalmente adoptada por el artículo 130 de la Compilación de 1960, antecedente inmediato del artículo 357 del CSC (*Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, t. II, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, t. II, Barcelona, 1994, p. 1211). La misma regla se sigue también, como ya he dicho, en los artículos 42.2 y 3 y 80 de la Compilación balear.

¹⁸² Esta es la regla que acoge el Código civil cuando se produce la renuncia de un legitimario, tal y como se desprende del artículo 985.2, aplicable, según la mayor parte de los autores, también en el caso de desheredación. Sin embargo, advierte L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, que la regla puede ser lógica para el caso de renuncia –posterior a la muerte del causante, hay que advertir–, puesto que la legítima global fue atribuida en bloque al con-

La segunda de las posibilidades expuestas es la que adopta el legislador gallego, que mantiene íntegra la legítima colectiva aún en caso de apartación de algún legitimario, de modo que produciéndose ésta, los beneficiarios de la parte del apartado que no haya sido cubierta con la atribución en vida serán el resto de los legitimarios y no la porción de herencia de la que podía disponer libremente el testador.

Tal solución ha sido muy criticada por los comentaristas de la institución¹⁸³, quienes en general consideran que lo coherente con la finalidad de la institución sería que el apartado hiciera número en el cálculo de la legítima de los demás, hasta el punto de que algunos proponen una interpretación correctora del artículo 148 de la LDCG¹⁸⁴.

D) *Consecuencias del apartamiento de todos los legitimarios*

Como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, una de las singularidades del apartamiento gallego en comparación con otras figuras de renuncia anticipada de estructura y función similar a ésta, es su extensión a todos los legitimarios, que en el caso gallego, como en el del Código civil, son los descendientes, los ascendientes en defecto de los anteriores y, en todo caso, el cónyuge viudo.

Ya se ha aludido también a las consecuencias que pueden derivarse del apartamiento del cónyuge. Ahora cumple reflexionar sobre si es o no posible el apartamiento de todos los legitimarios de un orden dado cuando son varios, lo que ante el silencio de la ley ha de ser respondido necesariamente en sentido positivo. Pero siendo así, ¿qué sucede con la legítima? ¿ha de considerarse extinguida, o han de entenderse llamados los legitimarios de grado, o en su caso, de orden sucesivo? Ya vimos en su momento que en caso de apartamiento de todos los descendientes de grado preferente, no son llamados como legitimarios los descendientes del apartado, a su vez descendientes del grado siguiente del apartante, lo que deriva del artículo 134.2 de la LDCG, cuyo significado no puede ser otro que el de entender vinculada a la estirpe del apartado, que ha

junto de los legitimarios, pero no lo es en caso de desheredación, donde lo lógico sería que la parte del desheredado quedase en beneficio de la herencia, pues en rigor no hay cuota vacante ni, por tanto, derecho de acrecer (*Derecho de Sucesiones... t. II, op. cit.*, p. 572).

¹⁸³ J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 975; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 104; J. L. ESPINOSA DE SOTO/G. GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, *Derecho de Sucesiones de Galicia, op. cit.*, p. 190; A. PILLADO MONTERO, *loc. cit.*, p. 66.

¹⁸⁴ J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*, llega a afirmar que la expresión «no hace número» es una errata.

de considerarse también excluida. Esto concuerda a su vez, en caso de que el apartado sobreviva al apartante, con lo establecido por el artículo 929 del CC, en el que se establece la imposibilidad de representar a una persona viva fuera de los casos de desheredación o incapacidad ¹⁸⁵.

Si el apartamiento extingue los derechos legitimarios de todo el orden preferente, con mayor razón aún ha de entenderse extinguida la legítima del orden siguiente; y así, apartados todos los hijos (y, en consecuencia los nietos), no serán llamados los padres o ascendientes, sino que el causante habrá adquirido una plena libertad de disposición *mortis causa* al haber extinguido las legítimas ¹⁸⁶.

7. ¿EXISTE DERECHO DE REVERSIÓN DE LO ATRIBUIDO EN CASO DE PREMORIENCIA DEL DESCENDIENTE APARTADO?

Aunque el asunto no es, ni mucho menos pacífico, el derecho de reversión o retorno que tienen los ascendientes en las cosas dadas «a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad», según reza el artículo 812 del CC conforma, en mi consideración, un derecho de naturaleza sucesoria renunciable *ex ante* por el ascendiente donante, de suerte que si esa renuncia concurre, la reversión no se producirá ¹⁸⁷.

