

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

GRADO EN DERECHO

Curso 2019-2020



TRABAJO DE FIN DE GRADO:

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

Vanesa Álvarez Pérez

Tutor: Carlos María Díaz Teijeiro

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	3
ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
DESARROLLO DE LAS CUESTIONES	5
1. Cuestión 1: Validez y eficacia de la apartación realizada por D. Pepe y D ^a Pilar a favor de D ^a Ana	5
1.1 Introducción	5
1.2 La pluralidad de sistemas de Derecho sucesorio y la vecindad civil.....	5
1.3 El régimen legal de los pactos sucesorios.....	6
1.4 El pacto sucesorio de apartamiento o apartación.....	7
1.4.1 Concepto	7
1.4.2 Naturaleza jurídica.....	7
1.4.3 Elementos reales	9
1.4.4 Elementos subjetivos	11
1.4.5 Requisitos formales	12
1.4.6 La obligación de cuidar de D ^a Fátima como parte de la apartación	12
1.4.7 Efectos de la apartación	13
1.4.8 Ejercicio de la acción para dejar sin efecto la apartación. Supuestos de ineficacia.....	14
1.5 Conclusiones.....	15
2. Cuestión 2: La apartación y el derecho a la legítima de D ^a Fátima	16
2.1 Preliminares	16
2.2 Los sistemas legitimarios del Código Civil y de la LDCG.....	16
2.2.1 Los legitimarios y la cuota legitimaria	17
2.3 El cálculo de la legítima de D ^a Fátima.....	18
2.3.1 La liquidación de la sociedad de gananciales	19
2.3.2 La composición de la herencia y la computación del haber hereditario líquido	19
2.3.2.1 El <i>relictum</i>	21
2.3.2.2 El <i>donatum</i>	21
2.3.3 La legítima global y la legítima individual.....	21
2.3.4 Aplicación al supuesto de hecho.....	22
2.4 La protección de la legítima.....	23
2.5 Conclusiones.....	24
3. Cuestión 3: El régimen de los bienes objeto del pacto sucesorio de apartación respecto de la sociedad de gananciales de D. Manuel y D ^a Ana.....	25
3.1 Introducción	25
3.2 Concepto y naturaleza de la sociedad de gananciales.....	25
3.3 Inicio y final de la sociedad de gananciales.....	26
3.4 Las masas patrimoniales	27
3.4.1 Los bienes privativos	27

3.4.2	Los bienes gananciales	28
3.5	La presunción de ganancialidad del art. 1361 CC	28
3.6	Conclusiones	28
4.	Cuestión 4: La capacidad de D ^a Ana para otorgar testamento	29
4.1	Preliminares	29
4.2	La presunción de capacidad y el momento de su apreciación	29
4.3	La prohibición del art. 663.2.º CC	30
4.4	El juicio de capacidad notarial	31
4.5	Los testadores vulnerables	32
4.6	Conclusiones	34
5.	Cuestión 5: La desheredación de D ^a Ana respecto a su hija D ^a Sara.	35
5.1	Introducción	35
5.2	Concepto y naturaleza jurídica	35
5.3	Las justas causas de desheredación	35
5.3.1	La justa causa de desheredación del art. 853.2.º CC	36
5.4	Los efectos de la desheredación.....	39
5.5	Conclusiones	40
6.	Cuestión 6: La concurrencia del usufructo viudal de D. Manuel con el usufructo vitalicio de D. Pepe y D ^a Pilar	41
6.1	Preliminares	41
6.2	El usufructo y las tres posibles soluciones.....	42
6.2.1	El concepto de usufructo	42
6.2.2	El usufructo sobre derechos: el usufructo de la nuda propiedad	42
6.2.3	El usufructo sucesivo	43
6.2.4	El usufructo sobre bienes distintos	45
6.3	Conclusiones	45
	BIBLIOGRAFÍA.....	46
	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	49

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
art. (arts.)	artículo(s)
ADC	Anuario de Derecho Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
Cdo.	Considerando
CE	Constitución Española
<i>cfr.</i>	<i>confer</i> (véase, compruébese, confróntese)
coord.	coordinador
D. / D ^a	don / doña
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EAG	Estatuto de Autonomía de Galicia
ed.	edición
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
LDCG	Ley de Derecho civil de Galicia
op. cit.	obra citada anteriormente
p. (pp.)	página(s)
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDC	Revista de Derecho Civil
RDGRN	Resolución de la DGRN
RJ	Repertorio Jurisprudencial de Aranzadi
RN	Reglamento Notarial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
s.f.	sin fecha (de edición)
s.l.	sin lugar (de edición)
ss.	siguientes
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil, salvo que se disponga otra cosa
STSJ (SSTSJ)	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Civil y Penal, salvo que se disponga otra cosa
vid.	véase
vol.	volumen

ANTECEDENTES DE HECHO

D. Pepe contrajo matrimonio – en régimen de gananciales – el 18 de julio de 1970 con D^a Pilar, del cual nacieron dos hijas, D^a Ana y D^a Fátima. Esta última sufrió un accidente cerebrovascular cuando tenía 23 años y, desde entonces, carece de la capacidad volitiva de entender y comprender el alcance y las consecuencias de sus actos. A pesar de ello, sus padres nunca han querido promover la modificación judicial de su capacidad de obrar para no someter a su hija al sufrimiento que implica la tortuosa tramitación del procedimiento de incapacidad.

D. Pepe, D^a Pilar, D^a Ana y D^a Fátima han residido siempre en la casa familiar sita 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€. D^a Pilar y D. Pepe son dueños además de los siguientes bienes gananciales: la casa familiar valorada en 370.000€, un piso en el centro de Santiago de Compostela valorado en 120.000€, sendas fincas situadas en Padrón cuyo valor conjunto es de 150.000€, una nave industrial sita en Pontecesures de 140.000€ y tres coches cuyo valor conjunto es de 60.000€.

D. Pepe y D^a Pilar, preocupados por el porvenir de su hija Fátima cuando ellos falten, el 20 de enero de 2015 llevan a cabo el negocio jurídico de apartación de la casa familiar y del negocio farmacéutico a favor de Ana, reservándose el usufructo vitalicio de la casa a cambio de que ésta renunciase a la legítima en la herencia de ambos progenitores y simultáneamente asumiese la obligación de cuidar de D^a Fátima hasta que cualquiera de ellas dos falleciese. D^a Ana desde entonces se encarga como farmacéutica del negocio y se hace cargo de prestar asistencia y cuidados a Fátima.

En agosto de 2017, D^a Ana decide pasar las vacaciones en las Islas Canarias junto a Fátima. Ninguna de las dos había salido nunca de Padrón o Santiago. En Tenerife, D^a Ana conoce a D. Manuel, un joven embaucador del que se enamora. D. Manuel, de vecindad civil canaria, le propone a D^a Ana matrimonio y estos se casan en Galicia en junio de 2018 en régimen de gananciales. A partir de ese momento D. Manuel pasa a convivir en la casa familiar con su mujer, su cuñada y sus suegros. Dicho matrimonio no tuvo hijos, aunque D^a Ana tiene una hija con su anterior pareja – D^a Sara – quien reside en el extranjero por motivos de trabajo y que mantiene contacto telefónico de forma esporádica con su madre, su tía y sus abuelos.

D^a Ana es diagnosticada en enero de 2019 de Leucemia en estado avanzado y terminal. Ante la insistencia de su marido, en su lecho de muerte y sometida a tratamiento paliativo, D^a Ana decide otorgar testamento abierto ante al notario Joaquín Barcia, amigo íntimo de D. Manuel. En dicho testamento, una vez realizado el juicio notarial de capacidad de la testadora, D^a Ana instituyó como heredero universal a su marido, añadiendo que deshereda totalmente a su hija Sara por concurrir la justa causa de desheredación contemplada en el art. 853.2.º del Código Civil, al haberle negado asistencia y cuidados desde que cayó enferma, además de la escasa relación afectiva entre ambas.

El 17 de diciembre de 2019 D^a Ana fallece en el Hospital Clínico de Santiago de Compostela, acompañada de su hija – quien había viajado desde Londres para pasar los últimos días de vida con su madre – su marido, su hermana y sus padres. Tras el fallecimiento de D^a Ana, D. Pepe y D^a Pilar deciden ejercitar acción para dejar sin efecto la apartación a favor de su hija y le solicitan a D. Manuel que abandone la casa familiar. D. Manuel se niega alegando que es propietario de dicha casa y del negocio farmacéutico, y que en cualquier caso disfruta del usufructo legal del cónyuge superviviente.

Además, D^a 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^a Ana en el momento de otorgar testamento debido a su estado de salud mental provocado por el tratamiento paliativo al que estaba siendo sometida.

DESARROLLO DE LAS CUESTIONES

1. Cuestión 1: Validez y eficacia de la apartación realizada por D. Pepe y D^a Pilar a favor de D^a Ana

1.1 Introducción

En esta cuestión hay que analizar si es válida y conforme a Derecho una apartación realizada por dos padres conjuntamente en favor de una de sus hijas. La apartación es un pacto sucesorio propio del Derecho civil gallego, por lo que para resolver esta pregunta es necesario tratar tres cuestiones preliminares: averiguar cuál es el régimen sucesorio aplicable a estos sujetos, saber qué son los pactos sucesorios y desarrollar en qué consiste la apartación.

1.2 La pluralidad de sistemas de Derecho sucesorio y la vecindad civil

Actualmente, en el ordenamiento jurídico español coexisten siete sistemas de Derecho sucesorio: el sistema diseñado por el Código Civil español y los derechos sucesorios que asientan las normas civiles propias de las seis Comunidades autónomas (entre ellas Galicia) que, a tenor del art. 149.1.8.^a CE, tienen competencia para “*conservar, modificar y desarrollar*” su Derecho civil¹.

Para saber si en el presente caso debe aplicarse la legislación gallega o el Derecho común, ha de tenerse en cuenta el art. 9.1 CC, que señala que la ley personal de una persona física es la que determina su nacionalidad y que, además, esta ley es la que rige la sucesión por causa de muerte. Paralelamente, el apartado 8 de este art. 9 CC indica que la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* de una persona es la que se corresponde con su ley nacional al tiempo de su fallecimiento. Por último, el art. 16.1.1.^a CC apunta que en “*los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional [...] será ley personal la determinada por la vecindad civil*”. Por tanto, se debe atender a la vecindad civil de los protagonistas del supuesto de hecho para dilucidar cuál es el ordenamiento aplicable. Este criterio de la vecindad civil se confirma tanto en el art. 14.1 CC, que señala que “*la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determinará por la vecindad civil*”, como en el art. 4.1 LDCG que dispone que “*la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común*”.

