



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**PACTO SUCESORIO DE  
APARTAMIENTO Y  
CAPACIDAD PARA  
OTORGAR TESTAMENTO**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

2019-2020

ALUMNA: TAMARA ÁLVAREZ VILARIÑO

TUTOR: CARLOS MARÍA DÍAZ TEIJEIRO

## ÍNDICE

<b>ANTECEDENTES DE HECHO</b>	4
<b>I. PACTO DE APARTAMIENTO</b>	6
I.1 CONCEPTO, REGULACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PACTO DE APARTACIÓN	6
I.2 REQUISITOS Y VALORACIÓN FINAL	8
<b>II. PACTO DE APARTACIÓN Y LA LEGÍTIMA</b>	10
II.1 EL DERECHO A LA LEGÍTIMA EN GALICIA	10
II.2 LA APARTACIÓN Y LAS LEGÍTIMAS	11
II.2. A) Los efectos de la apartación en la sucesión	11
II.2. B) La apartación en el cálculo de la legítima	11
II.3 CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON EL SUPUESTO PLANTEADO.	12
<b>III. VECINDAD CIVIL Y RÉGIMEN ECONÓMICO GANANCIAL</b>	14
III.1 VECINDAD CIVIL DE LOS CÓNYUGES	14
III.2 RÉGIMEN ECONÓMICO GANANCIAL	15
III.2. A) Régimen económico ganancial: concepto y regulación	15
III.2. B) Clasificación de los bienes: bienes privativos y bienes gananciales	15
<b>IV. CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO Y DESHEREDACIÓN</b>	19
IV.1 CAPACIDAD PARA TESTAR: CONCEPTO, REGULACIÓN Y NOTAS	19
IV.1.1. Conclusiones del caso práctico	21
IV.2 DESHEREDACIÓN	23
V.2.1 Concepto, características, régimen jurídico aplicable	23
V.2.2 Las causas de desheredación	23
V.2.3 Interpretación del art. 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial	24
<b>V. USUFRUCTO VIUDAL Y USUFRUCTO VITALICIO</b>	28
V.1 USUFRUCTO VIUDAL EN LA LDCG	28
V.2 BREVE MENCIÓN DEL USUFRUCTO VITALICIO	29
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	31

## **ABREVIATURAS**

Art.:Artículo

Arts.: Artículos

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

Ed: Edición

FJ: Fundamento jurídico

LDCG: Ley de Derecho Civil de Galicia

Núm.: Número

Op. Cit: Obra citada

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SAP: Audiencia Provincial

TS: Tribunal Supremo

Vol.: Volumes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar se casaron el 18 de julio de 1970 en régimen de gananciales. Tuvieron dos hijas: D<sup>a</sup>. Ana y D<sup>a</sup>. Fátima. Esta última sufrió un accidente causándole una incapacidad natural. La familia ha residido siempre en su casa familiar situada en Padrón (A Coruña). En la planta baja de la casa se encuentra la Farmacia Calo, bien privativo de D. Pepe, regentada desde su inauguración por los padres y valorada actualmente en 200.000€. Además, D<sup>a</sup>. Pilar y D. Pepe son dueños de los siguientes bienes gananciales: casa familiar (370.000€), un piso en el centro de Santiago de Compostela (120.000€), varias fincas situadas en distintas parcelas de Padrón (valor conjunto: 150.000€), nave industrial en Pontecesures (140.000€) y 3 coches (valor conjunto: 60.000€).

**SEGUNDO.** D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar deciden hacer un pacto sucesorio de apartamiento en favor de D<sup>a</sup>. Ana atribuyéndole la casa familiar y el negocio farmacéutico a favor de su hija D<sup>a</sup>. Ana, reservándose el usufructo vitalicio de la casa. A cambio, D<sup>a</sup>. Ana renuncia a su legítima en la herencia de sus padres y asume la obligación de cuidar de su hermana hasta que alguna de las dos fallezca.

**TERCERO.** En agosto de 2017 D<sup>a</sup>. Ana realiza un viaje con su hermana a las Islas Canarias, allí conoce a D. Manuel, un joven embaucador del que se enamora. D. Manuel tiene vecindad civil canaria. En junio de 2018 D<sup>a</sup>. Ana contrae matrimonio con D. Manuel en Galicia. A partir de ese momento, D. Manuel convive en la casa familiar de Padrón con su mujer, su cuñada y sus suegros. A pesar de que D<sup>o</sup>. Manuel y D<sup>a</sup>. Ana no tienen hijos, D<sup>a</sup>. Ana tuvo una hija llamada Sara con su anterior pareja. D<sup>a</sup>. Sara reside y trabaja en el extranjero y, de forma esporádica, mantiene contacto telefónico con su madre, su tía y sus abuelos.

**CUARTO.** En enero de 2019, D<sup>a</sup>. Ana es diagnosticada de Leucemia en estado avanzado y terminal. Ante la insistencia de su marido, en su lecho de muerte y sometida a tratamiento paliativo, D<sup>a</sup>. Ana decide otorgar testamento abierto ante notario, el cual es amigo íntimo de D. Manuel. El Notario afirma a través de su juicio notarial que D<sup>a</sup>. Ana tiene capacidad para testar. En el testamento instituye como heredero universal a su marido y deshereda totalmente a su hija Sara alegando que concurre una justa causa de desheredación contemplada en el art. 853.2º CC. La justificación de D<sup>a</sup>. Ana para realizar dicha acción es la escasa relación afectiva entre ambas y que la hija se negase a darle asistencia y cuidados desde que cayó enferma.

**QUINTO.** El 17 de diciembre de 2019, D<sup>a</sup>. Ana fallece en el Hospital Clínico de Santiago de Compostela rodeada de su familia: su marido, sus padres, su hermana y su hija Sara. Esta última viajó exclusivamente a Santiago de Compostela para pasar los últimos días de su madre junto a ella. Tras el fallecimiento de D<sup>a</sup>. Ana, D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar deciden ejercitar acción para dejar sin efecto el pacto de apartamiento de su hija D<sup>a</sup>. Ana y le solicitan a D. Manuel que abandone la casa familiar. D. Manuel se niega alegando que es propietario de la casa y del negocio farmacéutico, y que en cualquier caso disfruta del usufructo legal del cónyuge superviviente. Además, D<sup>a</sup>. Sara, tras la apertura del testamento de su madre, decide ejercitar acción declarativa de nulidad de la cláusula de desheredación testamentaria, alegando asimismo la falta de capacidad de D<sup>a</sup>. Ana en el

momento de otorgar testamento debido a su estado de salud mental provocado por el tratamiento paliativo al que estaba siendo sometida.

El supuesto que es objeto de consideración en este trabajo puede resumirse en estos antecedentes de hecho. Por lo que se refiere a la estructura del trabajo, el primer epígrafe dedica a responder la cuestión de si el pacto de apartación realizado por los padres en favor de D<sup>a</sup>. Ana es válido y conforme a Derecho. En el segundo epígrafe del trabajo, partiendo de la hipótesis de que la apartación es válida, se resuelve si este contrato sucesorio afecta a la legítima de la otra hija del matrimonio, D<sup>a</sup>. Fátima. En el tercer epígrafe, se analiza si los bienes objeto de apartación forman parte de la sociedad ganancial de D. Manuel y D<sup>a</sup>. Ana o, si por el contrario, es un bien privativo de D<sup>a</sup>. Ana. En el cuarto epígrafe, partiendo de la enfermedad que sufre D<sup>a</sup>. Ana se determinará si tiene capacidad para otorgar testamento. Además, se analizará si su hija Sara concurre en alguna de las causas de desheredación. En el último epígrafe, se resolverá el interrogante de si puede concurrir el usufructo viudal con el usufructo vitalicio en los bienes que han sido objeto de apartación.

## I. PACTO DE APARTAMIENTO

### I.1 Concepto, regulación y características del pacto de apartación

En el supuesto práctico D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar, casados en régimen gananciales, tienen dos hijas: D<sup>a</sup>. Ana y D<sup>a</sup>. Fátima. Esta última perdió su capacidad natural en un accidente. Ante la preocupación de sus padres por el futuro de D<sup>a</sup>. Fátima, deciden hacer un pacto sucesorio de apartamiento en favor de D<sup>a</sup>. Ana, atribuyéndole determinados bienes, a cambio de que asuma la obligación de cuidar de su hermana hasta que alguna de las dos fallezca. En relación con este pacto de apartación, debe resolverse si es válido y conforme a derecho. Antes de dar respuesta a esta cuestión, ha de explicarse su concepto, la regulación aplicable y las características del pacto de apartamiento.

El pacto sucesorio de apartamiento aparece regulado en los art. 224 a 227 de la Sección 4<sup>a</sup>, del Capítulo III de la Ley de Derecho Civil de Galicia, titulado “De los pactos sucesorios”. Según la caracterización jurisprudencial, la apartación se define como pacto sucesorio de *non succedendo* o renunciativo que consiste en “que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes, a cambio de que éste quede excluido, desde tal momento, de su eventual condición de legitimario”<sup>1</sup>. Se trata, pues, de un pacto que implica el pago anticipado de la legítima. Los principales efectos que extraemos del art. 224 LDCG son la exclusión del apartado como legitimario de forma irrevocable en la condición de heredero forzoso a la herencia a cambio de determinados bienes o derechos. Esta renuncia también afectará al linaje de Ana. Incluso, si se pacta puede quedar también excluido del llamamiento intestado (art. 226 LDCG). Además, en el que caso de que en la sucesión concurren otros legitimarios si el apartante no lo dice expresamente habrá obligación de colacionar lo dado en la apartación (art. 227 LDCG).