En principio, sea cual sea su consideración (¿sucesión legitimaria o sucesión intestada?), cabe albergar pocas dudas acerca de la aplicación del citado artículo 812 en el Derecho civil gallego. Las normas de la Ley de Derecho civil de Galicia no constituyen un sistema sucesorio completo y autointegrable, al modo que sucede por ejemplo ahora con el Derecho de Sucesiones catalán, sino que bien sea por la aplicación de la técnica de las remisiones (art. 152.1 LDCG), bien por la de la supletoriedad del Derecho civil estatal (art. 3.1 LDCG), lo cierto es que el derecho de reversión está tam-

¹⁸⁵ Aunque los descendientes del apartado puedan ser llamados a la herencia del apartante cuando se abra la sucesión intestada de éste último, dándose el supuesto del artículo 923 del CC.

¹⁸⁶ En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 976; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 104-105; A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 976.

¹⁸⁷ Opinión, por cierto minoritaria en nuestra doctrina. *Vid.*, al respecto, en sentido contrario, J. LÓPEZ GARZÓN, «La resesión legal de donaciones», *ADC*, 1959, pp. 847-937, espec. pp. 904 y 926; A. ROMÁN GARCÍA, *El derecho de reversión legal. Análisis del artículo 812 del Código civil español*, Madrid, 1984, p. 129; J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 151. La tesis que sustento en el texto la mantiene también L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones, t. II, op. cit.*, p. 174.

bién vigente en Galicia. Ninguna de las instituciones propias del Derecho civil gallego, son incompatibles con él. Debe, asimismo, tomarse en consideración que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con el recobro de liberalidades del Derecho aragonés, aplicables sólo en la sucesión legal¹⁸⁸, el derecho de reversión o retorno del artículo 812 se aplica tanto en la sucesión voluntaria como en la legal (art. 942 del CC)¹⁸⁹; por ello no queda excluido en caso de apartamiento.

Sentada esta premisa cumple preguntarse si, en caso de apartamiento de un hijo por parte de sus padres (o de cualquiera de ellos) pueden los padres recobrar los bienes atribuidos, en el caso de que fallezca sin posteridad el hijo favorecido con la atribución¹⁹⁰. Piénsese, por ejemplo, que lo atribuido en apartamiento es un bien inmueble y que el hijo fallece en estado de casado, pero sin hijos, habiendo nombrado heredera universal a su esposa, ¿cuál ha de ser el destino del inmueble? Por añadidura, la hipótesis se puede complicar en el caso de que el inmueble donado hubiera constituido además la vivienda familiar del donatario pre-fallecido y de su esposa, en cuyo caso, el hipotético derecho de reversión podría chocar frontalmente con los derechos sobre la vivienda habitual que se otorgan al viudo al liquidar la sociedad de gananciales; en concreto, en el caso de una sucesión sometida al Derecho civil de Galicia podría entrar en juego el párrafo segundo del artículo 152 de la LDCG para el caso de que el causante hubiese fallecido intestado o sin otorgar disposición a favor de su consorte, en el que éste puede cubrir su cuota usufructuaria sobre los bienes gananciales y ante la insuficiencia de éstos, sobre los privativos del causante (como sería el caso de la vivienda donada al hijo premuerto)¹⁹¹.

En su momento expuse varias razones que sustentaban la naturaleza onerosa del apartamiento, lo que en principio bastaría para negar la posibilidad de la reversión, toda vez que ésta tiene virtualidad en el caso de la donación. Sin embargo, la híbrida naturaleza del apartamiento, cuyos perfiles parecen querer esca-

¹⁸⁸ Cf. artículos 209 y 210 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, de Aragón.

¹⁸⁹ Es cierto que el artículo 942 lo declara aplicable en la sucesión intestada y en la testamentaria porque, lógicamente, no se está planteando su pertinencia en el caso de sucesión contractual.

¹⁹⁰ La cuestión se la planteó ya, con relación a la definición mallorquina, J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 783, quien se inclinaba por la respuesta positiva. Las sentencias ya citadas de la A.P. de Baleares, de 29 de noviembre de 1991, y la del TSJ de Baleares, de 28 de mayo de 1992, negaron la reversión.

¹⁹¹ *Vid.* el comentario a este precepto, M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 1202 y ss.

par de la dualidad oneroso/gratuito, y al que para evitar males mayores le hemos aplicado normas sobre computación o imputación legitimaria propia de las donaciones, hace insuficiente esta argumentación. Además, la doctrina resalta la existencia del derecho de reversión o retorno en caso de atribuciones patrimoniales igualmente híbridas, como la donación modal o remuneratoria¹⁹², por lo que se hace pertinente el análisis más detallado de la cuestión.

Así, desde otro punto de vista, puede mantenerse que el descendiente que premuere a su causante no llega a ser legitimario de éste, y por lo tanto, en cierta medida la atribución que en pago de la legítima le hizo en su día el ascendiente queda privada de su causa determinante y puede volver a quien a manos de quien la atribuyó. Sin embargo, a mi juicio esto contradice el «*carácter definitivo*» que el artículo 134 predica de las consecuencias del negocio de apartamiento y contradice la naturaleza aleatoria de éste que, según se vio, también le era propia.

