

La sociedad de gananciales en la sucesión *mortis causa* (Su regulación en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia) (*)

por

ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil. Abogado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.
- II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y ESTIPULACIONES SOBRE CUESTIONES DE DERECHO SUCESORIO: ARTÍCULO 174 LDCG.
- III. LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO DE BIENES FUTUROS: SU UTILIDAD COMO MODO DE TRANSMISIÓN DE BIENES *MORTIS CAUSA*:
 1. IMPORTANCIA DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO DE BIENES FUTUROS EN RELACIÓN CON LA SUCESIÓN DEL DONANTE.
 2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO DE BIENES FUTUROS PARA EL SUPUESTO DE MUERTE EN LA LEY 2/2006:
 - a) *Tiempo, sujetos y objeto.*
 - b) *Alcance de la remisión a la regulación de los pactos sucesorios.*
 - c) *La adquisición del dominio de los bienes donados.*
- IV. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.
- V. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS SOBRE BIENES GANANCIALES.

(*) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ 2006-04391/JURI del que el autor es investigador principal.

VI. PACTOS SUCESORIOS Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL:

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL PACTO DE MEJORA SOBRE BIENES GANANCIALES.
3. LA APARTACIÓN CON BIENES GANANCIALES.

VI. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA:

1. LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN EN LA LEY 2/2006.
2. LIQUIDACIÓN ENTRE EL CÓNYUGE VIUDO (O SUS HEREDEROS) Y EL CONTADOR-PARTIDOR.
3. CÓNYUGE VIUDO Y HEREDEROS DEL PREMUERTO.
4. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DE PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES:
 - a) *Partición conjunta por los testadores.*
 - b) *Partición conjunta por contador-partidor único.*
 - c) *Adjudicaciones realizadas por el comisario.*

I. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

Se ha señalado por algún autorizado autor (1) que el régimen de sociedad de gananciales, entendido como un patrimonio mancomunado entre cónyuges, sin atribución de cuotas sobre cada uno de los elementos que lo componen, no encaja con la concepción de la comunidad matrimonial de los bienes que predomina entre los cónyuges gallegos, especialmente en el ámbito rural, concepción en la que, si bien está claro qué bienes componen esa comunidad (qué bienes son gananciales), ésta se concibe como una comunidad ordinaria por cuotas sobre cada uno de los bienes.

Sin embargo, tal reflexión, que probablemente no deja de tener un cierto fondo de razón y que incluso es acogida por el legislador gallego en el artículo 205 de la Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG) (2), es igualmente aplicable a la mayoría de los cónyuges no gallegos regidos por la sociedad de gananciales y sometidos al Derecho Común, para quienes el concepto de comunidad germánica y su significado jurídico no es fácilmente comprensible. Y es lo cierto que, históricamente, y hasta la Ley 4/1995, de 24 de mayo, no se ha traducido directamente en ninguna especialidad significativa del Derecho Civil de Galicia en materia de relacio-

(1) GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*. Ir Indo Ediciones, Vigo, 1997, pág. 20.

(2) Como se verá posteriormente, el artículo 205 LDCG, al regular la disposición testamentaria de un bien ganancial, distingue entre aquélla en la que se dispone del bien en sí mismo como cosa ganancial o solamente del derecho que al testador le corresponde en éste.

nes patrimoniales entre cónyuges, ni en el estricto ámbito del derecho consuetudinario que pudiera ser de aplicación general o local en el territorio de la ahora Comunidad Autónoma, ni en las escasas normas e instituciones incorporadas en la Compilación de 2 de diciembre de 1963.

En otras palabras, en el ámbito del régimen económico-matrimonial, los cónyuges gallegos, y hasta la entrada en vigor de la Ley 4/1995, se han regido únicamente y exclusivamente por las disposiciones contenidas en los artículos 1.315 y siguientes del Código Civil, normativa que, por otra parte, es la que sigue siendo sustancialmente aplicable a los matrimonios regidos por el Derecho Civil de Galicia, pues las especialidades introducidas en esta materia en la Ley 4/1995, aunque interesantes en algunos de los aspectos a que se refieren, no dejaron de tener un contenido muy restringido en el conjunto de la regulación del régimen económico-matrimonial.

Y tal limitación de contenidos sustancialmente se sigue manteniendo en la Ley 2/2006, que se circunscribe a consagrar la libertad de capitulaciones matrimoniales (arts. 173 y 174 LDCG), a mantener la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio (art. 171 LDCG) y seguir regulando las donaciones por razón de matrimonio (arts. 175 a 180 LDCG), ello sin perjuicio de que en la misma se hayan introducido novedades significativas respecto de la regulación anterior en materias de gran repercusión práctica y que están ausentes en la normativa de Derecho Común, como los pactos previos sobre liquidación de la sociedad de gananciales con plena efectividad al disolverse la sociedad conyugal (art. 172 LDCG).

Ahora bien, respecto de la regulación del régimen económico-matrimonial donde realmente reside el interés y la novedad de la Ley 2/2006, con importantes avances en relación con la anterior regulación contenida en la Ley 4/1995, no es tanto en las normas específicas de los artículos 171 a 180 LDCG, salvo en el importante artículo 176 LDCG, sobre el régimen jurídico de las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros para caso de muerte, sino en el tratamiento que se realiza del régimen económico-matrimonial en el ámbito del derecho sucesorio.

En este sentido, la limitación de contenidos de la Ley 2/2006 es predecible respecto de las estrictas normas referentes al régimen matrimonial como regulador de las relaciones económicas entre los cónyuges, no cuando el régimen económico, y más exactamente la sociedad de gananciales, se pone en conexión con los problemas derivados de su disolución por causa de muerte y apertura, por tanto, del fenómeno sucesorio.

Y ello dentro de unas instituciones que requieren unas soluciones específicas a situaciones contempladas insuficientemente por el Código Civil —como la disposición testamentaria de un bien ganancial regulada en los arts. 205 a 207 LDCG— o simplemente no reguladas en el Derecho Común al responder a figuras propias del Derecho Sucesorio gallego, como la adjudicación por

el comisario de bienes no sólo privativos del causante, sino también bienes gananciales de la comunidad disuelta pero no liquidada (art. 200.2 LDCG), o la partición conjunta y unitaria realizada por los cónyuges incluyendo los bienes privativos y comunes (arts. 276, 277 y 278 LDCG), o por el contador partidor designado por los testadores también en una partición conjunta (art. 293 LDCG) o por el contador partidor designado por insaculación en la partición por mayoría (arts. 302 y 305 LDCG) (3).

II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y ESTIPULACIONES SOBRE CUESTIONES DE DERECHO SUCESORIO: ARTÍCULO 174 LDCG

Tradicionalmente las capitulaciones matrimoniales han sido consideradas un cauce formal adecuado para contener disposiciones y pactos de índole sucesorio, incluso en un sistema legal basado precisamente en la prohibición de dichos pactos como es el Código Civil y su artículo 1.271, en que sin embargo, se admite la mejora o la promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales (arts. 826 y 827 CC) y, hasta la reforma de la Ley 41/2003, la delegación de la facultad de mejorar en el artículo 831 del Código Civil.

En sistemas sucesorios menos rígidos, como es el Derecho gallego, el posible contenido sucesorio de las capitulaciones matrimoniales siempre ha sido más amplio. Y así, la Ley 4/1995 no sólo contemplaba específicamente las capitulaciones matrimoniales como forma en los pactos sucesorios (DA 1.^a), sino que concretaba como posible contenido de los capítulos el usufructo universal entre cónyuges (art. 118.1), la designación del cónyuge viudo como comisario para la distribución a su prudente arbitrio de los bienes del difunto entre los hijos comunes (art. 141) o su nombramiento como contador-partidor en el caso de que se le hubiese asignado el usufructo universal (art. 159.2).

Ahora bien, como señala MARTINEZ HENS (4), la Ley 2/2006 parece que ha limitado las manifestaciones concretas del contenido sucesorio de las capitulaciones matrimoniales.

(3) En relación con todo ello, no deben olvidarse las importantes consecuencias que en el ámbito del régimen económico-matrimonial y del Derecho de Sucesiones presenta la equiparación y el régimen jurídico contenido en la DA 3.^a de la Ley 2/2006, con la redacción dada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, respecto de las parejas de hecho que reúnan los requisitos de inscripción. En el ámbito sucesorio, cuando se habla de cónyuges, siempre ha de entenderse comprendida en la referencia a la pareja de hecho estable inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia creado por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre.

(4) «Comentarios a los artículos 171 a 180 de la Ley 2006», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 742.

laciones matrimoniales al testamento por comisario y a la designación como tal del cónyuge supérstite del artículo 197 LDCG (5), si bien, como señala la propia autora, ello no es así porque, en cuanto escritura pública, nada impide que se reconduzca a ellas los pactos y disposiciones sucesorias para los que la Ley exige tal forma.

Y es que realmente lo que ha hecho la Ley 2/2006 no ha sido tanto reducir la importancia de las capitulaciones matrimoniales como cauce de ordenación familiar no sólo en la estricta perspectiva del régimen económico-matrimonial sino también en el ámbito sucesorio, como precisamente ampliar el cauce formal para las estipulaciones sucesorias no testamentarias desde las capitulaciones matrimoniales a la escritura pública, tanto para el usufructo del cónyuge viudo (art. 228 LDCG) (6), como para su designación como contador-partidor (art. 283 LDCG) (7) o, en general, para los pactos sucesorios (art. 211 LDCG) (8).

Sin embargo, lo que es cierto es que desde una perspectiva práctica, las capitulaciones matrimoniales han perdido relevancia en el ámbito del Derecho Sucesorio gallego, si bien desde un punto de vista teórico la siguen conservando cuando en las mismas realmente se quieren integrar amplias previsiones económicas en el ámbito sucesorio-familiar, fundamentalmente en supuestos de segundas nupcias en que se quiera mantener una estricta separación de los intereses económicos. Así, por ejemplo, los cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes, con renuncia a la compensación económica del artículo 1.438 del Código Civil y de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil y al mismo tiempo la apartación recíproca, por lo que pierden su condición de legítimarios y, en definitiva, todo derecho sucesorio que no sea atribuido voluntariamente por el cónyuge causante (arts. 224 y 253 LDCG). Por otra parte, la intervención de terceros ascendientes de los cónyuges o futuros cónyuges no tiene que estar limitada a las donaciones por razón de matrimonio (art. 175 LDCG), sino que pueden

(5) *Podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán.*

(6) Artículo 228 LDCG: *Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia.*

(7) Artículo 283 LDCG: *En el propio testamento o en escritura pública, el testador podrá encomendar la facultad de hacer la partición de la herencia a quien no sea partícipe en la misma.* Artículo 284.1: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el testador podrá nombrar contador-partidor al cónyuge sobreviviente al que sólo hubiera asignado el usufructo universal, sin perjuicio de otras facultades que también pudiera atribuirle.*

(8) Artículo 211 LDCG: *Los pactos sucesorios habrán de ser otorgados en escritura pública. En otro caso el pacto no producirá efecto alguno.*

incluir la transmisión de bienes a través de la apartación del descendiente (arts. 224 y 243 LDCG) o un pacto de mejora (art. 214 LDCG).

III. LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO DE BIENES FUTUROS: SU UTILIDAD COMO MODO DE TRANSMISIÓN DE BIENES *MORTIS CAUSA*

1. IMPORTANCIA DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO DE BIENES FUTUROS EN RELACIÓN CON LA SUCESIÓN DEL DONANTE

En el régimen del Código Civil, además de la prohibición general de los pactos sucesorios que se deriva del artículo 1.271, el artículo 635 prohíbe expresamente la donación de bienes futuros, entendiendo por tales aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación, entre los que se comprenden los bienes que todavía no se encuentran en su patrimonio. Por otra parte, el artículo 620 del Código Civil recoge las donaciones *mortis causa*, esto es, aquéllas que han de producir sus efectos a la muerte del donante, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y que, en definitiva, se rigen por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.