Del cuerpo legal podemos extraer las siguientes notas características: es un negocio jurídico *inter vivos*, es oneroso, la apartación produce la exclusión del apartado como legitimario en la futura sucesión y tiene carácter aleatorio (art. 210 y 224 LDCG).

En primer lugar, se trata de un negocio jurídico *inter vivos* de disposición. Característica que lo diferencia de los pactos de mejora<sup>2</sup>. Es un negocio jurídico bilateral en el que se necesita el acuerdo de voluntades del apartado y apartante, no es un acuerdo unilateral del apartante. El acuerdo tiene que ser en vida de ambos. El apartante tiene que querer excluir y concretar que bienes serán objeto de la transmisión. El apartado tiene que querer ser excluido y estar de acuerdo con los bienes que se le van a dar cambio de su exclusión como legitimario<sup>3</sup>.

En segundo lugar, es un negocio jurídico oneroso. Esto significa que la prestación de una parte encuentra su razón de ser en la contraprestación de la otra. En principio parece que

<sup>1</sup> STSJ de Galicia de 24 de Septiembre de 2012 [ RJ 2012/7816].

<sup>2</sup> GUTIÉRREZ ALLER, V., *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo, Vigo, 1997, p. 91.

<sup>3</sup> LOIS PUENTE, J. M., “De la apartación”, en: CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid 2007, p.540.

es gratuito ya que es el apartado el que recibe una ventaja estrictamente patrimonial, sin embargo, sí que hay un interés en el apartante que es tener una mayor libertad de testar<sup>4</sup>.

En tercer lugar, la apartación produce la exclusión del apartado como legitimario en la futura sucesión. Pueden ser apartados los legitimarios que, según el artículo 238 de la ley gallega son los hijos y descendientes del causante y su cónyuge viudo. La apartación constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 242 LDCG, que sanciona con la nulidad toda renuncia o transacción sobre la legítima realizada antes de la apertura de la sucesión.

En cuarto lugar, el art. 224 LDCG solo menciona expresamente la exclusión de la situación de legitimario. Por lo tanto, el apartado queda excluido de los derechos que le corresponden a los legitimarios pero no a los derechos que le puedan corresponder como mero sucesor. Un ejemplo de legitimario sería un hijo del causante al que por ley le corresponde la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido (art. 243 LDCG). Con la herencia sobrante el sucesor tiene libertad de testar, si la voluntad del testador es incrementar la porción hereditaria del hijo aplicará el derecho de acrecer. Hay que resaltar que el testador puede nombrar a otra persona como heredero, y que esta persona no tiene por qué ser familiar del causante.

En quinto lugar, tiene carácter aleatorio. Un negocio es aleatorio cuando su resultado económico está sujeto a un hecho incierto. En palabras de GARCÍA RUBIO<sup>5</sup> “las partes juegan con el doble *alea* que representa la incertidumbre sobre si el renunciante llegará o no a ser efectivamente legitimario y la incertidumbre sobre si, en su caso, la cuantía de la legítima individual sería, en el momento del fallecimiento del causante-apartante, mayor o menor que lo atribuido en el negocio de apartación”. Sin embargo, hay otros autores que niegan este carácter aleatorio como por ejemplo BERMEJO PUMAR<sup>6</sup> que señala que no entiende “que sea esencialmente aleatorio, ya que en la apartación las consecuencias de los imprevistos podrían pactarse”. En este trabajo apoyamos la postura de que tiene carácter aleatorio.

La STSJ de Galicia de 24 de Septiembre de 2012 [RJ 2012/7816] confirma las características del derecho de apartación anteriormente citadas:

Estaría caracterizado por las siguientes notas: a) Requerir un acuerdo de voluntades entre personas capaces y con plenas facultades dispositivas. b) Implicar una atribución actual de bienes en pago de la legítima que, sin en ese momento se abriese la sucesión del apartante, tendría derecho a recibir el apartado. c) Tener carácter aleatorio.

<sup>4</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>., “El Apartamiento sucesorio en el Derecho Civil Gallego”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre), 2000, p.1406.

<sup>5</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>., “El Apartamiento sucesorio en el Derecho Civil Gallego”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre), 2000, pp.1406-1407.

<sup>6</sup> LOIS PUENTE, J. M., “De la apartación”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007, p.546.

## I.2 Requisitos y valoración final

La validez y eficacia del pacto de apartación requiere la concurrencia de tres tipos de elementos: el personal, el real y el formal. A continuación, se hace referencia a cada uno de ellos.

Con respecto a los elementos personales, se exige que la capacidad de disposición de los intervinientes sea plena. Una persona tiene plena capacidad de obrar cuando puede realizar todo tipo de actos jurídicos sin restricciones, es decir, que tiene la aptitud plena para ejercer derechos y obligaciones del que es titular. Generalmente está vinculado a la mayoría de edad. En este sentido, el art. 322 CC dispone que “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*”. Por consiguiente, quedarían excluidos para realizar el pacto de apartación los incapacitados y los menores de edad (art. 210 LDCG). Aplicado al supuesto práctico, tanto D<sup>a</sup>. Ana como sus padres, son mayores de edad y tienen plena capacidad de disposición.

En relación con el elemento personal, y según se afirmó más arriba es preciso que el apartado tenga la condición de potencial legitimario en el momento de la celebración del pacto de apartamiento. En el caso que nos ocupa, D<sup>a</sup>. Ana tiene la condición de legitimaria presunta en el momento de la entrega de los bienes apartados al ser la hija de D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar.

Con respecto a los elementos reales, el apartante ha de transmitir la titularidad del dominio del bien al apartado. A este respecto el art. 225 LDCG dispone que “*el apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma*”. Por tanto, la ley omite el valor que pueda tener el bien. Del silencio de la ley en cuanto al valor del bien se puede deducir que no tiene “por qué coincidir con el exacto importe de la legítima en ese momento, pero si el valor de la entrega es ridículo en comparación con el valor de la legítima supondría un fraude de ley que provocaría la nulidad de la apartación<sup>7</sup>”. Además, “la entrega de bienes tiene que ser coetánea al pacto<sup>8</sup>”. Retomando el caso práctico, D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar atribuyen a su hija Ana la casa familiar y el negocio farmacéutico reservándose ellos el usufructo vitalicio. El valor de los bienes transmitidos no es un valor irrisorio por lo que no habría fraude de ley y, por ende, tampoco hay nulidad del pacto de apartamiento. Cabe añadir, que el intercambio de bienes es simultánea al pacto.

Por último, es necesario la concurrencia del elemento formal. Para que sea válido el pacto de apartamiento se requiere que se formalice en escritura pública (art. 211 LDCG).

En definitiva, el pacto de apartación objeto de este caso práctico cumple con todas las características del art. 244 LDCG. En el momento de realizar el pacto sucesorio D<sup>a</sup>. Ana

<sup>7</sup>GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.P. y HERRERO OVIEDO, M., “Pactos sucesorios en Galicia”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>.C. y SOLÉ RESINA, J., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1352.

<sup>8</sup>GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.P. y HERRERO OVIEDO, M., “Pactos sucesorios en Galicia”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>.C. y SOLÉ RESINA, J., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1352.



tenía la la condición de legitimaria en la futura sucesión. El pacto fue un acto jurídico bilateral entre D<sup>a</sup>. Ana y sus padres, D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar, y consistió en un acuerdo de voluntades, tanto en relación con los bienes que iban a ser objeto de transmisión (casa familiar y farmacia), como en lo relativo a la exclusión de la condición de legitimaria de D<sup>a</sup> Ana y de su linaje en la futura sucesión de sus padres. Por lo demás, el pacto de apartación se realiza en vida del apartante y del apartado, ambos cuentan con capacidad de disposición. Además, también se cumplen las formalidades que requiere el acto pues se ha formalizado en escritura pública y se satisface el elemento real: el apartante cuenta con la plena titularidad del dominio en el momento en que D<sup>a</sup>. Ana recibe los bienes.

Es cierto que, en el supuesto planteado, D<sup>a</sup>. Ana premuere a D<sup>a</sup>. Pilar y D. Pepe. Esta circunstancia podría hacer surgir la duda de si, en caso de premoriencia del apartado pudiese devenir ineficaz el pacto sucesorio; y ello porque, de este modo, D<sup>a</sup>. Ana nunca llegará a adquirir la condición de legitimaria en relación con sus padres. La ley no se pronuncia expresamente sobre este supuesto pero el art. 224 LDCG señala expresamente que el apartado “*queda excluido de modo irrevocable*” de la sucesión del apartante. En mi opinión, de aquí se deduce que el pacto de apartamiento sigue produciendo efectos y, por ende, creo que el pacto de apartamiento realizado por D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar en favor de D<sup>a</sup>. Ana es válido y conforme a derecho.