Por tanto, por su condición definitiva o irrevocable, el pacto sucesorio de apartamiento conlleva una atribución que no puede estar sujeta a la reversión del artículo 812, y ello aún en el caso de que, como es también posible, el ascendiente donante no haya hecho renuncia de su derecho.

IX. SUPUESTOS DE INEFICACIA DEL APARTAMIENTO

1. INTRODUCCIÓN

Se ha hecho hasta ahora referencia a los efectos que puede producir un negocio de apartación y se acaba de hacer mención a su carácter tendencialmente definitivo o irrevocable, concorde además con su naturaleza de negocio bilateral *inter vivos*¹⁹³. Sin embargo, no cabe duda que determinados avatares o circunstancias posteriores a su otorgamiento pueden derivar en la pérdida de efectos del negocio traslativo y del efecto extintivo de la legítima que derivan de la causa que le es propia. Varias son las situaciones que, por su relativa importancia, me interesa plantear: en primer lugar, la posible utilización en esta figura de las técnicas de la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico; en segundo lugar, la

¹⁹² L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones... t. II, op. cit.*, p. 175.

¹⁹³ Para J. M. PRADA GONZÁLEZ, la revocabilidad e irrevocabilidad son calificativos paralelos a los de gratuito y oneroso («La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos», *AAMN*, t. XVI, 1968, pp. 255-393, espec. p. 305).

suerte que ha de correr el apartamiento en caso de que el apartado no llegue a ser efectivamente legitimario, haciendo una mención especial a la hipótesis de posterior separación o divorcio del cónyuge apartado; en tercer término se estudiará la revocación y el mutuo disenso en el apartamiento; en cuarto lugar, cabe cuestionar la posibilidad de utilizar el mecanismo de la rescisión por lesión, en el supuesto de que la atribución del apartado sea manifiestamente inferior al valor de su legítima; en último término, analizaremos el uso de la técnica de la rescisión por fraude, cuando este negocio se pretenda utilizar para defraudar los intereses de terceros.

2. NULIDAD O ANULABILIDAD DEL APARTAMIENTO

Siendo el apartamiento un negocio *inter vivos*, estimo que le serán aplicables las técnicas de la nulidad y la anulabilidad del contrato, sin los matices que a estas figuras de invalidez presta el negocio testamentario. Así, las características propias del apartamiento hacen posible la instancia de su nulidad en caso de falta de consentimiento, objeto o causa del negocio, como ocurrirá cuando se pretenda una apartación a cambio de nada, o cuando el negocio sea absolutamente simulado. Lo mismo sucederá en caso de que el apartamiento no conste en escritura pública, al tratarse, como ya se dijo, de un negocio de carácter solemne. En estos casos cualquier persona con interés legítimo podrá ejercitar la correspondiente acción de nulidad. En determinados supuestos puede darse incluso, la conversión de la apartación nula en una donación como anticipo de legítima válida y eficaz.

Asimismo, será posible instar la anulabilidad del negocio cuando apartante o apartado hayan sufrido algún vicio del consentimiento de los que pueden dar lugar a esta modalidad impugnatoria. Tal sucederá, por ejemplo, en caso de apartante o apartado menores de edad o incapacitados, o en el supuesto de que cualquiera de ellos sufra error, dolo o violencia, en los términos de los artículos 1300 ss. del CC. Los únicos sujetos que entonces podrán interponer la acción son el apartante o el apartado afectados por el vicio o la incapacidad, nunca los demás herederos o legitimarios, aunque el pacto de apartamiento les haya perjudicado. En tales situaciones, creo que el apartamiento será susceptible de confirmación, que podrá ser expresa o tácita, y producirá la purificación del negocio desde su celebración (art. 1313 del CC).

3. INEFICACIA SOBREVENIDA EN ALGUNOS CASOS EN LOS QUE EL APARTADO NO CONSOLIDA SU POSICIÓN LEGITIMARIA

Puede tener cierto interés preguntarse por la suerte del apartamiento en el caso de que el apartado no llegue a consolidar su expectativa legitimaria. A lo largo de esta exposición he puesto varias veces de manifiesto la irrelevancia que para la eficacia del negocio tiene, por ejemplo, la premoriencia del apartado al apartante, o la repudiación de la herencia por el apartado, una vez abierta la sucesión.

