

This is an PUBLISHED VERSION of the following document:

BUSTO LAGO, J.M. «Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar», Revista Jurídica de les Illes Balears, núm. 18, 2020 (págs. 15 a 59). ISSN = 1697-1272

https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2020/06/RJIB_18.pdf

General rights:

© Institut d'Estudis Autonòmics i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears © Los autores

Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de A Coruña

RESUMEN

La peculiaridad del pacto sucesorio de apartación regulado en el Derecho civil propio de Galicia radica en su objeto: a cambio de la percepción actual de un bien o derecho, el legitimario renuncia a esta condición en la herencia del transmitente. Se trata por lo tanto de un anticipo de la legítima en vida, sin que se exija correspondencia alguna entre lo recibido por el legitimario que deja de serlo y las expectativas legitimarias de este. El pacto sirve tanto para garantizar la absoluta libertad dispositiva «mortis causa» del causante transmitente, como para adjudicar una explotación económica indivisa a un legitimario que asuma su titularidad y su gestión en vida del transmitente. Comoquiera que este pacto es susceptible de causar perjuicios, cabe determinar las posibilidades de actuación de los afectados cuyos derechos resulten defraudados. Esta cuestión debe resolverse con arreglo a las normas generales del Código Civil.

Palabras clave: pactos sucesorios, legítima, legitimarios, renuncia a la legítima, anticipo de la legítima, apartación sucesoria.

RESUM

La peculiaritat del pacte successori d'apartació regulat en el dret civil propi de Galícia rau en el seu objecte: a canvi de la percepció actual d'un bé o dret, el legitimari renuncia a aquesta condició en l'herència del transmetent. Es tracta per tant d'una bestreta de la llegítima en vida, sense que s'exigeixi cap correspondència entre allò que rep el legitimari que deixa de ser-ho i les expectatives legitimàries d'aquest. El pacte serveix tant per garantir l'absoluta llibertat dispositiva «mortis causa» del causant transmetent, com per adjudicar una explotació econòmica indivisa a un legitimari que assumeixi la seva titularitat i la seva gestió en vida del transmetent. Donat que aquest pacte és susceptible de causar perjudicis, escau determinar les possibilitats d'actuació

dels afectats els drets dels quals resultin defraudats. Aquesta qüestió s'ha de resoldre d'acord amb les normes generals del Codi civil.

Paraules clau: pactes successoris, llegítima, legitimaris, renúncia a la llegítima, bestreta de la llegítima, apartació successòria.

ABSTRACT

This paper analyses one of the agreements as to succession regulated by Galician private law: the «separation agreement» (pacto de apartación). The essence of this agreement has to do with its purpose: the relative entitled to the legitime agree to waive its right to it in the other party's succession in exchange for a certain asset or right. Therefore this agreement provides the person entitled to the legitime with a payment in advance of that legitime (the asset, the right), although there is no need for what that right or asset is worth to correspond exactly with the value of the legitime in itself. The «separation agreement» might be used for ensuring that the testator has total freedom of choice when deciding on his succession; but it is also frequently concluded so as to make possible to leave the family enterprise, as a whole, to one of the testator's descendants. As this kind of agreement as to succession may cause damage to the decedent's creditors, as well as to the «separated's» (apartado) creditors, it is important to ascertain the legal remedies available for them in the event that their rights are defrauded. These remedies must be looked for within the general rules of the Civil Code.

Key words: Agreements as to succession, legitime, persons entitled to the legitime, waiver to the legitime right, payment in advance of the legitime, separation agreement.

SUMARIO

I. Concepto y aproximación inicial. II. Régimen jurídico aplicable a todo pacto sucesorio otorgado conforme al Derecho civil propio de Galicia. III. Naturaleza jurídica del pacto de apartación. IV. Requisitos subjetivos del apartado. 1. Condición de legitimario. 2. La situación del apartado que pierde sobrevenidamente su condición de legitimario. 3. Eficacia subjetiva del pacto de apartación. 4. Exclusión de la condición de heredero ab intestato. V. La prestación a cargo del apartante. VI. El carácter colacionable de lo dado en la apartación. VII. Pérdida de eficacia sobrevenida de la apartación: ¿mutuo disenso y revocación unilateral? VIII. Los acreedores y el pacto de apartación. 1. La posible utilización de la apartación para defraudar los derechos de los acreedores. 2. El poder de agresión de los acreedores. A. Los acreedores del apartado. B. Los acreedores del apartante. C. ¿Los legitimarios no apartados pueden impugnar el negocio de apartación que perjudique sus legítimas?

I. Concepto y aproximación inicial

Los pactos sucesorios se erigen como una institución especialmente útil para enfocar la transmisión sucesoria de la empresa familiar y articular, de manera adecuada y ordenada, el relevo generacional en sus órganos de administración y de gobierno corporativo,¹ si bien, como es conocido, el Codificador civil español decimonónico optó por asumir, como principio general acorde con lo que ha sido el Derecho histórico en esta materia, heredero, a su vez, del Derecho romano, la interdicción de la delación paccionada de la herencia. En contraste con esta respuesta del Derecho civil territorial común, en los Derechos civiles territoriales se admiten los pactos sucesorios y, con ellos, la transmisión gratuita en vida de bienes que formarían parte del patrimonio hereditario, en virtud de títulos con eficacia *mortis causa*. Son los Derechos civiles propios de Aragón (arts. 377 a 404 CDFAr), de las Islas Baleares (arts. 72 a 77 CDCB), de Cataluña (arts. 431-1 a 432-5 CCCat), de Euskadi (arts. 100 a 109 LDCV), de Galicia (arts. 209 a 237 LDCG) y de Navarra (Leyes 172 a 183 CDCFN), que regulan distintas figuras paccionadas de naturaleza sucesoria. Entre los pactos sucesorios típicos que contempla la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), integrando la Sección 4ª (arts. 224 a 227) del Capítulo III de su Título X, se encuentra el llamado pacto de apartación o «apartamento». Estamos en presencia, sin duda, del pacto sucesorio más paradigmático del Derecho civil propio de Galicia. El pacto de apartación consiste en la exclusión irrevocable de un legitimario y de su linaje de la condición de heredero forzoso en la sucesión del apartante a cambio de bienes concretos que le son adjudicados por este. El concepto de apartación se acoge en el art. 224 LDCG en los siguientes términos: «Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la

¹ En este sentido, resulta particularmente ilustrativa la exposición realizada por A. BOSCH CARRERA en «Aspectos civiles de los pactos sucesorios», en *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña*. Barcelona: J. M.ª Bosch Ed., 2013, especialmente las págs. 91 y ss.; así como por ALASCIO CARRASCO, L. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil catalán*. Barcelona: Ed. Atelier, 2016, págs. 159 y ss., y por BUSTO LAGO, J. M. «Las liberalidades en los protocolos familiares y en los pactos de socios», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (coords.). *Tratado de las liberalidades. Libro Homenaje al Profesor E. Rubio Torrano*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, págs. 1745 a 1781.

condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados».

La primera idea que debe ponerse de relieve al hablar de la apartación sucesoria, en relación con el otro pacto sucesorio típico conforme al Derecho civil de Galicia, constituido por el denominado «pacto de mejora» —y su variante objetiva, representada por la «mejora de labrar y poseer»—, es que nos encontramos ante un auténtico pacto sucesorio y no ante una mera liberalidad del causante, en tanto que supone un anticipo de la legítima: el apartado recibe un bien/es determinado/s y el causante se libera de los obstáculos derivados de la existencia del legitimario apartado que le impedirían realizar actos de liberalidad por cualquier título, perdiendo el legitimario apartado —y toda su estirpe—, esta condición respecto del causante apartante. De aquí se puede derivar el carácter aleatorio del pacto de apartación para el apartado. La apartación se ha interpretado y explicado por los comentaristas de este pacto sucesorio en la pretérita LDCG de 1995 como un supuesto de efectiva exclusión del apartado de la condición de legitimario a cambio de una contraprestación actual a cargo del causante, sin que necesariamente la actualidad de la prestación a cargo del apartante haya de interpretarse como transmisión o transferencia inmediata de la propiedad de determinados bienes o de la titularidad de determinados derechos, sino que la concertación del pacto hace actual la efectiva prestación futura.²

A pesar de tratarse de un modo de dilación de la herencia, en el caso del pacto de apartación, nos encontramos en presencia de un negocio jurídico con eficacia transmisiva *inter vivos*, en virtud del cual, un legitimario —o varios— se excluyen voluntariamente de la futura sucesión, tanto si esta se defiere en virtud de testamento, como si se defiere *ab intestato* —posibilidad, esta última, que contempla expresamente el art. 226 LDCG, si media pacto, pero no en caso contrario—, del —o de los— causante a cambio de la transmisión de un bien o de un derecho.³ Sin

² BERMEJO PUMAR, M.^a M. «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Libro homenaje a I. Sánchez Mera*. Madrid: Ed. Colegios Notariales de España, 2002, pág. 1237.

³ La SAP de Pontevedra, Sección 1^a, núm. 79/2011, de 11 de febrero [JUR 2011\115549], señala, en su FD 5^o, que «la apartación es un negocio jurídico *inter vivos* de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación *post mortem*». Esta misma naturaleza jurídica —negocio jurídico con eficacia *inter vivos*— es afirmada, respecto del pacto de mejora con entrega de presente por calificar el pacto de mejora con entrega de presente por la STSJ de Galicia núm. 43/2014, de 6 de octubre (confirmando, en grado de casación, la SAP de

perjuicio de ello, la naturaleza de pacto sucesorio de la apartación determina que su tratamiento fiscal sea el propio de los negocios jurídicos de ordenación de la sucesión por causa de muerte, lo que tiene especial relevancia en la (inexistente, por no concurrir el presupuesto para la apreciación de un incremento patrimonial) tributación del apartante en el IRPF.

II. Régimen jurídico aplicable a todo pacto sucesorio otorgado conforme al Derecho civil propio de Galicia

Los arts. 209 a 213 LDCG, que integran la Sección 1ª del Capítulo III de su Título X, rubricada «Disposiciones generales», establecen las reglas sobre la capacidad de obrar (art. 210); la exigencia de escritura pública como requisito de forma *ad solemnitatem* (art. 211); el carácter personalísimo de estos pactos sucesorios, sin perjuicio de admitir la posibilidad de su otorgamiento por medio de representante siempre que cuente con un poder especial y en el que, además, se contengan los elementos esenciales del pacto sucesorio que el representante va a otorgar (art. 212); así como el mandato de integrar el contenido de las disposiciones o estipulaciones contenidas en los pactos sucesorios —aunque literalmente la norma se refiere exclusivamente a los pactos de mejora, debe ser extensible a todos ellos— en las que se aluda a instituciones propias del Derecho civil consuetudinario gallego, conforme a los usos y costumbres «del lugar» (art. 213), situando así a los medios objetivos de interpretación —usos y costumbres— de las estipulaciones paccionadas por encima de la interpretación subjetiva que preconiza el art. 675 CC respecto de la interpretación del testamento.⁴

A Coruña, Sección 4ª, núm. 16/2014, de 27 de enero [JUR 2014\49856]), en relación con la validez de la transmisión de las participaciones sociales realizada por un socio de una sociedad limitada a favor de sus dos hijos en virtud de un pacto de mejora con entrega de presente (irrevocable y sin reserva alguna de facultades de disposición por la adjudicante), previéndose en los estatutos sociales que será libre la transmisión de participaciones sociales realizadas «*mortis causa* a favor de pariente del socio fallecido hasta el cuarto grado de consanguinidad»; mientras que para el resto de transmisiones de la titularidad de participaciones sociales se establece un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios, estando obligado el socio que pretenda realizar una transmisión de esta naturaleza a comunicarlo al órgano de administración de la sociedad.

⁴ Sobre estas cuestiones generales del régimen jurídico de los pactos sucesorios en Galicia puede verse BUSTO LAGO, J. M. *Curso de Derecho civil de Galicia*. Barcelona: Ed. Atelier, 2015, págs. 407 y ss.

En cuanto a los requisitos subjetivos que han de concurrir en los otorgantes de los pactos sucesorios al de la plena capacidad de obrar que enuncia el art. 210 LDCG, ha de añadirse la exigencia de que el otorgante del pacto sucesorio ha de ostentar la vecindad civil gallega en el momento de formalizarse este, cualquiera que sea el tipo de que se trate. La duda se plantea en el caso de que concurra también a su otorgamiento el beneficiario del mismo, en orden a si habrá de concurrir también en este último el referido requisito de la vecindad civil gallega. La respuesta afirmativa se ha dado desde el ámbito notarial, lo que restringe de manera evidente el ámbito o espectro subjetivo de los pactos sucesorios regulados en la LDCG.⁵ Frente a este parecer, comoquiera que el pacto sucesorio es una forma de delación de la herencia y esta se rige por la vecindad civil del causante, sin perjuicio de que se mantenga la validez de los pactos sucesorios otorgados de manera válida de conformidad con la vecindad civil del instituyente en el momento de su formalización (ex art. 9.8º CC), el requisito que nos ocupa es predicable únicamente del instituyente o transmitente.⁶ Por otra parte, ha de precisarse que la pérdida sobrevenida de la vecindad civil gallega de los otorgantes no determina la ineficacia sobrevenida del negocio paccionado. Esta afirmación resulta, a mi juicio, incontrovertible en el caso de los pactos sucesorios que conllevan la transmisión de la propiedad del bien o de los bienes objeto del pacto en el momento de ser otorgado y formalizado en escritura pública, como acontece en el caso del pacto de apartación. En el caso de un

⁵ Vid. ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J.; VIDAL PEREIRO, V. M. «Comentario de los artículos 209 a 212 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*. Vol. I. Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, págs. 352 y 353.