Sin embargo, precisamente como excepción, el párrafo 2.º del artículo 1.341 del Código Civil permite las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte, si bien con un ámbito de aplicación y unos requisitos muy concretos: por una parte, sólo las permite formalizadas en capitulaciones matrimoniales, entre futuros cónyuges y antes de contraer matrimonio, lo que implica importantes limitaciones prácticas, y no sólo porque no pueden ser realizadas por terceros (pensemos en los ascendientes de los contrayentes), sino también por el límite temporal que el Código Civil impone a toda donación por razón de matrimonio, que tiene que ser realizada con anterioridad al mismo, lo que hace improbable su formalización en tal momento inicial de la convivencia. Por otra parte, la donación sólo puede realizarse en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada, lo que nos lleva a las legítimas como límite, pero no a la libre revocabilidad propia de las disposiciones testamentarias, sino a las causas recogidas en el artículo 1.343 del Código Civil.

En el ámbito de aplicación del Derecho Civil de Galicia, de manera general, también rige el artículo 635 del Código Civil, por lo que tampoco son posibles las donaciones de bienes futuros y en cuanto a las donaciones *mortis causa* también están sometidas al artículo 620 del Código Civil. Ahora bien, dejando aparte la admisión del pacto de mejora sin entrega de bienes de presente (art. 215 LDCG) —que en último término implica una transmisión a título gratuito pactada en vida pero que produce efectos tras la muerte del

ascendiente—, también en los artículos 174 y siguientes LDCG se admiten las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros para caso de muerte, pero, como se expone a continuación, con diferencias sustanciales en relación con el régimen del Código Civil: pueden realizarse antes o después del matrimonio, y no sólo entre cónyuges o futuros cónyuges, sino también entre terceros y cónyuges y futuros cónyuges.

Ello claramente, y más allá de los pactos sucesorios de mejora y apartación que se recogen en el artículo 209 LDCG y que se mueven en el ámbito estrictamente familiar, permite la posibilidad de pactar con el cónyuge o con un tercero la sucesión *mortis causa* sobre determinados bienes o parte de la herencia, incluso sobre la totalidad, pues si bien, y al igual que sucede en el artículo 1341.2 del Código Civil, siguen teniendo el límite del respeto a las legítimas, ahora la de los descendientes no sólo se ha visto reducida a una cuarta parte del valor de los bienes (art. 243 LDCG), sino que se concibe como *pars valoris* de la que el legitimario es un mero acreedor frente al heredero (art. 249.1 LDCG).

2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO DE BIENES FUTUROS PARA EL SUPUESTO DE MUERTE EN LA LEY 2/2006

a) *Tiempo, sujetos y objeto*

Según el artículo 176 LDCG, *las donaciones por razón de matrimonio podrán comprender bienes presentes o futuros. En el primer caso determinarán la adquisición inmediata de lo donado, aunque para que la donación de inmuebles sea válida habrá de hacerse en escritura pública. En el segundo caso la adquisición se subordina a la muerte del donante, siendo el régimen de aplicación el de los pactos sucesorios contemplados en la presente Ley.*

Se admite pues, y como excepción a la prohibición general recogida en el párrafo 1.º del artículo 635 del Código Civil, las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros que, a la vista de la remisión que hace el artículo 176 LDCG a los pactos sucesorios y al igual que sucede en el Código Civil en la interpretación de ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (9), cabría calificar no sólo aquellos que todavía no están integrados en el patrimonio del donante al tiempo de la donación pero lo están a su fallecimiento (arts. 635, párr. 2.º CC), sino también la donación de bienes concretos que ya pertenecen al donante pero sin entrega de presente (10), pospuesta, y con ella la adqui-

(9) *La donación*. Fundación Registral. Colegio de Registradores y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pág. 320 y sigs.

(10) Para RODRÍGUEZ PARADA, por bienes presentes se entienden los que existen en el patrimonio del donante al tiempo de la donación; bienes futuros son aquellos que el do-

sición del dominio del bien, al fallecimiento del donante, donaciones a las que, como se dice a continuación, sería aplicable, además de la normativa propia de los artículos 175 y siguientes LDCGD, el régimen específico de adquisición del dominio que el artículo 217 LDCG establece para el pacto de mejora sin entrega de bienes de presente.

A diferencia del artículo 1.336 del Código Civil, el artículo 175 LDCG, tal y como ya admitía el artículo 114.1 de la Ley 4/1995, permite que las donaciones por razón de matrimonio puedan realizarse antes o después de su celebración, por lo que pueden ser no sólo entre futuros cónyuges sino también entre cónyuges, sean unilaterales o recíprocas. Igualmente, pueden ser donaciones de un tercero a favor del cónyuge o futuros cónyuges. Por otra parte, unos y otros pueden realizar donaciones por razón de matrimonio de bienes presentes, pero también de bienes futuros, con las importantes consecuencias que ello tiene en el orden sucesorio.

En el régimen del Código Civil las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte, que han de ser necesariamente previas al mismo (art. 1.336 CC), no están permitidas a terceros, sino sólo excepcionalmente a los futuros cónyuges (art. 1.341 CC). Pero el artículo 175 LDCG, al igual que hacía el artículo 114.1 de la Ley 4/1995, no distingue como donante entre cónyuges o futuros cónyuges y terceros, sino que se refiere sin más a cualquier persona. Es cierto que lo mismo hace el artículo 1.336 del Código Civil al hablar del donante como *cualquier persona*, pero a diferencia del artículo 1.341 del Código Civil, cuando el artículo 176 LDCG habla del objeto de la donación referido a los bienes presentes o futuros, no establece ninguna distinción (11).

Ahora bien, tales conclusiones son de aplicación cuando donante y donatario tengan vecindad civil gallega, no cuando el donante no la tenga. Las donaciones por razón de matrimonio no dejan de ser donaciones por lo que, en las relaciones donante-donatario, conforme al artículo 10.7 del Código Civil se rigen por la ley correspondiente a la vecindad civil del donante. Si el mismo ostenta la vecindad civil común, no puede realizar a un tercero una donación de bienes futuros (art. 1.341 CC) y como donación por razón de matrimonio sólo a su futuro cónyuge antes de su celebración (art. 1.336 CC).

Por el contrario, el régimen jurídico aplicable cuando el donante tiene la vecindad civil gallega, pero no el donatario o donatarios, de acuerdo con el

nante deja a su muerte y no aquellos bienes de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. «El régimen económico-matrimonial de la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio», en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*. GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE-RAJOY BREY (coord.) T. I, Registradores de España-Thomson-Civitas. Pamplona, 2008, pág. 263.

(11) En este sentido también MARTÍNEZ HENS, «Comentarios a los artículos 171 a 180 de la Ley 2006...», cit., pág. 752.

mismo artículo 10.7 del Código Civil sería el de los artículos 175 y siguientes LDCG, salvo el artículo 178 LDCG que, refiriéndose a las relaciones internas entre cónyuges y su régimen económico, habría que estarse a su propia normativa que en el régimen del Código Civil supondría un resultado similar de privacidad o ganancialidad conforme a los artículos 1.339 y 1.353 del Código Civil.

b) *Alcance de la remisión a la regulación de los pactos sucesorios*

Puede ser complejo determinar el régimen aplicable a las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte, sobre todo, cuando se trata de bienes integrados ya en el patrimonio del donante pero sin entrega de presente y cuya adquisición, tal y como establece el artículo 176 LDCG queda pospuesta a la muerte del donante aplicándose el régimen de los pactos sucesorios, en este caso, el del pacto de mejora sin entrega de bienes de presente. Tal aplicación puede referirse sólo a la normativa del pacto de mejora sin entrega de bienes de presente en cuanto a la adquisición del dominio o a todo su régimen jurídico, dos alternativas con consecuencias jurídicas muy diversas.

En el primer caso, se aplicaría el artículo 217 LDCG, lo que supone que la donación por razón de matrimonio de un bien futuro para el caso de muerte deviene ineficaz si el donante dispone del bien por actos *inter vivos* a título oneroso pero, además, sería revocable en los supuestos del artículo 180 LDCG, aunque sin más causas de ineficacia que el artículo 179 LDCG o sometimiento a condición del artículo 178 LDCG. En el segundo, no sólo sería posible que en la donación por razón de matrimonio se establecieran los supuestos en que quedaría sin efecto (art. 216 LDCG) sin el carácter de condición que exigiría el artículo 178 LDCG, sino, sobre todo, supondría la aplicación del artículo 218 LDCG y las causas de ineficacia que contempla (12) y el carácter irrevocable —con inaplicación del art. 180 LDCG— del pacto de mejora por declaración unilateral de voluntad salvo ineficacia por disposición de los bienes a título oneroso.

Es cierto que de la redacción del artículo 176 LDCG podría derivarse que el legislador de 2006, a diferencia del silencio del artículo 114.2 de la Ley 4/1995, ha querido delimitar convenientemente los distintos efectos que se derivan según se trate de una donación de bienes presentes o futuros para

(12) Artículo 218 LDCG: *Además de por las causas que se convinieran, los pactos de mejora quedarán sin efecto: 1.º) Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas. 2.º) Por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se realizara con entrega de bienes. 3.º) Por incurir el mejorado en causa de deshernamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud.*

el caso de muerte. En el primer caso se trataría de donaciones *inter vivos* que atribuyen la propiedad de lo donado, si bien causalizadas por el matrimonio. Por el contrario, las donaciones de bienes futuros para el caso de muerte serían pactos sucesorios que deben regirse por las normas aplicables a ellos (13).

Sin embargo, dada su ubicación en el artículo 176 LDCG, a mi modo de ver, no puede considerarse que el Legislador de 2006 haya querido realizar una identificación total de las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte con los pactos sucesorios, y en concreto con el pacto de mejora sin entrega de bienes de presente, y la remisión que realiza en la norma debe entenderse, además de a los requisitos de capacidad y forma (arts. 210 y 211 LDCG), sólo a la adquisición del dominio y sus consecuencias a la muerte del donante, pero no a otros aspectos de la regulación del pacto de mejora.

Y es que la identificación de la donación por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte con un pacto sucesorio, como se dijo, impediría la revocación en los supuestos del artículo 180 LDCG, sustituidos por las causas de ineficacia del artículo 218 LDCG. Tampoco permitiría la donación de bienes futuros en sentido estricto, es decir, los del párrafo 2.º del artículo 635 del Código Civil, de los que el donante no tiene poder de disposición, sólo de los presentes pero en que la entrega y adquisición del dominio se posponen al fallecimiento del donante y también quedaría reducida la donación a bienes concretos, no a una cuota o parte de los bienes del donante a su fallecimiento.

Tales consecuencias parecen superar la remisión que el legislador de 2006 realiza en el artículo 176 LDCG, y cabe concluir que la donación por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte no se desnaturaliza para convertirse en un pacto sucesorio, sino que siguen siendo donación *prop ter nuptias*, totalmente aplicable el régimen jurídico de los artículos 175, 177, 178, 179 y 180 LDCG y, además, el artículo 217 LDCG en cuanto a la adquisición del dominio por donatario.

c) *La adquisición del dominio de los bienes donados*

En cuanto a los problemas relacionados con la adquisición del dominio en la donación por razón de matrimonio de bienes futuros, el artículo 176 LDCG subordina la adquisición a la muerte del causante, con aplicación del régimen

(13) Vid. MARTÍNEZ HENS, «Comentarios a los artículos 171 a 180 de la Ley 2006...», cit., pág. 749, recogiendo las conclusiones en este sentido del III Congreso Gallego celebrado en A Coruña en noviembre de 2002. No obstante, esta autora (*ob. cit.*, pág. 746) constata las dudas que puede suscitar si las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros son o no auténticos pactos sucesorios.

de los pactos sucesorios que en este aspecto sería el pacto de mejora sin entrega de bienes de presente regulado en los artículos 216 y 217 LDCG.