## II. PACTO DE APARTACIÓN Y LA LEGÍTIMA

### II.1 El derecho a la legítima en Galicia

Antes de cualquier otra cosa, es preciso hacer una advertencia previa en relación con la ley aplicable al caso. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, por ende, se seguirá la ley gallega ya que es la que le corresponde a D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar (art. 9.8 CC, art. 16.1 CC, art. 4.1 LDCG). En el caso que nos ocupa, D<sup>a</sup>. Ana, quién realizó el pacto sucesorio de apartación con D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar, premuere a sus padres. Antes de su fallecimiento otorgó un nuevo testamento ante notario en el que instituyó como heredero universal a su marido D. Manuel. El problema surge al plantearse si los bienes concretos entregados a D<sup>a</sup>. Ana en el pacto sucesorio de apartación pueden afectar a la legítima de su hermana D<sup>a</sup>. Fátima. Para dar respuesta a esta cuestión, ha de explicarse los términos generales de la legítima en relación con el derecho de apartación.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia posee una regulación del sistema legitimario propio y completo (arts. 238 a 266), sin remisiones genéricas al CC, como sí lo hacía, en cambio la derogada Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia<sup>9</sup>. Antes de continuar con el análisis de esta figura, conviene destacar las cuatro novedades relevantes de la actual ley: se elimina la legítima de los ascendientes, se reduce la legítima de descendientes y cónyuge viudo, desaparece el concepto de mejora y, por último, la naturaleza de la legítima se configura como *pars valoris*<sup>10</sup>.

El art. 240 LDCG dispone que “*los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley*”. Este artículo, que introduce un concepto general de la legítima, delimita los cuatro caracteres de la legítima: En primer lugar, es un derecho recibido de carácter sucesorio que proviene del causante respecto de la cual se establece una única condición: la atribución patrimonial recibida del causante debe ser a título gratuito, permitiendo al legitimario obtener una ventaja o enriquecimiento<sup>11</sup>. Además, esa atribución puede realizarse por cualquier título, como herencia, legado o donación. Y, por último, la atribución realizada en pago de la legítima debe observar la forma y medida establecidas en la Ley.

En la ley gallega, la legítima consiste en la cuarta parte del haber hereditario, que habrá de repartirse por partes iguales entre los hijos o sus respectivos linajes (artículo 243 LDCG). El resto de la herencia –tres cuartas partes– son de libre disposición para el causante. Para responder a la cuestión planteada es preciso determinar si el valor de los

<sup>9</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, en Á.L. REBOLLEDO (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1015-1079.

<sup>10</sup> Significa que la legítima es un mero derecho de crédito frente a la herencia. Véase: ESPINOSA DE SOTO, J. L., “De las legítimas”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. II, Colegio Notarial de Galicia, Madrid, 2007, p. 672.

<sup>11</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, en Á.L. REBOLLEDO (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.1025.

bienes dados en apartación cabe en esa porción de libre disposición o, si por el contrario, invade la cuota de legítima que corresponde a D<sup>a</sup>. Fátima.

## II. 2 La apartación y las legítimas

### II.2. A) Los efectos de la apartación en la sucesión

La principal consecuencia de aceptar el pacto sucesorio de apartación es la renuncia irrevocable por parte del apartado a la condición de legitimario. Sin embargo, la apartación no excluye al apartado definitivamente de la sucesión pues nada impide que, en el futuro, reciba un llamamiento a la herencia en relación con la cual ha sido apartado. Hay dos posibilidades de que sea llamado a la herencia: la primera, que el causante disponga en su testamento de parte de su herencia en favor del apartado; la segunda, que el apartado sea llamado por la ley a suceder al causante. Por lo tanto, el apartado pierde su derecho a la legítima pero ello no excluye la posibilidad de que reciba un llamamiento a la herencia, testamentario o legal. Cuando el apartado es llamado a la herencia hay que tener presente, por un lado, que la ley gallega actual recoge que los apartados, junto con los demás descendientes del causante, hacen número para el cálculo de las legítimas (art.239 LDCG), de manera que se calcula la cuota que correspondería al sujeto de no haber sido apartado<sup>12</sup>; por otro lado, si el apartante no autoriza expresamente la colación al tiempo de celebrar la apartación, rige lo dispuesto en el artículo 227 LDCG que dispone que *“lo dado en apartación habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran en la sucesión con otros legitimarios”*. La exigencia de traer a colación los bienes recibidos en apartación es una medida previsora contra la posibilidad de que la apartación defraude las expectativas sucesorias de los herederos que nada recibieron en vida del causante. La colación no se regula expresamente en la ley gallega, por lo que se aplica supletoriamente el código Civil. Esta figura de la colación se encuentra regulada en los art. 1035 a 1050 del CC. La colación se define como la obligación de aportar simbólicamente a la masa hereditaria el valor de lo que le dio el causante en vida, de manera que el donatario tome de menos en la masa hereditaria tanto como hubiera recibido en vida del causante.

En conclusión, como la apartación no contiene dispensa expresa, D<sup>a</sup>. Ana tiene la obligación de colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes objeto de apartación: la farmacia y la casa familiar. Además, ese mismo valor habrá de computarse en el cálculo de las legítimas para comprobar si la apartación pudo lesionar el derecho de la otra legitimaria. En el siguiente sub- epígrafe se explicará cómo debe realizarse el cálculo y cómputo de la legítima y se dará respuesta al interrogante de si la legítima de D<sup>a</sup>. Fátima ha sido perjudicada.

### II.2. B) La apartación en el cálculo de la legítima

La cuantía de la legítima global de los descendientes en Galicia, regulada en el art. 243 LDCG, se corresponde con la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido. Cuando

<sup>12</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.P. y HERRERO OVIEDO, M., “Pactos sucesorios en Galicia”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>.C. y SOLÉ RESINA, J., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p.1357.

se divide la legítima global en partes iguales entre el número total de hijos o sus linajes obtenemos la legítima individual. Las otras tres cuartas partes sobrantes son de libre disposición del testador. A pesar de no existir en la ley gallega la mejora, el testador no queda privado de la facultad de desigualar a sus hijos.

Así pues, para calcular la legítima es imprescindible conocer el valor del haber hereditario. Para computar ese valor tiene que tomarse en consideración lo dispuesto en el art. 244 LDCG. En apartado 2 del art. 244 LDCG establece que “*se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso*”. De este artículo se deduce que el haber hereditario está compuesto por dos partidas: una, el caudal relicto, valor que resulta de restar el valor de las deudas al de los bienes hereditarios; y otro, el valor de las donaciones realizadas en vida por el causante. Obteniendo ese valor general [activo menos pasivo más donaciones], todavía es preciso aplicar el divisor de un cuarto en que consiste la legítima global; y luego, dividirlo, entre el número de hijos para lograr la legítima individual. El derecho de apartación condiciona el cálculo de la legítima ya que, por un lado, los bienes atribuidos en apartación se computan como si fuese una donación y, por el otro, que el apartado se cuenta como uno más de los hijos en el momento de dividir la legítima global.

Por otro lado, el valor de los bienes dados en apartación tiene que ser computados para el cálculo de las legítimas. El valor que se tiene en cuenta para computar la apartación es el valor del bien al tiempo de celebrarse el pacto pero actualizado en el tiempo al momento de calcularse la legítima (artículo 244.2ª LDCG). Así pues, se computa el bien según el estado que presentase al tiempo de celebrarse la apartación y no son objeto de computación las mejoras o deterioros que hayan sufrido esos bienes<sup>13</sup>.

## II. 3 Conclusiones en relación con el supuesto planteado.

D<sup>a</sup>. Ana, hermana de D<sup>a</sup>. Fátima, recibió del pacto sucesorio de apartamiento con sus padres: la casa familiar y la farmacia. El objetivo principal es resolver si la legítima de D<sup>a</sup>. Fátima ha sido perjudicada por ese pacto de apartación. De acuerdo con los datos que se pueden extraer del supuesto práctico se calculará la legítima siguiendo las operaciones que se han descrito en los epígrafes anteriores.

Como se dijo anteriormente, la apartación incide en el cálculo de la legítima en dos aspectos: el primero es que lo dado en el pacto sucesorio de apartación se computa como si se tratase de una donación; el segundo es que el apartado concurre con los demás hijos para dividir la legítima global. D<sup>a</sup>. Ana tiene que traer a la masa hereditaria los bienes que ha recibido del pacto sucesorio de apartamiento: la farmacia y la vivienda familiar. La farmacia está valorada actualmente en 200.000€, mientras que, la casa familiar tiene un valor de 370.000€. Estos bienes, que son considerados en el cómputo legitimario como una donación deben sumarse al valor de los bienes relictos que asciende a 1.040.000 euros [piso en Santiago de Compostela con valor de 120.000€; varias fincas situadas en distintas

<sup>13</sup> LOIS PUENTE, J. M., “De la apartación”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, op. cit., pp. 565 a 567.

parcelas de Padrón cuyo valor conjunto es de 150.000€; nave industrial en Pontecesures con valor de 140.000€ y tres coches cuyo valor conjunto es de 60.000€]. Esta masa es el haber hereditario líquido, que, según se anticipó, debe dividirse entre la cuarta parte (Art.244 LDCG). De esta operación se obtiene la legítima global, que ha de ser objeto de una nueva división entre el número de hijos teniendo en cuenta que, aunque Ana ha sido apartada y no tiene condición de legítima, el art. 239 LDCG establece que hace número con el resto de legitimarios. El resultado obtenido es la cantidad que el causante está obligado a dejar a sus descendientes en cumplimiento de las legítimas.