Sin embargo, la cuestión puede tener algo más de enjundia en el caso de que, como sanción a su reprochable comportamiento, el apartante proceda a la desheredación del apartado, o éste sea declarado indigno para suceder. En principio parecería que ninguna de estas dos figuras tendrían juego alguno en el marco de la apartación, ya que la atribución se hizo en virtud del contrato *inter vivos* y no se puede ver afectada por circunstancias que impiden la sucesión *mortis causa*. Cabría pensar que esta solución peca de demasiado simplista si se toma en consideración que se trata de sanciones a la conducta reprobable del apartado que el ordenamiento considera merecedora de reproche jurídico. Sin embargo, no veo cómo una posterior declaración de indignidad o una desheredación justa del apartado puedan dejar sin efecto la atribución hecha en su día en un contrato que contaba con todos los requisitos necesarios para su validez¹⁹⁴. Probablemente lo más justo sería que, dado lo reprobable de las conductas que dan lugar a la desheredación o la indignidad, se permitiese la revocación unilateral por el apartante de la atribución hecha en su día, cuestión que en seguida trataré de analizar. Sin embargo, puede que el causante no llegue a conocer la causa de indignidad, caso en el cual no puede hacerla valer de ningún modo, e incluso tal causa puede ser posterior a la muerte del causante (art. 756.4 del CC); en estas situaciones está claro que la declaración de indignidad va a suponer la pérdida de los eventuales derechos en la sucesión testada o intestada que pudieran corresponderle a la apartado, pero no creo que la sanción pueda ser extendida a la atribución hecha en vida a cambio de la expectativa legitimaria.

¹⁹⁴ En contra de esta opinión, acepta la aplicación de la desheredación justa a la definición balear, J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 783; asimismo, considerando razonable aplicar al pacto abdicativo, si éste llega a ser algún día admitido en el Código civil, las causas de desheredación y de indignidad para suceder, P. de BARRÓN ARNICHES, *La renuncia a la legítima futura*, tesis doctoral inédita, p. 379.

Una situación especial se puede producir en el caso de que el apartado sea precisamente el cónyuge y posteriormente se produzca la separación o el divorcio. ¿Puede ser esto causa de la ineficacia de la atribución? A este respecto, aunque la atribución no sea genuinamente una donación, ni mucho menos una donación por razón de matrimonio creo que, tomando en consideración que es precisamente el matrimonio y su subsistencia el que otorga en este caso la condición de legitimario eventual, tendría sentido la aplicación analógica del artículo 116.2 de la LDCG que, sin demasiada corrección técnica, determina los supuestos en los que la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial conducen a la ineficacia de la donación *propter nuptias*.

4. REVOCACIÓN UNILATERAL Y MUTUO DISENSO

El tema de la posible ineficacia sobrevenida de la apartación por la voluntad unilateral o concorde de ambos sujetos intervinientes, es puesto en relación con la mención al «*carácter definitivo*» que de sus efectos proclama el artículo 134 de la LDCG por V. Gutiérrez Aller, quien interpreta la referencia citada estimando que por ese mismo carácter no cabe ni revocación ni siquiera mutuo disenso, añadiendo que naturalmente las partes pueden acordar que vuelvan los bienes al apartante, pero en tal supuesto habrá que formalizar un nuevo acto de disposición patrimonial, y no por ello el apartado recuperará la condición de legitimario presunto¹⁹⁵.

Por mi parte creo que tal postura es exagerada e incorrecta. Desde luego, como se verá, no existe obstáculo en que el apartamiento, como cualquier otro contrato sucesorio, pueda quedar sin efecto por la común voluntad de quienes lo acordaron inicialmente. No sólo no hay razones que se opongan a ello, sino que además la plena admisibilidad de mutuo disenso se confirma en la Disposición Adicional Primera, párrafo 2 de la propia Ley de Derecho Civil de Galicia, donde se afirma que «*La modificación o extinción de los pactos sucesorios por acuerdo de las partes se ajustarán a las mismas formalidades que el pacto que se modifica o extingue...*». Por consiguiente, sólo el fallecimiento del apartante o el apartado veda el mutuo disenso en el apartamiento¹⁹⁶. Pactada la extinción de la apartación, procederá la «*restitución recíproca de prestaciones*», que en este caso va a significar la recuperación de lo atribui-

¹⁹⁵ V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 96.

¹⁹⁶ El mutuo disenso es también admitido, como no puede ser de otra manera, por J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op.cit.*, p. 980.

do por el apartante, y la recuperación de la condición de legitimario en el apartado. Respecto de lo primero considero, con M. A. Pérez Álvarez ¹⁹⁷, que el pacto subsiste hasta el necesario acuerdo de voluntades de las partes para dejarlo sin efecto y el desestimiento mutuo producirá efectos *ex nunc*; por lo tanto, en su caso la restitución de los bienes habrá de hacerse en el estado en que se encuentren en el momento del acuerdo extintivo, y no en el que tenían en el momento de la apartación, todo ello, claro está, salvo pacto en contrario.