De acuerdo con ello, la primera conclusión que se puede extraer es que el hecho de que la adquisición se subordine a la muerte del causante no implica que hasta tal fallecimiento la donación no esté perfeccionada, dado que ya se ha producido el consentimiento del donante y la aceptación del donatario. Por ello, no ha lugar a hablar de premoriencia del donatario con efectos similares a los que para el pacto de mejora establece el artículo 218.1 LDCG, es decir, su ineficacia (14), por lo que el bien se integraría en todo caso en la herencia del donatario.

Por otra parte, que la adquisición se subordine a la muerte del donante puede entenderse que no se produce hasta entonces —a cuya fecha habrá que estar— o que no se hace efectiva hasta tal momento, por lo que fallecido el donante los efectos transmisivos se retrotraen a la fecha de la donación. Ello tiene diferentes consecuencias en el momento del cálculo de las legítimas si en la herencia del donante concurren legitimarios, pues el artículo 244 LDCG establece distintas reglas de valoración de los bienes relictos dejados al fallecimiento del donante —valoración a la fecha del fallecimiento— y de los donados —valoración a la fecha de la donación actualizado monetariamente—.

Es decir, la duda es si los bienes donados por razón de matrimonio sin entrega de presente han de ser incluidos en el *relictum* del artículo 244.1.^a LDCG, en cuanto que la transmisión del dominio no se produce hasta el fallecimiento del donante, o en el *donatum* del artículo 244.2.^a LDCG, entendiendo que el momento de la transmisión no es el de la muerte del causante sino en el de la disposición efectuada [que lo es el de la formalización de la donación por razón de matrimonio], aunque la adquisición haya quedado diferida (15).

Otra cuestión que plantea el artículo 217 LDCG, en relación con la adquisición del dominio por el donatario al momento del fallecimiento del donante, es qué sucede si el bien ya no se halla integrado en el patrimonio del mismo. Recordemos que, dado que la adquisición se pospone a su fallecimiento, continúa siendo propietario del bien donado, sobre el que tendrá todas las facultades de disposición a título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* que se haya reservado en el momento de la donación (arts. 216 y 217.4.^a LDCG). Pero

(14) Según el artículo 218.2.^º LDCG, el pacto de mejora sin entrega de bienes queda sin efecto por premoriencia del mejorado salvo pacto expreso de sustitución.

(15) Sobre esta cuestión, y para lo demás relacionado con el artículo 217 LDCG, puede verse mi comentario a tal precepto en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 934 y sigs., y ORDÓÑEZ ARMÁN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, «Comentario al artículo 217 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, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 449 y sigs.

en defecto de pacto, conforme el artículo 217.1.^a LDCG, sólo conservará las facultades de disposición *inter vivos* a título oneroso que, si las ejercita, supondrá no la posibilidad de revocación de la donación por razón de matrimonio para el supuesto de muerte (materia regulada exclusivamente por el art. 180 LDCG), sino la ineficacia de la misma, sin que el donatario se subrogue en la contraprestación recibida, lo que sólo sucederá, tal y como establece el artículo 217.3.^a LDCG, si el acto de disposición a título oneroso no tuviese su origen en la voluntad del donante.

A salvo lo anterior, y sin perjuicio de la revocación de la donación en los supuestos del artículo 180 LDCG, el donante por razón de matrimonio de bienes futuros para el caso de muerte, cuando estos están ya integrados en su patrimonio en el momento de la donación pero su entrega se pospone a su fallecimiento, pierde las facultades de disposición a título gratuito, sea *inter vivos* o *mortis causa*, por lo que a su fallecimiento, según el artículo 217.4.^a LDCG, todos los actos de disposición que haya realizado a favor de tercero no producirán ningún efecto, y al fallecer el causante, el donatario podrá ejercitar las acciones correspondientes con el fin de obtener la posesión de los bienes.

IV. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

En el régimen del Código Civil, y con independencia del derecho sobre determinados bienes que el artículo 1.321 del Código Civil concede al cónyuge viudo, que le serán entregados sin computárselos en su haber cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial y aunque sean privativos del premuerto —norma que sigue siendo de aplicación supletoria en el Derecho gallego—, el artículo 1.406 del Código Civil, en la liquidación de la sociedad de gananciales que procede tras su disolución, cualquiera que sea su causa, y partiendo de que los mismos tienen carácter ganancial, le concede al supérstite, en las condiciones recogidas en el artículo 1.407 del Código Civil, un derecho de adjudicación preferente sobre los bienes de uso personal, la explotación económica que gestione efectivamente y el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, lo que, para el caso de muerte, se ve ampliado a la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Ahora bien, una vez liquidada la sociedad de gananciales, y respecto a la cuota legal usufructuaria que al cónyuge viudo pudiera corresponderle por legítima en los términos y cuantía de los artículos 834 y siguientes del Código Civil, tanto en sucesión testada como intestada, ya no tiene ningún derecho de adjudicación preferente para hacerla efectiva sobre determinados bienes, hayan sido o no gananciales, teniendo que estar a lo que resulte del acuerdo con los herederos o, en su caso, de la partición, con aplicación inclu-

so del derecho de comutación reconocido a aquéllos en el artículo 839 del Código Civil.

Pues bien, en el estricto ámbito de la sucesión hereditaria, y dentro de la regulación de la sucesión intestada, el artículo 152.2 de la Ley 4/1995 contenía una especialidad en relación con el usufructo legal del cónyuge viudo y su concreción sobre bienes gananciales o privativos del premuerto: *el viudo o viuda al que el cónyuge premuerto no otorgase disposición a su favor podrá optar por hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre los bienes gananciales cuando concurra en la herencia con descendientes o ascendientes del causante. En el caso de que no llegase dicho usufructo para cubrir la cuota, ésta se complementará con los bienes privativos del causante sin necesidad de prestar fianza.*

Teniendo en cuenta que este artículo 152.2 de la Ley 4/1995 rige para todas las sucesiones abiertas tras su entrada en vigor y antes la vigencia de la Ley 2/2006 (DT 2.^a 2), los requisitos y consecuencias de su aplicación aparecen con relativa claridad. Por una parte, para que el cónyuge viudo tenga el derecho que le reconoce el artículo 152.2 de la Ley 4/1995, tiene que ser legitimario, no haber recibido nada del causante, imputable o no al pago de su legítima, tratarse de una sucesión intestada y concurrir con descendientes o ascendientes del cónyuge premuerto. Por otra parte, y ante el silencio del artículo 152.2 de la Ley 4/1995, parece que el cónyuge viudo sólo podrá ejercer el derecho que se le concede si los ascendientes o descendientes, en su condición de herederos, no hacen uso del derecho de comutación que le concede el artículo 839 del Código Civil.

Dándose todos los requisitos, el cónyuge viudo tiene el derecho a que la cuota legal usufructuaria, y hasta donde alcance, se haga efectiva sobre cualquiera de los bienes que fueron gananciales y que en liquidación se hayan adjudicado en el cupo del causante. El derecho concedido por el artículo 152.2 de la Ley 4/1995 es posterior, pues, a los derechos de adjudicación preferente del artículo 1.406 del Código Civil.

Esta regulación ha sido sustancialmente modificada en la Ley 2/2006. Así, en la nueva regulación de la sucesión intestada desaparece toda especialidad, desde el momento en que el artículo 267 LDCG realiza una remisión íntegra al régimen del Código Civil (16), mientras que ahora es el artículo 257 LDCG, dentro de la regulación de la legítima del cónyuge viudo, el que contiene unas reglas específicas sobre la forma de concreción de la cuota legal usufructuaria.

(16) Remisión que, como acertadamente señala NIETO ALONSO, ha de considerarse «dinámica», esto es, se entiende realizada a la redacción vigente en cada momento del texto o textos legales objeto de remisión, y no como una remisión «estática» que se hace a un texto legal en la redacción que éste tiene en el momento de la entrada en vigor de la norma de remisión, de forma tal que ulteriores cambios en la redacción de la norma objeto de remisión se consideran irrelevantes, igual que su derogación. «Comentario al artículo 267 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 1160-1161.

Y así, según el artículo 257 LDCG: *1. En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo. 2. Este derecho es preferente a la facultad de comunatar que atribuye a los herederos el artículo anterior.*

Lo primero que se observa es que el ámbito de aplicación del artículo 257 LDCG, en tanto que se trata de una forma de hacer efectiva la cuota legal usufructuaria que por legítima corresponde al cónyuge viudo, que el artículo 253 LDCG cuantifica en la cuarta parte del haber hereditario líquido, lo es tanto en la sucesión testada e intestada y que es totalmente independiente de cuál haya sido el régimen económico-matrimonial que hubiese existido en el matrimonio.

En otras palabras, en el artículo 257.1 LDCG se está concediendo al cónyuge viudo, en relación con los bienes incluidos en el haber hereditario del premuerto, la opción de hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre la vivienda habitual, el local donde ejerciese su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo, siendo indiferente que tales bienes fueran privativos del causante o, que habiendo sido gananciales, le hubiesen sido adjudicados en su cupo en la liquidación lo que, por otra parte, sólo sucederá si el cónyuge viudo no ha hecho uso de los derechos de adjudicación preferente del artículo 1.406 del Código Civil.

Es decir, si ha existido sociedad de gananciales, el derecho reconocido en el artículo 257 LDCG —que a diferencia del art. 152.2 de la Ley 4/1995 ya no se extiende a todos los bienes gananciales sino a unos en concreto— sigue siendo independiente de los derivados del artículo 1.406 del Código Civil y parte de que los bienes se encuentren en el haber hereditario del cónyuge premuerto, sea en propiedad completa o sólo en cuota de copropiedad, por haberse adjudicado otra cuota al cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Además, el derecho concedido por el artículo 257 LDCG puede ejercitarse sobre uno, dos o todos los bienes, en tanto alcance el usufructo, y en mi opinión la opción de cuál de ellos corresponde al cónyuge supérstite, teniendo en cuenta que si la cuantía del usufructo no alcanza para hacerlo efectivo al menos sobre uno de ellos, el artículo 257 LDCG no contempla la posibilidad que sí concede el artículo 1.406 del Código Civil de abonar la diferencia en dinero ni tampoco, tal y como indica ESPINOSA DE SOTO, de imponer a los herederos un usufructo parcial sobre alguno de los bienes recogidos en el artículo 257 LDCG, en el caso de que lo quisiese el cónyuge cuya cuota usufructuaria no pueda abarcar un bien completo (17).

(17) «Comentario al artículo 257 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 10/20007, de 28 de*

Por otra parte, puede darse el supuesto inverso, esto es, que en relación con los bienes recogidos en el artículo 257 LDCG los mismos no sean suficientes para hacer efectiva íntegramente la cuota legal usufructuaria, con la duda de si en tal caso, sin más, la aplicación del artículo 257 LDCG estaría excluida o si, por el contrario, el cónyuge supérstite conserva su derecho y el exceso seguiría las reglas generales de determinación de los bienes sobre los que recaería (unanimidad con los herederos o decisión del contador-partidor), solución esta última que parece la correcta y que sigue el mismo criterio que en su momento recogía el artículo 152 de la Ley 4/1995 cuando permitía extender el derecho que concedía a los bienes privativos ante la insuficiencia de los bienes gananciales.