Finalmente, para determinar si se ha infringido la legítima de D<sup>a</sup>. Fátima, es necesario contrastar el valor de los bienes que el causante le ha atribuido con el valor de su legítima individual: si el valor de lo atribuido supera al de la legítima individual, D<sup>a</sup>. Fátima nada podrá reclamar en concepto de legítima; pero si el valor de lo atribuido fuese inferior al de su legítima individual, esta resultaría lesionada. Las disposiciones que vulneran la legítima también se llaman inoficiosas. En el supuesto de que la legítima de D<sup>a</sup>. Fátima fuese vulnerada, ello no acarrearía la invalidez del testamento pero D<sup>a</sup>. Fátima tendría a su disposición una serie de acciones que tutelan la legítima. Estas acciones de tutela de la legítima son de cinco tipos: medidas de tutela preventiva de su derecho de crédito legítimo, acciones de protección de la legítima, acción de reclamación de legítima, acción de complemento de legítima y acción de reducción de legados y de donaciones inoficiosas<sup>14</sup>. En este caso, de resultar lesionada la legítima de D<sup>a</sup>. Fátima, esta podría acudir a la acción de reducción de legados y de donaciones inoficiosas, que constituye el remedio cuando los bienes del caudal relicto no alcanzan para el pago de las legítimas. El plazo de prescripción de esta acción es de quince años contados desde la muerte del causante (art. 252 LDCG).

<sup>14</sup> BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., “Pacto de apartación”, en BUSTO LAGO, J. M (coord.): *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 457 a 459.

### III. VECINDAD CIVIL Y RÉGIMEN ECONÓMICO GANANCIAL

#### III.1 Vecindad civil de los cónyuges

D. Pepe y D<sup>a</sup>. Pilar, casados en régimen de gananciales, realizaron un pacto sucesorio de apartación con su hija D<sup>a</sup>. Ana. Los bienes objeto de la apartación fueron la casa familiar y la farmacia. Hay que recordar que uno de los efectos que tiene la apartación es la transmisión de la titularidad de los bienes. A lo largo del apartado se resolverá si los bienes de apartación tienen carácter privativo o si entran a formar parte de la sociedad de gananciales de D. Manuel y D<sup>a</sup>. Ana.

En primer lugar, hay que determinar la vecindad civil de los cónyuges para saber cuál es el régimen jurídico aplicable. La ley gallega no regula la vecindad civil de forma exhaustiva por lo que se acudiría supletoriamente al Código Civil. Para ello, hay que traer a colación tres artículos: El primero es el art.14.1 CC que dispone que *“la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*. En otras palabras, es vital saber cuál es tu vecindad civil ya que dependiendo de eso se aplicará una legislación diferente. Esta misma línea es la adoptada por el art. 4.1 LDCG que establece que *“la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común”*. El tercer artículo es el 9.1 CC que dispone: *“la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*.

La vecindad civil (arts. 14 a 16 CC) se define como la condición de la persona que fija la legislación civil aplicable. En nuestro ordenamiento jurídico cohabitan, por un lado, el derecho civil común y, por el otro, los derechos forales o especiales: rigen en territorios de Baleares, Cataluña, País Vasco, Aragón, , Galicia y Navarra.

Hay tres modos de adquirir la vecindad civil (art.14.5 CC): filiación y nacimiento, opción y residencia. Por motivos de extensión me ceñiré a las que se aplican al caso concreto. La vecindad civil de D<sup>a</sup>. Ana no plantea dudas, tiene la vecindad civil gallega por filiación y nacimiento, por consiguiente, la ley aplicable es el derecho civil de Galicia. D. Manuel sigue manteniendo la vecindad civil canaria que obtuvo por nacimiento y filiación, por ende, la ley aplicable es el derecho civil común. A pesar de que D. Manuel haya decidido no cambiar su vecindad civil quiero destacar que la ley le ofrece dos cauces para obtener la vecindad civil gallega: La primera posibilidad es mediante la residencia habitual continuada. Desde que contrajo matrimonio con D<sup>a</sup>. Ana hasta la actualidad han pasado dos años en los cuáles han vivido de forma continuada en la casa familiar de Padrón. El art.15.4 CC exige que D. Manuel solicite el cambio de vecindad civil y que lo inscriba en el Registro Civil para que produzca efectos. La segunda posibilidad es por opción, el art.14.4 CC, faculta a los cónyuges a solicitar la vecindad civil del otro cónyuge siempre que no estén separados legalmente o de hecho. Por tanto, el matrimonio no altera la vecindad civil de los cónyuges. Se exige que D. Manuel pida el cambio de vecindad y que lo inscriba en el Registro Civil.

No obstante, el hecho de que ambos cónyuges tengan vecindades diferentes no plantea ningún problema en este supuesto práctico ya que el derecho civil gallego en materia de

vecindad se remite al Código Civil, por lo tanto, se aplicará el derecho civil común en ambos cónyuges.

### III.2 Régimen económico ganancial

#### III.2. A) Régimen económico ganancial: concepto y regulación

El Código civil regula tres tipos de regímenes económicos matrimoniales que son: el régimen de separación de bienes (art.1435-1444 CC), el régimen de participación (art.1411-1434 CC) y el régimen de la sociedad de gananciales (art.1344-1410 CC). Este último, será el único que va a ser objeto de estudio en este trabajo ya que es el adoptado por D. Manuel y D<sup>a</sup>. Ana. Antes de analizar si los bienes objeto de apartación forman parte de la sociedad ganancial de D. Manuel y D<sup>a</sup>. Ana, se explicará las particularidades del régimen económico ganancial.

El régimen económico matrimonial será *“el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales”* (art.171 LDCG). La ley gallega no regula la sociedad de gananciales por lo que se aplica supletoriamente el Código Civil, sin embargo, esto no es un problema porque el art.171 LDCG antes citado coincide con el contenido de los artículos 1315 y 1316 CC. De la dicción literal del precepto mencionado se aplicará el régimen de la sociedad ganancial en aquellos casos en los que el matrimonio no establezca capitulaciones matrimoniales. En el caso que nos atañe D. Manuel y D<sup>a</sup>. Ana no han hecho capitulaciones matrimoniales por lo que se aplicará el régimen de la sociedad ganancial. El art. 1345 CC indica el nacimiento de la sociedad ganancial *“empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones”*.

Las sociedad de gananciales está formada por tres masas patrimoniales: por un lado, la masa ganancial formada por bienes que pertenecen a ambos cónyuges; por el otro lado, las dos masas privativas que corresponden a cada uno de los cónyuges. Es importante distinguir cuando es una masa ganancial de una masa privativa porque en las masas privativas las deudas recaen sobre el titular y, en cambio, en las masas gananciales las deudas o cargas son asumidas por los dos cónyuges. Sin embargo en la práctica esta distinción no siempre es tan sencilla por lo que en caso de duda aplicaremos el art. 1361 CC: *“se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”*. En el siguiente epígrafe se va a explicar que bienes son considerados privativos y cuáles son considerados gananciales.

#### III.2 B) Clasificación de los bienes: bienes privativos y bienes gananciales

Los bienes de naturaleza privativos son los que pertenecen a cada uno de los cónyuges. Los bienes pueden, o bien ser adquiridos por uno de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio o bien por ser adquiridos en vigencia de la sociedad ganancial por uno de los cónyuges a título lucrativo, por donación o herencia. Se encuentran enumerados en el art.1346 CC:

En primer lugar, los bienes y derechos que pertenezcan a uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de régimen gananciales (art.1346,1º CC). En segundo lugar, los bienes adquiridos a título gratuito después de haber formado la sociedad (art.1346,2º CC). También se incluyen aquellos bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante la “vigencia de la comunidad a título gratuito: donación, legado o herencia<sup>15</sup>”. En tercer lugar, los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (art.1346,3º CC). En cuarto lugar, los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges art.1346,4º CC). En quinto lugar, los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos* (art.1346,5º CC). Son aquellos bienes o derechos personalísimos en los que no cabe su transmisión. Como por ejemplo, la propiedad intelectual entendida como derecho moral del autor. Sería ganancial los rendimientos producidos con su explotación<sup>16</sup>. En sexto lugar, “*el resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos*” (art.1346,6º). Se refiere a las indemnizaciones que le corresponde a uno de los cónyuges en reparación de un daño ilícito contra su persona como por ejemplo daños físicos o morales<sup>17</sup>. En séptimo lugar, “*las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor*”. Tienen carácter privativo aunque se haya usado bienes gananciales. Deben reunir dos requisitos, por un lado, que sean ropas y objetos de uso personal de uno de los cónyuges y, por el otro, que no tenga un valor extraordinario. En octavo lugar, “*los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común*” (Art. 1346.8º). Se entiende por instrumentos necesarios aquellos que son imprescindibles para desarrollar el ejercicio de la profesión u oficio. Además, se requiere que la explotación no sea común porque si lo fuese perdería su carácter privativo.

Los bienes de naturaleza ganancial o comunes son los que integran el patrimonio común de ambos cónyuges. Se encuentran enumerados en el art. 1347 CC que serán objeto de análisis a continuación:

En primer lugar, “*los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges*” (art. 1347,1º CC). Esto significa que se computarán como bienes gananciales aquellos que con el esfuerzo de uno o de ambos cónyuges en el trabajo o en la industria. El término trabajo hace alusión a cualquier actividad humana que genere beneficios económicos como por ejemplo, un trabajo manual o intelectual, el ejercicio de una

<sup>15</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 182-183.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p.181.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p.182.



profesión,etc<sup>18</sup>. Por el contrario, el término industria comprende aquellos no subsumibles en el término de trabajo como por ejemplo, la usucapion, la ocupación,etc<sup>19</sup>.

En segundo lugar, “*los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*” (art. 1347,2º CC). Los bienes privativos o gananciales que produzcan beneficios derivados de los frutos,rentas o intereses serán computados como bienes gananciales.