Como adelanta el art. 16.1.1.^a CC, la vecindad civil es la condición o cualidad que determina la ley personal que le es aplicable a cada español. Por su parte, el art. 14 CC recoge las distintas causas de adquisición de la vecindad civil, las cuales pueden resumirse en dos: la vecindad civil ligada al *ius sanguinis* y la ligada a la residencia².

Así las cosas, con los escasos datos que se facilitan en el supuesto, se puede llegar a la siguiente conclusión. Aunque el criterio principal de adquisición de la vecindad civil es la filiación, no hay datos suficientes para poder atribuir la vecindad civil gallega a D. Pepe y D^a Pilar por esta regla. No obstante, en el supuesto de hecho sí que se aclara que ellos y sus hijas “han residido siempre en la casa familiar sita en Padrón (A Coruña)”, y el art. 14.5 CC configura como criterio de atribución de la vecindad civil haber residido en el lugar durante dos años, si se hace una manifestación de voluntad expresa, o durante diez años, si no existe declaración en contrario. Dicho esto, todo lleva a pensar que tanto D. Pepe como D^a Pilar tienen la vecindad

¹ Por todos, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.^a ed., Colex, Madrid, 2013, p. 30.

² Vid. PARRA LUCÁN, M.Á., “La vecindad civil”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.^a ed., Edisofer, Madrid, 2016, vol. II, pp. 201 a 216.

gallega, al igual que sus hijas. Además, a estas últimas también les sería de aplicación el art. 14.2 CC, en virtud del cual adquirirían la misma vecindad que tuviesen sus padres.

Por todo ello, se puede concluir que, tanto en la presente pregunta como en las siguientes, a D. Pepe, D^a Pilar, D^a Ana y D^a Fátima les son de aplicación las disposiciones de la LDCG. No obstante, en virtud del art. 1.3 LDCG, ante la ausencia de ley y costumbre gallegas, se aplicará supletoriamente el régimen del Código Civil, siempre que este no contravenga los principios del ordenamiento jurídico gallego.

1.3 El régimen legal de los pactos sucesorios

El art. 3 del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo³, define los pactos sucesorios como *“todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo”*.

Sin embargo, constituye un principio del Derecho de sucesiones del ordenamiento jurídico español el carácter casi exclusivo del testamento unipersonal como cauce para la disposición *mortis causa*, estando prohibidos tanto los testamentos conjuntos o mancomunados como los contratos o pactos sucesorios. Esta imposibilidad de que puedan celebrarse pactos sucesorios se confirma en varios preceptos del Código Civil⁴.

Por un lado, el art. 1271.II CC prohíbe los pactos sucesorios al decir que sobre la herencia futura solo se podrán celebrar los contratos que tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal u otras disposiciones particionales. A su vez, el art. 658 CC únicamente contempla como tipos de sucesión la testada y la intestada, y en el art. 635 CC se prohíbe la donación de los bienes futuros. Además, el Código Civil sanciona con la nulidad los pactos renunciativos: en primer lugar, el art. 655.2 CC impide renunciar a la acción de reducción de donaciones antes de que se produzca la muerte del donante; en segundo lugar, el art. 816 CC apunta que *“toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y estos podrán reclamarla cuando muera aquel”*; y, por último, el art. 991 CC señala que no es posible que alguien repudie una herencia *“sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar”*.

A pesar de lo anterior, los sistemas civiles autonómicos no suelen contener estas prohibiciones de pactos sucesorios, ya que, generalmente, estos ordenamientos se constituyen con una mayor libertad sucesoria formal, admitiendo instrumentos prohibidos en el Derecho civil común como, por ejemplo, los pactos sucesorios o los testamentos mancomunados⁵. Ejemplo de ello es la LDCG que confirma, en su art. 181, que la sucesión se defiere, en todo o en parte, no solo por testamento o disposición de ley, sino también por los pactos sucesorios admisibles conforme a Derecho.

³ Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁴ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, op. cit., p. 32 y PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “La sucesión intestada. La sucesión contractual”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 383 a 386.

⁵ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2009, vol. V, p. 6 y CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, op. cit., p. 37.

Así las cosas, los pactos o contratos sucesorios se caracterizan porque la voluntad del ordenante se vincula a otra voluntad, siendo irrevocable esta ordenación de manera unilateral. Estos pactos pueden ser de tres tipos: los pactos *de succedendo*, también denominados afirmativos, adquisitivos o de institución, son aquellos en los que se instituye a alguien como heredero; los pactos *de non succedendo*, conocidos como pactos negativos, abdicativos o renunciativos, consisten en que una de las partes contratantes renuncia a sus derechos sucesorios; y los *pactum de hereditate tertii* o pactos sobre la sucesión de un tercero, en los que las partes disponen de los bienes de la futura sucesión de un tercero ajeno al negocio⁶.

Concretamente, al margen de otros que fuesen admitidos conforme a Derecho, la LDCG reconoce como pactos sucesorios los de mejora y los de apartación⁷. Los pactos de mejora (arts. 214 a 223 LDCG) son pactos afirmativos, mientras que la apartación (arts. 224 a 227 LDCG) se reconduce a la categoría de pacto renunciativo.

1.4 El pacto sucesorio de apartamiento o apartación

1.4.1 Concepto

El apartamiento o apartación, que es el pacto sucesorio que celebran D^a Ana y sus padres, se regula en los arts. 224 a 227 LDCG. Según el art. 224 LDCG, “*por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en el que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados*”.

Por tanto, este pacto sucesorio consiste en un negocio jurídico por el que el futuro legitimario que pueda ser llamado a una sucesión *mortis causa* renuncia definitivamente a su derecho con anterioridad a la apertura de la sucesión, ya que de hacerlo después de la muerte del causante se trataría de una repudiación. Y como requisito esencial de este contrato, es necesario que la renuncia sea hecha a cambio de la percepción de bienes concretos, siendo, en principio, indiferente el valor económico que estos tengan. Esta renuncia se formaliza por medio de un acuerdo bilateral irrevocable en el que, en este caso, D. Pepe y D^a Pilar disponen parcialmente de su herencia, de manera que su voluntad queda vinculada a la de su hija D^a Ana, no siendo posible la revocación unilateral por parte de los ordenantes. Y es que la revocación exigiría el concurso de la voluntad de D^a Ana para enervar la eficacia del pacto.

1.4.2 Naturaleza jurídica

Como se ha adelantado, la apartación es un negocio jurídico, dado que como se puede apreciar en el presente caso, se trata de un acto de autonomía privada entre dos partes que manifiestan su voluntad de extinguir el eventual derecho subjetivo a la legítima que tendría el potencial legitimario a cambio de la atribución de ciertos bienes. Por tanto, la apartación es un negocio jurídico patrimonial, ya que versa sobre la atribución patrimonial de bienes de contenido económico. Y es también un negocio jurídico de carácter bilateral o sinalagmático porque ambas partes tienen obligaciones recíprocas: el apartante concede una prestación, y el

⁶ Sobre las clases de pactos, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “La sucesión intestada. La sucesión contractual”, op. cit., pp. 381 a 383. No obstante, esta clasificación de los pactos sucesorios no es pacífica en la doctrina, ya que, algunos autores defienden que el *pactum de hereditate tertii* no es propiamente un pacto sucesorio (vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., pp. 291 y 292).

⁷ Cfr. art. 209 LDCG.

apartado renuncia a su eventual derecho a la legítima⁸. Por ello, la validez y eficacia de la apartación requiere el consentimiento de ambas partes⁹.

Estos presupuestos concurren en el presente caso, en el que D^a Ana renuncia a su eventual derecho a la legítima a cambio de recibir la plena titularidad de un bien, el negocio farmacéutico, y la nuda propiedad de otro, la casa familiar.

Respecto de la categorización de la apartación como acto *inter vivos* o *mortis causa*, la cuestión es dudosa, dado que hay argumentos a favor de una y otra consideración. Autores como BUSTO LAGO o GARCÍA RUBIO, así como alguna Audiencia Provincial, defienden la naturaleza *inter vivos* de esta institución. Sostiene GARCÍA RUBIO que, aunque la renuncia del apartado a la legítima se base en el fallecimiento del apartante, el contrato se celebra entre personas vivas, es decir, su función no es regular relaciones o situaciones acaecidas a causa de la muerte de alguien, sino una situación *inter vivos*. Además, también podría apoyar esta posición el imperativo legal de que lo dado en apartación deba colacionarse (*ex. art. 227 LDCG*), así como el hecho de que, a tenor del art. 244.2.^a LDCG, lo dado en apartación se computa en el *donatum* a la hora de calcular el haber líquido del causante¹⁰. Estas dos reglas forman parte del régimen jurídico de la donación, negocio jurídico *inter vivos* por excelencia.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia mantiene el carácter *mortis causa* de la apartación diciendo que, aunque la adquisición patrimonial del apartado tiene naturaleza *inter vivos*, el pacto de no suceder es un acto *mortis causa*. Al fin y al cabo, todo pacto sucesorio, en la medida en la que vincula la voluntad de un futuro causante en cuanto al modo en que ordenará su sucesión a causa de muerte, tiene eficacia *mortis causa*¹¹.

Además, es un negocio atípico, unitario, pero complejo, compuesto por un negocio de tipo traslativo o atributivo del apartante y el carácter dispositivo de la renuncia abdicativa del apartado, que renuncia a su derecho sucesorio de la legítima¹². La duda, como se analizará posteriormente, radica en si entre las exigencias de celebración del negocio traslativo está la de que se trate de una atribución patrimonial en “plena titularidad”. Esta cuestión no es puramente teórica, ya que en el presente caso D. Pepe y D^a Pilar celebran un pacto por el que D^a Ana recibe la plena titularidad de la farmacia, pero únicamente la nuda propiedad de la casa familiar, reservándose ellos el usufructo vitalicio de esta.

⁸ En relación con esto, cabe recordar que en el Derecho gallego no es posible la renuncia unilateral a la legítima, así como tampoco la celebración de una apartación sin que el apartante conceda una prestación, lo que sería una apartación *nummo uno* (vid. GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, en *ADC*, Tomo LIII fasc. IV, 2000, p. 1434).

⁹ Sobre la naturaleza jurídica de la apartación, vid. GARCÍA RUBIO, M^a.P., *ibíd.*, pp. 1403 a 1407. Este artículo se refiere a la regulación de la apartación a tenor de la LDCG de 1995, sin embargo, aunque se han producido cambios en la dicción y el articulado, parte de esta regulación se sigue manteniendo en la LDCG de 2006.