En todo caso, el supuesto mencionado es diferente a la cuestión de si el cónyuge viudo que quiere hacer uso del derecho concedido por el artículo 257 LDCG, existiendo los bienes recogidos en la norma y dándose los requisitos legales, debe agotar su legítima con todos los bienes o puede limitarse a alguno de ellos, rigiéndose el exceso por las reglas generales de determinación de los bienes en los que se concreta el usufructo. Probablemente, aunque la conclusión pueda estimarse dudosa, el carácter facultativo que para el cónyuge viudo se deriva del artículo 257 LDCG permita un ejercicio limitado a alguno de los bienes, sin que el cónyuge supérstite venga obligado a agotar su usufructo cuando para él carece de interés la concreción forzosa en todos los mencionados en el artículo 257 LDCG.

Cabe plantearse igualmente, si el derecho concedido por el artículo 257 LDCG puede ser excluido por el testador. A mi juicio, la respuesta también es dudosa (18) y en todo caso matizable.

Según el artículo 240 LDCG, el cónyuge viudo, en cuanto legitimario, tiene derecho a percibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y en la medida establecida en la ley. La medida es

junio, vol. II, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 805. Opinión más matizada, y probablemente acertada, sustenta PEÑA LÓPEZ, para quien debe admitirse, en relación con la empresa en la que el cónyuge viniese desenvolviendo su trabajo, la concreción del usufructo sobre solamente alguno de sus elementos constitutivos, siempre que con la atribución del usufructo sobre ese elemento de la organización de medios que conforma la empresa se puedan satisfacer las finalidades que persigue el precepto, lo que permitiría al cónyuge continuar con el uso del elemento en cuestión, sin necesidad de imponer a los herederos un usufructo parcial sobre un bien del caudal hereditario. «Comentario al artículo 257 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 1115-1116.

(18) Para BERMEJO PUMAR el causante puede excluir el derecho del artículo 257 LDCG. «Comentarios a los artículos 171-180 de la Ley 2/2006», 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, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 60.

el usufructo de la cuarta parte o de la mitad de los bienes del causante, según concurra con descendientes del mismo (art. 253 LDCG) o extraños (art. 254 LDCG). La forma de percibir la legítima es la del usufructo con el derecho del artículo 257 LDCG, salvo que el causante, tal y como prevé el artículo 255 LDCG, satisfaga la legítima del cónyuge viudo atribuyéndole, por cualquier título, en usufructo o propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión.

Si el causante hace uso del artículo 255 LDCG y con ello satisface la legítima, ello excluiría el artículo 257 LDCG (19), pero es discutible que sin más pueda hacerlo sin realizar simultáneamente una atribución concreta que satisfaga íntegramente la legítima (20). En este sentido, el cónyuge viudo dispondría de la facultad reconocida en el artículo 257 LDCG de concretar su legítima en usufructo, como señala PEÑA LÓPEZ, en los casos en que exista un mero reconocimiento testamentario de su derecho a la legítima o de su usufructo vitalicio, en los supuestos de preterición o desheredación injusta, así como cuando concurre con ascendientes o descendientes en la sucesión intestada (21).

Por último, conforme el artículo 257.2 LDCG, el derecho que concede es preferente al de conmutación del artículo 256 LDCG y oponible a todos los herederos del cónyuge causante, no sólo a los descendientes y ascendientes, incluidos los legitimarios —que no tienen que ser todos los descendientes (vid. art. 224 LDCG)—, teniendo en cuenta que en el supuesto de que el cónyuge haga uso de la facultad que le concede el artículo 257 LDCG y todavía no haya agotado su legítima, como señala ESPINOSA DE SOTO, el usufructo legal que permanezca sin concreción de bienes podrá ser conmutado por los herederos (22).

V. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS SOBRE BIENES GANANCIALES

Señala BERMEJO PUMAR (23) cómo el artículo 1.379 del Código Civil, en cuanto contempla la disposición por parte del testador de su cuota en el

(19) Como señala PEÑA LÓPEZ, «Comentario al artículo 257 LDCG...», cit., pág. 1117, el poder de concreción del cónyuge atribuido por el artículo 257 LDCG es preferente respecto de la facultad de conmutar que el artículo 256 LDCG les atribuye a los herederos, pero no lo es respecto de la facultad que el artículo 255 LDCG reconoce al causante.

(20) Se muestra contrario a tal posibilidad ESPINOSA DE SOTO, «Comentario al artículo 257 LDCG...», cit., pág. 804, para quien, si el causante quiere impedir la opción del cónyuge tendría que atribuirle la legítima de alguna manera, señalando bienes determinados diferentes de los mencionados en el artículo 257 LDCG.

(21) «Comentario al artículo 257 LDCG...», cit., pág. 1115.

(22) «Comentario al artículo 257 LDCG...», cit., pág. 804. Comparte la misma opinión PEÑA LÓPEZ, «Comentario al artículo 257 LDCG...», cit., págs. 1117-1118.

(23) «Comentarios a los artículos 171-180 de la Ley 2/2006...», cit., pág. 49.

todo que le corresponde después de la disolución por muerte de la sociedad de gananciales, sea a favor de una o varias personas y en igual o diferente proporción, también rige en Galicia. Sin embargo, no sucede así con el artículo 1.380 del Código Civil, respecto a la disposición testamentaria de un bien ganancial, materia que tiene una regulación específica en los artículos 205, 206 y 207 LDCG.

El artículo 205 LDCG, a diferencia del artículo 1.380 del Código Civil, que sólo contempla la disposición íntegra del bien ganancial por el testador y que prescinde de la circunstancia de que el mismo supiese que el bien de que disponía era ganancial o pensase que era suyo privativo, distingue este supuesto del que realmente es más frecuente en la práctica en que, como señala ESPINOSA DE SOTO (24), el testador conoce perfectamente que el bien es ganancial y su voluntad es disponer solamente de la parte o derecho que tenga o le corresponda sobre ella. Y así, el artículo 205.1 LDCG señala que *la disposición testamentaria de un bien ganancial podrá realizarse como de cosa ganancial o como del derecho que al testador le corresponda en el mismo*.

La norma, al igual que en el artículo 1.380 del Código Civil, está considerando que el bien es ganancial en el momento de realizarse la disposición testamentaria (25) y los efectos que se producen en uno y otro caso son diferentes y la opción del tipo de disposición que se realice atiende exclusivamente a la voluntad del testador, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 205.2 LDCG, *en caso de duda se entenderá que la disposición testamentaria de un bien ganancial fue realizada como del derecho que al testador le corresponda en el mismo*.

Es decir, que salvo que en la disposición testamentaria se haga contar expresamente que se dispone del bien por entero como cosa ganancial, tal y como exige el artículo 206 LDCG (26), habrá de entenderse que el testador

(24) «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDGC», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 886.

(25) Ello no es obstáculo, como señala ESPINOSA DE SOTO, «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDGC...», cit., págs. 888 y 889, para que al igual que sucede en la interpretación del artículo 1.380 del Código Civil [vid. STS de 11 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3926], se entienda que las normas de los artículos 205-207 LDCG son de aplicación tanto al supuesto normal de disposición de un bien que es ganancial en el momento de otorgarse el testamento [y por lo tanto la sociedad de gananciales está vigente] como cuando el testamento se otorga con la sociedad conyugal ya disuelta pero aún no liquidada. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, «Comentarios a los artículos 205 a 207 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, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 319.

(26) Señala FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ que el artículo 206 LDCG no quiere decir que se tenga que utilizar sacramentalmente esas palabras, bastando con que su voluntad sea clara en tal sentido. «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDGC...», cit.,

ha querido disponer solamente del derecho que le corresponda en éste, previsión que indudablemente tiene un cierto grado de incompatibilidad con la tradicional naturaleza de la sociedad de gananciales, según la cual no existen cuotas o derechos sobre bienes concretos de los que los cónyuges puedan disponer, pero que, como se verá, el artículo 207 LDCG, le da un claro significado propio en el contexto de la Ley 2/2006.

Cuando la disposición testamentaria lo es como de cosa ganancial, el acto de disposición no es sobre «la mitad de los bienes gananciales» como imprecisamente dice el artículo 1.379 del Código Civil, sino sobre un bien ganancial en concreto, íntegramente, o, como, dice el artículo 206 LDCG: «cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial», estableciendo la norma un régimen jurídico similar al del artículo 1.380 del Código Civil: *cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial habrá de hacerse constar expresamente este carácter y la disposición producirá todos sus efectos si el bien fuera adjudicado a la herencia del testador en la liquidación de gananciales. Si ello no fuera así, se entenderá legado el valor que tuviera el bien en el momento del fallecimiento del testador.*

Dejando aparte el supuesto de que en el caso de que al haber del premuerto no se adjudique todo el bien sino una cuota indivisa del mismo, cabe entender que el legatario tiene derecho a esa cuota más el valor del resto, el problema puede surgir si en los testamentos independientes de los cónyuges ambos disponen expresamente del bien como cosa ganancial. Como señala ESPINOSA DE SOTO (27), en principio, si se adjudica al haber de uno de los cónyuges, el legatario tiene derecho a él *in natura*, y en el haber del otro al valor que tuviese en el momento del fallecimiento del testador. Es decir, se puede producir una duplicidad de legados.

Pero también cabe entender, tal y como se interpreta habitualmente el artículo 1.380 del Código Civil, que se trata de un legado único, o más bien como que cada testador lega la parte o derecho que le corresponde en el bien ganancial, conclusión que podría ser defendible en la Ley 2/2006, pues el artículo 205.2 LDCG dice que en caso de duda —sobre si los cónyuges han querido o no duplicar el legado— se entenderá que la disposición testamentaria de un bien ganancial lo es como del derecho que al testador le corres-

pág. 306. A mi juicio, es defendible la misma interpretación que la jurisprudencia realiza en relación con el artículo 825 del Código Civil sobre cuando una donación constituya mejora para lo que la norma exige que el donante declare su voluntad de mejorar «de una manera expresa»: no requiere utilizar la palabra mejora, sino que es suficiente una voluntad clara de mejorar (STS de 18 de junio de 1982 [RJ 1982, 3432]), pero ésta tiene que existir siempre sin que sea suficiente la mera existencia de la donación (STS de 29 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3343]). Aplicado al artículo 206 LDCG, no se requiere consignar expresamente que se dispone del bien por entero como cosa ganancial, pero no es suficiente que lo sea.

(27) «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDGC...», cit., págs. 890-891.

ponda en éste. Ahora bien, sin perjuicio de tal interpretación fácilmente asumible, en mi opinión se puede añadir que el problema de más difícil solución se da si consta expresamente, conforme al artículo 206 LDCG, que se dispone del bien por entero como cosa ganancial.

Según el artículo 207.1 LDCG, *cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial, la disposición se entenderá referida sólo a la mitad de su valor*. Es decir, con independencia de las vicisitudes del bien en la liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudique o no en la herencia del testador (28), la disposición se entiende referida sólo a la mitad del valor del bien —ante el silencio del art. 207.1 LDCG debe entenderse aplicable el mismo criterio del art. 206 LDCG, de referirlo al valor en el momento del fallecimiento del testador—, pero no a la mitad indivisa del bien salvo, tal y como establece el artículo 207.2 LDCG: *1.º) Cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten (29). 2.º) Si ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieran deferidas (30)*, supuesto este último que implica que el sucesor *mortis causa* hace suyo íntegramente el bien ganancial sin que pueda ser sustituido por su valor.