Pero es que, además de la posibilidad de este mutuo disenso, estimo que también en ciertos casos el negocio de apartamiento puede quedar sin efecto por la voluntad unilateral de uno de los intervinientes. Aparentemente esto contradice un principio considerado básico por muchos autores en la doctrina de los pactos sucesorios: el de su esencial irrevocabilidad, como consecuencia ineludible de su bilateralidad. Así, por ejemplo, J. L. Lacruz define el contrato sucesorio como «aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad no pudiendo revocarse dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral» ¹⁹⁸; sin embargo, el dogma de la irrevocabilidad del pacto no es indiscutido por los autores, no faltando quien rechaza que tal característica sea esencial al contrato sucesorio ¹⁹⁹. A mi juicio, esta última postura es la más acertada, pues aunque no cabe duda que como ocurre en todo tipo de contratos la regla general es la irrevocabilidad, derivada de la esencia bilateral del acuerdo, existen supuestos en los que, por una u otra vía, uno sólo de los intervinientes pueden desvincularse de lo pactado ²⁰⁰, como se demuestra en la propia Ley de Derecho civil de Galicia que expresamente regula, por partida múltiple, la posibilidad de revocación del pacto

¹⁹⁷ M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 1380.

¹⁹⁸ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 381. Asimismo, para E. ROCA TRÍAS, el contrato sucesorio es un negocio jurídico bilateral que tiene como finalidad la ordenación, de forma irrevocable, del destino total o parcial de la herencia del futuro causante (*Derecho civil. Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 293). La irrevocabilidad esencial del pacto sucesorio es también la opinión sostenida por I. BELUCHE RINCÓN, «La donación *mortis causa* (desde la prohibición de los pactos sucesorios)», *ADC*, 1999, pp. 1059-1108, espec. pp. 1087-1088.

¹⁹⁹ Así, G. VISMARA, *Storia dei patti successori, op. cit.*, p. 3. Recientemente también considera dogmáticamente posible el pacto sucesorio revocable M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual...*, *op. cit.*, pp. 29 y ss., con cita de otros autores españoles que también lo sustentan.

²⁰⁰ En este sentido, el propio J. L. LACRUZ BERDEJO enumera una serie de situaciones en las que a su juicio el causante puede desistir del contrato sucesorio, *Notas a Binder...*, *op. cit.*, p. 149. El ejemplo tradicional en la doctrina española de pacto sucesorio revocable es el heredamiento preventivo catalán, al que puede añadirse ahora con carácter general la previsión de revocación unilateral de los pactos sucesorios en el artículo 86 de la LSCM aragonesa.

de usufructo voluntario de viudedad²⁰¹. Veamos cuáles pueden ser estos supuestos en el apartamiento.

Desde la óptica del apartado creo que resulta de plena aplicación de la regla del 997 del CC, de conformidad con la cual la repudiación de la herencia (en este caso de la expectativa legitimaria) una vez hecha es irrevocable²⁰². Creo que quien acepta o renuncia a una sucesión *mortis causa* toma una decisión definitiva, y ninguna razón hay para que la regla sea la inversa en el caso de que —por admitirlo la ley— la declaración unilateral del aceptante o el repudiante anteceda a la muerte del *de cuius*.

En cambio creo que las posibilidades de revocación unilateral existen desde la perspectiva del apartante. Pocas líneas más arriba hice mención de la hipótesis de que, ante conductas especialmente reprobables por parte del apartado, el causante tuviese a su alcance tal vez la posibilidad de desheredación o de invocar la concurrencia de una causa de indignidad, o incluso la de acudir a la revocación de la atribución por causa de ingratitud; se trataría pues, en este último caso, de una especie de aplicación analógica del artículo 648 del CC al caso de la apartación. Personalmente considero adecuada esta aplicación analógica²⁰³, aunque sin duda el carácter híbrido del apartamiento, cuya consideración como gratuito u oneroso resulta, como ya vimos, enormemente discutible, complica la utilización en su auxilio de los preceptos relativos a las liberalidades; precisamente por ello, hubiera sido preferible que la Ley de Derecho Civil de Galicia hubiese incluido, dentro de un más que conveniente conjunto de disposiciones generales dedicadas a todos los pactos sucesorios que acoge, una norma similar al § 2294 del BGB, donde se admite el cauce de revocación unilateral del contrato sucesorio por parte del causante, en caso de mala conducta del beneficiario del mismo²⁰⁴.

Finalmente, en consonancia con la admisión de la condicionalidad o modalización del apartamiento, creo posible la revocación en caso de que la atribución se haya hecho en consideración a ciertas

²⁰¹ Vid. no obstante, las dificultades interpretativas que plantea la citada revocación del usufructo viudal en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º*, pp. 812 y ss.