En tercer lugar, los bienes “*adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*” (art. 1347,3º CC). Es decir, aquellos bienes en los que se usa dinero ganancial para adquirirlos, ya sea para ser usado por un cónyuge o para los dos cónyuges.

En cuarto lugar, “*los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho*”. Son aquellos casos en los que uno de los cónyuges usa su dinero privativo pero lo que adquiere es un bien ganancial, creándose un derecho de retracto en la que la comunidad será deudora del cónyuge que pago el bien.

En quinto lugar, “*las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354*” (art. 1347,5º). Se plantean dos casos, por un lado, la fundación de una empresa por uno de los cónyuges que utiliza bienes comunes y, por el otro, la creación de un establecimiento mercantil por uno de los cónyuges que combina la utilización de su dinero privativo con los bienes comunes. En ambos casos se consideran bienes gananciales.

Además de los mencionados en el art.1346 CC y 1347 CC, se regulan otros supuestos en el código civil. Tienen la condición de bienes gananciales: los bienes donados o dejados en testamento conjuntamente a los cónyuges (art.1353 CC), las mejoras realizadas en los bienes gananciales (art.1359 CC) y los incrementos patrimoniales de empresas gananciales (art.1358 CC)<sup>20</sup>; por otro lado, se consideran bienes privativos: las cantidades o créditos privativos de uno de los cónyuges (art. 1348 CC), los derechos de usufructo o pensión pertenecientes a uno de los cónyuges (art.1349 CC), la adquisición de acciones u otros títulos o participaciones sociales (art.1352 CC), las mejoras realizadas en bienes

<sup>18</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p.185.

<sup>19</sup>GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p.185.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p.188.

privativos (art. 1359.1º CC) y los incrementos patrimoniales de las empresas privativas (art.1359 CC)<sup>21</sup>.

Finalmente, el derecho de apartación realizado entre D<sup>a</sup>. Ana y sus padres fue efectuado antes de contraer matrimonio con D. Manuel por lo que en virtud del art. 1346,1º CC se establece que los bienes y derechos que pertenezcan a uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de régimen gananciales se considerarán bienes privativos. Ahora bien, una vez contraído el matrimonio los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes privativos se computaran como bienes gananciales, es decir, que las ganancias obtenidas por D<sup>a</sup>. Ana en la farmacia serán considerados como bienes gananciales (art.1347,2º CC).

<sup>21</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp.183-184.

## IV. CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO Y DESHEREDACIÓN

### IV.1 Capacidad para testar: Concepto, regulación y notas

En este epígrafe debe analizarse si D<sup>a</sup>. Ana disponía de capacidad para testar dado que, cuando otorgó testamento, padecía Leucemia en estado avanzado y terminal. Para ello se explicará qué es la capacidad de testar, cuestión controvertida respecto de la que existen diversas opiniones en la doctrina jurídica española. Por motivos de extensión me centraré en las opiniones de la doctrina mayoritaria y de la doctrina jurisprudencial.

La capacidad para testar no se regula expresamente en la Ley de derecho civil de Galicia por lo que se debe aplicar supletoriamente la regulación del Código Civil. A este respecto, el art. 662 CC dispone que “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*”; a su vez, el art. 663 CC enumera quiénes están incapacitados para testar: “*los menores de catorce años de uno y otro sexo*” y “*el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”. En definitiva, existe una incapacidad derivada de la edad y otra derivada de la enajenación mental. El primer apartado (art.663.1 CC) indica que la edad mínima para testar es de catorce años salvo en el testamento ológrafo, que cuenta con una regulación especial. Para el caso que nos atañe, ha de considerarse el segundo apartado (art. 663.2 CC) que se explica a continuación con más detalle.

Se trata de hacer una glosa de la segunda de las incapacidades para testar mencionadas: “*el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*” (artículo 663.2 CC). De entrada, de este precepto legal se desprende que esta incapacidad para testar requiere que ese estado de falta de “*cabal juicio*” sea “*habitual o accidentalmente*”. Una persona está incapacitada accidentalmente cuando su capacidad de obrar se ve anulada transitoriamente; sería el caso, por ejemplo, de una persona que otorga testamento en estado de embriaguez. El estado de incapacidad habitual comprende, en cambio, las enfermedades mentales graves que requieren de tratamiento médico continuado, como por ejemplo la esquizofrenia. No es requisito imprescindible estar loco o demente (art.1263.2 CC) para estar inmerso en esta incapacidad. En palabras de algún autor: “*bastará, para que el sujeto no pueda testar, que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio*”<sup>22</sup>. En definitiva, se requiere no estar en razonables condiciones de entender o querer pero sin que resulte imprescindible tener una enfermedad mental para incurrir en esta incapacidad.

Se exige, además, que el testador no se halle en “*su cabal juicio*”. La doctrina de forma unánime señala que la presencia de este estado de falta de “*cabal juicio*” requiere la concurrencia de afectación de al menos uno de estos dos elementos: del cognitivo o del volitivo<sup>23</sup>. El primer elemento, hace referencia a la capacidad de conocer el significado y el alcance del acto de testar. El segundo elemento se refiere a la capacidad de querer verdaderamente las disposiciones testamentarias que se otorgan. Por tanto, una persona

<sup>22</sup> ROMERO COLOMA, A. M., “La capacidad para testar y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 2012, p.2.

<sup>23</sup> LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *El testamento mancomunado en la ley de derecho civil de Galicia* (tesis doctoral), Universidade da Coruña, 2003. p.86.

tiene cabal juicio cuando tiene la aptitud para entender y querer el acto de disponer sus últimas voluntades.

Respecto de la capacidad para otorgar testamento es necesario mencionar que existe una presunción en favor de esta capacidad, que como en los testamentos notariales el notario efectúa un juicio de capacidad y que existe una excepción que permite otorgar testamento a quien habitualmente no se halle en su cabal juicio.

En primer lugar, salvo prueba en contrario se presume que el testador está en su cabal juicio, es decir, rige una presunción *iuris tantum* favorable a la capacidad de testar. De acuerdo con el artículo 666 CC, para apreciar la capacidad del causante se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento y por eso, según el art. 664 CC, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido. Además, la jurisprudencia alude en esta materia al principio de *favor testamenti*: en caso de que se dude sobre la capacidad del testador se considerará que lo dispuesto en el testamento es válido<sup>24</sup>.

En segundo lugar, como medida precautoria, el artículo 685 CC ordena que en los testamentos públicos el Notario se asegure de que el causante tiene la capacidad necesaria para testar. El Notario se asegurará de la capacidad del testador haciendo un juicio de capacidad al causante. El juicio de capacidad viene regulado en los artículos 167 y 156.8 del Reglamento Notarial<sup>25</sup>. Se podría definir como un juicio de valor que hace el notario para apreciar el grado de capacidad del testador dando fe de ello. Es una valoración subjetiva en la que no se le exige al Notario una comprobación rigurosa. La ley no establece un protocolo de actuación que deba seguir el Notario. El juicio notarial encierra también una presunción *iuris tantum* pues la jurisprudencia afirma que no tiene carácter vinculante y que puede ser revisado por el juez<sup>26</sup>.

En tercer lugar, la ley recoge una excepción a la prohibición de hacer testamento a quien no se halle en su cabal juicio. Se encuentra regulado en el art. 665 CC: “*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*”. Este artículo ofrece un cauce para realizar testamento a aquellas personas que, aun estando incapacitadas para otorgar testamento, se hallasen en un intervalo de lucidez<sup>27</sup>. Así mismo, la norma transcrita indica que, en estos casos, la participación de los facultativos es necesaria. La expresión “*intervalo lúcido*” parece que resulta el

<sup>24</sup> Veáse STS de 10 de septiembre de 2015 [ RJ 2015\5628], que explica este principio al declarar que “debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada”.

<sup>25</sup> Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

<sup>26</sup> Veáse SAP de 15 de marzo de 2013 [AC 2013\1199], que señala: “el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios... no conforma una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*...”

<sup>27</sup> En esta misma línea, la ley gallega establece como regla general que los testigos instrumentales no son necesarios. Sin embargo, el art. 184 LDCG recoge dos excepciones: que el testador o el notario lo soliciten y que el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir.

concepto clave. Es un término difícil de concretar ya que en él se incorporan conceptos jurídicos y médicos<sup>28</sup>.

En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial<sup>29</sup> mantiene que la incapacidad mental para testar ha de ser grave<sup>30</sup>. No se consideran incapaces para testar a las siguientes personas: la persona de edad avanzada; la persona que padezca problemas físicos graves que no afecten a su estado mental o raciocinio; el otorgante que sufra alguna enfermedad neurasténica y tenga cabal juicio acreditado por el Notario y los testigos. No se priva de la potestad de testar a los dementes si se encuentran en un intervalo lúcido en el momento de otorgar testamento<sup>31</sup>.

Respecto a las consecuencias de la falta de capacidad del testador, el testamento otorgado por persona incapaz deviene nulo. La carga de la prueba de ausencia o falta de capacidad del causante en el momento de realizar el testamento le compete a quien pide la declaración de nulidad. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo mantiene reiteradamente que las pruebas han de ser “inequívocas, concluyentes y completas”<sup>32</sup> y que “la incapacidad o afección mental ha de ser grave [...] no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas<sup>33</sup>”. En orden a demostrar la falta de capacidad del testador, se admite cualquier tipo de prueba siendo la más relevante “la prueba pericial de los dictámenes de facultativos que acrediten enfermedad física o psíquica que prive al paciente del cabal juicio para disponer de sus bienes<sup>34</sup>”.