Por otra parte, cabe preguntarse qué ocurre si en la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica en el cupo del testador el bien entero o al menos la mitad indivisa. Para FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ el beneficiario de la disposición podrá exigir el cumplimiento de la misma en forma específica (*in natura*) y aunque este supuesto no lo menciona expresamente el artículo 207 LDCG, es reconducible al número 1 del párrafo 2.º, por lo que si lo que se adjudica en la parte del testador es el bien entero, lo único que el beneficiario puede exigir, y que los herederos están obligados a entregar, es la mitad indivisa del mismo, que fue lo único legado, quedando la otra

(28) Como señala ESPINOSA DE SOTO, el artículo 1.380 del Código Civil, tal como está redactado, no tiene mucha aplicación en la práctica y el supuesto más frecuente queda sin regulación, ya que si en el testamento consta expresamente la voluntad de legar sólo el derecho que al testador le corresponde en la cosa el artículo no es aplicable. «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDGC...», cit., pág. 886. De ahí el interés de la regulación contenida en el artículo 207 LDCG a pesar, como se dijo, de la imprecisión técnica de concebir que al testador le corresponde un derecho sobre cada uno de los bienes gananciales.

(29) Destaca ESPINOSA DE SOTO, «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDGC...», cit., pág. 896, que lo interesante de esta previsión y su fuerza normativa está en el hecho de que se da valor de consentimiento del cónyuge fallecido prestado anticipadamente para una liquidación parcial de la sociedad de gananciales a su mera disposición testamentaria sobre su parte o derecho en la cosa, atribuyendo ese bien concreto por mitades indivisas a uno y otro cónyuge, sin que puedan impedirlo los herederos del fallecido, sin más requisito que la aceptación del cónyuge sobreviviente o de sus herederos en su caso.

(30) Sobre los problemas de interpretación de los artículos 205 y sigs. LDCG, puede verse FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDCG...», cit., pág. 299 y sigs.

mitad en el resto de la herencia (31). Ahora bien, tal conclusión, aunque coherente, puede ser dudosa en el segundo caso.

A la vista del artículo 207 LDCG, cuando la adjudicación o el legado lo es del derecho que le corresponde al testador en un bien ganancial, que se pueda interpretar que lo que se adjudica o lega es la mitad indivisa del bien si ésta se adjudica a su cupo efectivamente encajaría en el artículo 207.1 LDCG, pues el cónyuge viudo o sus herederos han tenido que intervenir necesariamente en la liquidación de la sociedad de gananciales, y la cotitularidad sobre el bien se mantendría entre él y el legatario. Pero en el caso de que el bien se adjudique por entero en el cupo del testador, mantener el legado de la mitad indivisa implica imponer la comunidad a los herederos que no han intervenido, sin que ello esté contemplado en el artículo 207 LDCG, que precisamente habla de que la adjudicación o legado habrá de entenderse por la mitad del valor del bien.

No se regula en los artículos 206 y 207 LDCG la posibilidad de que se disponga de la mitad de un bien ganancial. Conforme al artículo 864 del Código Civil podría entenderse legada la mitad del bien o la mitad del derecho de propiedad, pero tal solución, ya rechazada en el artículo 1.380 del Código Civil no es asumible. La aplicación del artículo 206 LDCG está excluida, pues no se ha dispuesto del bien por entero, por lo que se aplicará el artículo 207 LDCG, entendiéndose realizada la disposición de la mitad de su valor con las propias excepciones contempladas en la norma. En todo caso, para que se produzcan los efectos previstos en los artículos 206 y 207 LDCG es necesario que al fallecimiento del testador el legado no haya sido revocado por alguna de las causas establecidas en el artículo 869 del Código Civil.

Ante la presencia de una disposición testamentaria de bien ganancial, que lo sea de cosa ganancial o del derecho que le corresponda al testador dependerá de la voluntad de éste. En todo caso, para poder hablar de disposición *mortis causa* de cosa ganancial ha de dejarse constancia expresa de tal carácter o, dicho de otra manera, el testador ha de saber que está disponiendo de un bien ganancial en términos similares a conocer, en el supuesto del artículo 861 del Código Civil de legado de cosa ajena, la ajeneidad de la cosa, pero con un matiz: el artículo 206 LDCG exige que en el acto de disposición conste expresamente tal carácter, por lo que ante un silencio en este extremo, sin que pueda concluirse del propio testamento, es dudoso que pueda practicarse prueba externa, y la disposición habría que considerarla del derecho que al testador le corresponda y aplicación del artículo 207 LDCG.

Por otra parte, aun constando expresamente que se trata de un bien ganancial, será un problema de interpretación de la voluntad del testador el determinar qué tipo de disposición ha realizado. Según el artículo 205.2 LDCG, en

(31) «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDCG...», cit., pág. 309.

caso de duda se entenderá que la disposición testamentaria de un bien ganancial fue realizada como del derecho que al testador le corresponda en el mismo.

Por último, dos cuestiones. Por una parte, es de resaltar la existencia de un importante problema de derecho transitorio. El régimen jurídico de los artículos 205 y siguientes LDCG no tiene ningún problema de aplicación a los testamentos otorgados después de su entrada en vigor. De acuerdo con ello, la regla general de interpretación de la voluntad del testador es que, salvo manifestación expresa en otro sentido, la disposición testamentaria de un bien ganancial se considere del derecho que al testador le corresponda, es decir, conforme el artículo 207 LDCG, la mitad del valor, no por entero.

Pero para los testamentos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor regía el artículo 1.380 del Código Civil. Ello implica que, en ocasiones, se legaba el derecho que al testador le correspondiese en la cosa, pero en otras simplemente el legado lo era el bien. Para las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2006, ¿hemos de aplicar el artículo 1.380 del Código Civil o los artículos 205 y siguientes LDCG? Para FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ (32), cuya opinión comparto, los artículos 205, 206 y 207 LDCG son aplicables a las disposiciones testamentarias otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2006 y que cobren eficacia tras ésta, con la apertura de la sucesión, dado el carácter dispositivo y no imperativo de estas normas, que tratan de perfilar una voluntad testamentaria no siempre dibujada con precisión y que, de alguna manera, vienen coincidiendo con lo que en la práctica notarial se venía efectuando.

Por otra parte, los artículos 205, 206 y 207 LDCG se encuentran dentro de la regulación de las disposiciones testamentarias especiales y está claro que sólo se aplican a la disposición testamentaria de bien ganancial. Ello deja la duda del régimen jurídico de la transmisión de bienes gananciales a través de los pactos sucesorios de apartamiento del artículo 224 LDCG —renuncia a la legítima futura a cambio de la transmisión de presente de los bienes— o de mejora del artículo 214 LDCG —transmisión de bienes de presente o futuro sin renuncia a la legítima.

VI. PACTOS SUCESORIOS Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

1. INTRODUCCIÓN

La disposición *mortis causa* de los bienes basada en la libre voluntad de su propietario en el Código Civil sólo se puede producir por vía testamentaria (art. 658 CC) y más excepcionalmente a través de las donaciones *mortis*

(32) «Comentarios a los artículos 205 a 207 LDCG...», cit., pág. 321.

causa del artículo 620 del Código Civil, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se rigen por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, o de las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros, que el artículo 1.341 del Código Civil permite entre los futuros cónyuges, sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.

En los tres casos, la transmisión del dominio sólo se va a producir tras el fallecimiento del causante o donante por lo que, y sin perjuicio de otros efectos y matices que se pueden introducir, los actos de disposición que se puedan producir, teniendo por objeto bienes de naturaleza ganancial, en su caso, habrá que reconducirlos al ámbito del artículo 1.380 del Código Civil.

Ahora bien, por lo que respecta al Derecho Civil de Galicia, la admisión en el artículo 181.2.º de la Ley 2/2006 de los pactos sucesorios como forma de delación de la herencia —lo que ya venía haciendo desde 1995 el art. 117.1 de la Ley 4/1995— plantea un problema específico cuando los mismos tienen por objeto bienes gananciales, y ello con referencia tanto a su validez como a su eficacia.

2. EL PACTO DE MEJORA SOBRE BIENES GANANCIALES

Conforme al artículo 214 LDCG, son pactos de mejora aquellos por lo que se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos. Como características básicas podemos señalar las siguientes: A) Se trata de un pacto sucesorio de disposición de bienes concretos y ya existentes en el patrimonio del ascendiente, no del anterior pacto de mejora regulado en los artículos 128 y 129 de la Ley 4/1995 que conectaba con la institución de la mejora de los artículos 823 y siguientes del Código Civil; B) Los sujetos del pacto de mejora, aunque el artículo 214 LDCG no lo explicita con total claridad, son el ascendiente de cuya futura herencia se trata, y sus descendientes que, a diferencia de la apartación (art. 224 LDCG), no se requiere que sean legítimos; C) El pacto de mejora puede ser o no con entrega de bienes de presente.

En el primer caso, y conforme al artículo 215 LDC, la celebración del pacto de mejora implica la adquisición de la propiedad por parte del mejorado, siempre y cuando el ascendiente fuera propietario. En el segundo caso, y tal y como se desprende del artículo 217.4.^a LDCG, la adquisición del dominio se produce tras el fallecimiento del ascendiente.

Dejando aparte la cuestión de si el pacto de mejora requiere o no que los bienes sobre los que recae sean propiedad del ascendiente (33), el problema

(33) Sobre esta cuestión puede verse REBOLLEDO VARELA, «Comentario al artículo 215 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 931 y sigs.

puede surgir cuando se trata de realizar un pacto de mejora que tenga por objeto bienes y derechos concretos de naturaleza ganancial en el que es necesario distinguir según se haga con entrega o no de presente.

Cuando el pacto de mejora recaiga sobre bienes gananciales sin entrega de presente, cabe pensar que el hecho de que la transmisión del dominio se produzca tras el fallecimiento del mejorante sin que, por lo tanto, salga todavía del patrimonio ganancial, permitiría la aplicación analógica de las disposiciones contenidas en los artículos 205 y siguientes LDCG, de manera que el pacto de mejora sería perfectamente válido sin que fuera impugnable por el cónyuge por falta de consentimiento al no producirse todavía la disposición del bien ganancial (34).

Por otra parte, en cuanto a su eficacia habrá de estarse a la forma en que se hizo el pacto, como objeto un bien ganancial —en cuyo caso producirá todos sus efectos si en la liquidación de la sociedad de gananciales fuera adjudicado en la herencia del mejorante y en otro caso se estará a su valor (art. 206 LDCG)— o como el derecho que al mejorante le corresponda en él, referido pues a la mitad de su valor (art. 207 LDCG).

Ahora bien, ello será así siempre y cuando el bien ganancial permanezca en el patrimonio conyugal en el momento del fallecimiento del ascendiente, pues si en vida ha habido una disposición a título oneroso —ya con consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.377 CC)— el pacto sucesorio, según el artículo 217.2.^a LDCG, deviene ineficaz, no así si la disposición lo es a título gratuito, en que si bien no será impugnable en base al artículo 217.4.^a LDCG al intervenir también el otro cónyuge (art. 1.378 CC), sí sería de aplicación el artículo 207 LDCG, pacto sucesorio de mejora que, en todo caso, prevaricaría sobre cualquier disposición que sobre el bien ganancial pudiera realizar el ascendiente, ahora causante, en su testamento.

Por lo que respecta al pacto de mejora que tenga por objeto bienes gananciales con entrega de presente su naturaleza de acto de disposición a título gratuito —no existe ningún tipo de contraprestación a cargo del mejorado, ni siquiera renuncia a la legítima— matiza su validez y eficacia, pues dada la inmediata transmisión del dominio, estaría sometido a la sanción de nulidad de los artículos 1.322, párrafo 2.^º y 1.378 del Código Civil, en que si bien en vida del cónyuge, cuyo consentimiento se omitió, probablemente sería el único legitimado para su impugnación, no sucede así tras su fallecimiento, en que a los herederos forzosos cabría reconocérseles interés legítimo para la impugnación de un negocio jurídico que la propia Ley considera nulo de

(34) En este sentido, ORDÓÑEZ ARMAN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, «Comentarios a los artículos 209 a 213 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, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, págs. 354 y 355.

pleno derecho, salvo, como se dice a continuación, que pudiéramos pensar en la aplicación analógica de los artículos 205 y siguientes LDCG.