⁶ Este es el parecer, v. gr., de REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 209 de la LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2008, pág. 913, y de RODRÍGUEZ PARADA, A. I. «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma gallega. Ley 2/2006, de 4 de junio, de Derecho civil de Galicia», en GIMENO, J. L.; RAJOY, E. (coords.). *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*. T. II. Cizur Menor: Ed. Civitas – Registradores de España, 2008, en particular, pág. 1204.

Este mismo parecer es sostenido, respecto de la exigencia de la vecindad civil del transmitente o causante en relación con la *diffinitio* balear, v. gr., por FERRER VANRELL, M.ª P. «La “diffinitio” en el Derecho civil de Mallorca», en GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (dir.). §.II del capítulo 48 del *Tratado de Derecho de sucesiones*. T. II. Cizur Menor: Ed. Civitas, 2016 (2ª ed.), págs. 662 y 663.

apartado por un apartante que pierde sobrevenidamente su vecindad civil gallega, de manera que su sucesión hereditaria se rige por el Derecho civil territorial común y, en particular, las legítimas, en el caso de que el bien o los bienes recibidos en virtud de la apartación no resulten suficientes para el pago de estas, debe considerarse que el apartado no ha sido preterido en el testamento del causante, que la atribución patrimonial recibida en virtud del pacto de apartación se imputa a su legítima y que, de no resultar suficiente, estará activamente legitimado para el ejercicio de la acción de suplemento de la legítima.⁷

III. Naturaleza jurídica del pacto de apartación

En el caso de la apartación, configurado como un negocio jurídico dispositivo y de atribución de bienes o derechos (STSJ de Galicia 26/2014, de 13 de mayo [RJ 2014\4568]), al igual que sucede en el caso del mejorado con entrega presente de bienes, el legitimario apartado adquiere la propiedad del bien —o de los bienes— objeto de este negocio jurídico de naturaleza traslativa, sucediendo a título particular —no universal— al apartado que actúa como «tradens», de manera que las deudas de este no se transmiten al adquirente apartado, sino, en su caso y en el momento de fallecimiento del apartante, a los herederos de este —entre los que puede encontrarse el propio apartado, sin perjuicio de que lo ordinario sea lo contrario—. De esta manera, como señala, *v. gr.*, la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 79/2011, de 11 de febrero [JUR 2011\115549], la transmisión del bien por el

⁷ Esta solución fue preconizada por LOIS PUENTE al amparo de la LDCG/1995 (*vid.* LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 134 y 135 de la LDCG de 1995», en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*. Madrid: Colegios Notariales de España, 1996, pág. 981); considerando que debe mantenerse de conformidad con la LDCG/2006 REBOLLEDO (*vid.* REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 209 de la LDCG», *cit.*, pág. 914).

También en el Derecho balear se contiene una respuesta similar en relación con la *diffinitio*, en tanto, exigiéndose, conforme a las previsiones del art. 15.4 CC que la vecindad civil en el momento de otorgarse sea la balear (mallorquina, ibicenca y menorquina) —en tanto que a partir de la reforma de la CDCB llevada a cabo por el art. 27 de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, su art. 65 dispone que «[e]n la isla de Menorca rige lo dispuesto en el libro I de esta Compilación, a excepción de los artículos 54 a 63»—, que el art. 50.III de la CDCB dispone que la pérdida posterior a la celebración del negocio jurídico de la vecindad civil exigida a los sujetos del pacto no afectará a la validez y eficacia del mismo que las conserva.

apartante al apartado no supone la transmisión de titularidades pasivas de créditos (en el caso resuelto por la referida Sentencia, la deuda nacida frente al anterior poseedor del bien en aplicación de lo dispuesto en el art. 453 CC). Aun cuando la Audiencia Provincial de Pontevedra no lo dice, por evidente aplicación de su régimen jurídico, habría que excluir del ámbito de aplicación de tal afirmación las obligaciones *propter rem* (pensemos en las deudas existentes con la comunidad de propietarios en el caso de que el apartamento tenga como objeto un piso o local comercial en un inmueble en régimen de propiedad horizontal).

La adecuada y acabada respuesta a la cuestión suscitada por el poder de agresión que haya de reconocerse a los acreedores respecto del negocio jurídico constituido por el pacto de apartamento, en caso de que la transmisión de bienes o derechos de naturaleza patrimonial que conlleva suponga un fraude de sus derechos de crédito, requeriría la precisión de una premisa previa que condiciona el régimen jurídico al que hayan de adecuarse las facultades de agresión de los acreedores del apartante y del apartado y que inciden en la eficacia del pacto de apartación, cual es la atinente a la naturaleza onerosa o lucrativa del negocio apartacional.

El repaso de la opinión de los autores —y de la jurisprudencia— que se pronunciaron sobre esta cuestión, tanto al amparo de las previsiones de la Ley de 1995, como de la vigente LDCG, no nos depara un panorama alentador en orden a la seguridad de la naturaleza que haya de darse a la apartación. Sirvan como ilustrativo ejemplo de esta afirmación las siguientes opiniones doctrinales y pareceres jurisprudenciales vertidos en derredor de la naturaleza jurídica del negocio que nos ocupa:

- 1º) En su momento (inmediatamente después de la publicación de la LDCG/1995), DÍAZ FUENTES defendió que estamos en presencia de una renuncia onerosa del apartado por precio o recompensa, no traslativa, sino abdicativa.⁸ Acorde a este parecer resultaría el tenor literal del art. 224 LDCG y, en particular, la expresión «a cambio de bienes concretos que le son adjudicados», que presenta claras resonancias de negocios jurídicos con prestaciones recíprocas o sinalagmáticos.
- 2º) Un segundo grupo de autores (LOIS PUENTE, IGLESIAS REDONDO) considera, por el contrario, que no estamos en presencia de declaración unilateral de renuncia abdicativa alguna, en tanto que el apartado no renuncia, sino que recibe antes y que no es onerosa pues no existe el doble

⁸ DÍAZ FUENTES, A. *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*. A Coruña: Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, 1997, pág. 254.

desplazamiento patrimonial que requiere la onerosidad.⁹ Sin embargo, no parece que pueda negarse la existencia de una renuncia a la legítima futura, que se habría alcanzado en caso de no haber renunciado y, en realidad, parece que estamos en presencia de un precio (la entrega de determinados bienes o derechos de contenido patrimonial) a cambio de la renuncia a la posición de legitimario.¹⁰

- 3º) Otros autores, por el contrario, han considerado que se trata de un negocio dispositivo realizado a título gratuito, sin que el hecho de que no responda a un puro ánimo de liberalidad afecte a esta consideración (GUTIÉRREZ ALLER, RODRÍGUEZ PARADA Y REBOLLEDO).¹¹ En este sentido, BERMEJO PUMAR se esfuerza en precisar, como la naturaleza paccionada de la apartación la aleja de la naturaleza de mera donación y que la causa de la apartación no es la mera liberalidad, en tanto que los efectos sucesorios, que traen causa del pacto, están integrados en la justificación del vínculo que surge del mismo.¹²

La calificación de la apartación como negocio dispositivo a título lucrativo es el parecer asumido a efectos de la tributación del negocio dispositivo que nos ocupa por la Resolución de la Dirección General de Tributos (RDGT) de 12 de noviembre de 1997. Naturaleza gratuita que también le han reconocido, *v. gr.*, las SSAP de Ourense, Sección 1ª, núm. 275/2002, de 27 de junio [JUR 2002\203431] y de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de septiembre de 1999 [AC 1999\2255]; Sección 6ª, núm. 313/2009, de 12 de junio [JUR 2009\301419] —declarando la nulidad de una apartación que tenía por objeto un inmueble ganancial en la que solo había consentido uno

⁹ LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII...*, *op. cit.*, pág. 87; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», págs. 950 y 951; IGLESIAS REDONDO, J. I. «Pactos sucesorios (IV). El apartamiento», en *Manual de Derecho civil gallego*. Madrid. Colex, 1999, pág. 264.

¹⁰ HERRERO OVIEDO, M. «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, *op. cit.*, pág. 1309; pág. 1351 (2ª ed.).

¹¹ GUTIÉRREZ ALLER, V. *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia*. Vigo: Ir Indo, 1997, pág. 91; RODRÍGUEZ PARADA, A. I. «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma gallega», en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones...*, *op. cit.*, pág. 1213.

¹² BERMEJO PUMAR, M.ª M. «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», *cit.*, 2002, pág. 1241.

de los cónyuges y reputando de aplicación lo dispuesto en los arts. 1378 y 1322 CC¹³—; así como el Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 94/2009, de 1 de octubre [JUR 2009\470149]. La vigente LDCG aporta un argumento decisivo en orden a la calificación de la apartación como un negocio jurídico gratuito y es que, en su art. 244.2ª, incluye de manera expresa dentro de las disposiciones a título gratuito la computación de lo recibido por el apartado en orden al cálculo de las legítimas de los herederos forzosos subsistentes, al tiempo que el art. 251.2 LDCG prevé la reducción de lo recibido en virtud de este pacto sucesorio en la medida necesaria en que perjudique las legítimas de los herederos forzosos.¹⁴

- 4º) No ha faltado tampoco quien lo ha equiparado a la donación onerosa, lo que exige el desdoblamiento y la diferenciación entre la parte onerosa y la liberalidad que concurren en la apartación.¹⁵ Esta naturaleza híbrida determina la posibilidad de conjugar las reglas propias de los negocios onerosos con las propias de los negocios jurídicos gratuitos como apunta HERRERO OVIEDO.¹⁶

Podemos adelantar ya que la calificación de la apartación como donación onerosa no sitúa el negocio al amparo de cualquier poder de agresión de los acreedores y, en particular, como susceptible de una acción revocatoria o

¹³ En el FJ 2º esta SAP de Pontevedra, se afirma que «procede estimar la pretensión anulatoria de los actos dispositivos a que se refiere la escritura de apartación, que hayan de tener efectividad sobre bienes gananciales específicos (arts. 1322, 1377 y 1378 CC), pues no resulta posible hacer efectivo el desplazamiento patrimonial que conlleva el instituto de la apartación sobre unas fincas que están sometidas a una futura liquidación de la sociedad de gananciales».

¹⁴ En este sentido se han pronunciado expresamente, ESPINOSA DE SOTO, J. L. «Comentarios a los artículos 238 a 252 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*. Vol. II. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2007, pág. 689; y REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 224 de la LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, op. cit.*, pág. 963.

¹⁵ BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*. Madrid: Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 317.

¹⁶ HERRERO OVIEDO, M. «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, *op. cit.*, pág. 1309; pág. 1351 (2ª ed.).

pauliana si existió ánimo fraudulento en el apartante —deudor— y el legitimario apartado que concertó con él el negocio de apartación en fraude de los derechos de los acreedores del primero.¹⁷ En el caso de concurso del apartante, la calificación del apartamiento como transmisión con causa onerosa desplazaría el supuesto de la presunción de perjuicio para la masa activa *iuris et de iure* del art. 71.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), al régimen ordinario de necesaria prueba del perjuicio patrimonial del art. 71.4 LC, cuya carga incumbe a quien ejercita la acción rescisoria —o revocatoria— concursal.¹⁸

- 5º) Por último, se ha señalado también el carácter oneroso de la apartación poniendo de relieve que la onerosidad no exige la realización de prestaciones recíprocas, sino que el negocio implique una sinalagma contractual y en el caso de la apartación se atribuye algo porque se abdicó de la futura legítima; y acto seguido, por quien así opina —GARCÍA RUBIO—, se pone de manifiesto el carácter injusto de las consecuencias a que conduce la aplicación de las normas relativas a los contratos onerosos.¹⁹ La calificación del negocio de apartación como oneroso ha trascendido también a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, a propósito de su tratamiento tributario. En particular, en las SSTSJ de Galicia de 13 de junio de 2006 [JUR 2007\208525] y núm. 529/2010, de 26 de mayo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo declaró que el pacto de anticipo de la legítima que nos ocupa, «en cuanto a las relaciones entre apartante y apartado, éstas no se regirán ya por las normas de los actos a título gratuito, sino más bien por las de los actos a título oneroso, ante la peculiar causa del apartamiento». Por el contrario, mudando su anterior parecer, la STSJ de Galicia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 606/2013, de 2 de octubre [JUR 2013\322974], califica a la transmisión operada a través de una apartación como transmisión lucrativa por causa de muerte.

¹⁷ Vid. ANDERSON, M. *Las donaciones onerosas*. Madrid: CER, 2005, especialmente las págs. 426 a 428.

¹⁸ Así, v. gr., ESPIGARES HUETE, J. C. *La acción rescisoria concursal*. Cizur Menor: Ed. Civitas, 2011, pág. 126.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego». *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIII, núm. 4 (octubre/diciembre de 2000), pág. 1406.