¹⁰ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a.P., *ibíd.*, p. 1404 y BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, en *RCDI*, núm. 706, 2008, p. 540. Por su parte, la SAP de Pontevedra 12 junio 2009, FJ 2.º (JUR\2009\301419) confirma que la transmisión de los bienes en la apartación se produce *inter vivos* al decir que “de la regulación legal se desprende que la apartación es un negocio jurídico *inter vivos* de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación *post mortem*”, pues hay un “inmediato y actual desplazamiento patrimonial”.

¹¹ En la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 22 marzo 2006, FJ 2.º (JUR\2007\209063), se dice que, aunque formalmente, se trata de una adquisición *inter vivos*, esta convive con la naturaleza de un título sucesorio, lo que implica no poder afirmar sin más un carácter *inter vivos*. Por lo que es necesario “conciliar la naturaleza *inter vivos* de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título *mortis causa* a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición”. Este criterio se confirma posteriormente, entre otras, en las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 2 octubre 2013, FJ 2.º (JUR\2014\15911) y 29 octubre 2014, FJ 2.º (JUR\2015\29218), así como en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 9 febrero 2016, FJ 1.º y 4.º (RJ\2016\1365).

¹² Con cita de otras SSTS, vid. la STSJ de Galicia 13 mayo 2014, FJ 8.º (RJ\2014\4568).

Por otra parte, también genera discrepancias la consideración de la apartación como negocio oneroso o gratuito¹³. Algunos autores niegan la onerosidad considerando la apartación como un negocio de disposición a título gratuito por producirse el empobrecimiento del apartante y el consiguiente enriquecimiento del apartado¹⁴. Apoya esta postura el hecho de que, por imperativo del art. 244.2.ª LDCG, se computa lo recibido por apartación para el cálculo de las legítimas de los legitimarios subsistentes “*dentro de las disposiciones a título gratuito*”, además de que el art. 251.2 LDCG prevé la reducción de lo recibido en apartación en caso de perjuicio de las legítimas¹⁵. Por su parte, la jurisprudencia también sostiene la naturaleza gratuita de este pacto¹⁶. En este orden de cosas, se puede observar que en el supuesto analizando se produce el empobrecimiento de D. Pepe y D^a Pilar al perder la titularidad de la farmacia y la nuda propiedad de la casa familiar, mientras que D^a Ana se enriquece al recibir ese bien y ese derecho en su patrimonio.

1.4.3 Elementos reales

El elemento objetivo de la apartación está compuesto por la prestación del apartante y la prestación del apartado. En una primera aproximación, la prestación del apartado no suscita ningún problema, ya que esta se limita a la renuncia a la legítima. En cambio, más dificultades presenta la prestación del apartante.

Como se ha explicado, la apartación es un pacto sucesorio en el que el apartado queda excluido de su condición de legitimario. Para ello, es necesario que el apartante le atribuya unos bienes o derechos que deben ser concretos, pero no es necesario ni que integren la futura herencia del apartante ni que sean de una naturaleza determinada; es más, tan siquiera es precisa su valoración económica¹⁷. En este sentido, el art. 225 LDCG establece que “*el apartante podrá adjudicar cualquier bien o derecho en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma*”. De la dicción de este artículo se puede inferir que el valor de los bienes adjudicados en la apartación es irrelevante para su validez y eficacia, por lo que, con independencia del valor económico de los bienes atribuidos, el apartado ya no podrá en un futuro reclamar su legítima. Además, posteriormente, se comprobará que es posible la apartación conjunta de padres respecto de hijos. Siendo ello así, por medio de la apartación podrían liquidarse conjuntamente las legítimas paterna y materna, atribuyendo bienes privativos de uno de los cónyuges o los bienes gananciales de ambos¹⁸. Según creo, esto es lo que sucede en este caso, dado que le son adjudicados a D^a Ana dos bienes de gran valor: un bien privativo de su padre, la farmacia, y un bien ganancial de ambos, la casa familiar.

Dicho lo anterior, conviene aclarar que no sería válida ni eficaz la apartación en la que se den bienes o derechos carentes de un valor razonable en relación con el patrimonio del

¹³ Esta disputa doctrinal se resume en: BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 551.

¹⁴ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, op. cit., p. 1405.

¹⁵ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, en CORA GUERREIRO, J.M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F.M. y PEÓN RAMA, V.J. (coord.), *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*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, vol. II, p. 689 y REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 963.

¹⁶ Vid. la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 22 marzo 2006, FJ 2.º (JUR. 2007\209063).

¹⁷ Vid. BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 540.

¹⁸ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, op. cit., pp. 968 y 970 y, parecidamente, GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, op. cit., p. 1423.

apartante. En ese caso se trataría de una renuncia sin más a la legítima futura, hecho prohibido por el art. 242 LDCG.

Por otra parte, se plantea la duda de si los bienes objeto de la apartación deben de ser atribuidos al apartado en propiedad o pueden serlo en cualquier otro concepto. En este orden de cosas, la derogada LDCG¹⁹, que data del año 1995, al regular la apartación en su art. 134, hacía referencia a la adjudicación de “*la plena titularidad de determinados bienes*”. A pesar de la dicción de la norma, la doctrina no fue pacífica y había dudas sobre si era posible o no que el apartante adjudicase la nuda propiedad de un bien reservándose el usufructo, o incluso que adjudicase al apartado el usufructo de un bien reservando para sí la nuda propiedad. Así, LOIS PUENTE argumenta que, en la medida en la que la atribución por parte del apartante de un bien en nuda propiedad o en usufructo satisfaga el interés del apartado, esta será totalmente válida y eficaz. Además, apunta este autor que, dado que la legítima del cónyuge es en usufructo, y este también puede ocupar la posición de apartado, no sería lógico negar que pueda satisfacerse su expectativa legitimaria con la atribución de un bien en usufructo²⁰.

Por último, merece especial atención la farmacia por ser un bien singular, ya que el hecho de que D. Pepe sea el titular privativo de la misma implica que es, a su vez, titular de una autorización administrativa que le permite desarrollar este negocio. De esta forma, la duda radica en saber si este tipo de bienes pueden ser objeto o no de transmisión. Y a tenor de los arts. 28.8 y 33 del EAG, Galicia tiene competencia para regular la atención farmacéutica en su ámbito territorial, y esta materia encuentra su regulación en la Ley 3/2019 de ordenación farmacéutica de Galicia²¹. Si se acude a los arts. 44 a 46 de esta Ley 3/2019, se puede observar que es posible la transmisión del negocio farmacéutico tanto en una operación *mortis causa* como *inter vivos*. No obstante, el art. 20.1 de la Ley 3/2019 afirma que “*solo los/las farmacéuticos/as podrán ser propietarios/as y titulares de las oficinas de farmacia*”. A su vez, el punto 2 de este art. 20 de la Ley 3/2019 también requiere que el farmacéutico titular disponga de la correspondiente autorización administrativa para llevar a cabo el negocio en cuestión.

Por tanto, aunque por su carácter de personal la autorización administrativa es intransmisible, el negocio farmacéutico, en cuanto es un establecimiento mercantil a tenor de lo dispuesto en el art. 325 CCom y, por tanto, una empresa con un valor económico susceptible de tráfico jurídico, sí que puede transmitirse tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Es decir, es posible que se transmita a D^a Ana el negocio farmacéutico, no obstante, la autorización administrativa que requiere para llevar a cabo dicha actividad no puede transmitirse, y será la propia Ana, en calidad de farmacéutica, la que deberá solicitar este permiso. Además, hay que tener en cuenta que se entiende por establecimiento farmacéutico, no solo el local y sus accesorios, sino también “*todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorporales, susceptibles de adquisición y transmisión*”²², incluyendo las existencias, la clientela y los demás derechos que deriven de esa actividad negocial.

En definitiva, a la vista del supuesto de hecho, se puede concluir que la prestación realizada por los padres a D^a Ana tiene por objeto dos bienes de un valor económico auténtico, ya que estos están valorados en 200.000 y 370.000 euros. Y por las razones expuestas, no es impedimento para la eficacia y validez de la apartación el hecho de que la casa familiar solo se otorgue en nuda propiedad, así como que uno de los bienes que se transmitan sea un negocio

¹⁹ Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (en adelante, LDCG de 1995). [Disposición derogada].

²⁰ La cita de LOIS PUENTE en: GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, op. cit., pp. 1438 y 1439.

²¹ Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia (en adelante, Ley 3/2019).

²² Respecto de la transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa* de los establecimientos farmacéuticos, entre muchas otras, vid. la STS 26 febrero 1979, Cdo. 2.º (RJ\1979\525), la SAP de Pontevedra 17 enero 2002, FJ 3.º y 4.º (AC\2002\739) y la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 2 junio 2005 (RJCA\2006\47).

farmacéutico. Por último, en tanto en cuanto en el supuesto se dice claramente que D^a Ana es farmacéutica, esta puede ser titular de la Farmacia Calo.

1.4.4 Elementos subjetivos

El elemento subjetivo de esta institución está constituido por el apartante y el apartado. Este último debe ser una persona que tendría la condición de legitimario de abrirse la sucesión del apartante en el momento que se celebra el pacto (*ex. art. 224 LDCG*)²³. Así las cosas, como D^a Ana es hija de D. Pepe y D^a Pilar, puede celebrar este pacto sucesorio, ya que, a tenor del art. 238 LDCG, podrán ser apartados el cónyuge, los hijos y los descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. Se puede afirmar entonces que la apartación es una institución de ámbito familiar.

Sin embargo, en este supuesto de hecho no hay un solo apartante, sino que la apartación la celebran los dos padres conjuntamente con una de sus hijas. En la LDCG de 1995 sí que se admitía la apartación conjunta de los padres; e incluso esta posibilidad ya se vislumbraba en uno de los antecedentes de la institución de apartación: el I Congreso de Derecho gallego. En este texto se decía que “o pai ou a nai no seu respectivo haber, ou entrambos os dous conxuntamente para os bens gananciáis, poderán ‘apartar’ en vida, total ou parcialmente, a calquera dos seus presuntos herdeiros forzosos, mediante a entrega de diñeiro ou doutros bens. Este pacto obriga aos contratantes e máis aos seus herdeiros”²⁴. Por lo que se refiere a la actual LDCG, los autores admiten la posibilidad de que haya apartaciones conjuntas de ambos ascendientes en la medida en la que el régimen sucesorio gallego cuenta con una construcción unitaria que la permite: en la LDCG se contempla tanto la posibilidad de testar mancomunadamente (art. 187.2 LDCG), como la de la partición conjunta (art. 276 LDCG)²⁵.