En todo caso, tal consecuencia de nulidad no se producirá si el cónyuge interviene en la escritura, sea para formalizar también el pacto sucesorio o no y limitarse a un mero consentimiento para la disposición de los bienes gananciales (art. 1.375 CC). Ahora bien, con independencia de la posibilidad prevista en el artículo 212 LDCG de que en la formalización del pacto sucesorio intervengan terceras personas en su condición de representantes con poder especial del ascendiente y descendiente, el problema es si en el pacto de mejora pueden intervenir terceros, concretamente el cónyuge del ascendiente cuando el pacto tiene por objeto bienes gananciales.

Una respuesta negativa prácticamente excluiría todo interés en el pacto de mejora con entrega de bienes de presente pues, como se ha dicho, se trataría de un acto de disposición de bienes a título gratuito nulo de pleno derecho (arts. 1.322 y 1.378 CC) (35), por lo que quedaría reducido exclusivamente al ámbito de los bienes privativos o, tratándose de bienes gananciales, exigiría pactos de mejora simultáneos pero independientes, lo que en el ámbito de la Ley 2/2006, al igual que ya sucedía en la Ley 4/1995, no tiene mucho sentido pues, a pesar de la falta de regulación expresa, dada la admisibilidad del testamento mancomunado (art. 187.2 LDCG), la partición conjunta (art. 276 LDCG) y la referencia que el artículo 216 LDCG realiza a los «adjudicantes», cabría concluir en la posibilidad del pacto de mejora otorgado simultáneamente por ambos ascendientes en el mismo documento y que tenga por objeto tanto bienes privativos como gananciales, ello para una eficacia transmisiva inmediata de la titularidad del bien cuando se produce con entrega (art. 215 LDCG) o pospuesta al fallecimiento de los dos causantes (aplicación analógica del art. 277 LDCG) (36).

Ahora bien, un pacto de mejora unitario con entrega de bienes de presente, que implicaría la transmisión actual del dominio, no dejaría de presentar problemas adicionales relacionados con su ineficacia en el supuesto del artículo 218.3.^º LDCG, si las circunstancias allí recogidas se dan exclusivamente respecto de uno de los ascendientes mejorantes. Por otra parte, la conclusión expuesta conlleva un pacto de mejora con los dos ascendientes, lo que no siempre es posible —no son ascendientes comunes del mismo descendiente por lo que uno de ellos no puede formalizar pacto de mejora— ni tam-

(35) Para ORDÓÑEZ ARMÁN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, «Comentarios a los artículos 209 a 213 LDCG...», cit., pág. 354, la disposición de un bien ganancial sin el consentimiento del otro cónyuge a través de un pacto sucesorio sería anulable conforme el artículo 1.322 del Código Civil, si bien para el pacto de mejora, calificado entonces como negocio dispositivo obligatorio, parecen concluir la aplicación por analogía de los artículos 205 a 207 (*ob. cit.*, pág. 417).

(36) En este sentido, ORDÓÑEZ ARMÁN, PEÓN RAMA y VIDAL PEREIRO, «Comentarios a los artículos 209 a 213 LDCG...», cit., págs. 354 y 355.

co es lo que se quiere hacer —para que uno realice pacto de mejora el otro vendría también obligado a hacerlo—.

En esos casos o se mantiene la necesidad de previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales o, lo que parece más razonable jurídicamente al no existir obstáculo legal expreso, habría que admitir la eventual intervención del cónyuge a los únicos efectos de prestar su asentimiento —que no consentimiento— al pacto de mejora con entrega posesoria y transmisión de la propiedad en cuanto enajenación a título gratuito (art. 1.378 CC) —salvo que salvemos su asentimiento en escritura pública aparte, lo que no tiene mucho sentido práctico—. Tal intervención, sin embargo, no sería necesaria en el pacto de mejora sin entrega de bienes de presente en que la transmisión del dominio queda pospuesta al fallecimiento del ascendiente en que, como se dijo anteriormente, sería posible la aplicación analógica de los artículos 205 y siguientes (37).

3. LA APARTACIÓN CON BIENES GANANCIALES

La apartación, en cuanto pacto sucesorio por el que el legitimario queda excluido de su condición de heredero forzoso a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados (art. 224 LDCG), también presenta unos problemas con perfiles propios cuando tiene por objeto bienes gananciales en que, en principio, en la escritura de apartación, y al igual que se sostuvo respecto del pacto de mejora, parece que debe admitirse la posibilidad de intervención del cónyuge del apartante.

En efecto, si la apartación se configura como un acto de disposición *inter vivos* a título gratuito (de lo que ya no cabe duda a la luz del art. 244.2.^a LDCG), se podría pensar como lógica consecuencia en la aplicación de los artículos 1.322, párrafo 2.^º y 1.378 del Código Civil y la nulidad de pleno derecho de toda apartación realizada sobre bienes gananciales sin el consentimiento del cónyuge, por lo que, salvo que sea su propia apartación —en cuyo caso ya interviene como apartado consintiendo y aceptando que recaiga sobre bienes gananciales— quedaría muy reducido el ámbito de aplicación del pacto suce-

(37) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PARADA, «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma gallega. Ley 2/2006, de 4 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*. GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE-RAJOY BREY (coord.), T. II, Registradores de España-Thomson-Civitas. Pamplona, 2008, pág. 1200. También FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, «Comentario a los artículos 205 a 208 LDCG...», cit., pág. 305. Para este autor, los artículos 205 a 207 LDCG son de aplicación a los pactos sucesorios, pero siempre y cuando estos tengan eficacia traslativa diferida al momento del fallecimiento del dispone, no siendo por ello aplicables a aquellos otros pactos sucesorios que conlleven entrega de bienes de presente, respecto de los cuales debe regir el artículo 1.378 del Código Civil.

sorio a los bienes privativos. Por ello, no debería existir ninguna dificultad en admitir la eventual intervención del cónyuge en el pacto sucesorio de apartación a los únicos efectos de prestar su asentimiento —que no consentimiento— a la transmisión a título gratuito de bienes gananciales cuando estos son objeto del pacto.

En otro caso, y sin tal intervención, el cónyuge cuyo consentimiento se omitió podrá ejercitar acción de nulidad en vida del apartante, con litis consorcio pasivo necesario con el apartado, si bien fallecido aquél, sin que tal acción se hubiese ejercitado, cabría pensar en una aplicación analógica de los artículos 205, 206 y 207 (con contenido similar pero distinto a los arts. 1.379 y 1.380 CC) que, sin embargo, en mi opinión, no podría mantenerse para rechazar en vida una acción de nulidad sosteniendo la validez de la apartación con la adjudicación de los derechos que al apartante pudiesen corresponder sobre bienes gananciales y que se concretarán en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En efecto, a mi modo de ver, y siguiendo lo que constituye doctrina mayoritaria (38), la apartación es siempre transmisión de presente (39) y desde luego que no se produciría ya la transmisión de los derechos que le puedan corresponder al apartante en una sociedad de gananciales no disuelta. Y entenderlo como transmisión de los derechos o bienes que le correspondan en la liquidación y que se harán efectivos en aquel momento no sólo implica una transmisión de futuro, que puede llegar a posponerse incluso al fallecimiento del apartante, lo que sería totalmente contrario a la esencia de la apartación, sino que introduce un elemento de aleatoriedad —que los bienes sigan existiendo como gananciales— también contrario a tal esencia, pues si en algún momento se ha predicado la aleatoriedad en la apartación es exclusivamente en relación con el valor de los bienes recibidos y el que hubiera podido corresponder efectivamente por legítima al fallecimiento de apartante, no al valor ya determinado del bien en el momento de pacto sucesorio ni, por supuesto, a qué bienes va a recibir el apartado y si va a llegar a recibir alguno.

(38) Vid., por todos, LOIS PUENTE, para quien la apartación excluye una atribución diferida al momento de la muerte del adjudicante, por lo que se exige una transmisión actual. «Comentarios al artículo 135», en *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*. Coordinados por AMIGO VÁZQUEZ, ORDÓÑEZ ARMÁN, CORA GUERREIRO y SÁNCHEZ MERA. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 95.

(39) En sentido contrario, BERMEJO PUMAR, «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pág. 1237. Para esta autora en la apartación no se exige que la contraprestación sea actual en el sentido de transferencia inmediata, por lo que no es necesaria en el pacto sucesorio; en él lo característico es que el vínculo haga actual la prestación efectiva futura. Tal opinión es compartida por BUSTO LAGO, «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 2008, pág. 540.

En conclusión, y sin perjuicio de las matizaciones que pudiéramos realizar en cada caso concreto a la vista del artículo 172 LDCG, no es posible realizar válidamente una apartación que tenga por objeto bienes gananciales sin el consentimiento del cónyuge —tampoco del derecho que al apartante le pueda corresponder sobre ellos— y, obviamente, para solucionar el problema de otra forma, siempre cabe pensar en apartaciones simultáneas y coordinados e independientes con ambos ascendientes, es decir, que el cónyuge también sea el progenitor, lo que actualmente muchas veces no sucede en la práctica.

Pero cuando lo es, incluso puede pensarse en la posibilidad de una apartación conjunta en relación con una construcción unitaria del régimen sucesorio gallego pues, siendo posible el testamento mancomunado (art. 187.2 LDCG) y la partición conjunta (art. 276 LDCG) cabría concluir, al igual que se mantiene para el pacto de mejora, en la admisión de una apartación formalizada simultáneamente por ambos ascendientes con el descendiente legítimo en el mismo documento y que tenga por objeto tanto bienes privativos como gananciales y con eficacia transmisiva inmediata de la titularidad del bien, apartación que tendría la consideración de única y que permitiría, dado el tenor del artículo 282 LDCG, que en la partición conjunta contempla la posibilidad de pagar la legítima con bienes de una sola herencia, que un hijo quedara apartado de ambas herencias con adjudicación de bienes o derechos de titularidad exclusiva de uno de ellos.

VII. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

1. LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN EN LA LEY 2/2006

Dejando aparte los importantes problemas procesales que ante la falta de acuerdo entre las partes surgen cuando se ponen en relación la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges con la partición judicial de la herencia, y que en la Ley 2/2006 parecen encontrar más fácil solución (40), desde un punto de vista puramente sustan-

(40) Antes de la LEC 1/2000, y teniendo en cuenta la remisión general que el artículo 1.410 del Código Civil hace a las normas de partición y liquidación de la herencia, se venía considerando el juicio de testamentaría como el cauce procesal adecuado para practicar la liquidación de la sociedad de gananciales, procedimiento que era precisamente el específico para realizar la partición de la herencia. La consecuencia práctica era que se unificaba en el mismo procedimiento de testamentaría la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia. En la actualidad, la Ley regula dos procedimientos claramente diferenciados: por una parte, en los artículos 806 y sigs., el procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial; por otra parte, en los artículos 782 y sigs., el procedimiento para la división judicial de la herencia, con la duda de si hay que

tivo, es suficientemente conocida la relación que existe entre el régimen económico-matrimonial y la partición de la herencia. Cuando el testador está casado en régimen de gananciales, ello no sólo implica una grave dificultad para que él pueda realizar la partición (arts. 1.056 CC y 273 LDCG) al no poder incluir en la misma bienes gananciales (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9301], 3 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1016], 17 de mayo de 1974 [RJ 2068]), sino que tras su fallecimiento no es posible la partición de la herencia sin la previa liquidación del régimen económico —lo que conlleva la nulidad de la misma si, por ejemplo, el contador-partidor prescinde de tal trámite—, operaciones que cabe concebir como independientes y sucesivas pero que, en realidad, están muy interrelacionadas tanto desde una perspectiva puramente civil como procesal.