En la relación interna entre apartante y apartado no puede desconocerse la aplicación de normas propias de negocios dispositivos realizados a título oneroso, como el caso de la responsabilidad por evicción, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1475 a 1483 CC²⁰ y, por consiguiente, la no aplicación de la exoneración de la responsabilidad por evicción del donante que, a excepción del caso de las donaciones onerosas, establece el inciso segundo del art. 638 CC (de igual manera que establecía el art. 954 del Proyecto de CC de 1851); o la recuperación de la condición de legitimario por el apartado que no recibe el bien o los bienes objeto del pacto de apartación y que abrirá la posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria del contrato sucesorio, puesto que lo que no le es posible es ejercitar las acciones propias de protección de los derechos del legitimario.²¹ En particular, no siendo legitimario carecerá de la facultad de instar la anotación preventiva de su derecho ex arts. 249.3 LDCG y art. 15 y 42.1 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), de legitimación activa para el ejercicio de acciones de complemento de la legítima y de reducción de atribuciones patrimoniales gratuitas que sean inoficiosas; así como para impugnar negocios dispositivos realizados por el causante encaminados a proporcionar un beneficio gratuito a la contraparte, simulados en un contrato oneroso, en cuanto perjudiquen a la legítima (piénsese, *v. gr.*, en el contrato de vitalicio utilizado con este propósito, en el caso resuelto por la STSJ Galicia de 30 de julio de 2004 [RJ 2005\5282])²² y cuya nulidad, como negocios disimulados bajo una apariencia de negocio oneroso, puede

²⁰ REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 224 de la LDCG», cit., pág. 964.

²¹ La SAP de Pontevedra de 27 de julio de 2005 [JUR 2006\25312] alude a la posible nulidad de una apartación realizada por los padres a favor de una hija cuando aquellos ya no eran propietarios de la vivienda objeto del pacto, por haber sido embargada, subastada y adjudicada a un tercero.

²² Parece seguir esta misma doctrina jurisprudencial, aun cuando no decide sobre el fondo del asunto por apreciar la existencia de determinados vicios procesales en el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia dictada en grado de apelación, la STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2005 [RJ 2005\7543] y la rechaza, apreciando la existencia de causa verdadera y lícita del contrato de vitalicio impugnado por pretendida simulación absoluta y fraude de la legítima de una hija extramatrimonial, la STSJ de Galicia de 12 de septiembre de 2011 [RJ 2011\6833].

fundarse en la ilicitud de la causa, sin perjuicio de que autores con tanta *auctoritas* en el Derecho de sucesiones como LACRUZ²³ y DE LACÁMARA,²⁴ cuestionando la ilicitud de la causa en estos supuestos, consideren que se trata de negocios rescindibles si provocan un perjuicio de las legítimas.

Sin embargo, la transmisión de bienes que se efectúa entre apartante y legitimario apartado lo es a título gratuito, calificación que se compadece plenamente, como ya he adelantado, con la previsión normativa a tenor de la cual lo recibido por el apartado en virtud de la apartación ha de traerse al cálculo de las legítimas de los demás herederos forzosos. En efecto, el art. 244.2º LDCG, al regular la conformación del *donatum*, establece expresamente dentro de las disposiciones a título gratuito realizadas por el causante, la computación de lo recibido por apartación. Calificación que se cohonestaba también con el hecho de que lo recibido por el apartado o apartados pueda ser objeto de reducción por inoficioso (art. 251.2 LDCG, si no es suficiente la reducción de los legados y de las donaciones computables) y con la previsión de que haya de traerse a colación en la partición de la herencia salvo, en este último caso, dispensa de apartante (art. 227 LDCG).²⁵ Parece claro, por lo tanto, que el legislador gallego ha optado por concebir a la apartación como un negocio jurídico gratuito, al someterlo a un régimen similar al de las donaciones, sin perjuicio de que no haya *animus donandi* —o que este no constituya la causa del negocio traslativo— y de que se dote de una mayor protección frente a la reducción por inoficiosidad.

IV. Requisitos subjetivos del apartado

1. Condición de legitimario

En el apartado ha de concurrir la condición de legitimario del apartante en el momento en que se formalice el pacto de apartación, debiendo determinarse la

²³ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil. Vol. V. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1981, pág. 515.

²⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley, 1990, pág. 220; 2011, 3ª ed. actualizada por A. de la ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, págs. 240 a 243.

²⁵ REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Derecho civil de Galicia: presente y futuro». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46 (julio/diciembre de 2008), pág. 37.

conurrencia de la referida condición de conformidad con las previsiones del art. 238 LDCG, en el que se determinan los sujetos que tienen la condición de legitimarios: hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos para suceder; así como el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho (la separación de hecho priva al cónyuge de la condición de legitimario, como recuerda, *v. gr.*, la STSJ de Galicia núm. 19/2015, de 5 de mayo), debiendo ser integrada esta previsión con lo dispuesto en la Disposición Adicional 3ª de la LDCG.²⁶ En efecto, los convivientes *more uxorio* que reúnan los requisitos de la citada Disposición Adicional 3ª de la LDCG son también legitimarios. A tenor de esta previsión del Derecho civil propio de Galicia, a los efectos que nos ocupan — sucesorios—²⁷ y tanto en el ámbito substantivo como en el fiscal o tributario,²⁸ se

²⁶ Sobre el significado y contenido de la DA 3ª de la LDCG, *vid.* BUSTO LAGO, J. M. «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones “more uxorio” realizada por la Disposición Adicional 3ª de la LDCG». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 726 (19 de abril de 2007), págs. 1 a 8. En particular, sobre la sucesión contractual en favor del conviviente «more uxorio» que tienen por objeto la legítima y la adecuación de la institución, se pronuncian, CANTERO NÚÑEZ, F. y LEGERÉN MOLINA, A. *Las Parejas de Hecho y de Derecho (Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pág. 392. Las SSTC núm. 18/2014, de 30 de enero y núm. 127/2014, de 21 de julio, inadmitieron sendas cuestiones de constitucionalidad sobre la referida DA 3ª planteadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia.

²⁷ Respecto de las parejas de hecho inscritas conforme a las previsiones de la DA 3ª de la LDCG, se discute si su régimen económico matrimonial es oponible a terceros, en esencia, ante su falta de constancia en el Registro Civil. A estos efectos puede traerse a colación la discutible Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 7 de febrero de 2013 que, referida a Andalucía (Comunidad Autónoma que, como es sabido, carece de competencias legislativas en materia civil) declaró no inscribible una aportación a gananciales por los siguientes argumentos: a) En los casos de ausencia de pacto entre los convivientes, no es aplicable analógicamente el régimen económico de gananciales. b) En los casos de pacto entre los convivientes, serán inscribibles en el Registro de Uniones de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros, por tratarse de un registro meramente administrativo. c) En consecuencia, como tales pactos no pueden perjudicar a terceros, tampoco pueden trasladarse al Registro de la Propiedad.

²⁸ La equiparación de las parejas de hecho inscritas a las matrimoniales a efectos fiscales en el ámbito sucesorio expresamente resulta del art. 12 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, que, en sede del impuesto

equiparan al matrimonio, las parejas de hecho inscritas se equiparan a las uniones matrimoniales. En consecuencia, de conformidad con la redacción de esta

sobre sucesiones y donaciones, prescribe que «[a] los efectos de la aplicación del presente texto refundido, se equiparan al matrimonio las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio». Lo que sí se discute es la extensión del régimen fiscal autonómico cuando la pareja de hecho lo fuere con arreglo a otra legislación autonómica y, en particular, se plantea si el beneficio fiscal sería aplicable a aquellas uniones de hecho que hayan merecido el reconocimiento de otros Derechos civiles autonómicos. Podría sostenerse que ello dependerá de que tal unión de hecho conforme a la legislación de procedencia lo sea también con el mínimo de requisitos exigidos por la legislación fiscal gallega de recepción. Para esta homologación podemos servirnos de la regla, enunciada por I. ESPÍÑEIRA («El notario ante las parejas de hecho con elemento internacional». *La Notaría*, junio de 2007; publicado también en www.notariosyregistradores.com, en dos partes, teórica y práctica) e inferida de la STS de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005\7148], que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Voluntariedad (la Ley gallega exige declaración voluntaria de ambas partes): cuando la legislación de recepción exija que la unión sea voluntaria y, en su caso, reconocida como tal mediante declaración voluntaria expresa de una o de ambas partes. b) Habilidad (la Ley gallega exige 2 personas, mayoría de edad/emancipación y disanguinidad mínima de tercer grado, pero no heterosexualidad ni homosexualidad): cuando la legislación de recepción exija unos presupuestos de número, edad, disanguinidad, género, etc. c) Exclusividad (la Ley gallega la exige): cuando la legislación de recepción exija la inexistencia de vínculo equivalente con otra persona. d) Estabilidad (la Ley gallega exige simplemente convivencia): cuando la legislación de recepción exija convivencia y/o cualquier otro signo de proyección vital común (como pueda ser descendencia común). e) Permanencia (la Ley gallega no supedita el reconocimiento de la unión de hecho a plazo alguno): cuando la legislación de recepción exija un determinado plazo temporal. f) Publicidad: cuando la legislación de recepción exija una determinada forma (escritura, inscripción) habrá de cumplirse este requisito en la forma equivalente en la de procedencia.

Por el contrario, desde el punto de vista del Derecho estatal —para el caso de hechos imposables sujetos a este—, no les son aplicables cualesquiera regímenes previstos en la legislación estatal para las uniones matrimoniales. Así lo entiende, *v. gr.*, la RDGT de 22 de mayo de 2015 (V1536-15), negando que quepa la tributación conjunta en el IRPF; o la RDGT de 10 de marzo de 2016 (V0934-16) que, a propósito de la exención en una liquidación de gananciales de una pareja gallega, entiende que no hay tal liquidación porque los convivientes adquirieron en comunidad ordinaria.

disposición normativa, fruto de la Ley 10/2007, de 28 de junio, lo son aquellas uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

En cuanto a las condiciones subjetivas que han de reunir los convivientes, la Ley gallega no establece ningún punto de conexión, si bien el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, exige para la inscripción que uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil gallega y que ambos estén empadronados en el mismo domicilio de un municipio gallego. Asimismo, se configura como elemento esencial de la pareja de hecho la declaración de voluntad de ambos miembros; siendo presupuestos subjetivos de habilidad que se trate de dos personas mayores de edad (con independencia de su género y orientación sexual), que no tengan limitadas sus respectivas capacidades de obrar y la disanguinidad mínima de tercer grado, pero no la heterosexualidad ni la homosexualidad. Es presupuesto objetivo la exclusividad en relación con cualesquiera otros vínculos matrimoniales o de hecho reconocidos; así como una estabilidad manifestada en la convivencia con intención o vocación de permanencia en una relación de efectividad análoga a la conyugal, si bien no se exige plazo alguno a esa permanencia.

En aquellos casos en los que el apartado sea un integrante de la estirpe del descendiente desheredado o indigno se plantea la cuestión atinente a los efectos de la ulterior reconciliación entre el apartante y el hijo o descendiente desheredado, en virtud de la que la desheredación quede sin efecto, sin que se pueda admitir que la apartación de su estirpe le ha privado de su condición subjetiva de legitimario, lo que sí acontece en el caso inverso, como resulta del art. 224 LDCG. Para estos supuestos se postulan dos soluciones; a saber, admitir la reclamación del desheredado que recupera la condición de legitimario, limitando su pretensión a la diferencia que reste para satisfacer su legítima, tras imputar lo que, en virtud de la apartación haya recibido su estirpe; o la consideración de la apartación como ineficaz, quedando los apartados obligados a restituir al caudal relicto lo recibido del causante en virtud del negocio de apartación y que, pese al tenor del art. 224 LDCG y el carácter irrevocable de la apartación, podría argumentarse sobre el error en la causa, con fundamento en el art. 1261 CC.²⁹

²⁹ Esta segunda es la solución que para el caso planteado parecen asumir, *v. gr.*, REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentarios al art. 224 de la LDCG», *cit.*, pág. 965; y,

2. La situación del apartado que pierde sobrevenidamente su condición de legitimario

¿Qué sucede cuando en el momento de abrirse la sucesión del apartante, el apartado carece de la condición de legitimario? El supuesto puede plantearse ordinariamente respecto del cónyuge —o del conviviente *more uxorio*— apartado, mediando separación matrimonial, divorcio o nulidad del matrimonio. La ineficacia de la atribución realizada ha sido defendida en este supuesto bajo el sistema de la Ley de 1995, reconocidamente sin demasiada corrección técnica, sobre la aplicación analógica de la norma que contempla la separación, la nulidad o el divorcio como causas de ineficacia de las donaciones *propter nuptias* (art. 116.2 LDCG/1995).³⁰ Comoquiera que esta norma no existe en la Ley de 2006, pues ha desaparecido, con carácter general, dicha causa de revocación de las referidas donaciones realizadas por razón del matrimonio, el argumento no puede utilizarse. Sin embargo, parece razonable pensar en la posibilidad de revocación de la apartación por mor de la desaparición sobrevenida de la causa del negocio:³¹ apartar de la sucesión hereditaria a un legitimario que ha dejado de serlo; a través de la aplicación de la doctrina de la base del negocio jurídico. Claro que el carácter irrevocable que atribuye expresamente al negocio el art. 224 LDCG parece colisionar con la conclusión aventurada.

Pero la pérdida sobrevenida de la condición de legitimario también puede acaecer respecto de un hijo o descendiente del apartante, lo que sucederá en aquellos supuestos en los que aquel incurra en una causa que permita su desheredación justa por el apartante —ex art. 263 LDCG— o en una causa de

expresamente, DÍAZ TEIJEIRO, C. M. *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, págs. 46 y 47.