²⁰² Es también la opinión, para la definición, J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 782.

²⁰³ Que en general aprecia para los pactos sucesorios positivos J. L. LACRUZ BERDEJO, *Notas a Binder...*, *op. cit.*, p. 149.

²⁰⁴ De conformidad con este precepto, el causante puede resolver una disposición contractual si el designado se hace culpable de una falta que autorice al causante para la privación de la legítima o, en caso de que el designado no pertenezca a los titulares de la legítima, le autorizaría a tal privación si el designado fuese un descendiente del donante.

cargas u obligaciones que el apartado deba cumplir, cuando éstas no hayan sido efectivamente cumplidas.

En todos estos casos, la pérdida de la atribución por el apartado será correlativa a la «recuperación» de su condición legitimaria (que en su caso podrá ser eliminada por desheredación o indignidad, pero ya una vez abierta la sucesión), al haber perdido su causa la extinción a la que el pacto dio lugar.

5. RESCISIÓN POR LESIÓN

Tanto al aludir al carácter aleatorio del negocio de apartamiento, como en el estudio de la cuantía de la atribución dada por el apartante al apartado, manifesté ya mi opinión contraria a la utilización en la hipótesis de apartamiento del remedio de la rescisión por lesión.

Que la rescisión por lesión queda vedada en el caso de que lo atribuido al apartado sea manifiestamente inferior a lo que le correspondía como legitimario, en el momento del cálculo efectivo de la legítima, se desprende sin más del tenor literal del artículo 134 de la LDCG, que literalmente considera al apartado excluido de su condición de legitimario con carácter definitivo «*cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*», lo que pone en evidencia el deseo del legislador de que la exclusión no dependa en absoluto de los vaivenes de la fortuna del causante de la sucesión.

Por mi parte, estimo que tampoco existe el recurso a la rescisión *ultra diminium* cuando la discrepancia en menos entre la atribución al apartado y el valor de su legítima (mejor dicho, de lo que sería su legítima si en ese momento se abriese la sucesión) se refiera al tiempo de la apartación. No porque la aleatoriedad que se predica del apartamiento sea incompatible con la rescisión²⁰⁵, sino porque no tiene cabida aquí ninguna de las situaciones a las que, según el artículo 1291. 1 y 2 del CC, se puede aplicar el remedio. En ambos casos se trata de un remedio que tutela los derechos de personas incapacitadas o ausentes, que nunca podrán tener la condición de apartados.

Cabría, según anticipé, entender que lo procedente en el caso era la aplicación del artículo 1075 del CC, por la analogía que en el apartamiento puede presentar con una partición hecha por el difun-

²⁰⁵ Como parece entender J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 93; pero *vid. supra*.

to, si bien con carácter anticipado. Como es sabido, este precepto admite la rescisión de este tipo de partición cuando la misma perjudique la legítima de los herederos forzosos; sin embargo esta lesión habría de producirse en el momento del cálculo de la legítima y no en el de la apartación, lo que como ya he dicho no cabe en el marco de la apartación gallega. Además, aunque se tratase como una «partición anticipada» no se debe olvidar que fue pactada con el apartado, y que éste se mostró conforme con ella, con lo que una ulterior impugnación de su eficacia por causa de lesión sería contraria a la prohibición de ir contra los actos propios. Evidentemente, lo que tendría el apartado a su alcance, en caso de que el perjuicio hubiese sido dolosamente causado, o él hubiese sufrido un error que viciase su consentimiento, es la acción de anulabilidad.

6. RESCISIÓN POR FRAUDE

En otros momentos del presente trabajo me planteo ya la hipótesis de que el negocio de apartamiento pudiese significar en alguna medida un fraude a los intereses de terceros y que, precisamente por ello, existiese la posibilidad de que dichos terceros pudieran ejercitar una acción revocatoria basada en el fraude. ¿Quiénes pueden ser esos terceros eventuales legitimados para el ejercicio de una acción basada en el fraude? A mi entender sólo los acreedores del apartante o los acreedores del apartado, pues los legitimarios de los intervinientes, o gozan como ya hemos visto de otros instrumentos de protección más idóneos, o carecen en absoluto de la posibilidad de impugnar un apartamiento válido (caso de los legitimarios del apartado). Cabría también suscitar las posibilidades impugnatorias basadas en el fraude de sus derechos de los acreedores hereditarios (fueran o no acreedores personales del causante), para los que algún Código como el suizo contiene una previsión legal, y respecto de los que, como era de esperar, nada dice la Ley de Derecho civil de Galicia²⁰⁶. Veamos qué solución cabe ante estos posibles conflictos, suscitados muchas veces –aunque no siempre– por la falta de equivalencia entre las prestaciones del apartante y el apartado.