Por otra parte, el art. 210 LDCG establece los requisitos de capacidad que debe cumplir todo aquel que desee celebrar válidamente un pacto sucesorio: ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar²⁶. Dado que se ha calificado la apartación como un negocio jurídico, la inobservancia de este precepto o la celebración de la apartación por personas aquejadas de defectos o vicios de capacidad, implica la anulabilidad del pacto, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1300 y 1301 CC. Además, en tanto en cuanto este es un negocio jurídico propio del Derecho civil de Galicia, es necesario tener la vecindad civil gallega para poder celebrar válidamente este pacto²⁷. En relación con esto, decir que los tres sujetos del supuesto son mayores de edad, tienen la vecindad civil gallega y no hay datos en el texto que puedan hacer pensar que no tienen su plena capacidad de obrar.

En definitiva, en la medida en que los tres son mayores de edad y disponen de sus plenas facultades volitivas e intelectivas, los padres de D^a Ana pueden celebrar con ella una apartación. A su vez, se cumple el requisito de que la apartada, D^a Ana, sea una potencial legitimaria de los apartantes, en virtud del art. 238 LDCG. No siendo además un impedimento que dicha apartación se celebre conjuntamente y al mismo tiempo por ambos progenitores.

²³ Vid. las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 22 marzo 2006, FJ 2.º (JUR\2007\209063) y 29 octubre 2014, FJ 2.º (JUR\2015\29218), así como la SAP de Pontevedra 12 junio 2009, FJ 2.º (JUR\2009\301419).

²⁴ Esta cita procede de GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *op. cit.*, p. 1421.

²⁵ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, *op. cit.*, p. 968.

²⁶ En palabras de la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 22 marzo 2006, FJ 2.º (JUR\2007\209063), en la apartación es necesario en todo caso la plena capacidad de disposición en el apartante.

²⁷ Vid. BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *op. cit.*, pp. 521 y 522.

1.4.5 Requisitos formales

Como requisito general para todos los pactos sucesorios y, por tanto, para la apartación, el art. 211 LDCG condiciona la validez y eficacia de este negocio a que se celebre en escritura pública; de no ser así, la apartación no producirá ningún efecto y será nula de pleno derecho. De esta manera, el otorgamiento en escritura pública es un requisito de forma *ad solemnitatem* de los pactos sucesorios, lo que significa que la apartación es un negocio jurídico formal²⁸.

Por otra parte, aunque en el supuesto de hecho no se especifica exactamente, se entiende que el pacto de apartación se ha celebrado *in personam* por los otorgantes. En todo caso, de no ser así, esto no sería un impedimento para la plena eficacia y validez del pacto, puesto que el art. 212 LDCG permite el otorgamiento de los pactos sucesorios por representación, siempre que el poder tenga carácter especial y “contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio”. Solo si se infringen estos requisitos, la apartación sería ineficaz y anulable²⁹.

Por último, en virtud del art. 3 a) del Anexo Segundo del RN³⁰, el pacto sucesorio de apartación se habrá de inscribir en el Registro General de Actos de Última Voluntad³¹.

En conclusión, en el supuesto de hecho no se hace alusión a la forma de celebración de la apartación. No obstante, se debe tener claro que, en todo caso, esta debe otorgarse en escritura pública para que sea válida y eficaz, siendo posible la celebración por representación especial.

1.4.6 La obligación de cuidar de D^a Fátima como parte de la apartación

Es menester señalar que, en el pacto de apartación que se está analizando, no solo se produce una atribución de bienes y una renuncia a un derecho legitimario, sino que, simultáneamente, D^a Ana asume la obligación de cuidar de su hermana hasta que una de las dos fallezca. Esto plantea dos problemas: el primero, si el apartado puede asumir una prestación distinta a la de renunciar a su futura legítima; y, el segundo, en caso de que esto sea posible, averiguar qué sanción jurídica merece el incumplimiento de dicha obligación.

Por lo que se refiere al primer problema, esto es, si en un pacto sucesorio se pueden asumir obligaciones distintas a las previstas, es evidente que esto se permite en los pactos de mejora. El art. 218.1.º LDCG regula como una causa de pérdida de eficacia de este pacto el incumplimiento por el mejorado de las obligaciones que hubiese asumido. Se podría trasladar esta previsión a la apartación en la medida en la que también es un pacto sucesorio. Sin embargo, el legislador regula ambos pactos separadamente, añadiendo un apartado de disposiciones generales aplicable a todo pacto sucesorio. Por lo que, de tratarse de una disposición común a ambos pactos, estaría regulada en el articulado común a todos los pactos sucesorios y no en sede de un pacto concreto como es el de mejora³².

No obstante, el análisis realizado permite afirmar que el elemento sustancial del régimen de la apartación es que la persona apartada recibe unos bienes a cambio de renunciar a su potencial derecho a la legítima; en sentido estricto, a cambio de que no reclame su legítima cuando se abra la sucesión del apartante. Por tanto, estos dos elementos no pueden eliminarse,

²⁸ Vid. la STSJ de Galicia 13 mayo 2014, FJ 8.º (RJ\2014\4568). En cuanto a la doctrina, vid. BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 522 y REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, op. cit., p. 918.

²⁹ Vid. BUSTO LAGO, J.M., *ibíd.*, p. 524.

³⁰ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante, RN).

³¹ Vid. BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 523.

³² Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, op. cit., p. 942.

ya que de suprimirse alguno de ellos, no se trataría de un pacto de apartación. Ahora bien, en tanto en cuanto la naturaleza de la apartación no se vea afectada, es posible añadir a este pacto cualquier otra disposición, aunque no se contemple legalmente. Refuerza esta idea el principio del Derecho de que lo que no está prohibido, está permitido, siempre dentro de los límites del respecto a la naturaleza de la institución. Y, en este caso, ningún precepto prohíbe que el apartado pueda asumir otras obligaciones a mayores de la de renunciar a su potencial derecho legitimario. Y es que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (*ex. art. 1255 CC*), las partes pueden pactar toda cláusula que no contravenga la ley.

En definitiva, la obligación de cuidar de una hermana a cargo del apartado no desvirtúa en ningún caso la verdadera naturaleza de la apartación. Es más, esta obligación es coherente con el eminente carácter familiar que se atribuye a los pactos sucesorios, y el cuidado de un pariente que no puede valerse por sí mismo, como es el caso de D^a Fátima, tiene un notable contenido familiar. A este respecto, GARCÍA RUBIO ha manifestado que una de las ventajas que aporta el reconocimiento legal de la apartación es convertirse en “un cauce idóneo para resolver determinadas situaciones de necesidad familiar, como sucede con la apartación de todos los hijos (excepto el incapaz) con institución de heredero en favor del incapaz y sustitución ejemplar (o fideicomisaria) en favor del hermano que lo cuida”³³.

En este orden de cosas, admitida la posibilidad de que D^a Ana asuma la obligación de cuidar a su hermana, debe resolverse la segunda cuestión: si cabe revocar la apartación en caso de que se incumpla la prestación. Para ello, hay que tener presente el carácter de irrevocabilidad que se predica de la apartación por imperativo del art. 224 LDCG, lo que implicaría que el apartante no podría revocar la apartación ni aun cuando el apartado incumpliese sus obligaciones. No obstante, en contra de esto, se puede decir que las donaciones también son negocios irrevocables y, aun así, el donante puede revocar este negocio jurídico si el donatario incumple las cargas impuestas.

En conclusión, a falta de regulación expresa, cabría entender que, en la medida en que la obligación de cuidar a su hermana no desnaturaliza la apartación, es más, en tanto en cuanto es coherente con su carácter familiar, es posible imponerle a D^a Ana dicha obligación válida y eficazmente. La duda reside en saber si en caso de que se incumpla esta obligación los padres podrán revocar el pacto. De acuerdo con lo que se ha dicho, entiendo que sí sería posible la revocación, puesto que del texto se infiere que la intención de los padres al apartar a su hija D^a Ana es garantizar el cuidado de D^a Fátima y afianzarle a esta última un patrimonio que asegure su subsistencia cuando ellos fallezcan. Por lo que, en la medida en que se contravenga dicha premisa, sería posible la revocación de la apartación.

1.4.7 Efectos de la apartación

El efecto fundamental de la apartación es la pérdida de la condición de legitimario por el apartado y su linaje. No obstante, al no utilizar el art. 224 LDCG el término “renuncia”, se entiende que no es necesario que el apartado renuncie expresamente a su condición de legitimario. Así, D^a Ana pierde su condición de legitimaria de sus padres, al igual que su hija D^a Sara, la cual no se convierte en legitimaria de sus abuelos, aunque su madre haya premuerto.

Sin embargo, la apartación por sí misma no impide que el apartado pueda recibir bienes del causante por una disposición *mortis causa*, ya que este puede ser beneficiado con un legado o instituido como heredero voluntario. Es decir, el causante puede hacer adjudicaciones al apartado sobre la parte de libre disposición de la herencia³⁴. Bien es cierto que, en virtud del

³³ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *op. cit.*, p. 1401.

³⁴ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, *op. cit.*, p. 980.

art. 226 LDCG, sería posible, si así se ha pactado, excluir a D^a Ana, no solo de su condición de legitimaria, sino también del llamamiento intestado a la herencia de sus padres.

Además, no siempre esta pérdida de la condición de legitimario será absoluta. El apartado podría recuperar su condición de legitimario si no existe el bien dado como prestación en la apartación o si se frustra su percepción o la conservación del mismo debido a causas imputables al causante o a sus herederos³⁵. Esto es, en caso de que se destruya la casa familiar y el negocio farmacéutico o que D. Pepe y D^a Pilar obstaculicen la transmisión de estos bienes.

En otro orden de cosas, aunque el efecto fundamental de la apartación es la exclusión de D^a Ana de la sucesión *mortis causa* de sus padres, el art. 227 LDCG impone que, sin perjuicio de que el apartante pueda dispensar esta obligación, lo dado en apartación se colacione en caso de que concurren a la sucesión el apartado o sus descendientes con otros legitimarios. Además, como se desarrollará en la *Cuestión 2*, a la hora de determinar el haber hereditario del causante, el art. 244.2.^a LDCG ordena que dentro del *donatum* se compute lo dado en apartación y, en virtud del art. 251.2 LDCG, es posible la reducción de la apartación si esta perjudica las demás legítimas.