³⁰ En este sentido se pronunciaba GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1473. En sentido contrario, GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*. Vigo: Ed. Ir Indo, 1997, pág. 97; y BELLO JANEIRO quien mantenía que «no causa ningún problema el hecho de que el apartado no mantenga la condición de legitimario a la muerte del apartante puesto que el legislador, si bien no con la debida precisión gramatical, sólo toma en cuenta tal condición “en el momento de la adjudicación”, resultando totalmente irrelevante lo que suceda con la misma con posterioridad a la apartación» (cfr. BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, op. cit., pág. 357).

³¹ Sobre la categoría jurídica aludida, *vid.*, con carácter general, DE CASTRO y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, S.A., 1985, págs. 313 a 326, bajo la rúbrica «la continuada influencia de la causa».

indignidad para suceder. En contra de la extensión de los efectos de alguna de estas causas de manera sobrevinida respecto de las atribuciones patrimoniales realizadas en vida por el causante a cambio de la renuncia a la condición de legitimario se pronunciaron algunos autores que han estudiado la regulación de la Ley de 1995,³² sin que la nueva redacción dada en la Ley de 2006 a la apartación parezca permitir conclusiones discordantes, antes al contrario, el tenor literal del art. 224 LDCG reafirma el carácter «irrevocable» de la apartación.

También debe plantearse el supuesto en el que el apartante crea que está apartando a un legitimario cuando en realidad no lo es, piénsese en el caso de la apartación del hijo que, en virtud del ejercicio de una acción de filiación ejercitada con posterioridad al negocio apartacional, resulta no serlo. El negocio incurriría en vicio de nulidad absoluta derivado del error sobre la persona (*ex art. 1266, párrafo 2º, del CC*), por cuanto no puede dudarse de que la consideración a la condición de legitimario del apartado es la causa principal del negocio. No parece acomodarse al supuesto el régimen propio de la anulabilidad, por cuanto ello supondría la posibilidad de confirmación del negocio por el apartante, una vez haya desvelado la condición del apartado y no resulta posible que se confirme como apartación un negocio en el que una de las partes, el apartado, carezca de la aptitud subjetiva requerida para su validez.

3. Eficacia subjetiva del pacto de apartación

El pacto de apartación vincula tanto al legitimario apartante como a su estirpe o «linaje» a tenor del término utilizado en el art. 224 LDCG —el art. 134.2 de la LDCG/1995 disponía que «[l]a apartación vincula al apartado y sus sucesores y legitimarios»—. La eficacia del negocio de apartación es independiente tanto de las vicisitudes que pueda experimentar el patrimonio del apartante —excepción hecha

³² En este sentido, sin perjuicio de reconocer que «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», GARCÍA RUBIO, M.^a P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *cit.*, pág. 1472.

La posibilidad de revocación en el caso de desheredación justa es admitida en relación con la institución de la definición propia del Derecho civil balear por FERRER PONS, J. «Comentario del art. 43 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, dirs.). T. XXXI. Vol. 1º. Madrid: Edersa, 2000, pág. 783.

del supuesto en que suponga perjuicio de las legítimas de los no apartados—, como de los sujetos que han intervenido en el negocio. La solución dada por la Ley gallega es común en el ámbito de los Derechos civiles territoriales que contemplan negocios de renuncia anticipada a la legítima —en todos ellos se excluye definitivamente al apartado y a su estirpe—, incluido el caso de premoriencia del apartado al apartante. La exclusión de los legitimarios del apartado, que les afecta también en el caso de premoriencia de este, no requiere la intervención de estos o la prestación de consentimiento en el negocio apartacional.

4. Exclusión de la condición de heredero ab intestato

En ausencia de previsión alguna respecto de la cuestión de la que ahora me ocupo, la mayor parte de la doctrina que estudió la apartación en la Ley de 1995 consideraba que la exclusión del apartado de la condición de legitimario no suponía su exclusión en el caso de que la herencia se defiriese *ab intestato*, de manera que el apartado sería llamado a la misma como un heredero más y en el orden de llamamiento que le correspondiese de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión intestada, sin perjuicio de la obligación de colacionar lo ya atribuido o la posible reducción por inoficiosidad.³³ Esta apreciación ha venido a ser confirmada expresamente por el art. 226 LDCG, por cuanto prevé que la exclusión del apartado del llamamiento a la sucesión intestada puede pactarse válidamente. De esta manera, el reconocimiento de la validez del pacto de exclusión de la condición de heredero en la sucesión intestada presupone que, con carácter general, el mero hecho de concluirse el negocio de apartación no supone la exclusión de la posibilidad del llamamiento en caso de deferirse la herencia de acuerdo con las normas de la sucesión intestada.

Es conocido que, en el Derecho civil territorial común, la mayor parte de la doctrina considera que el causante puede otorgar testamento en el que simplemente se limite a eliminar o a excluir de su sucesión a alguna persona o a algún grupo de personas que serían llamados por la ley a su sucesión o, incluso, a todos ellos —testamento negativo— o en el que, al tiempo que instituye heredero o designa legatarios, excluye de la sucesión legítima a determinadas personas. Trasladada esta idea al ámbito del Derecho civil propio de Galicia, nada obsta la

³³ BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, *op. cit.*, pág. 347; NIETO ALONSO, A. «La sucesión intestada en el Derecho civil de Galicia», capítulo 42 del *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, *op. cit.*, págs. 1758 a 1765.

viabilidad de la exclusión testamentaria de herederos legales y, además se admite expresamente la exclusión del apartado, en virtud de pacto incorporado al negocio de apartación, de su condición de heredero *ab intestato*. Así las cosas, parece que ha de mantenerse la eficacia y validez de este pacto de exclusión cuando se incorpora al pacto de apartación, pero también —aun cuando, una vez más, la letra de la norma parece abogar por la solución contraria, pues comienza diciendo el art. 226 que «[p]odrá válidamente pactarse»—, si la exclusión se realiza en un testamento posterior, con arreglo a las previsiones del Código Civil. En contra de la admisión de esta posibilidad y, consiguientemente, en pro de la nulidad de una previsión testamentaria con este contenido podría invocarse que con ello se está alterando por una parte del negocio paccionado —el apartante— las bases del mismo.

V. La prestación a cargo del apartante

De conformidad con el tenor literal del art. 224 LDCG, la prestación del apartante consistirá en la adjudicación de «*bienes concretos*». No se precisa que estos bienes hayan de integrar la herencia futura del causante, ni tampoco que sean de una determinada naturaleza, ni siquiera se exige que sean valuables económicamente. En este último sentido, el legislador gallego de 2006 ha zanjado la discusión doctrinal a que daba pábulo la Ley de 1995, estableciendo expresamente, en el art. 225, que el pacto de apartación puede tener como objeto cualquier bien o derecho, independientemente de su valor.

La apartación hace plenamente efectiva la legítima, sin perjuicio de la posibilidad de su reducción en cuanto sea necesaria para el pago de las legítimas, como precisa el inciso segundo del art. 259.1 LDGC, al regular los efectos de la preterición no intencional. De este modo, el legitimario apartado carece de legitimación activa para el ejercicio de cuantas acciones amparan y protegen la legítima,³⁴ sin perjuicio de que obviamente goce de legitimación activa para cuantas acciones le protejan como parte del negocio sucesorio paccionado, en orden a garantizar su

³⁴ Entre otros, PILLADO MONTERO, A. «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia». *Revista Xurídica Galega*, núm. 13 (1996), pág. 65; LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995, op. cit.*, pág. 97; e IGLESIAS REDONDO, J. I. «Pactos sucesorios (IV). El apartamiento», en *Manual de Derecho civil gallego*. Madrid: Ed. Colex, 1999, pág. 269.

cumplimiento o a impugnar su validez o eficacia por concurrir en él algún vicio que determine alguna de aquellas consecuencias.³⁵

Sin embargo no puede afirmarse que como consecuencia de la apartación, el legitimario pierda de manera absoluta esta condición, pues en el caso de que no exista el bien objeto de la prestación a que se obliga el apartante —o las características de este difieran sustancialmente del identificado como objeto del pacto—, se frustre su percepción o la conservación del mismo por causas imputables al causante —*v. gr.*, en el caso de pérdida del bien a causa de la evicción— o a los herederos de este, el apartado recuperaría su condición de legitimario.³⁶

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en el caso de la *diffinitio* en el Derecho civil balear (ex art. 51 CDCB), no ha previsto la Ley gallega ninguna consecuencia para el caso de disposiciones testamentarias de contenido patrimonial realizadas por el apartante a favor del apartado. Ante el silencio del legislador gallego ha de considerarse que si aquellas disposiciones han sido realizadas con anterioridad al negocio de apartación y se refieren a la legítima del apartado, pierden su eficacia —solución esta que concuerda con la normativamente prevista en el párrafo 1º del citado art. 51³⁷ CDCB—, pero se mantiene la de aquellas que no

³⁵ BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia, op. cit.*, pág. 346.

³⁶ En este sentido se manifiestan, GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1449; BERMEJO PUMAR, M.ª M. «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 1256. De esta opinión discrepa, al menos parcialmente LOIS PUENTE, quien considera que en el caso de pérdida del bien objeto de la apartación por evicción, el apartado tiene derecho a reclamar la indemnización al apartante o a sus herederos, pero solo subsidiariamente podría admitirse el ejercicio de la acción resolutoria con fundamento en el art. 1124 CC y la consiguiente recuperación de la condición de legitimario por el apartado (*vid.* LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», cit., pág. 107; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 980).

³⁷ En efecto, el primer párrafo del art. 51 CDCB —que no ha sido objeto de modificación por la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 7/2017, de 3 de agosto, que sí afecta a los otros dos párrafos que integran este precepto— determina que cualquier disposición testamentaria atribuyendo la legítima al definido queda sin efecto, con independencia de la fecha del testamento. El fundamento de esta previsión radica en la prohibición de distraer dos legítimas de una misma sucesión y ello por cuanto los derechos que le corresponderían al definido en esta porción ya han sido satisfechos anticipadamente, de manera que no cabe la *actio ad suppleendam*; al tiempo que el párrafo 2º del mismo art. 51 CDCB permite, en el caso

se refieran a la legítima y, por supuesto, todas las atribuciones patrimoniales realizadas en testamento de fecha posterior a la apartación.

VI. El carácter colacionable de lo dado en la apartación

El art. 227 LDCG establece que, como regla general —salvo dispensa expresa por el apartante³⁸—, lo dado en apartación ha de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurren a la herencia con otros legitimarios —no, entonces, si no hay otros legitimarios, lo que, por otra parte, no deja de resultar una obviedad—. La regla establecida en este precepto, apartándose del parecer doctrinal mayoritario expuesto bajo la vigencia de la Ley de 1995 en ausencia de una previsión correlativa,³⁹ es razonable, pues la computación que supone la colación de la herencia es un mecanismo de garantía de las legítimas que no debe dejarse a voluntad del causante quien podría vulnerarlas en virtud de negocios

de la definición limitada a la legítima, el ejercicio de la acción de petición de los derechos sucesorios de carácter voluntario atribuidos en virtud de herencia o legal y con cargo a la porción libre, sea cual fuere la fecha de otorgamiento del testamento, lo que se cohonesta plenamente con el principio de libertad de testar; mientras que en el caso de la definición no limitada, solo se mantienen las disposiciones de carácter patrimonial realizadas a favor del definido en un testamento que sea de fecha posterior a la definición, mientras que quedarán sin efecto las ordenadas en un testamento que sea de fecha anterior, sin que entre en juego la sustitución vulgar excepto la dispuesta a favor de descendientes del descendiente renunciante que sea hijo único. *Vid.* FERRER VANRELL, M.^a P. «Lección 40. La *diffinitio*», en FERRER VANRELL, M.^a P. (Coord.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2004 (3^a ed.), pág. 460; FERRER VANRELL, M.^a P. «La “diffinitio” en el Derecho civil de Mallorca», §.II del capítulo 48 del *Tratado de Derecho de sucesiones, op. cit.* (2^a ed.), págs. 666 y 667.

³⁸ La dispensa por el donante/causante de la obligación de colacionar establecida en favor de alguno o de todos los herederos legitimarios se contempla en el art. 1036 CC.