Ya he dicho con reiteración, que la tipificación legal del negocio de apartamiento no permite otorgar validez a una apartación en

²⁰⁶ Es de resaltar que, en la crítica que J. FERRER PONS hace de la definición balear, este autor señala que todos los inconvenientes de la institución, menores en todo caso que sus ventajas, pueden resumirse en una: el peligro de su otorgamiento en fraude de acreedores (*Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit., p. 792*).

la que la contraprestación recibida por el apartado sea irrisoria o francamente inferior al valor de la expectativa legitimaria (lo que podría denominarse como apartamiento *nummo uno*). He dejado sentado también que si un negocio abdicativo de estas características se realiza, no puede ser rescindido por lesión, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho catalán. La cuestión que me planteo ahora es si un negocio de tal tipo es o no impugnabile por los acreedores del apartado que ven mermadas sus posibilidades de cobro al extinguir éste su expectativa legitimaria a cambio de una contraprestación de escaso o nulo valor patrimonial. Se dirá que en realidad en estos casos estamos más ante un supuesto de simulación que de fraude, con lo que la sanción sería la nulidad del negocio y no su posible rescisión. Sin embargo sabemos la dificultad que muchas veces acarrea la prueba de la simulación por lo que, como se desprende de cierta jurisprudencia reciente, no está de más que el acreedor perjudicado ejercite, si es el caso, ambas acciones simultáneamente²⁰⁷. La cuestión es decidir si en un supuesto de renuncia a la legítima gratuita o al menos mixta se da una situación de fraude objetivo que permita a los acreedores del apartado perjudicados impugnar el apartamiento con independencia de la intención que movió al apartado (y al apartante) a actuar como lo hizo; una conclusión de tal tipo podría tener encaje tanto en la interpretación conjunta de los artículos 1297.1 y 643 del CC que permite apreciar una situación objetiva de fraude en todos los negocios que tienen una causa más débil que la que da origen al derecho del acreedor impugnante, como en el artículo 6.2.º de la que puede extraerse la regla general que prohíbe la renuncia en perjuicio de los acreedores²⁰⁸. Pues bien, en mi opinión la respuesta ha de ser en este caso negativa, porque en el momento que se produce esa renuncia del apartante éste no está abdicando de un derecho cuyo contenido patrimonial tenga interés para los acreedores del renunciante; sólo renuncia a una expectativa sobre la que, de momento, los acreedores no pueden ejercitar derecho alguno²⁰⁹. Otra cosa es que en el plazo de ejercicio de la acción revocatoria (cuatro años) se produzca el fallecimiento del causante y los efectos de aquélla renuncia se materialicen en la no recepción de la legítima a que de otro modo el apartado tendría derecho. Probablemente entonces, de no proceder

²⁰⁷ STS de 7 de julio de 1995, RJA, núm. 5.594.

²⁰⁸ Vid. la exposición de los argumentos que amparan ambas conclusiones en C. JEREZ DELGADO, *op. cit.*, pp. 179 y ss. y 297 y ss.

²⁰⁹ Es significativo en este sentido el párrafo segundo del artículo 351 del CSC, a cuyo tenor «La legítima no deferida no podrá ser objeto de embargo o de ejecución por deudas de los presuntos legitimarios».

la nulidad por simulación, los acreedores del apartado (cuyos créditos fuesen anteriores al negocio de apartamiento, vencidos o no) podrían intentar la revocación por la vía genérica del artículo 1291.3.º del CC, que podría además completarse con la utilización de la acción prevista en el artículo 1001 del CC en el caso de que, además de haber renunciado anticipadamente a la legítima, les correspondiese suceder, ahora como herederos (voluntarios o legales) y renunciasen también a la herencia.

Distinta es la situación en la cual existe una falta de equivalencia entre las prestaciones del apartado y el apartante en el sentido cabalmente contrario al que se acaba de indicar. Es decir, la adjudicación del apartante al apartado es notablemente superior al valor estimado de la expectativa legitimaria del apartado. ¿Cabría entonces que los acreedores del apartante impugnasen el negocio por fraude a sus legítimos derechos? Es más, aún cuando esa falta de equivalencia entre las prestaciones no se diese, ¿podrían impugnarlo igualmente, puesto que el empobrecimiento patrimonial que el apartamiento significa para el apartante menoscaba en todo caso el derecho de esos acreedores? Desde una perspectiva tradicional, los comentaristas de la ley gallega han visto dificultades en la posible utilización de la rescisión por fraude por parte de los acreedores del apartante, fundadas precisamente en el carácter oneroso del negocio de apartación, que exigiría para la utilización del remedio la prueba del *consilium fraudis* (confabulación del deudor y del apartado para defraudar)²¹⁰. Por eso algunos de ellos han considerado que al menos frente a los acreedores del apartante el negocio de apartamiento ha de tratarse como un negocio lucrativo, a fin de que se pueda presumir *iuris et de iure* el fraude. Sin embargo, creo al mismo resultado práctico se puede llegar con mejor argumentación.