#### IV.1.1. Conclusiones del caso práctico

Volviendo al caso que nos ocupa, D<sup>a</sup>. Ana otorga testamento abierto ante el notario D. Joaquín, amigo íntimo de D. Manuel, instituyendo a su marido como heredero universal. Hay que determinar si D<sup>a</sup>. Ana tiene o no capacidad para testar.

Como se dijo anteriormente, la incapacidad derivada de la enajenación mental requiere que el estado de incapacidad mental sea habitual o accidental y que la persona afectada no se halle en su cabal juicio. Además, el art. 665 CC establece una excepción, que se halle en un intervalo de lucidez: aun cuando careciese de capacidad habitualmente, ese intervalo le permitiría otorgar testamento. La capacidad para otorgar testamento más el juicio notarial se presumen salvo prueba en contrario. Esta presunción *iuris tantum* es muy difícil de contradecir ya que se requiere que las pruebas en contra de la capacidad para testar sean “inequívocas, concluyentes y completas” y que la incapacidad o afección mental sea “grave”. Por otro lado, también rige el principio de *favor testamenti* en los que

<sup>28</sup> ROMERO COLOMA, A. M., “Intervalos lúcidos y testamento”. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 55/2012, p.2.

<sup>29</sup> ROMERO COLOMA, A. M., “La capacidad para testar y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 2012, p.12.

<sup>30</sup> ROMERO COLOMA, A. M., “La capacidad para testar y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 2012, p.12.

<sup>31</sup> ROMERO COLOMA, A. M., “La capacidad para testar y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 2012, p.10.

<sup>32</sup> STS de 26 de abril de 2008 [ RJ 2008/2680].

<sup>33</sup> STS de 30 de mayo de 2011 [ RJ 2011\4884].

<sup>34</sup> RODRIGUEZ GUITIAN, A. M., “Comentario al art.662 del Código Civil”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y otros (dir.), *Código Civil comentando*, Volumen II, Civitas, 2016, p.5.

se tendrá por válido el testamento si hubiese dudas sobre la capacidad del testador. De acuerdo con los datos que nos ofrece el caso práctico se comentará los posibles hechos que pueden incidir en la capacidad de obrar y, por consiguiente, afectar a la validez del testamento.

En el momento en que D<sup>a</sup>.Ana otorgó testamento se encontraba sometida a “tratamientos paliativos en su lecho de muerte”. Los tratamientos paliativos se definen como:

*“Conjunto coordinado de intervenciones del ámbito de la salud dirigido desde un enfoque integral a mejorar la calidad de vida de las personas enfermas y sus familias. Mediante los cuidados paliativos se afrontan los problemas derivados de una enfermedad o situación incurable e irreversible, por medio de la prevención y del alivio del sufrimiento mediante la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos, psicosociales y espirituales”<sup>35</sup>.*

En conclusión, considero que no existen motivos para pensar que D<sup>a</sup>. Ana se encuentre incapacitada por dos motivos. El primer motivo es que los tratamientos paliativos de D<sup>a</sup>. Ana se usan para los dolores físicos, psicosociales y espirituales que son englobados dentro de las enfermedades neurasténicas<sup>36</sup>. El segundo motivo es que la leucemia no es una enfermedad mental y, por ello, esta enfermedad no priva de la capacidad de entender y querer testar. Estos argumentos son confirmados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de 14 de septiembre de 2012 [ RJ 2012/363782] en la que el testador padecía de leucemia promielocítica: esta resolución expone que el testador sufría una enfermedad no mental y que, a pesar de que estuviese muy enfermo, era consciente y podía comunicar y expresar su voluntad. En definitiva, D<sup>a</sup>. Ana tiene capacidad para testar y, por tanto, no es necesario plantearse la posibilidad de que se encuentre en un intervalo de lucidez.

En otro orden de cosas, es necesario tener en cuenta el carácter embaucador de D. Manuel y su insistencia en que D<sup>a</sup>. Ana otorgase testamento. Las circunstancias en las que se encontraba D<sup>a</sup>. Ana –sufría una enfermedad terminal en estado avanzado– la situaron en una posición vulnerable.

La capacidad para testar y la voluntad testamentaria son figuras diferentes. La voluntad para testar exige, por un lado, ser libre y consciente y, por el otro, tener el *animus testanti*: la voluntad testamentaria de disponer. Cuando no se dan estos requisitos se producen los vicios del consentimiento, normalmente serán dolo o intimidación<sup>37</sup>. No se dan los suficientes datos para analizar si concurre algún vicio del consentimiento, pero dependiendo del caso concreto puede dar lugar a anulabilidad o nulidad del acto jurídico testamentario.

<sup>35</sup> La ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.

<sup>36</sup> Son trastornos caracterizados por la presencia de un profundo agotamiento y debilidad físico o mental que se produce ante el mínimo esfuerzo.

<sup>37</sup> ROMERO COLOMA, A. M., “La capacidad para testar y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 2012, p.5.

## IV.2 Desheredación

### V.2.1 Concepto, características, régimen jurídico aplicable

En este enunciado debe analizarse si las causas recogidas en el testamento de D<sup>a</sup> Ana son justas o, por el contrario, son injustas. Para ello se explicará la desheredación, las causas que deben concurrir para que sea una desheredación justa y la interpretación que ha hecho la doctrina jurisprudencial del art. 853.2 CC a lo largo de los años.

Es de aplicación la LDCG que, tanto en desheredación como en legítimas, tiene una regulación singular y diferente a la del Código Civil. Puntualmente se aplicará supletoriamente el Código Civil.

La desheredación es una figura testamentaria en la que el testador priva a un legitimario de su derecho a recibir la legítima por causas tasadas en la ley (art. 262.1 LDCG). El segundo apartado del art. 262.2 LDCG recoge los requisitos de la desheredación justa: obligación de hacerse en testamento, el testador debe indicar la causa legal en la que funda su decisión e indicar el legitimario al que se le va aplicar. En caso de que sean varios se precisará uno por uno la causa legal en la que incurrir. Si no se cumple alguno de los requisitos formales anteriormente mencionados, la desheredación no será justa y, por tanto, quedará ineficaz<sup>38</sup>.

En cuanto a los efectos de la desheredación justa se producen las siguientes consecuencias<sup>39</sup>: En primer lugar, si el deheredado tiene hijos o descendientes, éstos pasarán a ser legitimarios directos en virtud del art. 238 LDCG. Si el testador no prevé esta situación ni les dá ninguna atribución en pago de su legítima a los descendientes estamos ante un caso de preterición. En segundo lugar, si el deheredado no tiene hijos su legítima se extingue. No cabe la posibilidad de que esta parte de la legítima aumenten la de las demás personas que concurren.

### V.2.2 Las causas de desheredación

Para que produzca efectos la desheredación, la causa en que se fundamente debe estar contemplada en la ley; por tanto, ha de tratarse de alguna de las causas enumeradas en el art. 263 LDCG, caracterizado por contener una lista *numerus clausus*. De acuerdo con el artículo citado, son justas causas para desheredar a cualquier legitimario: negar alimentos al causante, haberlo maltratado o injuriado gravemente, incumplir de forma grave y reiterada los deberes conyugales en relación con el causante o incurrir en alguna de las causas de indignidad previstas en el artículo 756 CC.

Por lo que se refiere a la primera de las causas de desheredación mencionadas, la negativa a prestar alimentos a la persona testadora tiene que ser ilegítima o sin motivos. No es

<sup>38</sup> ESPINOSA DE SOTO, J. L., “De la preterición y el desheredamiento”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007, p.820.

<sup>39</sup> ESPINOSA DE SOTO, J. L., “De la preterición y el desheredamiento”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007, p.821.

necesario que la reclamación de alimentos por parte del testador sea judicial pero sí que debe de haber una negativa demostrada. En el Código Civil el deber de alimentos se regula en el art.142, englobando lo “*indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*”.

Por lo que se refiere a la segunda de las causas de desheredación, se necesita haber maltratado de obra o injuriado gravemente al causante. En la LDCG las injurias alcanzan un grado más amplio que en el CC ya que no se especifica que tengan que ser solo “de palabra” pudiéndose aceptar otros medios. No se exige que haya una condena penal para acreditar esta causa de desheredación, será el Juez el que decida si hay maltrato o injuria. El maltrato y la injuria han de ser graves. Además, deberán ser conductas habituales o, en el caso de ser ocasional deberá haber alcanzado un grado de perjuicio considerable.<sup>40</sup>

Por lo que se refiere a la tercer causa de desheredación, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales se aplica cuando el cónyuge o pareja de hecho es a su vez legitimario. Se exige que el incumplimiento sea de forma grave o reiterada en los deberes conyugales, el encargado de apreciarlo será el juez de jurisdicción civil. Los deberes conyugales se encuentran enumerados en los artículos 67 y 68 CC: deben respetarse, ayudarse y actuar en interés de la familia; están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente; deben compartir las responsabilidades domésticas, el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

Por lo que se refiere a la cuarta razón de desheredación, hay que incurrir en alguna de las causas de indignidad recogidas en el art. 756 CC. El Código Civil enumera siete causas de indignidad en las que no entraremos en detalle. Cabe señalar que las que se refieran a los ascendientes, la pérdida de patria potestad y la desheredación condicional no se contemplan en la Ley de Derecho Civil de Galicia ya que como dijimos anteriormente los ascendientes no son legitimarios.