³⁹ De conformidad con la LDCG/1995, se han pronunciado en contrato de que los bienes objeto de la apartación hubiesen de ser colacionados, entre otros, LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», cit., pág. 101; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 971; DÍAZ FUENTES, A. *Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*. A Coruña: Ed. Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, 1997, pág. 255; y BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia, op. cit.*, págs. 359 y 360.

apartacionales. La colación de los bienes atribuidos al apartado se realizará de conformidad con la regla contemplada en el ordinal 2º del art. 244 LDCG, a tenor de la cual, en orden a su valoración, se tendrá en cuenta el momento de la transmisión de la propiedad al apartado, actualizándose «monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima». Debe hacerse notar que la regla que acaba de reproducirse supone la adopción por el legislador gallego de un criterio diverso del previsto en el CC, en tanto que a tenor de lo dispuesto en su art. 1045, la valoración de los bienes colacionables no se refiere al momento de la realización de la liberalidad, sino que se difiere hasta el instante en el que se proceda a valorar la masa hereditaria en orden a su partición,⁴⁰ si bien esta valoración deberá referirse al estado físico en que estos se encontraban en el instante de llevarse a cabo la donación.⁴¹ La colación habrá de realizarse pues, en el ámbito del Derecho civil propio de Galicia, teniendo en cuenta el valor de mercado del bien objeto del pacto de apartación en el momento de perfeccionarse este, con independencia de las vicisitudes posteriores del mismo, que pudo haber experimentado cambios substanciales de valor en el lapso de tiempo transcurrido entre el momento de realizarse la apartación y el momento en que se va a proceder al pago de las

⁴⁰ En efecto, el art. 1045 CC (y así resulta también de las prescripciones contenidas en el art. 847 CC) establece como momento de la valoración de los bienes colacionables, no el de la muerte del causante, sino el tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, que será el más cercano posible al acto de adjudicación de los bienes en la partición. La cuestión se suscitó abiertamente en el caso resuelto por la STS de 28 de abril de 1988 [RJ 1988\3284]: en sentencia de primera instancia devenida firme se decidió que los bienes donados se colacionarían «por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada». En fase de ejecución de sentencia, la Audiencia decidió que la frase anterior había de entenderse por el valor «a la fecha de la sentencia». El TS casa la sentencia, señalando que los bienes han de valorarse «al tiempo de realizar su tasación». El mismo problema, entre los mismos litigantes, vuelve a aparecer en la Sentencia de 17 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10696] (el bien donado, originariamente rústico, había devenido urbano). La doctrina jurisprudencial es compartida por las SSTS de 29 de septiembre de 1966 [RJ 1966\4254] y de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989\2161]. En la doctrina, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E. «Comentario al art. 1045 del CC», en BERCOVTIZ, R. (dir.). *Comentarios al CC*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2009 (3ª ed.), pág. 1211; CARBALLO FIDALGO, M. *Las facultades del contador-partidor testamentario*. Madrid: Civitas, 1999, págs. 156 y 157. En contra, ROCA JUAN, J. *Comentarios al CC y Compilaciones forales*. T. XIV. Vol. 2º. Madrid: Edersa, 1989, págs. 57 y 58.

⁴¹ Aplicando este precepto, entre otras, la SAP de Asturias, Sección 6ª, de 19 de febrero de 2001 [JUR 2001\125801].

legítimas a los legitimarios del apartante. En cuanto a la actualización «monetaria» de la suma pecuniaria resultante de dicha valoración, el legislador gallego de 2006 ha prescindido de la previsión del índice que haya de utilizarse en orden a realizar tal actualización, siendo posible acudir tanto a la evolución de los índices de precios al consumo, como a la aplicación de los tipos de interés legal del dinero. La referencia a la actualización «monetaria» parece que conduce a optar por la segunda de las posibilidades de las indicadas.

En cuanto a la dispensa de la obligación de colacionar por el apartado, que la LDCG contempla expresamente, con arreglo al régimen codicial, la dispensa, como acto de disposición *mortis causa*, es libremente revocable (STS de 13 de marzo de 1989 [RJ 1989\2036; en contra de lo señalado en la más antigua de 21 de marzo de 1902 [JC T. 93, § 77]), debiendo ser expresamente prevista por el causante y pudiendo formalizarse en el propio testamento o en el título acreditativo del negocio gratuito de transmisión del bien colacionable, sin que, en este último caso, la dispensa pueda revocarse en testamento (la revocación del testamento en el que se contempla la dispensa, obviamente supone su revocación), aunque sí quepa su revocación, obviamente, en los casos de revocación de la donación al amparo de las previsiones de los arts. 644 y ss. del CC. Un sector de la doctrina —sobre el fundamento de que, admitiendo el legislador la dispensa en la donación, nada impide su realización posterior con las formalidades propias del negocio de donación— admite, al igual que hace la doctrina italiana, que la dispensa pueda realizarse después de la donación y en un negocio distinto del testamento, siempre que aquel reúna los requisitos formales de la donación.⁴² Este parecer viene también avalado por el argumento que resulta de la constatación del hecho de que el testador —donante— conserva su plena libertad para regular su sucesión en la forma que estime oportuna. Sin embargo, en estos casos en que la dispensa no se ha dispuesto en el acto de donación, como quiera que la dispensa posterior es una disposición *mortis causa* de contenido patrimonial y en el

⁴² De este parecer son autores tan prestigiosos en este ámbito como VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Estudios de Derecho sucesorio*, T. IV. Madrid: Ed. Montecorvo, 1982, pág. 502; LACRUZ BERDEJO, J. L. y ALBALADEJO, M. *Derecho de sucesiones. Parte general*. Barcelona: Ed. Librería Bosch, 1961, pág. 571 (§ 70.427); DE LOS MOZOS, J. L. *La colación*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965, pág. 272; ROCA JUAN, J. en *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART). T. XIV. Vol. 2º. Madrid: Edersa, 1989, pág. 41; VALLADARES RASCÓN, E. «Comentario al artículo 1036 del CC», en BERCOVTIZ, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*, op. cit., 2ª ed., pág. 1240.

Ordenamiento jurídico sucesorio propio del Derecho civil territorial común el único negocio con eficacia *mortis causa* de contenido patrimonial que se admite es precisamente el testamento, no parece que pueda compartirse aquel parecer en defecto de previsión legal expresa al efecto y habiendo desaparecido las razones de economía procesal en atención a las que el Codificador civil admite la dispensa en el negocio de donación.⁴³ En este mismo sentido milita el argumento derivado de la consideración de la dispensa formando parte del negocio lucrativo aceptado de manera global por el donatario, de forma que la revocación de la dispensa supone una alteración substancial de la «base del negocio» (se acepta la donación porque subsistía la expectativa de recibir más en la herencia). En todo caso, entonces, si se aceptase la revocación de la dispensa, habría de admitirse la posibilidad de renuncia por el donatario a la donación.⁴⁴ Esta interpretación resulta, además, acorde con el Derecho histórico español, representado por las Partidas, en las que se preveía la dispensa de la colación de la donación únicamente «quando gela daba, o en testamento» (Partida 6.15.3).

Trasladadas estas consideraciones al ámbito de interpretación del art. 227 LDCG, la dispensa de la obligación de colacionar por el apartado puede realizarse formando parte del negocio apartacional, sin perjuicio de la admisibilidad de la misma realizada en un testamento posterior. En el primer caso, comoquiera que forma parte de la base del negocio de apartación —el legitimario, acepta ser apartado y la dispensa de la obligación de colacionar— no podrá ser revocada ulteriormente, salvo en el caso de revocación del negocio en su conjunto. En el segundo supuesto, podrá ser revocada de conformidad con las normas que rigen la revocación del testamento en que haya sido dispuesta.

VII. Pérdida de eficacia sobrevenida de la apartación: ¿mutuo disenso y revocación unilateral?

Al amparo de la regulación contenida en la Ley de 1995, algún autor proveniente de la práctica notarial llevó a la exasperación el carácter «definitivo» de la exclusión de la condición de legitimario del apartado que predicaba su art. 134.1, hasta el

⁴³ Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 3 (1995), págs. 1105 y ss., especialmente, en este sentido, la pág. 1195.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho civil*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 2017 (12ª edic.), pág. 588.

punto de considerar que, aun cuando, en virtud de un nuevo pacto, apartante y apartado acordasen el retorno de los bienes al patrimonio del apartante, en ningún caso el apartado recuperaría la condición de legitimario.⁴⁵ Frente a este parecer, la mayor parte de los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión admitían el mutuo disenso como modo de extinción de la apartación⁴⁶ y esta posibilidad ha de admitirse también bajo la vigencia de la Ley de 2006, debiendo integrar el pacto extintivo, que es posible mientras vivan apartante y apartado y ambos gocen de la plena capacidad de obrar (ex art. 210 de la Ley 2/2006), a efectos de su validez, los requisitos formales previstos para el otorgamiento del pacto en su art. 211. La extinción por mutuo disenso conllevará la restitución de las prestaciones recíprocamente realizadas, debiendo considerarse que el pacto extintivo tiene, a estos efectos, eficacia *ex nunc*.⁴⁷

Mayor dificultad entraña la extinción de la apartación en virtud de revocación unilateral, descartándose, en todo caso la viabilidad de esta por el apartado, se ha apuntado la posibilidad del ejercicio de la referida revocación unilateral por el apartante. Obviamente no se está pensando en una revocación unilateral sometida a la libre voluntad del apartante, que vulneraría las más elementales normas de la vinculación contractual entre las partes —y, en concreto, lo dispuesto, con carácter general, en el art. 1256 CC—, sino en aquellos supuestos en los que el apartado incurriese con posterioridad al pacto en causa de desheredación o de indignidad para suceder, así como en aquellos supuestos en que su conducta pudiera ser calificada como de ingrata respecto del apartante.⁴⁸ Se trata, en definitiva, de llevar al ámbito del apartamiento las causas en virtud de las que los pactos de mejora quedan sin efecto de conformidad con el art. 218 LDCG, excepción hecha, claro está, de la relativa a la prelación del apartado. Precisamente el hecho de que se contemplen aquellas causas respecto de los pactos de mejora y se omita su eficacia

⁴⁵ Así se pronunciaba GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia*, op. cit., pág. 96.

⁴⁶ Así, entre otros, LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 980; GARCÍA RUBIO, M.^a P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1473.

⁴⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. «Comentario a la DA 1^a de la LDCG/1995», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*. T. XXXII. Vol. 2^o, op. cit., pág. 1380.

⁴⁸ En sentido afirmativo bajo la vigencia de la LDCG, se ha pronunciado expresamente GARCÍA RUBIO, M.^a P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., págs. 1475 y 1476.

en relación con el apartamiento se erige como la principal barrera a su admisión, al utilizar el canon sistemático en la hermenéutica del sistema. En efecto, frente al carácter general con el que se contemplan las causas que habilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, como excepción al principio general de irrevocabilidad, en el art. 401 CDCFAr o en el § 2294 BGB, el legislador gallego del año 2006 ha previsto las causas de revocación únicamente respecto de determinados pactos sucesorios y no respecto del apartamiento. En el caso de admitirse la revocación unilateral por el apartante en los casos enunciados, su ejercicio determinaría la recuperación por el apartado de la condición de legitimario sin perjuicio de que, dado el elenco de causas enunciadas, pudiese ser justamente desheredado o incurrir en causa de indignidad para suceder.

VIII. Los acreedores y el pacto de apartación

1. La posible utilización de la apartación para defraudar los derechos de los acreedores

Las posibilidades que ofrece el pacto de apartación para defraudar los derechos e intereses, tanto del apartante, como del apartado, son fácilmente imaginables y bien conocidas.⁴⁹ En efecto, puesto que el valor de los bienes o derechos de contenido patrimonial que se transmiten al apartado es indiferente, como resulta de lo dispuesto en el art. 225 LDCG —«independientemente del valor de la misma», si bien el precepto se refiere, como resulta de la toma en consideración de la versión en gallego (alude a «bens ou dereitos [...] con independencia do seu valor») de la norma, al valor de los bienes o derechos y no, como pudiera pensarse con la mera lectura de la traducción castellana, al valor de la apartación—, fácilmente podrían defraudarse los derechos de los acreedores del legitimario apartado mediante el pacto de apartación en el que se acuerde la entrega de bienes o derechos con un valor inferior o muy inferior en comparación con el valor aproximado y esperado de

⁴⁹ Vid. LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*. Vol. I, *op. cit.*, págs. 572 a 575. Expone también las finalidades espurias con las que, en algunas ocasiones, se utiliza el pacto de apartación, ESTÉVEZ FERNÁNDEZ, M. «Más sobre la naturaleza jurídica del apartamiento y otras cuestiones polémicas que plantea», en *Libro homenaje a I. Sánchez Mera, op. cit.*, especialmente la pág. 1284.

la legítima a que se renuncia. En todo caso, y con independencia de que se defrauden derechos de terceros, debe compartirse la invalidez de una apartación en la que los bienes atribuidos al apartado tengan un valor irrisorio o desproporcionadamente inferior respecto del valor de la legítima esperada, en lo que podría calificarse, siguiendo la terminología utilizada en el ámbito de la compraventa, como apartamiento *nummo uno*.⁵⁰ En este supuesto estaríamos en presencia de un negocio nulo y no rescindible. En este caso, la nulidad se podrá argumentar tanto en la infracción de una norma imperativa como resulta ser el art. 225 LDCG y, con más claridad en la infracción del art. 242 LDCG, aplicando la sanción de nulidad de pleno derecho que, con carácter general, establece el art. 6.3 CC para los actos de contravención de normas cogentes y como sanciona expresamente el art. 242 LDCG la renuncia a la legítima (salvo en los casos de apartación);⁵¹ como, probablemente de manera más adecuada técnicamente, en la calificación de la apartación como un negocio simulado en los casos en que la renuncia a la legítima gratuita se disimule en un pacto de apartación. En efecto, el art. 242 LDCG declara la nulidad de la renuncia o transacción respecto de la legítima salvo el caso de la apartación, tratándose de una norma imperativa cuya contravención determina la nulidad absoluta del negocio de renuncia y que puede hacerse valer por cualquiera, incluidos obviamente los acreedores del renunciante. El fundamento de la aplicación de esta norma radicaría en que no puede calificarse como apartación el negocio de renuncia a la legítima realizado por un legitimario que acepta un bien o un derecho de un valor irrisorio y cuya causa no es la propia del negocio de apartación (renuncia a la legítima futura a cambio de recibir determinados bienes o derechos, de naturaleza patrimonial, en vida del causante).