En efecto, de nuevo se puede acudir a los atinados intentos de la doctrina que trata de bosquejar un concepto objetivo de fraude en el que también pueden caer algunos negocios onerosos (o al menos, que no son puramente gratuitos). La utilización de la acción pauliana por parte de los acreedores en un negocio de apartamiento en el que incluso pueda existir una cierta equivalencia entre las prestaciones puede ampararse, desde esta perspectiva objetivadora, en el artículo 1292 del CC, para el caso de que los acreedores lo sean por deudas vencidas y exigibles. En el precepto que se acaba de mencionar se declaran rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, supuesto en el que

²¹⁰ A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 257-258.

la revocación es independiente de si existió o no intención de defraudar o tan siquiera conciencia del daño²¹¹. Bajo la consideración del apartamiento como un pago anticipado de la legítima ¿no se puede interpretar que estamos precisamente en la situación descrita? Es evidente que el apartante no tiene obligación alguna de satisfacer en vida la legítima del apartado, y sin embargo lo hace; cuando con dicho pago perjudica a sus propios acreedores estamos sin duda en el situación prevista en el artículo 1292 que, con esta interpretación, permitiría la revocación basada en el fraude objetivo por parte de los acreedores cuyos créditos fueran vencidos y exigibles en el momento del apartamiento.

Pero además, en el caso de que la prestación dada por el apartante al apartado fuese notablemente superior al valor de la expectativa legitimaria la posible utilización de la acción rescisoria podría tener también otro fundamento, aún cuando no exista o no se pueda probar la intención de defraudar. Algunos autores recientes tratan de extender, a mi juicio con argumentos convincentes, la posibilidad de aplicar la presunción absoluta de fraude a las transmisiones onerosas en las que existe un notable desequilibrio entre el valor del bien y el de la contraprestación acordada, si como consecuencia directa de ello se provoca una lesión al derecho de crédito de los acreedores del transmitente²¹², supuesto en el que el tercero (en nuestro caso el apartado) si es de buena fe podría optar por el pago del crédito o por la restitución de las prestaciones al estado inicial, si quiere evitar la operatividad de la rescisión; de existir mala fe se verá sometido a las consecuencias previstas en el artículo 1298 del CC.

En fin, una vez causada la sucesión, ¿tienen los acreedores hereditarios alguna posibilidad de impugnar el negocio de apartamiento? Pensemos en acreedores del causante cuyos créditos fueron posteriores al negocio en cuestión, o en acreedores por obligaciones hereditarias nacidas precisamente de la causación de la sucesión. Es cierto que los herederos reciben como consecuencia de la apertura del fenómeno sucesorio la titularidad pasiva de esas obligaciones; pero ¿y si aceptan a beneficio de inventario y la herencia resul-

²¹¹ C. JEREZ DELGADO, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

²¹² Tesis adelantada por M. MORALES MORENO, quien en el Prólogo a la obra citada de C. JEREZ DELGADO dice «¿Resulta razonable que pueda la autonomía de la voluntad del deudor transformar la valoración típica de ese acto en el mercado, como acto gratuito o acto de favor, por la de acto oneroso, para cubrirlo con el velo de esa naturaleza y convertirlo en inatacable para los acreedores? Creo que no. El poder de configuración de la autonomía de la voluntad debe ceder en estos casos ante la lesión que el acto produce a los acreedores. De este modo se produce un ensanchamiento de la idea de gratuidad, y se objetiva el fraude». La idea es desarrollada por la propia C. JEREZ DELGADO, *op. cit.*, pp. 273 ss.

ta insolvente? ¿pueden esos acreedores hacer algo sobre los bienes recibidos por el apartado? Existe un precepto del Código civil suizo que precisamente responde a esta cuestión²¹³. Nada similar existe en nuestro Derecho, donde estos acreedores sólo podrán utilizar los mecanismos revocatorios en la medida permitida por los preceptos generales del Código civil (arts. 6.2.º, 1111, 1291.3.º, 1292, 1297 y 643.2).

²¹³ Artículo 497: «El renunciante y sus herederos pueden, si la sucesión es insolvente en el momento en el que se abre y si los herederos del difunto no adquieren las deudas, ser llamados por los acreedores hereditarios, hasta la concurrencia de los bienes que han recibido en virtud del pacto sucesorio en los cinco años anteriores a la muerte del disponente y en la medida en que se hubiesen enriquecido a causa de la devolución».