### V.2.3 Interpretación del art. 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial

La influencia del Código Civil en la redacción de los artículos de la ley gallega (art.262 a 266) en materia de desheredación es evidente, e incluso hay preceptos que se repiten textualmente. Siendo ello así, resulta justificado que para interpretar las causas de desheredación contenidas en la ley gallega se acuda al criterio jurisprudencial elaborado en relación con la causas de desheredación que establece el Código Civil<sup>41</sup>.

Hasta tiempos recientes, la doctrina jurisprudencial hacía una interpretación restrictiva del artículo 848 CC, según el cual “*la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley*”. Este artículo era interpretado en el sentido de que la enumeración legal de las causas de desheredación constituía una lista cerrada de causas, sin posibilidad de acudir a la analogía. Así, por ejemplo, en relación con la

<sup>40</sup> TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima del Código Civil (I)”, en TORRES GARCÍA, T.F., (coord.), *Tratado de Legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 279.

<sup>41</sup> ROVIRA SUEIRO, M<sup>a</sup>. E., “Comentarios a los artículos 258 a 266 LDCG”, en Á.L. REBOLLEDO (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.1141.



causa segunda del artículo 853 CC, se consideraba que el maltrato psicológico no podía subsumirse en el “*maltrato de obra*” ni, por consiguiente, alegarse como causa de deheredación<sup>42</sup>.

Pero la orientación jurisprudencial ha cambiado a partir de la STS 3 de junio de 2014 (RJ 2014/3900) y la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/639). A continuación expondré los principales cambios que han introducido estas resoluciones judiciales.

En primer lugar, aunque las causas de desheredación sean únicamente las previstas en la ley (art.853.2 CC) no quiere decir que deba acogerse un criterio interpretativo rígido. En el caso de los malos tratos o injurias graves de palabra, las expresiones legales pueden ser objeto de una interpretación flexible. A este respecto, la STS del 3 de junio de 2014 afirma que la interpretación de las causas de desheredación debe realizarse “conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”.

En segundo lugar, se incluye el maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra siempre que determine “un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”. El maltrato psíquico tiene que ser reiterado y debe afectar a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes. En este sentido, la STS 3 de junio de 2015 (RJ 2015/ 639) declara que:

“la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004 ”.

En tercer lugar, la ausencia de relación o abandono familiar puede llegar a subsumirse dentro de la categoría de maltrato psicológico y, por ende, como una causa de desheredación. Hay que dejar claro que el simple deterioro o pérdida del trato familiar no es suficiente para que se incluya como causa de desheredación. Requiere que los hijos no cumplan los deberes familiares esenciales ocasionando al causante un menoscabo psicológico y reiterado. En este sentido, la STS 3 de junio de 2014 (RJ 2014/3900) declara que:

“debe puntualizarse que, fuera de un pretendido ‘abandono, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes,

<sup>42</sup> Véase SAP, de A Coruña (S 5º) STC de 23/11/2010 (JUR 2010/ 47114) en que dispone la Sala en el F. J. 1º: “las causas de desheredación, como son las previstas para los hijos o descendientes en el art. 853.2ª del Código Civil, consistentes en haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente, por su carácter sancionador y taxativo o de “*numerus clausus*”, que proclama el art. 848 del mismo Código, han de ser interpretadas en un sentido absolutamente restrictivo, en defensa de la sucesión legítima establecida en los arts. 806 y ss. del CC, lo que impide su aplicación analógica o extensiva a casos no previstos en la ley ( SS TS 30 septiembre 1975, 19 diciembre 1988, 16 julio 1990, 28 junio 1993, 14 marzo 1994 y 4 noviembre 1997)”.

incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios.”

Uno de los razonamientos utilizados por D<sup>a</sup>. Ana para desheredar a su hija Sara es la escasa relación afectiva entre ambas. En este caso, el simple abandono emocional entendido como la ruptura de lazos afectivos no entra dentro de la interpretación flexible del maltrato psicológico ya que, se requiere que Sara haya llevado a cabo conductas de menosprecio incompatibles con los deberes elementales de respeto produciendo un menoscabo psicológico y reiterado en D<sup>a</sup>. Ana. Sara vive en el extranjero por motivos de trabajo lo que la posibilidad de contacto presencial se ve limitado, sin embargo, en ningún momento dejó de mantener comunicación con su madre ya que esporádicamente la llamaba telefónicamente. Además, viajó desde Londres para pasar los últimos días de vida de su madre en el Hospital Clínico de Santiago de Compostela. Por todo lo argumentado creo que hay que rechazar la idea de que entre D<sup>a</sup> Ana y D<sup>a</sup> Sara había una relación escasa afectiva subsumible en el art.853.2 CC.

Por otro lado, es importante diferenciar el abandono familiar de la negación de asistencia y cuidados, ya que ambas figuras son diferentes. Como vimos arriba, el TS hizo una interpretación flexible del abandono familiar como causa de desheredación. Se plantea el interrogante de si la figura de negación de asistencia y cuidados sería igualmente objeto de una interpretación flexible por parte del Tribunal Supremo como causa de desheredación. De la STS del 2 de julio de 2019 (RJ 2019/384) se extrae la conclusión de que las atenciones debidas que hace mención el art. 756. 7º CC <sup>43</sup> son exclusivamente de carácter patrimonial y, por lo tanto, independiente de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado. Al estar fundamentadas en motivos diferentes no cabe la interpretación extensiva. En conclusión, no cabe una interpretación flexible de la negación de asistencia y cuidados como una causa de desheredación. No cabe confundir la negación de alimentos y el maltrato de obra, que jurisprudencialmente se integraría el emocional o psicológico, como causas diferentes de desheredación en sus nº1 y 2º <sup>44</sup>.

El segundo razonamiento utilizado por D<sup>a</sup>. Ana para desheredar a su hija Sara es la negación de su hija para prestarle asistencia y cuidados desde que cayó enferma. Esta conducta es diferente a la prevista en el art. 853.2º CC, y no puede subsumirse en la interpretación flexible que hace el TS sobre el maltrato psicológico. La negación de

<sup>43</sup> El art.756.7º CC indica que en el caso de persona con discapacidad “*son incapaces de suceder por causa de indignidad: las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil*”. Además, hay que traer a colación el art.142 CC que indica lo que debe entenderse por alimentos: “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.*”

<sup>44</sup> STS del 2 de julio de 2019 [RJ 2019/384].

asistencia y cuidados tiene carácter patrimonial, no una obligación personal. En otras palabras, si el causante está mal económicamente puede sancionar la falta de colaboración en virtud del art.756.7 CC pero jamás en base al art. 853.2º en el que la posición económica del testador es irrelevante.

En definitiva, estamos ante una desheredación injusta. Sara deberá interponer una demanda en juicio ordinario pidiendo que se declare nula y sin efecto la cláusula testamentaria de desheredación. Las acciones de desheredación injusta se extinguen por caducidad a los cinco años de la muerte del causante (art.266 LDCG). Siendo injusta su desheredación, Sara ha de solicitar en su demanda que se le reconozca la parte correspondiente de su legítima y que se anule “la institución de heredero” en lo necesario para satisfacer su legítima (art. 264 LDCG y 851 CC).

En definitiva, estamos ante una desheredación injusta. Sara deberá interponer una demanda en juicio ordinario pidiendo que se declare nula y sin efecto la cláusula testamentaria de desheredación. Las acciones de deheredación injusta se extinguen por caducidad a los cinco años de la muerte del causante (art.266LDCG), es decir, se extinguirá el 17 de diciembre de 2024. Al haberse perjudicado la legítima de Sara ,en la demanda pedirá que se le reconozca la parte correspondiente de su legítima y se “anulará la institución de heredero” (art. 264 LDCG y 851 CC).

## V. USUFRUCTO VIUDAL Y USUFRUCTO VITALICIO

### V.1 Usufructo viudal en la LDCG

En la herencia de D<sup>a</sup>. Ana concurren dos bienes que son gravados en usufructo vitalicio a favor de sus padres: la vivienda familiar de Padrón y la farmacia. D<sup>a</sup>. Ana fallece a causa de una enfermedad terminal e instituye como heredero universal a su marido. D. Manuel, quien tiene derecho como legitimario “*al usufructo vitalicio de la mitad del capital*” (art.254 LDCG). El interrogante que se plantea es si los bienes gravados con usufructo a favor de los padres pueden ser gravados, a su vez, con un usufructo a favor del marido. En otras palabras, si es compatible que un bien pueda estar gravado por dos usufructos. Antes de dar respuesta a esta cuestión, ha de explicarse la figura del usufructo viudal en Galicia y el usufructo vitalicio en el Código Civil.

El usufructo del cónyuge viudo, también conocido como usufructo voluntario del cónyuge viudo, se regula en los arts. 228 a 236 del Capítulo IV del título X, “De la sucesión por causa de muerte”. Esta figura tiene su origen en el derecho consuetudinario de Galicia. El art. 228 LDCG dispone “*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*”. Este artículo diferencia entre atribución unilateral y recíproca, esta última deberá hacerse en testamento mancomunado mientras que la atribución unilateral puede hacerse en cualquier forma testamentaria<sup>45</sup>. En cuanto a la extensión del usufructo voluntario viudal puede darse sobre la totalidad o parte de la herencia. La derogada ley de 1995 solo recogía la posibilidad de que fuese sobre la totalidad de la herencia.

Entre las características del usufructo voluntario viudal destacamos que: es voluntario, es inalienable, es renunciable y es de carácter familiar.