De igual manera, es posible defraudar los derechos de los acreedores del apartante a través de la atribución al apartado de bienes o derechos patrimoniales con un valor claramente excesivo o desproporcionado respecto del valor de la legítima.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.^a P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1478.

⁵¹ Calificación de norma imperativa, cuya contravención determina la nulidad de pleno derecho del negocio de renuncia, con el efecto de la recíproca restitución de las prestaciones que resulta de lo dispuesto en el art. 1303 CC, realizada expresamente, v. gr., por GARCÍA RUBIO, M.^a P.; NIETO ALONSO, A. y HERRERO OVIEDO, M. «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia», en TORRES GARCÍA, T. F. (Coord.). *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 2012, pág. 213.

2. El poder de agresión de los acreedores

Partiendo de las premisas que se derivan de las consideraciones realizadas a propósito de la naturaleza jurídica del pacto de apartación, fácil es aventurar la inseguridad en la que se sitúan las consecuencias que se derivan en cuanto a la viabilidad de acciones impugnatorias de la apartación ejercitadas por los acreedores, sean estos del apartado o del apartante. La jurisprudencia ha visto tradicionalmente con recelo los pactos renunciativos de la legítima, situándolos bajo la sospecha de que podía utilizarse para burlar los derechos de los legitimarios, forzados a aceptar una renuncia anticipada a su legítima a cambio de bienes de valor inferior a la cuota legitimaria a la que tendrían derecho en el momento de abrirse la herencia, al tiempo que pueden utilizarse para burlar los derechos de los acreedores (*v. gr.*, STS de 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013\8429]).⁵²

El régimen jurídico de las referidas acciones impugnatorias y su viabilidad en relación con el negocio de apartación se expone en los epígrafes que siguen.⁵³

A. Los acreedores del apartado

En el caso de los acreedores del apartado se tratará de aquellos supuestos en los que estos vean reducidas sus posibilidades de ver satisfechos sus créditos por haber recibido menos de lo que su expectativa legitimaria representa. Razonable es pensar que, si la prestación recibida por el apartado representa un valor patrimonial ínfimo o muy reducido en relación con el caudal del apartante, nos podríamos situar en el ámbito de la simulación negocial y, por lo tanto, de nulidad del negocio y no ante un negocio susceptible de rescisión por fraude de acreedores.

En otros supuestos, en los que el valor del bien adjudicado al apartado no permita fundar una acción de nulidad por simulación (casos de renuncia a la legítima que no pueda calificarse de gratuita), pero represente un valor que perjudica objetivamente a sus acreedores —que lo sean en el momento de celebrarse el pacto—, habrá de acudir a la aplicación de la regla general contemplada en el art. 6.2 CC, a tenor de la cual el perjuicio de terceros se erige como una barrera a la

⁵² *Vid.* HERRERO OVIEDO, M. «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, 2ª ed., *op. cit.*, pág. 1350.

⁵³ Se sigue en esencia el contenido de mi estudio «Los derechos de los acreedores frente a los bienes objeto de los pactos sucesorios (Pactos sucesorios y protección de los acreedores)», en *Foro Galego. Revista Xurídica*, núm. 202 (2012-2013), en particular, las págs. 35 a 49.

eficacia de las renunciaciones de derechos, si es que la apartación lo es.⁵⁴ De este precepto y de la interpretación conjunta de lo dispuesto en los arts. 1297.1 CC (presunción de fraude de los negocios dispositivos realizados a título gratuito) y 643 CC (presunción de fraude del donante que no se ha reservado bienes bastantes para hacer frente al pago de deudas anteriores) algunos autores han derivado la posibilidad de apreciar la concurrencia de un fraude de naturaleza objetiva en todos aquellos supuestos de negocios de naturaleza dispositiva que tienen una causa más débil que la que da origen al derecho del acreedor que pretenda impugnar tal negocio dispositivo;⁵⁵ en nuestro caso, la apartación.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de los acreedores del apartado no podemos desconocer que, en el momento en que se realiza el negocio apartacional, la expectativa legitimaria del apartado difícilmente puede calificarse de un derecho de contenido patrimonial que engrose el patrimonio de este, pues los acreedores carecen de cualquier derecho sobre tal expectativa (no puede ser objeto de embargo, ni de ejecución).

La cuestión puede tornarse más dudosa en el caso en el que, mientras se mantenga viva la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria (esto es, durante los cuatro años siguientes contados desde la fecha de la perfección de la apartación y, en todo caso, del conocimiento del negocio apartacional por los acreedores o desde la fecha de su inscripción registral, ex art. 1299.I CC)⁵⁶ fallezca el causante y se abra su herencia, momento en el que el apartado no recibirá lo que por legítima le hubiera correspondido en caso de no mediar la apartación. ¿Pueden en este caso los acreedores del apartado cuyos créditos sean anteriores a la celebración de la apartación ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores con fundamento en el núm. 3º del art. 1291 CC, calificando la apartación como negocio celebrado en

⁵⁴ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1478.

⁵⁵ El razonamiento se encuentra en la obra de JEREZ DELGADO, C. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)* [Prólogo de A. M. MORALES MORENO]. Madrid: Ed. CER, 1999, págs. 194 y ss. (donaciones modales realizadas por el donante insolvente) y págs. 297 y ss. (en relación con actos abdicativos o de renuncia).

⁵⁶ SSTS de 4 de septiembre de 1995 [RJ 1995\6490], de 17 de julio de 2000 [RJ 2000\5932] y de 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10407], que precisan que no puede diferirse el *dies a quo* del cómputo del plazo cuatrienal de la acción de rescisión por fraude al momento en que el acreedor haya perseguido infructuosamente los bienes del deudor.

fraude de acreedores que no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe? La respuesta sugerida por la doctrina que se ha pronunciado al respecto es afirmativa.⁵⁷

Pero, sin duda la razón fundamental por la que, desde la perspectiva de los acreedores del apartado debe cuestionarse la rescisión del apartado por fraude es la representada por sus efectos. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 1295 CC, en la rescisión por fraude de acreedores no hay una disolución o destrucción del contrato lesivo, sino que lo que aquel precepto codicial impone es el desconocimiento de su eficacia traslativa de bienes o derechos que habrán de ser objeto de restitución con sus frutos o intereses, siempre que no estén en poder de terceros adquirentes de buena fe o que hayan adquirido en virtud de título gratuito (en cuyo caso la restitución se transforma en una indemnización de daños y perjuicios a cargo del causante de la lesión —arts. 1298 CC y 37.4º LH—).⁵⁸ En puridad en estos supuestos, lo que sucede es que el acreedor que ha ejercitado la acción rescisoria fundada en la lesión de los derechos de crédito de que es titular, apreciada la concurrencia de los presupuestos de la rescisión contractual, puede ejecutar los bienes y derechos de contenido patrimonial objeto del negocio rescindido, que resulta inoponible frente al mismo.⁵⁹ Es por esta razón por la que la doctrina jurisprudencial admite la rescisión parcial, en tanto que el perjuicio sufrido por el acreedor es la medida de la rescisión (v. gr., SSTS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8430] y de 21 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8077]). Con fundamento en estas consideraciones, en derredor de los efectos de las acciones rescisorias por fraude de acreedores, se ha señalado la inadecuación de las mismas en aras a la protección de los acreedores del apartado que nada recibirían como consecuencia de su estimación.⁶⁰

Por el contrario, podrían resultar eficaces desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los acreedores del apartado las acciones de nulidad fundadas en la

⁵⁷ GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartado sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1479.

⁵⁸ Entre otros, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M. *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*. Madrid: La Ley, Madrid, 2010, págs. 204 a 207.

⁵⁹ Vid. JORDANO FRAGA, F. *La acción revocatoria o paulina (Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente)*. Granada: Editorial Comares, 2001, especialmente las págs. 174 y ss.; GARCÍA VICENTE, J. R. «Comentario del art. 1295 del CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. T. VII. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 9224 y 9225.

⁶⁰ LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», cit., pág. 575.

simulación de la apartación y también la que resulta del art. 643 CC. En efecto, al igual que las donaciones realizadas en fraude de acreedores, además de rescindibles pueden ser nulas de pleno derecho, tanto cuando se trata de supuestos de simulación absoluta sin que concurra *animus donandi* alguno y sí solo la finalidad de transmisión de la mera titularidad formal de los bienes o derechos objeto del negocio traslativo para ponerlos fuera del alcance de los acreedores del donante (v. gr., STS de 27 de febrero de 2001 [RJ 2001\2554], SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 22 de diciembre de 2008 [JUR 2009\47454]), como cuando concurre en ellas causa ilícita (art. 1275 CC), también en el caso de la apartación realizada con este propósito o finalidad, sin que concurra la causa propia del negocio de apartación, debe ampararse el ejercicio de la acción por los acreedores no de rescisión por fraude de acreedores, sino por nulidad, lo que conlleva a la inaplicación del plazo cuatrienal de caducidad del art. 1299 CC (en este sentido, STS de 27 de marzo de 2007 [RJ 2007\1616], a propósito de una donación realizada por los padres a un hijo, condenados aquellos por un delito de alzamiento de bienes).⁶¹

En lo que respecta a la virtualidad que podemos derivar de la previsión del art. 643 CC, claro está que si pretendemos dotar de una verdadera utilidad al referido precepto en sede de efectos y límites de las donaciones —y si se considera de aplicación analógica la norma que contiene al ámbito de la apartación realizada en fraude de acreedores, partiendo de la calificación de este como negocio jurídico dispositivo realizada a título gratuito—, debemos rechazar la doctrina jurisprudencial asumida por la STS de 17 de julio de 2000 [RJ 2000\5932] que, por otra parte, es la única en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha fijado el alcance de esta norma. En esta Sentencia, el TS declara que el art. 643 CC no concede al acreedor defraudado por la donación —presumiéndose el fraude si como consecuencia de la liberalidad el patrimonio del donante no fuese suficiente para satisfacer las deudas contraídas antes de perfeccionarse la misma, con independencia de la fecha de su vencimiento— una acción diversa de la rescisoria, cuya naturaleza es similar a la que resulta de los arts. 1291.3, 1297 e inciso final del art. 1111 CC. Argumenta el TS que no encuentra razón por la que la donación debiera tener un régimen distinto al que resulta del art. 1297.I CC y que consistiera en una asunción *ex lege*

⁶¹ Vid. SABORIDO SÁNCHEZ, P. *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 250 a 260; y, respecto de la donación sin *causa donandi* REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos». *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 2 (2011).

Aproximaciones al pacto sucesorio en el Derecho civil...

por el donatario de las deudas del donante, sin consentimiento de los acreedores de aquel y que pudieran resultar perjudicados precisamente por esta razón. Para el TS los arts. 1297-I y 643 CC son normas complementarias, pudiendo los acreedores invocar cualquiera de ellas para ejercitar la acción rescisoria de la donación por fraude de acreedores. Esta interpretación supone que el donatario no puede estar pasivamente legitimado en la acción que ejerciten los acreedores del donante exigiendo el pago de sus créditos, sino solo en la acción rescisoria, previa excusión de los bienes del donante, de manera que, en último caso, el donatario perdería el bien recibido a título lucrativo, pero su patrimonio no se vería afectado.⁶²

Sin embargo, el art. 643 CC es susceptible de otra interpretación que permite dotarlo de un contenido diferente de las normas que regulan la rescisión por fraude de acreedores y de su complemento, representado por la presunción de fraude que respecto de los negocios traslativos gratuitos establece el art. 1297.I CC; esto es, dotarlo de autonomía frente a estas normas. En efecto, el párrafo 1º del art. 643 CC establece que, no existiendo estipulación en la donación que imponga

⁶² Parecer doctrinal asumido, entre otros, v. gr., por ALBALADEJO, quien afirma que el art. 643 CC supone que los bienes que recibió y que hizo suyos el donatario, en virtud de la donación, pueden resultar afectos al pago de las deudas del donante a través de la impugnación de la donación por los acreedores del donante por medio de la acción rescisoria (vid. ALBALADEJO, M. «Comentario de los arts. 642 y 643 del CC», en *Comentario del Código Civil*. T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1631 y 1632; también, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. *La donación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2006, pág. 501; por DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho civil*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999 (8ª ed.), pág. 310; por PÉREZ CONESA, C. «La donación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Derecho civil (Contratos)*. Madrid: Ed. Bercal, 2011 (3ª ed.), pág. 158; por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Comentario del art. 643 del CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 754; ibídem, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Comentario del art. 37 de la LH», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova, 2013, pág. 387; y por PÉREZ GARCÍA, M. J. «Comentario del artículo 643 del CC», en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. Cizur Menor: Ed. Civitas, 2011, pág. 181. En relación, precisamente, con la posible aplicación del art. 643 CC en el ámbito de la protección de los acreedores del mejorado, asumen la referida interpretación doctrinal, ORDOÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J.; VIDAL PEREIRO, V. M. «Comentario de los artículos 214 a 218 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*. Vol. I, op. cit., pág. 454.

al donatario el pago de las deudas del donante, de estas deudas solo responderá el donatario cuanto la donación se haya hecho en fraude de acreedores. Entonces puede considerarse que lo que este precepto establece es una acción directa de los acreedores del donante, titulares de créditos constituidos antes de la donación, dirigida al pago de estos, siempre que la donación se haya hecho en fraude de acreedores y solo en su defecto se podría instar la rescisión de la donación, conforme a las normas generales de los arts. 1291.3º y concordantes del CC. Esta interpretación ha sido asumida por algunos comentaristas del art. 643 CC, que se apoyan en afirmaciones de LACRUZ⁶³ y también es seguida por algunas Audiencias Provinciales.