1.4.8 Ejercicio de la acción para dejar sin efecto la apartación. Supuestos de ineficacia

Cuando su hija muere, D. Pepe y D^a Pilar deciden ejercitar una acción para dejar sin efecto la apartación, por lo que habrá que analizar si esto es posible. Por un lado, el art. 224 LDCG dispone que el apartado queda excluido de su condición de legitimario “*de modo irrevocable*”, por lo que, en principio, no es posible el desistimiento. Así las cosas, dice BUSTO LAGO que la mayoría de la doctrina, aunque rechaza el desistimiento unilateral, sí que considera posible el mutuo disenso como modo extintivo de la apartación, pero solo mientras vivan apartado y apartante y ambos cumplan con los requisitos de capacidad del art. 210 LDCG y de forma del art. 211 LDCG³⁶. Sin embargo, autores como REBOLLEDO VARELA señalan que no es posible ni el desistimiento unilateral, ni el mutuo disenso de la revocación, en la medida en la que el art. 224 LDCG impone que esa “renuncia” es definitiva³⁷.

Por otro lado, en relación con la revocación unilateral por parte del apartante, que es la que se presenta en este supuesto de hecho, BUSTO LAGO manifiesta la posibilidad de que la misma sea factible en supuestos en los que el apartado, una vez celebrado la apartación, hubiese incurrido en causa de desheredación o indignidad para suceder³⁸. No obstante, esto significaría trasladar las previsiones del art. 218 LDCG, precepto dedicado a los pactos de mejora, al ámbito de la apartación, lo cual, en el mejor de los casos, resulta dudoso. De haber querido el legislador prever estas causas extintivas para el pacto de apartación, las habría recogido dentro de las disposiciones generales aplicables a todos los pactos sucesorios, y no las habría reservado a un precepto exclusivo del pacto de mejora. Además, no se debe olvidar que, lo que sí hace el legislador es incluir en el art. 224 LDCG la condición de irrevocabilidad de la apartación.

En todo caso, lo que está claro es que no es posible una revocación unilateral sometida a la libre voluntad de D. Pepe y D^a Pilar por el mero hecho de que haya fallecido su hija, que es lo que pretenden en este caso. De permitirse esta acción, se estaría vulnerando el art. 1256

³⁵ Vid. BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 541.

³⁶ Vid. BUSTO LAGO, J.M., *ibíd.*, p. 549.

³⁷ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, op. cit., p. 971.

³⁸ Vid. BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 550.

CC³⁹. Y desde luego, la prelación del apartado al apartante, como sucede en este caso, es algo totalmente irrelevante en aras a que la apartación sea plenamente eficaz⁴⁰.

1.5 Conclusiones

Una vez analizada pormenorizadamente la figura de la apartación se puede concluir que este pacto celebrado entre D^a Ana y sus padres es válido y eficaz. Según se ha explicado, estos cumplen los requisitos subjetivos: ser mayores de edad y tener plena capacidad de obrar, así como que D^a Ana tenga un eventual derecho a ser legitimaria respecto de sus padres. Además, como se ha desarrollado, es posible que un matrimonio celebre conjuntamente este pacto sucesorio.

Por otra parte, en cuanto al elemento real, en el supuesto se demuestra que D^a Ana renuncia a la legítima y que sus padres le entregan la nuda propiedad de la casa familiar y la plena titularidad del negocio farmacéutico. Es decir, concurre una prestación por parte de los apartantes a la apartada, prestación que tiene un valor económico auténtico.

A su vez, es necesario que se cumpla el requisito formal de que el pacto se otorgue en escritura pública, de lo que nada se dice en el texto, pero, ante la ausencia de información en contrario, se asumirá que así ha sido.

Por último, el hecho de que se pacte la obligación de que D^a Ana cuide de su hermana no excede los límites de la apartación. Es más, de la imposición de esta obligación lo que se deduce es que la verdadera intención de D. Pepe y D^a Pilar al celebrar este pacto sucesorio es salvaguardar el futuro de su hija D^a Fátima, ya que en el propio texto se índice que están “preocupados por el porvenir de su hija Fátima cuando ellos falten”. Esto se debe a que, aunque Fátima no está incapacitada legalmente, sí que “carece de la capacidad volitiva de entender y comprender el alcance y las consecuencias de sus actos”. Por lo que, apartando a D^a Ana e imponiéndole la obligación de cuidar de su hermana, los padres aseguran el cuidado de su hija D^a Fátima al tiempo que le reservan el resto de su patrimonio para cuando ellos fallezcan.

³⁹ “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 CC).

⁴⁰ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, op. cit., pp. 1470 a 1472.

2. Cuestión 2: La apartación y el derecho a la legítima de D^a Fátima.

2.1 Preliminares

Una vez que se ha considerado válido el pacto sucesorio de apartación, en esta segunda cuestión hay que ver si este pacto sucesorio perjudica el derecho a la legítima de D^a Fátima.

Antes de proceder al análisis de esta pregunta hay que tener en cuenta que su planteamiento es, sin lugar a dudas, hipotético, al igual que la respuesta que merece; ya que, tanto jurisprudencial como doctrinalmente se niega que puedan nacer derechos sucesorios antes de que se produzca la apertura de la sucesión ocasionada por la muerte del causante. Por eso hay que aclarar que D^a Fátima no adquirirá ningún derecho a la legítima de sus padres hasta que estos mueran. En palabras del Tribunal Supremo, “en el sistema existente de protección de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible admitir que se dé una protección o tutela de los derechos de los legitimarios hasta que realmente no tengan la cualidad de tales, y eso, sólo puede ocurrir cuando se haya producido el óbito del causante o ascendiente”. En definitiva, “no cabe hablar de legítima o sucesión forzosa sino cuando se ha producido la apertura de la sucesión por la muerte del causante determinante de dicha sucesión”⁴¹.

Así las cosas, para poder resolver esta cuestión es necesario saber qué es el derecho a la legítima, cuánto le corresponde en virtud de este derecho a D^a Fátima y cómo se calcula ese *quantum*. Y como se ha visto en la *Cuestión 1*, la vecindad civil de los protagonistas del supuesto comporta la aplicación de la LDCG, ley que asienta un sistema legitimario propio distinto al del Código Civil.

2.2 Los sistemas legitimarios del Código Civil y de la LDCG

Las “legítimas” constituyen un principio del Derecho sucesorio que se corresponde con el derecho del que gozan tanto los parientes en línea recta (en el caso de la LDCG, solo los descendientes) como el cónyuge del causante a percibir un *quantum* proporcional de su patrimonio después de su muerte, si es que no se recibió en vida⁴². Se configura así la legítima como una manifestación del deber que tiene el causante de compartir sus bienes con los miembros más próximos de su familia (los “legitimarios”), a los que acaso estaba obligado actual o eventualmente a prestar alimentos⁴³. De esta manera, como explica CÁMARA LAPUENTE, podría hablarse de tres clases de sucesiones *mortis causa*: por testamento, sin testamento y sucesión forzosa o contra testamento (la “legítima”), concibiéndose esta última como un “freno o institución límite a la libre disposición del causante”⁴⁴.

Así las cosas, atendiendo al Código Civil, el art. 806 CC define la legítima como la “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. Por su parte, el art. 240 LDCG, que es el régimen de aplicación en este caso, señala 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”. Por tanto, la legítima en el Código Civil se corresponde con el derecho a una parte de los bienes de la herencia. Por su parte, la legítima gallega es un derecho de crédito que no tiene por qué satisfacerse a título de herencia, ni está obligado el causante a nombrar heredero al legitimario, sino que la legítima puede cumplirse tanto *inter vivos* como

⁴¹ Vid. las SSTS 23 septiembre 1992, FJ 6.º y 7.º (RJ\1992\7019), 11 diciembre 2001, FJ 3.º (RJ\2002\2200) y 12 mayo 2005, FJ 3.º (RJ\2005\3994).

⁴² Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., p. 309 y CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, op. cit., p. 33.

⁴³ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., p. 6.

⁴⁴ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, op. cit., p. 40.

mortis causa, y, en este último caso, puede hacerse por cualquier título⁴⁵, y ya sea por medio de una atribución patrimonial en bienes o dinero, pertenezca o no este último al causante⁴⁶. En línea con esto, en sede legitimaria, el propio art. 246 LDCG faculta al heredero para pagar la legítima en “*metálico, aunque sea extrahereditario*”, si se da el supuesto de que el causante no haya afectado ningún bien a tal fin.

En definitiva, la Ley gallega no concede al legitimario, en este caso a D^a Fátima, el derecho a participar en los bienes que componen la herencia de sus padres, sino el derecho a que reciba una atribución patrimonial por cualquier título con cargo al haber hereditario líquido, siendo indiferente que sea por un acto *inter vivos* o *mortis causa*, ya sea mediante la institución de heredero o a través de un legado⁴⁷. Eso sí, sea cual sea el medio, en todo caso, la atribución debe ser a título gratuito, ya que se está ante un enriquecimiento por imperativo legal⁴⁸.

En este orden de cosas, centrándome ya exclusivamente en el régimen sucesorio gallego, hay que decir que la LDCG cuenta con una regulación propia y completa de su sistema legitimario en los arts. 238 a 266 LDCG, no habiendo, en general, remisiones al Código Civil como sí había anteriormente en la LDCG de 1995. De esta forma, como se irá viendo a lo largo del desarrollo de esta pregunta, la LDCG opta preferentemente por la libertad de testar y por la disminución de la fuerza del sistema legitimario a través de una configuración de la naturaleza jurídica de la legítima y una posición del legitimario basadas en principios diferentes a los del Código Civil. Y entre las novedades que introduce esta Ley, destaca la exclusión de los ascendientes como legitimarios, la reducción de la cuota legitimaria, tanto de los descendientes como del cónyuge viudo, así como la naturaleza personal de la legítima⁴⁹.

2.2.1 Los legitimarios y la cuota legitimaria

Para que nazca la condición de legitimario es necesario que se den tres requisitos: la muerte del causante, la existencia del potencial legitimario y que exista un vínculo de parentesco entre estas dos personas. En relación con el primer presupuesto (que se deba de producir la muerte del causante), está la prohibición de que el potencial legitimario no puede impugnar los actos del causante mientras este esté vivo. El segundo requisito es que el potencial legitimario debe de vivir en el momento que se produce la apertura de la sucesión *mortis causa* del causante. Este presupuesto cobra especial relevancia en el caso de que se produzca la premoriencia de un legitimario respecto al causante. Por último, es el art. 238 LDCG el que, separándose del régimen del Código Civil, reconoce que “*son legitimarios: 1.º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos 2.º El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho*”⁵⁰.

Si concurren estos tres requisitos, el potencial legitimario adquiere dicha condición. No obstante, esta se puede ver frustrada por tres circunstancias: porque el potencial legitimario sea

⁴⁵ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima”, en *ADC*, Tomo XXXIX, fasc. I, 1986, p. 56 y LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., p. 322.

⁴⁶ La doctrina diferencia así entre la legítima *pars bonorum* del Código Civil y la legítima *pars valoris* gallega (vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil”, en *ADC*, Tomo XXIII, fasc. I, 1970, pp. 14 a 121, ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., pp. 625, 639 y 679 y REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1026 y 1036).