En primer lugar, es un derecho voluntario, esto es, la ley no obliga a constituir esta figura. A diferencia de otros derechos forales como por ejemplo el araganés o navarro<sup>46</sup>. En segundo lugar, es un derecho inalienable, es decir, no es transmisible y así lo dispone el art.229.1 LDCG. En tercer lugar, es renunciable en todo o parte de la herencia “y sólo redimible o conmutable por acuerdo del usufructuario y de los propietarios sin usufructo” (Art.229.2 LDCG). En cuarto lugar, es una institución de carácter familiar. El usufructuario “no tiene un contenido exclusivamente patrimonial sino que se configura como un entramado de derechos y obligaciones que le convierten en un auténtico gestor del patrimonio familiar<sup>47</sup>. Este carácter familiar se confirma en varios artículos de la regulación gallega, por ejemplo, en el art.234.3º LDCG al establecer la obligación legal del usufructuario de prestar alimento a los hijos y descendientes que lo precisen; en el art.

<sup>45</sup> LATAS ESPINO, M<sup>a</sup>.J., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J.M<sup>a</sup>., “Del usufructo del cónyuge viudo”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007, p.584.

<sup>46</sup> GUTIÉRREZ ALLER, V., *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo, Vigo, 1997, p.40.

<sup>47</sup> LATAS ESPINO, M<sup>a</sup>.J., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J.M<sup>a</sup>., “Del usufructo del cónyuge viudo”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007, p.582.

236.2º LDCG al recoger como causa de extinción del usufructo el que el usufructuario contraiga “*nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto*”; o el art.237.2ºLDCG que establece que la extinción del usufructo de viudedad por “*grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares*” (art.237.2ºLDCG).

En cuanto a los elementos personales, solo concurren los cónyuges. Sobre la capacidad para otorgar usufructo se exige tener capacidad contractual. Solo tienen capacidad para contratar aquellas personas con capacidad de obrar, es decir, capacidad para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. El art.1263 CC indica quienes no pueden prestar su consentimiento: Por un lado, los menores no emancipados “*salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*”. Por el otro lado, los que tienen su capacidad modificada judicialmente (art.1459 CC, art. 221.1 CC y 3 CC).

En cuanto a los elementos formales, el usufructo viudal tanto en su nacimiento como en su modificación deberá formalizarse en capitulaciones matrimoniales, en escritura pública o en testamento<sup>49</sup>.

En este supuesto práctico, D<sup>a</sup>.Ana que es la concedente del usufructo premuere. Por lo que el cónyuge sobreviviente adquiere el derecho de usufructo “*salvo que el título constitutivo disponga otra cosa, el cónyuge viudo no estará obligado a formar inventario de los bienes usufructuados ni a prestar fianza. No obstante, cualquier legitimario podrá exigir la prestación de fianza para salvaguardar su legítima*” (art.231 LDCG).

## V.2 Breve mención del usufructo vitalicio

El usufructo se regula en el art.467 CC que dispone: “*el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*”.

El usufructo se caracteriza: En primer lugar, es un derecho real sobre cosa ajena, es decir, la persona que disfruta del bien no tiene la propiedad del mismo. En segundo lugar, es un derecho temporal, es decir, no cabe la posibilidad de un usufructo indefinido. En tercer lugar, es transmisible. En cuarto lugar, el usufructo recae sobre bienes muebles y bienes inmuebles

En virtud del art.468 CC el usufructo puede ser constituido: por ley, como por ejemplo el usufructo legal del cónyuge viudo sobre una parte de la herencia; por voluntad de las partes, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*; o por usucapion, teniendo la posesión en concepto de dueño.

<sup>48</sup> GUTIÉRREZ ALLER, V., *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo, Vigo, 1997, p.42.

<sup>49</sup> GUTIÉRREZ ALLER, V., *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo, Vigo, 1997, p.50.

En cuanto a la capacidad para ser usufructuario no se exige ninguna regla especial en el código civil. Pueden ser titulares tanto las personas físicas como las personas jurídicas. En el caso de las personas físicas dura el tiempo de vida de esa persona aunque, a veces, puede pactarse un plazo. En el caso de las personas jurídicas el usufructo nunca podrá ser superior a 30 años (art.515 CC).

La extinción del derecho de usufructo se regula en el art. 513 CC, entre sus causas se encuentran: la muerte del usufructuario, la renuncia del usufructuario, la pérdida de la cosa, la resolución del derecho constituyente, la expropiación forzosa, la reunión del usufructuario y propietario en una sola persona, la prescripción y la expiración del plazo de cumplimiento de la condición resolutoria. Esta última, en los casos de usufructo vitalicio se acaba si el usufructuario muere antes de que se produzca el plazo o cuando se cumpla la condición del usufructo.

Volviendo al caso que nos ocupa, en la herencia de D<sup>a</sup>. Ana los bienes que fueron objeto de apartación están gravados con un usufructo vitalicio a favor de los padres. En el testamento, D<sup>a</sup>. Ana instituye como heredero universal a su marido D. Manuel que debido a su condición de legitimario tiene derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital. Sin embargo, D<sup>a</sup>. Ana solo posee la nuda propiedad de la farmacia y la casa familiar, y no la plena propiedad de los mismos. Dicho de otra manera, D<sup>a</sup>. Ana no tiene el derecho a usar y disfrutar de los bienes solo tiene el poder de disposición. La nuda propiedad no admite un nuevo usufructo y, por tanto, no pueden coexistir sobre un mismo bien dos usufructos diferentes e incompatibles. La solución solo puede pasar porque en trámite de apartación, el encargado de dividir la herencia asigne al viudo, en pago de su usufructo, bienes distintos a aquellos que forman en la herencia de D<sup>a</sup>. Ana pero que ya están gravados con un usufructo anterior. Dicho de otra forma, el usufructo del cónyuge viudo no puede recaer sobre los bienes que son objeto de apartación pero sí que puede darse sobre otros bienes que conforman la herencia.

## BIBLIOGRAFÍA

BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., “Pacto de apartación”, en BUSTO LAGO, J. M (coord.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015.

CABEZUELO ARENAS, A. L., “Abandono afectivo de los ascendientes de esta nueva causa de desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 1/2015, pp. 1-16.

CARBALLO FIDALGO, M., “La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>.C. y SOLÉ RESINA, J., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, VI. J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X 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 y II. Colegio Notarial de Galicia, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

ESPINOSA DE SOTO, J. L., “De las legítimas”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. II, Colegio Notarial de Galicia, Madrid, 2007.

ESPINOSA DE SOTO, J. L., “De la preterición y el desheredamiento”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.P. y HERRERO OVIEDO, M., “Pactos sucesorios en Galicia”, en: GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>.C. y SOLÉ RESINA, J., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2.<sup>a</sup>ed., Cizur Menor (Navarra), 2016.

- “El Apartamiento sucesorio en el Derecho Civil Gallego”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre), 2000, pp.1398-1481.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. D. C., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.97/2015, pp.1-8.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, 9.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

GUTIÉRREZ ALLER, V., *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo, Vigo, 1997.

LASARTE, ÁLVAREZ, C., *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, 12.<sup>a</sup>ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

LATAS ESPINO, M<sup>a</sup>.J., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J.M<sup>a</sup>., “Del usufructo del cónyuge viudo”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007.

LOIS PUENTE, J. M., “De la apartación”, en CORA GUERREIRO, J. M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V.J., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, 2007.

LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *El testamento mancomunado en la ley de derecho civil de Galicia* (tesis doctoral), Universidade da Coruña, 2003.

PÉREZ CONESA, C., “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación. Interpretación del artículo 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial”, *Revista Aranzadi Civil- Mercantil*, (3/2015), pp. 1-5.

REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, en Á.L. REBOLLEDO (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

RODRIGUEZ GUITIAN, A. M., “Comentario al art. 662 del Código Civil”, en: CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., y otros (dir.), *Código Civil comentando*, Volumen II, Civitas, 2016, pp. 1-7.

ROMERO COLOMA, A. M., “Intervalos lúcidos y testamento”, *Revista de Derecho de Familia*, núm 55/2012, pp. 1-13.

- “La capacidad para testar y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho de Familia*, num. 56/2012, pp. 1-21.
- “Testamentos e intervalos lúcidos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 860/2013, pp. 1-3.

ROVIRA SUEIRO, M<sup>a</sup>. E., “Comentarios a los artículos 258 a 266 LDCG”, en Á.L. REBOLLEDO (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La legítima del Código Civil (I y II)”, en TORRES GARCÍA, T.F.,(coord.), *Tratado de Legítimas*, 2.<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1-13.



## **LEGISLACIÓN**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Supremo**

STS de 3 de junio de 1965 [ RJ 1965\3812]

STS de 26 de abril de 2008 [ RJ 2008\2680]

STS de 30 de mayo de 2011 [ RJ 2011\4884]

STS de 3 de junio de 2014 [ RJ 2014\3900]

STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015\639)

STS de 10 de septiembre de 2015 [ RJ 2015\5628]

STS del 2 de julio de 2019 [RJ 2019\384]

### **Tribunal Superior de Justicia**

STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2011 [ RJ 2011\4884]

STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2012 [ RJ 2012\7816]

### **Audiencia Provincial**

SAP de A Coruña de 23 de noviembre de 2010 [JUR 2010\ 47114]

SAP de las Palmas de 14 de septiembre de 2012 [ JUR 2012\363782]

SAP de las Islas Baleares 15 de marzo de 2013 [AC 2013\1199]