Los argumentos que avalan esta interpretación del art. 643.I CC, que es un precepto carente de antecedentes históricos, son sustancialmente los que siguen:

- 1º) El argumento sistemático, en tanto que el precepto debe interpretarse conjuntamente con su precedente, el art. 642 CC, que permite imponer al donatario el pago de las deudas del donante, incluso las posteriores a la donación. El art. 643 CC disciplina el régimen de responsabilidad del donatario por deudas del donante en defecto de previsión convencional alguna al respecto.

⁶³ LACRUZ afirma que el art. 643 CC contiene una medida más dura que la rescisión, cual es la posibilidad del acreedor de dirigirse contra el donatario para hacer efectivo su crédito sobre todos los bienes de este y que ello hace innecesaria, en principio, la rescisión por fraude (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil*. T. II. Vol. 3º. Barcelona: Bosch, 1986, págs. 143 y 144). Por su parte, ESPIGARES HUETE señala que el art. 643 CC implica un medio distinto de la acción de rescisión por fraude de acreedores (vid. ESPIGARES HUETE, J. C. «¿Rescisión de donaciones realizadas en fraude de acreedores?: el artículo 643 del Código Civil». *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (2002), pág. 267). ALBIEZ entiende que se trata de una interpretación que tiene argumentos sólidos (vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Comentario del art. 643 del CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. T. IV. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 4904 y 4905). Precisamente en relación con las acciones que pueden ejercitar los acreedores del apartante frente al apartado, LOIS PUENTE, a la pregunta acerca de si resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 643 del CC, responde afirmativamente señalando que el apartado no responde, en principio de las deudas del apartante, pero si este no se reservó bienes bastantes para satisfacerlas, sus acreedores deben tener acción directa contra el apartado (cfr. LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», cit., pág. 574).

2º) La carencia de virtualidad del art. 643 CC si se le otorga la interpretación a tenor de la cual solo permite la rescisión de la donación por fraude de acreedores.

3º) Se trata de una interpretación que, en determinados supuestos, puede ser tuitiva de los intereses del donatario, en tanto que le permitirá mantener la propiedad del bien donado, pagando las deudas del donante, de manera que optará por esta solución cuando el valor del bien, contemplado tanto en términos objetivos o de valor de mercado, como en términos estrictamente subjetivos, sea superior a la deuda o deudas a las que haya de hacer frente.

Por otra parte, comoquiera que es posible que el apartado pueda ser heredero, voluntario o legal, y, en consecuencia, puede recibir bienes o derechos de la herencia del causante/apartante, en el caso de que, además de haber renunciado anticipadamente a la legítima, renuncie a la herencia tras la apertura de la sucesión, sus acreedores podrán ejercitar la facultad que les atribuye el art. 1001 CC. Esto es, podrán pedir al Juez que les autorice para aceptar la herencia en nombre del apartado/heredero que la repudia, aprovechándoles la aceptación en cuanto sea necesario para cubrir el importe de sus respectivos créditos.

Algún comentarista de los arts. 224 a 227 LDCG ha ido un poco más lejos en la virtualidad que pudiera otorgarse al art. 1001 CC en este ámbito, afirmando que, una vez abierta la sucesión del apartante, los acreedores del apartado podrían pretender que el apartamiento no ha tenido lugar en orden a permitir la aplicación de la norma que se contiene en este precepto y cuya aplicación se ha tratado de eludir.⁶⁴ El argumento es la proscripción del fraude de ley ex art. 6.4 CC, de manera que la utilización de una norma de cobertura como es la que permite la renuncia a la legítima en el caso de la apartación, no puede amparar la exclusión de la norma que se pretende defraudar: la aplicación del art. 1001 CC y la facultad de los acreedores del legitimario, formalmente apartado, de aceptar la herencia de su causante en su nombre. Con todo, parece que la acción que mejor se adecua a este supuesto es la acción revocatoria contemplada en el inciso final del art. 1111 CC, habida cuenta de que también exige la concurrencia de fraude de los derechos de los acreedores del apartado, facilitándose la prueba de su concurrencia a través del juego de las presunciones de fraude aplicables a los negocios

⁶⁴ En este sentido, LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», cit., pág. 574.

jurídicos gratuitos; al tiempo que la subsidiariedad requerida para el éxito de la acción revocatoria no dista mucho del hecho de que el art. 1001 CC permita la aceptación de la herencia por los acreedores hasta el límite necesario para satisfacer el importe de sus créditos.

B. Los acreedores del apartante

Desde la perspectiva del apartante y de sus acreedores —siempre que la fecha de constitución de las obligaciones o de la constitución de los derechos de crédito de los que estos sean titulares activos sea anterior al negocio apartacional,⁶⁵ excluyendo a los que adquieran esta condición en un momento posterior a la perfección del negocio apartacional—, la adjudicación de bienes o derechos que representen un valor notablemente superior al que por legítima le correspondería al apartado habilitaría objetivamente el ejercicio de acciones rescisorias por estos acreedores.

Si se admite la naturaleza gratuita de la apartación, que se presenta como evidente desde la perspectiva de los acreedores del apartante, estos podrán impugnar la disposición que esta conlleva a través de la acción que contempla el art. 1291.3º CC, en relación con la presunción *iuris e de iure* de fraude de los negocios de esta naturaleza que acoge el art. 1297.I CC,⁶⁶ habida cuenta de la inexistencia de argumentos para proteger al adquirente a título lucrativo en detrimento del acreedor perjudicado o defraudado; al tiempo que la referida naturaleza de la presunción se cohonestaba con la regla general que establece el art. 385.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Lo que no resulta procedente es pretender que el apartado se subrogue directamente en la posición jurídica del apartante en un proceso de ejecución seguido frente al patrimonio de este último. Así lo pretendía la parte ejecutante en el supuesto resuelto, en primera instancia, por el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Caldas de Reis de 14 de noviembre de 2008 [JUR 2010\65824] y confirmado, en grado de apelación, por el Auto de la Sección 3ª de la AP de Pontevedra núm. 94/2009, de 1 de octubre [JUR 2009\470149], precisando que la transmisión de un bien por el deudor ejecutado en virtud de una apartación no

⁶⁵ IMAZ ZUBIAUR, L. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*. Madrid/Barcelona: Ed. La Notaría – Col·legi Notaris de Catalunya, 2006, pág. 479.

⁶⁶ La aplicación de estas normas es afirmada expresamente, respecto de la impugnación de la apartación por los acreedores del apartante, *v. gr.*, por LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», *cit.*, pág. 575.

supone la existencia de una sucesión hereditaria del único obligado frente al que se sigue el procedimiento de ejecución, no otorgando la transmisión del bien realizada al apartado, adquirente del mismo, la condición de ejecutado, señalando en su razonamiento jurídico 4º que «[l]a situación entonces viene a ser la equivalente a la resultante en el caso de cualquier negocio, oneroso o gratuito, de disposición de bienes del ejecutado que como el aquí realizado pueda llegar a resultar fraudulento, penal o civilmente, siendo por ello sancionable y rescindible de resultar en perjuicio del acreedor ejecutante (Arts. 1111, 1291 CC y Arts. 257 y ss. C Penal). Resulta entonces necesario concluir la necesaria confirmación de la resolución de la instancia denegatoria de la ampliación de la ejecución solicitada por la ejecutante, remitiendo a la parte al cauce civil o penal que entienda le corresponde conoce y ha hecho reserva expresa de los mismos».

En el caso de concurso de acreedores, la disposición que conlleva la apartación podrá impugnarse en virtud del ejercicio de las acciones de reintegración o rescisorias concursales *ex arts. 71 y ss. LC*, que se fundan en la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso (del apartante o de la herencia), presumiéndose este *iuris et de iure* respecto de los negocios jurídicos a título gratuito realizados por el deudor cuyo concurso se declare dentro de los dos años inmediatos a la celebración del negocio dispositivo rescindible (en el caso que nos ocupa, la apartación).

Pero aun, admitiendo que no estemos en presencia de un negocio gratuito, su carácter oneroso no vedaría la impugnación del mismo por los referidos acreedores ni se reduciría a aquellos supuestos en los que resulte viable la acción revocatoria o pauliana por resultar posible la acreditación de la concurrencia del *consilium fraudis* entre el deudor apartante y el apartado, con la finalidad de defraudar los derechos patrimoniales de los acreedores del primero.

En efecto, aun si se admite la naturaleza onerosa de la apartación, la rescisión de este negocio es posible al amparo de la previsión del art. 1292 CC: pagos hechos por el deudor en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido.⁶⁷ En efecto, el apartante no tiene obligación

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, M.^a P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1479. Por otra parte, también lo sería en los supuestos en los que la apartación sea posterior a la fecha en que se hubiese dictado sentencia en virtud de la que se condene al apartante al pago o, desde luego, se hubiese trabado embargo de sus bienes y derechos, siendo notoria entonces la presencia de acreedores impagados y de dificultades económicas que permiten subsumir el supuesto en la presunción de fraude que se aplica a las

alguna de satisfacer en vida las legítimas, de manera que, si voluntariamente decide hacerlo, detrae activos patrimoniales sin que concurra ninguna obligación, pudiendo encontrarse una evidente *eadem ratio* entre este supuesto y el de fraude objetivo por pago de obligaciones no vencidas por el deudor insolvente. Los acreedores del apartante, titulares de créditos en el momento de realizarse el negocio apartacional, podrán ejercitar la acción rescisoria de este con el referido fundamento normativo.

Por otra parte, la doctrina ha intentado construir la presunción de fraude en el ámbito de las transmisiones realizadas a título oneroso en aquellos casos en los que exista una notable desproporción entre el valor del bien que sale del patrimonio del transmitente y la contraprestación pactada, si como consecuencia se produce una lesión de los derechos de crédito de que sean titulares los acreedores del primero.⁶⁸ En este supuesto, a través del poder de configuración de la realidad que ampara la autonomía privada, se trataría de transformar en un acto dispositivo oneroso a un negocio realizado a título gratuito, precisamente con el propósito de que, mediante el velo de esta naturaleza, se ponga al amparo de las facultades rescisorias de los acreedores respecto de los negocios dispositivos a título gratuito. Evidente resulta que los límites de la autonomía privada y, en particular, el orden público, imponen que tal transformación típica no pueda resultar amparada por el Derecho.

Si esta presunción de fraude opera, el apartado podría verse sometido a los efectos de la acción rescisoria, de manera que podría optar por restituir el bien o bienes recibidos en virtud de la apartación o por pagar los créditos del apartante; al tiempo que si se acreditase que actuó de mala fe (con conocimiento de la intención fraudulenta del negocio apartacional) los acreedores del apartante podrían interesar la indemnización de los daños y perjuicios que hubiesen padecido en el caso de que el apartado no pudiera restituir el bien al patrimonio del apartante (art. 1298 CC).

enajenaciones a título oneroso que contempla el art. 1297.II del CC y que es extensible a los adquirentes a partir de la fecha de la sentencia condenatoria o del auto acordando el embargo. En este sentido, MARTÍN PÉREZ, J. A. «Comentario del art. 1297 del CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1426 y 1427.

⁶⁸ La construcción se encuentra en JEREZ DELGADO, C. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, op. cit., págs. 273 y ss. (capítulo rubricado expresivamente «la falta de equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos como posible manifestación del fraude»). En particular, respecto del pacto de apartación, GARCÍA RUBIO, M.^a P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1480.

Aproximaciones al pacto sucesorio en el Derecho civil...

En el caso de procedimientos concursales o universales de ejecución derivados de la situación de insolvencia del apartante, aun calificándose como un negocio oneroso, se presumirá *iuris tantum* el perjuicio patrimonial de la apartación y ello de conformidad con la previsión del art. 71.3.1º LC, por tratarse necesariamente de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado (los legitimarios, cualquiera que sea, se encuentran dentro de las personas que contempla el art. 93.1 LC especialmente relacionadas con el concursado persona física, en tanto que se incluye el cónyuge o la persona que conviva con el concursado con análoga relación de afectividad o haya convivido durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como los descendientes). Por otra parte, si tomamos en consideración la posibilidad que brinda el art. 1292 CC, en sede concursal el pago o cumplimiento de obligaciones no vencidas, en tanto que supone una lesión del principio de la *par conditio creditorum*, el art. 71.3.3º LC establece la presunción *iuris tantum* de perjuicio para la masa activa del concurso respecto de los pagos y otros actos de extinción de obligaciones con garantía real cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

En cuanto a los requisitos de la acción revocatoria o paulina que han decantado jurisprudencia y doctrina se encuentran los que siguen:⁶⁹

- 1º) El ejercicio de la acción pauliana se admite solo en relación con negocios jurídicos que tienen funciones dispositivas (traslativas), contenido patrimonial y eficacia *inter vivos*. No parece presentarse dificultad alguna en relación con los dos primeros aspectos, puesto que el negocio de apartación es típicamente dispositivo y, como ya he señalado, el objeto del mismo son bienes o derechos de naturaleza patrimonial. Más problemas puede suscitar la exigencia de que se trate de negocios jurídicos *inter vivos*.