⁴⁷ Entre muchas otras, vid. la SAP de A Coruña 7 diciembre 2011, FJ 7.º (JUR\2012\15523).

⁴⁸ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., p. 640 y REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1025.

⁴⁹ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1018.

⁵⁰ Vid. DÍAZ TEJEIRO, C.M^a., *El sistema legitimario gallego* (tesis doctoral), A Coruña, 2017, pp. 25 a 59.

declarado indigno, porque sea justamente desheredado o porque haya celebrado válidamente una apartación con el causante⁵¹.

Dicho todo esto, no cabe ninguna duda de que al ser descendientes directas de D. Pepe y D^a Pilar, D^a Fátima y D^a Ana, tienen un derecho potencial a la legítima respecto de la sucesión *mortis causa* de sus padres. No obstante, aun dándose el primer presupuesto (esto es, que mueran D. Pepe y D^a Pilar), en D^a Ana no concurre el segundo requisito por haber premuerto a sus padres. Es más, aunque se cumpliera esto y su óbito fuese posterior al de sus progenitores, tampoco en ese caso sería legitimaria, ya que ella misma ha renunciado a este derecho al celebrar el pacto de apartación. Además, aun permitiendo el art. 238 LDCG que sean legitimarios los descendientes de hijos premuertos, lo que posibilitaría que D^a Sara ocupase el lugar de su madre en la herencia de sus abuelos, en este caso tampoco D^a Sara es legitimaria. Esto se debe a que, en virtud del pacto de apartación, como se ha explicado en la *Cuestión I*, el apartado renuncia a su derecho a la legítima para sí y para su linaje (*ex. art. 224 LDCG*). Por su parte, si D^a Fátima sobrevive a sus padres, cuando estos mueran surgirá su derecho a la legítima, siempre que no sea declarada indigna, no sea desheredada justamente o no haya celebrado, al igual que lo hizo su hermana, un pacto de apartación en vida de sus padres.

Finalmente, en estrecha relación con esto, es importante recordar que no se debe confundir la condición de “legitimario” con la de “heredero forzoso”. En virtud del art. 660 CC, se sabe que el heredero es el que sucede a título universal, mientras que el legatario lo hace a título singular. Por tanto, si un legitimario, como es el caso de D^a Fátima, recibe lo que le corresponde por legítima a título particular, no sería heredera, por ello es más correcto utilizar el término de “legitimario” y no el de “heredero forzoso”⁵².

En otro orden de cosas, como se ha adelantado, en los ordenamientos civiles autonómicos la cuantía de la legítima acostumbra ser inferior a la dispuesta en el Código Civil⁵³. Muestra de ello es que la LDCG en su art. 243 indica que “*constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes*”. Por tanto, las otras tres cuartas partes son de libre disposición.

2.3 El cálculo de la legítima de D^a Fátima

Explicada la legítima y sus particularidades en la legislación gallega, para saber si el pacto de apartación celebrado por sus padres con su hermana D^a Ana ha perjudicado a D^a Fátima hay que calcular su legítima respecto a D. Pepe y D^a Pilar. Pero, con carácter previo a este cálculo, se debe tener en cuenta la siguiente consideración.

Como quiebra a la rigidez del sistema legitimario propio del Derecho común, en sede de partición, el art. 282 LDCG establece que, “*en la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges, la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes. En este caso, no podrán reclamarse las legítimas hasta el fallecimiento del último de los cónyuges*”. Esta regulación de la partición conjunta y unitaria tiene como finalidad que los cónyuges puedan realizar conjuntamente “la distribución del patrimonio de que ambos son titulares, de forma tal que se constituya una masa común de bienes

⁵¹ En cambio, sí que se adquiriría la condición de legitimario a pesar de que posteriormente se renuncie a este derecho. Así se infiere si se tiene en cuenta la dicción del art. 242 LDCG que sanciona con la nulidad “*toda renuncia o transacción sobre la legítima*” realizada en vida del causante.

⁵² Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima”, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁵³ *Cfr.* art. 808 CC.

de la que se tomen, sin distinción alguna en cuanto a su origen, los que deseen para cubrir las cuotas de los instituidos en ambas sucesiones”⁵⁴.

De esta manera, cuando se acude a esta figura, los cónyuges pueden disponer de la totalidad de sus bienes, independientemente de su pertenencia a uno de ellos o a ambos con carácter ganancial⁵⁵. No obstante, aunque la LDCG brinda la posibilidad de que D. Pepe y D^a Pilar dispongan de sus bienes gananciales y privativos como si fuesen un patrimonio único, ante todo, rige el principio de intangibilidad cuantitativa de las legítimas. Por lo que el derecho de un legitimario común a ambos cónyuges habrá de calcularse separadamente respecto de cada una de las dos sucesiones *mortis causa*⁵⁶. En definitiva, el derecho a la legítima de D^a Fátima habrá de calcularse separadamente respecto de la sucesión de cada uno de sus dos padres.

Dicho esto, para calcular la legítima de D^a Fátima es necesario desarrollar las siguientes operaciones respecto de sus dos padres: primero, hay que liquidar la sociedad de gananciales de sus padres; después, hay que saber qué bienes componen la herencia de D. Pepe y D^a Pilar para calcular el haber hereditario líquido, esto es, la suma del *relictum* (es decir, el valor de la herencia liquidada: activo menos pasivo) y el *donatum*; a continuación, se aplicará el cuarto de legítima que corresponde a los descendientes sobre el valor del haber hereditario líquido para obtener la legítima global; y, por último, al dividir la legítima global entre el número de descendientes se hallará la legítima individual que corresponde a D^a Fátima⁵⁷.

Finalmente, tener en cuenta que, en tanto en cuanto los herederos son continuadores de los causantes por no haber renunciado a esta condición, son ellos mismos quienes deben probar qué bienes forman parte de la masa hereditaria, y con ello fijar la porción de legítima⁵⁸. Es decir, sería D^a Fátima la encargada de probar qué bienes integran la herencia.

2.3.1 La liquidación de la sociedad de gananciales

Dado que la fijación de las dos legítimas a las que tiene derecho D^a Fátima requiere que se conozca el valor de los bienes gananciales de sus padres, es necesario que, previamente, se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales que existe entre D. Pepe y D^a Pilar⁵⁹. Esta materia no es objeto de estudio en esta cuestión, por lo que me limito a indicar que, en virtud de los arts. 1344 y 1404 CC, el patrimonio común de los cónyuges (la casa familiar, el piso, las fincas, la nave industrial y los tres coches) se dividirá por mitades entre ambos.

2.3.2 La composición de la herencia y la computación del haber hereditario líquido

Una vez liquidada la sociedad de gananciales existente entre D. Pepe y D^a Pilar ya es posible establecer qué bienes y derechos componen cada una de sus herencias. Así las cosas,

⁵⁴ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Comentarios a los artículos 270 a 282 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1241.

⁵⁵ Vid. FREIRE BARRAL, G., “Comentarios a los artículos 279 a 282 LDCG”, en CORA GUERREIRO, J.M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F.M. y PEÓN RAMA, V.J. (coord.), *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*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, vol. II, p. 1101.

⁵⁶ Vid. FREIRE BARRAL, G., *ibíd.*, p. 1101 y DÍAZ MARTÍNEZ, A., *ibíd.*, p. 1242.

⁵⁷ Sobre el cómputo y cálculo del haber hereditario líquido y de la legítima, con cita de otras sentencias, vid. las SSTs 21 abril 1997, FJ 2.º (RJ\1997\3248), 28 septiembre 2005, FJ 2.º (RJ\2005\7154) y 24 enero 2008, FJ 2.º y 4.º (RJ\2008\306), así como la STSJ de Galicia 24 abril 2012, FJ 5.º (RJ\2012\6362).

⁵⁸ Entre otras, vid. la STS 21 abril 1997, FJ 5.º (RJ\1997\3248).

⁵⁹ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1039.

ante el silencio que guarda la LDCG a respecto de la composición de la herencia, hay que acudir supletoriamente al Código Civil, cuyo art. 659 indica que “*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”⁶⁰. No obstante, este precepto no delimita correctamente la composición de la herencia, sino que se limita a dar una regla general, por lo que habrá que acudir a la jurisprudencia, aunque esta tampoco ha prestado especial atención al problema⁶¹.

El Tribunal Supremo se limita a decir que “en la sucesión a título universal se opera la transmisión al heredero del complejo de relaciones jurídicas del causante, salvo los derechos y obligaciones que se extingan por la muerte del *de cuius*”. Asegurando además que serán intransmisible, con carácter general, “los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular”. Tampoco podrán transmitirse “algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona”⁶².

En definitiva, excluidos estos bienes y derechos, y atendiendo a los datos del supuesto de hecho, se puede concluir que, si la sucesión *mortis causa* de D. Pepe y D^a Pilar se abriese en este preciso momento, su herencia estaría formada por el piso de Santiago, las fincas de Padrón, la nave industrial de Pontecesures y los tres coches.

En este orden de cosas, una vez decretados qué bienes pueden ser transmitidos *mortis causa*, el art. 244 LDCG explica cómo se debe calcular el haber hereditario líquido, esto es, qué bienes computan para determinar la masa patrimonial que servirá como base para el posterior cálculo de las legítimas. Este art. 244 LDCG señala que, el haber hereditario del causante estará compuesto por el *relictum* y el *donatum*. El *relictum* es el valor del activo hereditario en el momento de la muerte del causante, deducidas las obligaciones y cargas. Teniendo en cuenta que, “*dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima*”. El *donatum* está determinado por “*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*”⁶³.

En conclusión, el *quantum* de la legítima se calcula sobre una masa patrimonial ficticia, el haber hereditario, que estará formado por el *relictum* y el *donatum*, teniendo en cuenta que para el *relictum* se tomará el valor de los bienes en el momento de la apertura de la sucesión actualizado monetariamente al momento en que se pague la legítima, mientras que para el *donatum* habrá que valorar los bienes en el momento en que se haya realizado la disposición⁶⁴. Así, el hecho de que para valorar los bienes se tenga en cuenta el momento de la muerte del causante implica que también es el estado que tengan en ese momento el que se toma en consideración. De modo que no serán valoradas las mejoras, deterioros o pérdidas que puedan sufrir estos bienes con posterioridad a este momento⁶⁵.

⁶⁰ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1039.

⁶¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., p. 26.

⁶² Vid. la STS 11 octubre 1943, Cdo. 3.º y 4.º (RJ\1943\1034).