Además, ha de recordarse que el artículo 1.410 del Código Civil en la liquidación del régimen económico se remite de manera supletoria a las normas sobre partición y liquidación de la herencia, debiéndose tener en cuenta que si bien también es aplicable para la sociedad de gananciales de cónyuges de vecindad civil gallega (art. 171 LDCG), la remisión ha de entenderse a las normas contenidas específicamente en los artículos 270 y siguientes LDCG, de las que se derivan algunas especialidades.

Por otra parte, y a los efectos de las particularidades del régimen jurídico de la comunidad postganancial y liquidación de la sociedad de gananciales, cuando la disolución lo es por fallecimiento de uno de los cónyuges, también habrán de tenerse en cuenta las especialidades que se puedan derivar de los artículos 200.2 (testamento por comisario), 257 (usufructo legal del cónyuge viudo), 276 a 278 (partición conjunta por los testadores), 293 (partición por el contador-partidor), 302 y 305 (partición por mayoría) LDG.

2. LIQUIDACIÓN ENTRE EL CÓNYUGE VIUDO (O SUS HEREDEROS) Y EL CONTADOR-PARTIDOR

El artículo 293 LDCG, siguiendo lo que constituye doctrina jurisprudencial en el régimen del Código Civil (SSTS, entre otras, de 15 de junio de 2006 [RJ 2006, 3538] y 25 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2985]), prevé expresamente que en la partición el contador-partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos.

seguir los dos cronológicamente o si, por el contrario, conforme a los artículos 1.410 y 1.059 del Código Civil, el cauce procesal sigue siendo el de la división de la herencia, actualmente los artículos 782 y sigs. LEC, por lo que la liquidación de la sociedad de gananciales se insertaría dentro de las propias operaciones de la división de la herencia. Esta segunda interpretación es la defendida por un sector jurisprudencial. Vid. SAP de Ourense, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2008 [JUR 2008, 294603] y SAP de Castellón, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2005 [JUR 2005, 160104].

Así pues, la liquidación de la sociedad de gananciales que el cónyuge viudo puede realizar con el contador-partidor no requiere la autorización previa ni aprobación posterior de los herederos, quienes carecen de legitimación para toda intervención, incluso aunque sean menores de edad o incapacitados en que, a diferencia de las previsiones contenidas en el artículo 1057.3.^o del Código Civil, conforme al artículo 291 LDCG, el contador-partidor podrá realizar con el cónyuge viudo el inventario sin que se requiera la participación de los representantes legales de las personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en el Derecho gallego el cónyuge viudo puede ser designado contador-partidor en los términos previstos en el artículo 284 LDCG (41), por lo que en tal caso, no podría practicar unilateralmente la liquidación de la sociedad de gananciales y requerirá necesariamente la intervención de los herederos en esta fase previa a la partición sin que, a mi juicio, pueda el testador otorgarle expresamente esa facultad, aunque nada impide que designe otro contador-partidor con la única función de liquidar la sociedad de gananciales con el cónyuge supérstite y que sea éste el que posteriormente proceda a la partición de la herencia.

Del artículo 293 LDCG se deriva que el contador-partidor y el cónyuge viudo están facultados para realizar la liquidación de la sociedad de gananciales y pueden hacerlo —salvo que el testador haya excluido dicha facultad, lo que siendo posible (42) no será frecuente en la práctica—, pero no necesariamente tienen que realizarla. Es cierto que del artículo 305 LDCG parece concluirse que si el contador-partidor realiza la partición de la herencia debe incluir la liquidación de la sociedad de gananciales que tiene que practicar con el cónyuge supérstite. Sin embargo, y con independencia de lo que a continuación se señala, ello no parece suficiente para desvirtuar la regla general de que, aunque exista contador-partidor pueden liquidar la sociedad

(41) Como una excepción a la regla general del artículo 283 LDCG de que no puede ser designado contador-partidor quien sea partícipe en la herencia (y el cónyuge viudo lo es en base a su usufructo legal del art. 253 LDCG), el artículo 284 LDCG permite al testador nombrar contador-partidor al cónyuge sobreviviente al que solo se le asignara el usufructo universal (art. 228 LGDC). Esta exigencia excluye que pueda ser contador-partidor el cónyuge viudo al que el testador asigna por cualquier título una cuota en el haber hereditario, pero no exige expresamente que se le haya atribuido el usufructo universal, si bien la doctrina suele interpretar la norma (y su antecedente art. 159.2 de la Ley 4/1995) en tal sentido —así ÁLVAREZ LATA, «Comentario al artículo 284 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 1254—, lo que parece lógico, pues, con tal usufructo universal, con el que quedaría satisfecha su legítima (art. 240 LDCG), queda excluido su interés en la partición que sí existiría en otro caso (vid. art. 257 LDCG).

(42) Así ÁLVAREZ LATA, «Comentario al artículo 293 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 1279, para quien, dado el tenor literal del precepto, cabe que el testador excluya de las facultades del contador-partidor la función de liquidar la sociedad de gananciales con el cónyuge supérstite.

de gananciales el cónyuge viudo y los herederos pues, a pesar del silencio del artículo 294 LDCG sobre la posibilidad de que los herederos por unanimidad prescindan del contador-partidor, su intervención no es preceptiva, ya que tiene que ser requerido en tal sentido por uno de los partícipes (art. 288.1 LDCG) (43).

En todo caso, y ante la falta de unanimidad de los herederos, y sin perjuicio de que el cónyuge viudo no es necesariamente copartícipe de la comunidad hereditaria (como legitimario del art. 253 LDCG es sólo acreedor del art. 249.1 LDCG), podrá requerir al contador-partidor para liquidar la sociedad de gananciales (art. 288 LDCG).

Por otra parte, el artículo 293 LDCG, en mi opinión, resuelve expresamente la duda que se plantea en el régimen del Código Civil de si la liquidación de la sociedad de gananciales entre el contador-partidor y el cónyuge supérstite debe realizarse necesariamente dentro de la partición y como un único acto o puede efectuarse como actos independientes y sucesivos, posibilidad esta última que ha de negarse desde el momento en que la norma se refiere a la liquidación de la sociedad de gananciales en «la partición», lo que se corrobora por el artículo 305 LDCG, que dentro de la partición por mayoría prevé que el cuaderno del contador-partidor designado por sorteo notarial deberá incluir, además de otros aspectos, la liquidación de la sociedad conyugal que, por lo tanto, forma parte de la escritura pública en que se protocoliza el cuaderno particional previsto en el artículo 306 LDCG (44).

Si no hay acuerdo entre el cónyuge viudo y el contador-partidor para la realización de la liquidación de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de la intervención de los herederos que sí pueden alcanzar un acuerdo con aquél, el contador-partidor no podrá realizar la partición de la herencia al carecer de legitimación activa para solicitar judicialmente frente al cónyuge viudo la liquidación de la sociedad de gananciales como requisito previo para practicar la partición de la herencia.

(43) Cabe la duda de si la intervención preceptiva del contador-partidor que, según el artículo 288.2 LDCG, puede imponer el testador para realizar la partición de la herencia, también se aplica a la liquidación de la sociedad de gananciales. Tal norma, como señala COLINA GAREA, es claramente imperativa frente a la voluntad de los herederos («Comentario al artículo 294 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 1284), pero la cuestión surge sobre si puede imponerla también al cónyuge viudo y obligarle a hacer la liquidación con el contador-partidor.

(44) Vid. en contra SANMARTÍN LOSADA, para quien en el régimen del Código Civil no hay norma jurídica que prohíba expresamente que la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición deban realizarse con simultaneidad de acto, considerando igualmente que tal solución no es impuesta por el artículo 293 LDCG, por lo que no existen razones de peso para negar tal posibilidad. «Comentario a los artículos 283 a 293», en CORA-ORDÓÑEZ-PEÓN RAMA (coords.), *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la DA 3.ª de la Ley 2/2006, y a la Ley 10/2007*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, vol. II, pág. 1178.

Y ello también es de aplicación en relación con la partición por mayoría que los herederos pueden promover conforme al artículo 295 LDCG sin exigencia de unanimidad que, en definitiva, implica la designación de un contador-partidor por insaculación (art. 301 LDCG), que, conforme a los artículos 302 y 305 LDCG también podrá realizar con el cónyuge supérstite la liquidación de la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos (45), y sin que, a mi juicio, sea de aplicación para la práctica de tal liquidación el artículo 303 LDCG en el sentido de que, tratándose de cuotas iguales, hayan de formarse dos lotes que se adjudicarán por sorteo, sino las reglas generales de la liquidación de la sociedad de gananciales entre el cónyuge supérstite y el contador-partidor (art. 293 LGCG), con la formación de inventario y las adjudicaciones que acuerden (art. 305 LDCG), sin perjuicio de las acciones de impugnación que contra la liquidación practicada puedan realizar los herederos disconformes.

Pero, en todo caso, como se ha expuesto, el contador-partidor designado necesariamente tiene que contar con la intervención del cónyuge viudo para practicar la liquidación de la sociedad de gananciales y si éste no presta su conformidad, no puede continuar la partición por mayoría.

3. CÓNYUGE VIUDO Y HEREDEROS DEL PREMUERTO

Esté o no designado contador-partidor, la liquidación de la sociedad de gananciales puede ser realizada por el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, teniendo en cuenta que en cuanto a las reglas de capacidad no se aplican los artículos 1.060 y 272 del Código Civil sino el artículo 271 LDCG por remisión del artículo 1.410 del Código Civil: *si concurriesen a la sucesión [liquidación] menores o incapacitados legalmente representados no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial para los efectos de aceptar o partir la herencia*. Ello implica que si el menor está representado por el titular de la patria potestad, no se requiere intervención ni aprobación judicial (lo mismo que en el art. 1.060 CC), pero tampoco cuando interviene el tutor en representación del incapacitado, en que el artículo 272 del Código Civil sí exige la aprobación judicial posterior.

Tal régimen jurídico no evita la exigencia general que se deriva del artículo 299.1 del Código Civil de necesidad de nombramiento de defensor judicial si hay menores o incapacitados hijos del cónyuge viudo, con patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 CC) ante el conflicto de intereses que generalmente va a surgir en relación con la liquidación de la sociedad de

(45) En el mismo sentido, COLINA GAREA, «Comentario al artículo 302 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 1320-1321.

gananciales (vid. RDGRN de 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 3238]), con la duda en tal caso, ante el silencio del artículo 271 LDCG, de si la liquidación así practicada requerirá la aprobación judicial en los términos recogidos en el artículo 1060.2 del Código Civil.

Se puede concluir que dentro de la referencia que el artículo 271 LDCG hace a los «menores e incapacitados legalmente representados» han de incluirse aquéllos que lo están a través de un defensor judicial al que, a estos efectos, puede considerarse representante legal en el sentido que indica la STS de 10 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1731] de no serlo con carácter general pero sí para un acto concreto, como puede ser la partición de la herencia para cuya intervención en representación del menor o incapacitado ha sido designado judicialmente.

En definitiva, como señala DÍAZ MARTÍNEZ, el espíritu de la Ley 2/2006 ha sido la supresión, en todos los casos de concurrencia de menores o incapacitados, de la exigencia de aprobación judicial de la partición [liquidación de la sociedad de gananciales] siempre que quienes han sido legal o judicialmente designados para defender sus intereses hayan tomado parte (46).