A propósito de esta última cualidad, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, de 12 de junio de 2009 [JUR 2009\301419] y, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2011 (dictada en el recurso de apelación

⁶⁹ *Vid.*, entre otros, CRISTÓBAL MONTES, Á. *La vía pauliana*. Madrid: Tecnos, 1997, págs. 85 y ss.; ORDUÑA MORENO, J. *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción)*. Barcelona: Ed. J. M.ª Bosch, 1992 (2ª ed.), especialmente las págs. 117 y ss.; y MUÑIZ ESPADA, E. *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*. Madrid: Ed. CER, 2006, especialmente las págs. 172 y ss.

691/2010) [JUR 2010\115549], así como el Auto de la misma Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 1 de octubre de 2009 [JUR 2009\470149], consideran que, en el caso de la apartación, la transmisión se produce a través de un negocio jurídico *inter vivos* de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación *post mortem*.

Este parecer de la jurisprudencia del orden jurisdiccional civil no es compartido en el ámbito contencioso-administrativo, como ya se ha señalado en el momento en que se expuso esta cuestión en relación con el pacto de mejora con entrega de presente. En este último la calificación de la apartación como negocio jurídico *mortis causa* permite la aplicación de la excepción del gravamen previsto en el art. 33.3.b de la Ley del IRPF, en relación con las ganancias patrimoniales, que se reputan no existentes en el caso de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. En relación con esta cuestión, las SSTSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2006 (recursos núms. 743/2003) y 549/2012, de 24 de septiembre [JT 2012\1130], consideran necesario conciliar la naturaleza *inter vivos* de la adquisición patrimonial con la de pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título *mortis causa* a la apartación. Este parecer no fue compartido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). A esta diferencia de criterio le vino a poner fin la STS, Sala Tercera, de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016\1365] resolviendo un recurso de casación en interés de Ley promovido por la AEAT, pronunciándose en sentido contrario al interesado por la Administración tributaria recurrente, al declarar que en el caso de la apartación «no estamos ante dos negocios uno *inter vivos* y otro *mortis causa*», sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto que haya de resultar de aplicación. La apartación, afirma el TS, es un pacto sucesorio y su tratamiento fiscal es el que se deriva de esta naturaleza jurídica, cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento específico en la regulación de uno u otro impuesto. En consecuencia, la apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del

contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la Ley del IRPF.⁷⁰ En este mismo sentido, en fecha 2 de marzo de 2016, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) resolvió un recurso de alzada interpuesto por la propia AEAT contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Galicia, señalando que «la apartación es una institución propia del Derecho civil de gallego, y, como indica el TEAR de Galicia en su resolución recurrida, el TSJG, [en distintas sentencias] dictadas en esta materia, y corrobora el TS, la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF». En esta Resolución el TEAC se hace eco también de una proposición no de ley aprobada por el Parlamento Gallego, por unanimidad, en el mes de noviembre de 2014 en virtud de la que instaba a la Xunta de Galicia a «que demande a la AEAT que tenga en cuenta los pronunciamientos del TSJ [...] para los efectos de su no tributación en el IRPF».

- 2º) Ha de tratarse de negocios dispositivos de contenido patrimonial. Respecto de la concurrencia de este presupuesto en el caso del negocio de apartación, sirva para acreditarlo la toma en consideración de lo dispuesto en el art. 225 LDCG, que si bien excluye cualquier exigencia de equivalencia entre los bienes que recibe el apartado y el valor de lo que por legítima pudiera corresponderle, se excluyen atribuciones meramente simbólicas o con un valor vil o irrisorio.⁷¹ Es cierto que podría admitirse la atribución de bienes no evaluables económicamente, pero en este caso obvio resulta que los acreedores del apartante carecerán de cualquier interés en la rescisión del negocio apartacional.
- 3º) Ha de producirse un perjuicio o lesión del derecho del acreedor. Este perjuicio se conecta con las posibilidades de satisfacción del crédito por el acreedor y, por esta razón, se vincula con la subsidiariedad legal de la

⁷⁰ Sobre esta cuestión, puede verse, *v. gr.*, GÓMEZ TABOADA, J. «IRPF y pactos sucesorios ¿punto final?». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 66 (marzo-abril de 2016), págs. 152 y 153; y MARTORELL GARCÍA, V. «La mejora y apartación gallega en la práctica: STS de 9 de febrero de 2016», en <http://www.notariosyregistradores.com>.

⁷¹ Entre otros, PILLADO MONTERO, A. «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia». *Revista Xurídica Galega*, núm. 13 (1996), pág. 64; y REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 225 de la LDCG», *cit.*, pág. 972.

acción rescisoria. Esta subsidiariedad presenta, a su vez, dos perspectivas; a saber: la insuficiencia del patrimonio del apartante/deudor para satisfacer sus deudas; y la inexistencia de otros recursos legales a disposición del acreedor para lograr el cobro (*v. gr.*, existencia de terceros garantes solidarios o de garantías o privilegios para el cobro prestadas por terceros o por el propio deudor, pero en posesión de un tercero) así como la imposibilidad de acudir a otros mecanismos que el Ordenamiento jurídico ponga a su disposición para privar de validez o eficacia al negocio cuya rescisión se pretenda.

- 4º) La concurrencia del *consilium fraudis* entendido como conocimiento o como ignorancia negligente por el apartado de que el apartamiento causa un perjuicio a los acreedores del apartante. Precisamente es respecto de la prueba de la concurrencia de este presupuesto respecto del que se establecen las presunciones de fraude, *iuris et de iure* respecto de los negocios realizados a título gratuito (art. 1297.I CC y 37.4.a LH). Sin embargo, este requisito requiere de una inmediata precisión a la luz de la regulación de las acciones rescisorias en la LC y de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS. En efecto, el régimen de la acción rescisoria por fraude de acreedores se ha objetivado de manera progresiva, desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al elemento objetivo representado por el perjuicio que el acto o negocio dispositivo supone para el acreedor. En ocasiones, el fraude se presume (art. 1297 CC) y en otros casos basta con la concurrencia del elemento del perjuicio como acontece en las acciones rescisorias concursales (art. 71 LC). En estos supuestos, el fraude de acreedores no radica en el propósito o en la intención común de los contratantes que, como tal, se eleve a la categoría de causa del contrato y que por su ilicitud determina su nulidad; si no que el contrato es válido, pero, al tener como consecuencia el fraude de los acreedores —o de alguno de ellos—, puede ser objeto de rescisión si, dentro del plazo previsto en la norma, se ejercita la acción pauliana por el sujeto activamente legitimado.

Consecuencia de la anterior afirmación es que la defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, bastando para el éxito de la acción rescisoria que se produzca el perjuicio por mera negligencia o de manera no premeditada. En definitiva, no se requiere la concurrencia de un *animus*

nocendi o de perjudicar a los acreedores, como han precisado, v. gr., las SSTS núms. 657/2005, de 19 de julio [RJ 2005\5342] y 575/2015, de 3 de noviembre [RJ 2015\4939]. De este modo, se advierte como la exigencia del requisito del *consilium fraudis* para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor o transmitente ni intención de causar un perjuicio en el adquirente, siendo suficiente la mera conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. Así las cosas, el *consilium fraudis* se entiende de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento, real o fingido, que causa al acreedor, de manera que basta que el deudor enajenante haya conocido, o debido conocer, la eventualidad del perjuicio para que este requisito concorra; requiriéndose la complicidad o el conocimiento de la persona con la que se contrata, si bien para que se entienda acreditada su concurrencia, resulta suficiente la conciencia de causar un daño o un perjuicio (*scientia fraudis*), de manera tal que resulta más relevante la diligencia que se despliegue para conocer las consecuencias del negocio dispositivo, que el exacto grado de conocimiento de estas consecuencias que concorra. En consecuencia, el elemento central de las acciones rescisorias pasa a estar constituido por el daño, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor, que le impide cobrar lo que este le debe, produciéndose la frustración de su derecho de crédito, no requiriendo el éxito de la acción rescisoria la prueba de la actividad intencionada y directamente dolosa, siendo suficiente la referida conciencia de causar el daño patrimonial al acreedor.

En cuanto a la eficacia restitutoria derivada del éxito de la acción rescisoria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1295 CC y para el caso de la rescisoria o revocatoria concursal, en el art. 73.1 LC, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que el bien o bienes objeto de la apartación rescindida hayan sido transmitidos, por el apartado, a un tercero de buena fe. El art. 1295.II CC, acorde con el art. 37 LH, prescribe que en el caso de que los bienes se hallen en poder de terceros de buena fe, no procederá la rescisión, pudiendo reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión (art. 1295.III CC) y, para el caso de la rescisoria concursal, el art. 73.2 LC dispone que si los bienes no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a un tercero que hubiese procedido de buena fe o gozase de

irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiese sido parte en el negocio rescindido (en nuestro caso, al apartado) a entregar el valor que tuviera el bien cuando salió del patrimonio del apartante concursado,⁷² incrementado con el interés legal del dinero y en caso de que la sentencia que estima la acción rescisoria apreciase mala fe en el apartado, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados en la masa activa del concurso.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el art. 37.4 LH establece que las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores perjudicarán a los adquirentes a título gratuito y también a los adquirentes a título oneroso cómplices en el fraude, pero no a los adquirentes a título oneroso de buena fe.

C. ¿Los legitimarios no apartados pueden impugnar el negocio de apartación que perjudique sus legítimas?

De alguna manera pudiera pensarse que, en tanto que de lo dispuesto en el art. 249 LDCG, los legitimarios carecen de acción real para perseguir los bienes del causante, reconduciéndose su naturaleza a la de acreedores de una cuarta del haber hereditario líquido (*pars valoris* ex art. 243 LDCG) y, en consecuencia, encontrándose activamente legitimados para el ejercicio de una acción de naturaleza personal frente al heredero, pueden ejercitar acciones de nulidad de la apartación fundada en la simulación de este negocio, en orden a la tutela de sus derechos legitimarios.

En vida del causante/apartante, la respuesta es negativa, pudiendo traerse a colación la doctrina jurisprudencial que acoge la STS de 23 de septiembre de 1992 que rechazó de manera clara que la acción de simulación pueda ejercitarse por los legitimarios con la finalidad de defensa de sus expectativas sucesorias. La solución diversa se acoge, *v. gr.*, en el Código Civil portugués de 1966/1976, cuyo art. 242.2 declara que la nulidad por simulación puede también ser invocada por los herederos legitimarios que pretendan actuar en vida del causante y parte del negocio simulado, en orden a impugnar estos negocios dispositivos realizados simuladamente con la finalidad de perjudicar su expectativa legitimaria. El precepto ha de completarse con la previsión del art. 605 de mismo CC portugués, a tenor del cual los acreedores, tanto respecto de actos de disposición anteriores, como posteriores a la constitución

⁷² Sobre los efectos restitutorios de las acciones rescisorias concursales en estos supuestos puede verse, *v. gr.*, la STS de 9 de abril de 2014 [RJ 2014\2316].

de su derecho de crédito, si tienen interés en la declaración de nulidad de dichos actos, están legitimados activamente para su impugnación siempre que hayan producido o agravado la insolvencia; precisando su apartado 2º que la impugnación aprovecha a todos los acreedores y no solo al que la invoca.⁷³

Tras el fallecimiento del causante/apartante la tutela de los derechos de los legitimarios que vean mermados sus derechos legitimarios por la disposición realizada a favor del legitimario apartado se articula en el Derecho civil propio de Galicia a través de la acción de reducción contemplada en el art. 251.2 LDCG.

A diferencia de lo que sucede en el caso de los descendientes que hayan sido mejorados en virtud del pacto de este nombre en el supuesto en que todos los bienes del causante se hayan distribuido en virtud de negocios de esta naturaleza, al que algunos comentaristas de la LDCG han reputado aplicable la norma codicial que contempla el caso de distribución de toda la herencia en legados (el art. 891 CC) atribuyendo a los legatarios la responsabilidad por las deudas del causante, en proporción a sus respectivas cuotas y salvo previsión en otro sentido del testador;⁷⁴ no parece que esta solución, consistente en la aplicación analógica de dicha norma, pueda asumirse en el caso de distribución de todos los bienes y activos hereditarios en virtud de pactos de apartación, que habrán de ser objeto de reducción o, en su caso, de rescisión a instancia de los acreedores perjudicados.

Los legitimarios sí tienen legitimación activa para el ejercicio de acciones de nulidad —fundadas en causas que determinen la nulidad de pleno derecho o en la inexistencia— y también de anulabilidad de los pactos sucesorios, a diferencia de los herederos voluntarios cuya legitimación activa se restringe a las primeras. En este sentido se pronunció la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, núm. 5/2009, de 6 de marzo [JUR 2003\294867], en relación con una acción de impugnación de un pacto de apartación ejercitada por un legitimario fundada en el hecho de que el objeto era un bien de naturaleza ganancial y no había concurrido el consentimiento de uno de los cónyuges.

⁷³ Por su parte, a tenor de lo dispuesto en el art. 394.2 del Código civil portugués, quienes han sido parte en el negocio simulado, no pueden invocar la simulación para impugnar el negocio.

⁷⁴ Aplicación analógica del art. 891 CC propugnada por ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J.; VIDAL PEREIRO, V. M. «Comentario de los artículos 214 a 218 de la LDCG», cit., págs. 451, 459 y 460.