⁶³ Se podría tratar el término “*relictum*” como un equivalente de “herencia”, dado que el art. 659 CC señala que “*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*” y, paralelamente, el art. 244 LDCG explica que, para fijar el *relictum*, habrán de computarse “*todos los bienes y derechos del capital relicto*”, y también “*sus deudas*”.

⁶⁴ El criterio de que la valoración de los bienes se realice con referencia al tiempo del fallecimiento del causante es coherente con la concepción de la legítima como *pars valoris* (vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1040).

⁶⁵ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., pp. 685 y 686 y REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1040.

2.3.2.1 El *relictum*

En el concreto supuesto de hecho de este trabajo, para la determinación del *relictum* hay que analizar los siguientes dos aspectos. En primer lugar, de todos los bienes que formarían la herencia de D. Pepe y D^a Pilar, teniendo en cuenta los que tienen en este preciso momento, especial atención merece la casa familiar. Ya que, fruto de la celebración de la apartación, han perdido la nuda propiedad de este bien, que solo poseen en usufructo, por lo que estos derechos se extinguen con su muerte y no se computan. Sin embargo, el valor de este bien sí que se tendrá en cuenta a la hora de calcular la legítima en la medida en la que el valor de lo dado en apartación forma parte de la partida del *donatum*⁶⁶. En segundo lugar, en cuanto al elemento pasivo, tener presente que, REBOLLEDO VARELA sostienen que, aunque el art. 244 LDCG no lo diga expresamente, se asume el criterio del derogado art. 147.2.^a b) de la LDCG de 1995 y se contabilizan como pasivo “los gastos de última enfermedad, enterramiento y funeral”⁶⁷.

2.3.2.2 El *donatum*

Además de incluir en la partida del *donatum* todas las liberalidades *inter vivos* que puedan haber realizado D. Pepe y D^a Pilar, hay que tener en cuenta que también se debe incorporar aquí el valor de lo que los padres han entregado a su hija D^a Ana por el pacto sucesorio celebrado. Esto es, la nuda propiedad de la casa familiar y la plena titularidad de la farmacia. No obstante, lo contradictorio es que lo entregado en apartación se contabilice junto con los bienes transmitidos a título lucrativo, dado que ha quedado demostrado su carácter de negocio oneroso. Sin embargo, esta previsión evita que el causante, en este caso, los dos progenitores, puedan defraudar la legítima de los demás descendientes que no fueron parte del pacto de apartación, es decir, de D^a Fátima⁶⁸.

2.3.3 La legítima global y la legítima individual

Una vez calculado el valor del patrimonio del causante, es decir, del haber hereditario líquido, sobre él se calcula la cuarta parte de legítima que corresponde, en conjunto, a todos los descendientes. A continuación, se calcula la legítima individual que corresponde a cada legitimario dividiendo esa legítima global de forma paritaria entre todos los hijos o, en su caso, sus stirpes, tal y como resulta de los arts. 238, 239 y 243 LDCG⁶⁹.

Así las cosas, para obtener esta legítima individual, hay que tener en cuenta lo siguiente⁷⁰. Para calcular el número de descendientes: hacen número todos los hijos que el causante deje a su fallecimiento; de haber premuerto algún hijo del causante con descendencia,

⁶⁶ Sobre la extinción de los derechos de usufructo, vid. la SAP de Barcelona 12 noviembre 2003, FJ. 2.º (JUR\2004\4917).

⁶⁷ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1040. En cuanto a la jurisprudencia, entre otras, vid. la SAP de Barcelona 12 noviembre 2003, FJ 2.º (JUR\2004\4917) y el AAP de Islas Baleares 29 diciembre 2003, FJ 2.º (AC\2004\350); contrariamente, la STS 22 noviembre 1991, FJ 4.º (RJ\1991\8477) afirma que estos gastos habrán de deducirse del tercio de libre disposición, esto es, se tendrán en cuenta una vez calculada la legítima de los descendientes.

⁶⁸ Vid. DÍAZ TEIJEIRO, C.M^a., *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 45, así como la SAP de A Coruña 7 diciembre 2011 (JUR\2012\15523).

⁶⁹ Autores como ESPINOSA DE SOTO diferencian entre la legítima colectiva, la cuota global que corresponde en conjunto a los legitimarios, y la legítima individual la cuota que corresponde a cada legitimario, (vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., p. 676). En cambio, para REBOLLEDO VARELA, al no existir en la LDCG el tercio de mejora (propio del Derecho civil común), no se habla de legítima colectiva en el sentido del Código Civil, sino que se hace referencia a una cuota única de legítima (vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., pp. 1034 y 1035).

⁷⁰ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., p. 696.

serán estos descendientes, como stirpe, los que hagan número como si fuesen un único hijo; y también hacen número los apartados, aunque a tenor de los arts. 224 y 239 LDCG no son legitimarios ni estos ni sus descendientes⁷¹. Esto es, en el caso de la legítima de D. Pepe y D^a Pilar habría que dividir la legítima individual en dos partes iguales para obtener la legítima individual, ya que D^a Ana y su hija D^a Sara, aunque están apartadas, también hace número.

De esta manera, al regir la norma de no acrecimiento respecto de los bienes dados al apartado, las legítimas de los demás funcionan con total autonomía e independencia y no se ven afectadas por la apartación⁷². En otras palabras, el apartado y sus descendientes se tienen en cuenta para determinar las legítimas individuales del resto, pero su parte no corresponde a los demás legitimarios, no acrece su cuota, sino que incrementa la parte de libre disposición del causante⁷³. En definitiva, la única consecuencia de que D^a Ana y su stirpe hagan número para calcular la legítima individual es que D. Pepe y D^a Pilar, por transmitir en vida esos bienes a la apartada, a cambio, se benefician de una mayor libertad de testar que equivale al valor de la legítima del descendiente apartado.

2.3.4 Aplicación al supuesto de hecho

Desarrolladas las operaciones necesarias para llevar a cabo la computación del haber hereditario líquido, así como el cálculo de la legítima global y la legítima individual, se procede a aplicarlas en el presente caso práctico.

En primer lugar, con los datos facilitados en el supuesto de hecho, si se produjese el óbito de D. Pepe y D^a Pilar ahora mismo, la computación se haría del siguiente modo. Por un lado, integrarían el caudal relicto de D. Pepe los siguientes bienes: la mitad del valor del piso de Santiago de Compostela ($120.000/2 = 60.000$ euros), la mitad del valor de las fincas de Padrón ($150.000/2 = 75.000$ euros), la mitad del valor de la nave industrial de Pontecesures ($140.000/2 = 70.000$ euros) y la mitad del valor de los tres coches ($60.000/2 = 30.000$ euros)⁷⁴. Por su parte, formarían el donatum de D. Pepe: la farmacia Calo (200.000 euros) y la mitad del valor de la casa familiar ($370.000/2 = 185.000$ euros). Por otro lado, el caudal relicto de D^a Pilar estaría integrado por: la mitad del valor del piso de Santiago de Compostela ($120.000/2 = 60.000$ euros), la mitad del valor de las fincas de Padrón ($150.000/2 = 75.000$ euros), la mitad del valor de la nave industrial de Pontecesures ($140.000/2 = 70.000$ euros) y la mitad del valor de los tres coches ($60.000/2 = 30.000$ euros). El donatum de D^a Pilar estaría compuesto por la mitad del valor de la casa familiar ($370.000/2 = 185.000$ euros).

Así las cosas, a modo de resumen, de la dicción literal del art. 244 LDCG, se puede inferir que el haber hereditario líquido se calcula del siguiente modo. Al activo se le restará el pasivo para obtener el relictum, y este último sumado al donatum da como resultado la base ideal o haber hereditario líquido, que es la que se utilizará para calcular las cuotas legitimarias. A tenor de esto, el haber hereditario líquido de D. Pepe sería el siguiente: $(60.000 + 75.000 + 70.000 + 30.000) - 0 = 235.000 \rightarrow 235.000 + (200.000 + 185.000) = 620.000$ euros. Mientras que el haber hereditario líquido de D^a Pilar sería: $(60.000 + 75.000 + 70.000 + 30.000) - 0 = 235.000 \rightarrow 235.000 + (185.000) = 420.000$ euros.

⁷¹ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., p. 1021.

⁷² Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., pp. 626, 634 y 677.

⁷³ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG” y “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, op. cit., pp. 982, y 1018 y 1023, respectivamente.

⁷⁴ Se atribuye la mitad del valor de estos bienes porque, en la medida en la que se trata de bienes gananciales, por la liquidación de la sociedad de gananciales, tal y como se ha explicado en el *epígrafe 2.3.1*, su valor debe dividirse por mitades entre los dos cónyuges.

En segundo lugar, hecha la computación del haber hereditario líquido, hay que realizar las operaciones necesarias para hallar las legítimas global e individual. Por un lado, como dispone el art. 238 LDCG, la legítima que corresponde a los descendientes es de un cuarto. Así, de la división de la base ideal entre ese cuarto se obtendría la denominada “legítima global”: la legítima global respecto de D. Pepe ($\frac{1}{4}$ de 620.000 euros) sería de 155.000 euros, y la legítima global respecto de D^a Pilar ($\frac{1}{4}$ de 420.000 euros) se correspondería con 105.000 euros.

Para obtener la legítima individual, si se abriese la sucesión mortis causa de D. Pepe y D^a Pilar en este momento, la legítima global habría que repartirla entre dos descendientes, dado que, aunque D^a Ana ha premuerto a sus padres, por estar ya apartada, hace número a la hora de calcular la legítima individual. Así las cosas, para saber cuál es el derecho a la legítima que le correspondería a D^a Fátima, habría que dividir la legítima global entre dos: la legítima individual de D^a Fátima respecto de D. Pepe ($\frac{1}{2}$ de 155.000 euros) sería de 77.500 euros, y respecto de D^a Pilar ($\frac{1}{2}$ de 105.000 euros) de 52.500 euros. La suma de estas dos cantidades haría un total de 130.000 euros, cifra que fácilmente podría ser satisfecha con la herencia de sus padres. Por tanto, se puede concluir que, si D. Pepe y D^a Pilar se muriesen en este preciso momento y manteniendo este patrimonio, no habrían perjudicado el derecho a la legítima de D^a Fátima por haber celebrado con su otra hermana una apartación.