Con todo es de recordar que, en principio, conforme al artículo 294 LDCG, y al igual que sucede en el régimen del artículo 1.058 del Código Civil, la liquidación de la sociedad de gananciales entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto ha de realizarse por unanimidad, siendo posible plantearse ante su falta si cabría la aplicación de las normas sobre partición por mayoría de los artículos 295 y siguientes LDCG (47). En principio la respuesta sería positiva por remisión del artículo 1.410 del Código Civil, pero, por sus características, entre el cónyuge viudo y los herederos no sería posible al no darse los requisitos del artículo 295 del Código Civil, ya que no podrían sumarse los herederos individualmente para ser dos y, en todo caso, no superan el 50 por

(46) «Comentario al artículo 271 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 1186. En el mismo sentido, SANMARTÍN LOSADA, «Comentario a los artículos 270 a 272», en CORA-ORDÓÑEZ-PEÓN RAMA (coords.), *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la DA 3.ª de la Ley 2/2006, y a la Ley 10/2007*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, vol. II, pág. 909. Para este autor, el defensor judicial es un auténtico representante legal, si bien con caracteres y exigencias específicos, que debe entenderse incluido en la categoría de representantes legales del artículo 271 LDCG, por lo que la partición efectuada con su intervención no requerirá aprobación judicial, matizando, con razón, que ello será así siempre y cuando la partición comprenda solamente operaciones participionales, pues cuando hay actuaciones que exceden de lo particional haciendo tránsito a lo dispositivo están sujetas a la debida autorización judicial.

(47) Artículo 295 LDCG: *cuando no haya contador-partidor designado por el causante o esté vacante el cargo, los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean al menos dos, podrán promover ante notario la partición de la herencia, que, respetando en todo caso las disposiciones del causante, se sustanciará conforme a las formalidades establecidas en los artículos siguientes*.

100, y tampoco parece posible el acuerdo entre el cónyuge viudo y un heredero para cumplir los requisitos del artículo 295 LDCG, pues realmente sería complejo sostener jurídicamente que cada heredero tiene una cuota en el 50 por 100 de la cuota global ganancial del premuerto. Por ello, ante la falta de unanimidad con alguno de los herederos del premuerto, sólo cabría la liquidación de la sociedad de gananciales por vía judicial (48).

4. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DE PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

a) *Partición conjunta por los testadores*

A diferencia del régimen del Código Civil, que concibe la partición como un acto unilateral, con las subsiguientes dificultades cuando el testador está sometido a un régimen de gananciales no disuelto ni liquidado cuando hace la partición, tras la admisión del testamento mancomunado en los artículos 187 y siguientes LDCG, el artículo 276 LDCG permite también que los cónyuges realicen la partición conjunta: *los cónyuges, aunque testen por separado, podrán hacer una partija conjunta y unitaria de sus bienes privativos y de los comunes, si los hubiera, con independencia del origen de los adjudicados a cada heredero.*

Se está contemplando, pues, la posibilidad de una partición conjunta y unitaria del patrimonio de los cónyuges, comprensiva de todos los bienes privativos y gananciales cuyas adjudicaciones pueden ser realizadas indistintamente a cada heredero (que no tienen que ser legítimarios o hijos comunes, pues pueden ser de sólo uno de ellos o incluso extraños) con independencia del origen de los bienes, entendido por tal su integración en cualquiera de los patrimonios de los cónyuges, común y privativos.

Para realizar tal partición, obviamente, no se requiere que los cónyuges hagan previa o simultáneamente la liquidación de la sociedad de gananciales (49) aunque, a mi modo de ver, pueden realizarla si lo estiman conveniente.

(48) Parece oportuno resaltar que se requiere la unanimidad de los herederos, lo cual no comprende necesariamente a los legítimarios pues, a la luz de la consideración de la legítima como *paris valoris* (arts. 240 y 243 LDCG) y la definición legal del legítimario para todos los efectos como mero acreedor (art. 249.1 LDCG), si no concurren en ellos la condición de herederos sólo tendrían acción contra éstos para reclamar su legítima (art. 250 LDCG) y, a lo sumo, derecho a intervenir en la liquidación de la sociedad de gananciales única y exclusivamente en el ámbito del artículo 1.083 del Código Civil, esto es, para que no se haga en perjuicio o en fraude de sus derechos.

(49) Precisamente este es el principal problema que la partición por el testador se encuentra en el régimen del Código Civil en relación con la sociedad de gananciales, al constituir doctrina jurisprudencial (SSTS de 12 de diciembre de 1959 [RJ 1959, 449],

te, ni tampoco se ven constreñidos a utilizar la fórmula, cada vez más habitual a pesar de su dudosa validez (tal adjudicación no constituye un legado de cosa ganancial), de adjudicar a los herederos los derechos que le puedan corresponder al testador en los bienes gananciales, sino que directamente pueden adjudicar los bienes gananciales.

Es más, tal adjudicación ha de estimarse imprescindible que concurra para poder hablar de partición conjunta que, en definitiva, y en cuanto partición por el testador, requiere que los causantes, en este caso los cónyuges, distribuyan la universalidad de los bienes de su pertenencia por lo que, como señala BOTANA TORRÓN, no sería admisible una partición en que los testadores sólo procedieran a repartir sus bienes privativos y dejaran sin partir los bienes gananciales (50).

Ahora bien, la especialidad de la Ley 2/2006 no consiste solamente en la posibilidad de la partición conjunta, sino también en el régimen jurídico aplicable tras la disolución de la sociedad de gananciales tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Según el artículo 277 LDCG, *la partija conjunta y unitaria será eficaz en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges. También producirá plenos efectos si, fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente la cumpliera en su integridad por atribuciones patrimoniales inter vivos*.

Así pues, salvo ejecución voluntaria por el cónyuge supérstite, la partición conjunta no alcanza eficacia hasta el fallecimiento de los dos, manteniéndose la existencia de una comunidad postganancial sometida al régimen del artículo 278 LDC: *fallecido uno de los cónyuges que hiciera la partija conjunta y unitaria, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos. Para la disposición de los bienes comunes y de los del premuerto incluidos en la partición será necesario el concurso de sus herederos y del cónyuge sobreviviente* (51).

Ahora bien, téngase en cuenta que en el supuesto de que el cónyuge supérstite disponga de sus bienes privativos —lo que puede realizar unilateralmente sin necesidad del consentimiento o intervención de los herederos del premuerto— puede resultar de aplicación el artículo 281 LDCG, según el cual

17 de mayo de 1974 [RJ 1974, 2068], 3 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1016], 7 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9301], que el testador no puede incluir en su partición bienes de carácter ganancial, y aunque en alguna ocasión se ha admitido la «partición conjunta» ello lo ha sido, como en la STS de 21 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9756], para referirse a la partición realizada por los cónyuges en dos testamentos independientes e iguales, disponiendo de los bienes de ambos sin liquidar la sociedad de gananciales.

(50) «Comentario a los artículos 276 a 278», en CORA-ORDÓÑEZ-PEÓN RAMA (coords.), *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la DA 3.ª de la Ley 2/2006, y a la Ley 10/2007*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, vol. II, pág. 1057.

(51) Sobre esta cuestión, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, «Comentarios a los artículos 276, 277 y 278 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 1207 y sigs.

la partición podrá ser declarada ineficaz cuando la composición patrimonial, base de la misma, se haya alterado de forma sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas. Es decir, que puede implicar —aunque no necesariamente— la ineficacia de la partición conjunta, con lo que quedaría nuevamente expedita la liquidación de la sociedad de gananciales (52).

b) *Partición conjunta por contador-partidor único*

Dentro de la regulación de las facultades del contador-partidor designado por el testador, el artículo 293 LDCG, después de prever expresamente que *podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos*, añade que *si el contador-partidor lo fuera de ambos cónyuges y realizarla la partición conjunta, podrá prescindir de la liquidación de la sociedad conyugal, salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de ellos*.

En el régimen del Código Civil ya se venía admitiendo la innecesidad de la liquidación de la sociedad de gananciales por el contador-partidor único cuando todos los bienes tienen carácter común y los dos cónyuges han fallecido (vid. RDGRN de 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 3805]), pero el artículo 293 LDCG tiene un alcance mayor, pues lo permite también aunque haya bienes privativos realizando una partición conjunta de todo el patrimonio del causante, sin distinción de la procedencia de los bienes.

La norma no descarta que sea necesario practicar la liquidación de la sociedad de gananciales si ello es necesario para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de los cónyuges, surgiendo entonces la duda de si el único contador-partidor puede realizarla unilateralmente o si requerirá el consentimiento de los herederos. Para ÁLVAREZ LATA (53), y sin perjuicio de la solución que procede en Derecho Común (vid., en sentido positivo, la STS de 29 de marzo de 2001 [RJ 2001, 4773]), la exégesis del artículo 293 LDCG lleva razonablemente a concluir que si el contador partidor puede decidir no hacer la partición también podrá realizarla unilateralmente.

c) *Adjudicaciones realizadas por el comisario*

La existencia en los artículos 238 y siguientes LDCG de una regulación completa del régimen legitimario, a diferencia de lo que sucedía en la Ley

(52) En todo caso, de la regulación legal se deriva que en el momento de realizar la partición conjunta, ambos cónyuges han de tener vecindad civil gallega y que a su fallecimiento han de seguir siendo cónyuges, por lo que la partición vendría ineficaz, aunque no sea el supuesto directo del artículo 208 LDCG, si están divorciados.

(53) «Comentario al artículo 293 LDCG...», cit., pág. 1280.

4/1995, cuyo artículo 146, aunque con matices, se remitía a la regulación del Código Civil, implica la inaplicación del artículo 831 del Código Civil a los causantes de vecindad civil gallega —aparte de que en la Ley 2/2006 ya no existe la institución de la mejora—. Sin embargo, en el artículo 197 LDCG, y dentro de la regulación del testamento por comisario, se prevé que *podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán*.

Ello implica que el cónyuge comisario podrá adjudicar los bienes en acto partícional *inter vivos* o por actos *mortis causa*, bien en testamento otorgado por el cónyuge en su condición de comisario del causante o bien en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes (art. 200.1 LDCG).

En todo caso, y como señala el artículo 200.2 LDCG, *las adjudicaciones podrán comprender no sólo bienes privativos del causante, sino también de la disuelta sociedad de gananciales* que, aunque falte la referencia expresa contenida en el artículo 831 del Código Civil, ha de entenderse como bienes integrados en la sociedad de gananciales disuelta pero todavía no liquidada, tal y como se deriva del inciso final del propio artículo 200.2 LDCG al decir que si las adjudicaciones comprendieran bienes de la sociedad de gananciales, se imputará su valor por la mitad a los respectivos patrimonios. En definitiva, tal y como señala ESPINOSA DE SOTO (54), lo que el artículo 200.2 LDCG está permitiendo es la posibilidad de que el cónyuge viudo disponga de bienes concretos de los dos cónyuges [gananciales] a favor de determinado hijo o descendiente sin necesitar la intervención o el consentimiento de los demás.

Como indica el propio ESPINOSA DE SOTO (55), en todos estos supuestos de distribución directa entre los descendientes de los bienes de la sociedad de gananciales sin liquidación no significa que ésta no se haga; la liquidación de la sociedad conyugal procede como si ningún bien se hubiera adjudicado, pero habrá de realizarse contablemente y tendrá las consecuencias que en cada caso correspondan en forma de derecho de crédito o de reembolso, que podrá ser satisfecho en dinero o del modo que los interesados acuerden, sin perjuicio de la eficacia traslativa del dominio de las adjudicaciones de bienes realizadas.

(54) «Comentario al artículo 200 LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 856.

(55) «Comentario al artículo 200 LDCG...», cit., pág. 860.