2.4 La protección de la legítima

Así las cosas, aunque a tenor del cálculo realizado el derecho a la legítima de D^a Fátima no se ha visto perjudicado por la apartación, como en todo momento se está hablando de una situación futura, esto es, de la muerte de D. Pepe y D^a Pilar, es posible que cuando esta se produzca, no haya bienes suficientes en sus herencias para satisfacer el derecho a la legítima de D^a Fátima. Y como se viene diciendo, la legítima individual es intangible cuantitativamente, de tal forma que, paralelamente a lo que dispone el Código Civil, la LDCG impone un *quantum* mínimo que debe otorgar el progenitor a su descendiente, reconociéndole, además, a este último, la posibilidad de ejercitar las acciones de suplemento de legítima y las de reducción de disposiciones inoficiosas en caso de que se quebrante su derecho a la legítima. No obstante, al ser en este caso D^a Fátima la única legitimaria, no es posible el suplemento de legítima, por lo que se hay que centrar en la posible reducción de las disposiciones inoficiosas⁷⁵.

En este orden de cosas, el art. 251 LDCG contempla varias soluciones para el hipotético caso de que en la herencia no haya bienes suficientes para satisfacer el pago de la legítima de D^a Fátima y no sea posible el ejercicio de la acción de suplemento de legítima. En ese caso, igual que sucede en el Código Civil⁷⁶, las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* que puedan perjudicar las legítimas no serán sancionadas con la nulidad, sino que podrán reducirse en cuanto sean inoficiosas o excesivas⁷⁷. Además, la insuficiencia de los bienes de la herencia para pagar las legítimas debería de ser demostrada por el propio legitimario (D^a Fátima), esto es, por quien afirma la inoficiosidad o exceso de las disposiciones que perjudican la legítima⁷⁸.

Por otro lado, al igual que en el régimen del Código Civil, solo se podrá determinar la inoficiosidad de donaciones o pactos sucesorios si se produce el fallecimiento del causante con legitimarios. En relación con ello, el Tribunal Supremo asegura que ningún hijo, aunque su fin sea “defender sus posibles y futuros derechos legitimarios”, posee legitimación activa *ad*

⁷⁵ Sobre la reducción de las disposiciones inoficiosas: vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los arts. 250 a 252 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1091 a 1097.

⁷⁶ *Cfr.* arts. 815 y 817 CC. Y, con cita de otras sentencias, vid. la STS 28 septiembre 2005, FJ 2.º (RJ\2005\7154).

⁷⁷ Entre otras, vid. las SSTS 28 febrero 1966, Cdo. 2.º (RJ\1966\2608) y 21 abril 1997, FJ 2.º (RJ\1997\3248).

⁷⁸ Sobre la carga de demostrar la insuficiencia de bienes, entre muchas otras, vid. las SSTS 13 febrero 1951, Cdo. 3.º y 4.º (RJ\1951\258), 21 abril 1997, FJ 2.º (RJ\1997\3248) y 28 febrero 2002, FJ 3.º y 5.º (RJ\2002\4148).

causam “para poder impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos que estos, en uso de sus plenos e indiscutibles derechos, hayan realizado de sus bienes o de algunos de ellos en favor de otro de sus hijos”. Todo esto, al margen de que se puedan iniciar “otras vías tendentes a conseguir efectos satisfactorios análogos a través de los cauces existentes al respecto en nuestro ordenamiento”, y tampoco ello es impedimento para que, una vez producido el óbito de los padres, los hijos puedan impugnar dichos actos dispositivos, “si resulta que con los mismos se han perjudicado sus derechos legitimarios”⁷⁹.

Además, de la misma forma que sucede en el Derecho común, primero debe calcularse la legítima y, posteriormente, en su caso, se determinaría la inoficiosidad. Es decir, no es posible que operen las reducciones sin la previa determinación del importe de la legítima⁸⁰.

En todo caso, si D^a Fátima tuviese que acudir a esta opción, a tenor de lo dispuesto en el art. 251 LDCG, las reducciones deberían llevarse a cabo en el siguiente orden: primero, los legados inoficiosos a prorrato; a continuación, las donaciones inoficiosas (comenzando por las más recientes); y, por último, las apartaciones y pactos sucesorios a prorrato. Por tanto, aunque siempre en caso de que los legados y donaciones hechos por D. Pepe y D^a Pilar no fuesen suficientes, sería posible reducir la apartación hecha a D^a Ana, lo cual tiene sentido si se tiene en cuenta que lo dado como prestación en este pacto sucesorio puede no limitarse a satisfacer la legítima del apartado, ya que, es posible que exceda esa cuantía considerablemente y, consecuentemente, perjudique el mismo derecho de los demás legitimarios⁸¹.

Finalmente, como se ha dicho, si se abriesen ahora mismo las sucesiones *mortis causa* de D. Pepe y D^a Pilar, no se perjudicaría el derecho a la legítima de D^a Fátima, por lo que no sería necesario que esta ejercitase ninguna acción para garantizar su derecho. No obstante, es menester saber que, en caso de perjuicio a su legítima, no habría impedimento para que, si muere D^a Fátima, sus propios herederos ejerciten válidamente las acciones en defensa de la legítima de su causante⁸². Teniendo la acción de reducción de disposiciones inoficiosas un plazo prescriptivo de quince años (*ex. art. 252 LDCG*).

2.5 Conclusiones

En conclusión, el derecho a la legítima de D^a Fátima no se ve perjudicado por la apartación celebrada por sus padres con su hermana en la medida en la que este derecho solo es una expectativa y no nace efectivamente hasta que se produzca el óbito de D. Pepe y D^a Pilar. En todo caso, de producirse este fallecimiento inmediatamente, con los escasos datos facilitados en el supuesto, se puede concluir que el derecho a la legítima de D^a Fátima no se vería quebrantado, ya que quedan suficientes bienes en la herencia de sus padres para cubrir el *quantum* al que esta tiene derecho.

No obstante, debido a las variaciones a las que está sujeto todo patrimonio, es posible que la apartación celebrada con D^a Ana no fuese inoficiosa en el momento de su celebración, pero sí que lo sea posteriormente. Así, de producirse la apertura de las sucesiones *mortis causa* de D. Pepe y D^a Pilar en un momento futuro en el que sus herencias se hayan visto mermadas respecto a los bienes que hay actualmente en sus patrimonios, el derecho a la legítima de D^a Fátima sí que podría verse perjudicado. En ese caso, para proteger su derecho legitimario, D^a Fátima podría reducir la apartación inoficiosa.

⁷⁹ Entre muchas otras, vid. las SSTS 17 octubre 1958, Cdo. 2.º (RJ\1958\3098), 23 septiembre 1992, FJ 5.º (RJ\1992\7019), 24 enero 1998, FJ 3.º (RJ\1998\152) y 12 mayo 2005, FJ 3.º (RJ\2005\3994).

⁸⁰ Vid. las SSTS 21 abril 1997, FJ 3.º (RJ\1997\3248) y 28 febrero 2002, FJ 3.º (RJ\2002\4148).

⁸¹ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., p. 774.

⁸² Vid. la STS 11 octubre 1943 (RJ\1943\1034).

3. Cuestión 3: El régimen de los bienes objeto del pacto sucesorio de apartación respecto de la sociedad de gananciales de D. Manuel y D^a Ana.

3.1 Introducción

En esta tercera pregunta se trata de analizar si los bienes objeto del pacto sucesorio de apartación entran o no a formar parte de la sociedad de gananciales de D. Manuel y D^a Ana.

D^a Ana se casa con D. Manuel en junio del 2018 y el régimen económico matrimonial escogido por estos es la sociedad de gananciales, que, además, es el régimen económico supletorio tanto en el Código Civil (*ex. art. 1316 CC*) como en el Derecho gallego (*ex. art. 171 LDCG*). Por lo tanto, procede analizar en qué consiste este régimen económico matrimonial para saber si los bienes objeto de la apartación forman o no parte de la sociedad de gananciales.

En este caso, los dos sujetos tienen distinta vecindad civil: D^a Ana es gallega y D. Manuel es canario, por lo que ostenta la vecindad civil común. Así las cosas, habrá que aplicar la norma de conflicto de leyes interregionales que se contiene en el art. 16.3 CC, la cual remite al art. 9.2 CC. Este último precepto dispone que *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”*.

Dicho esto, dado que la ley personal de los cónyuges no es común, y se desconoce si han otorgado documento auténtico en el que eligen ley personal, es aplicable la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio que, como se sabe por el relato de los hechos, se sitúa en Padrón. En definitiva, la ley personal es la gallega, por lo que el matrimonio de D^a Ana y D. Manuel se regirá por la legislación propia de Galicia. No obstante, ante el silencio legal de la LDCG en lo que a la sociedad de gananciales se refiere, hay que acudir, supletoriamente (*ex. art. 1.3 LDCG*), a lo dispuesto en el Código Civil, que regula la sociedad de gananciales en los arts. 1344 a 1410 CC.

3.2 Concepto y naturaleza de la sociedad de gananciales

El art. 1344 CC ofrece el concepto legal de la sociedad de gananciales diciendo que *“mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*. Así las cosas, el régimen de gananciales implica que surja, entre los cónyuges, un patrimonio común legalmente determinado e integrado por los denominados “bienes gananciales”, los cuales pueden coexistir con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges. De esta manera, las tres masas de bienes que se pueden formar son: la de bienes gananciales, la de bienes privativos de un cónyuge y la de bienes privativos del otro. Estas dos últimas son totalmente autónomas e independientes, como lo demuestra el hecho de que es posible que entre ellas se produzcan transmisiones patrimoniales o surjan relaciones crediticias y de débito. Esta sociedad carece de personalidad jurídica propia, son los cónyuges quienes son los titulares de los bienes gananciales, sobre los cuales impera la cogestión y la coadministración por parte del matrimonio⁸³.

⁸³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales”, en *ADC*, Tomo XLIII, fasc. IV, 1990, pp. 1035 y 1037 y MORALEJO IMBERNÓN, N., “La sociedad de gananciales”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4.^a ed., Bercal, Madrid, 2015, p. 151. En cuanto a la jurisprudencia, entre otras, vid. la STS 26 marzo 1979, Cdo. 5.º (RJ\1979\920).

En cuanto a la naturaleza jurídica de este régimen económico matrimonial, esta ha sido objeto de disputa desde su origen, tanto doctrinal como jurisprudencial. Sin embargo, autores como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ o VALLET DE GOYTISOLO consideran “teoría oficial” la que es la postura mayoritaria: atribuir a esta sociedad la condición de comunidad de bienes de tipo germánico, comunidad que se caracteriza por la ausencia de cuotas y la imposibilidad de que sus miembros pidan la partición de la misma⁸⁴.

En definitiva, a tenor del régimen económico matrimonial analizado, se conforma entre D. Manuel y D^a Ana una sociedad en la que pueden coexistir hasta tres distintas y autónomas masas de bienes: la de bienes gananciales, la de bienes privativos de D^a Ana y la de bienes privativos de D. Manuel.

3.3 Inicio y final de la sociedad de gananciales

En virtud del art. 1345 CC, la sociedad de gananciales comienza cuando se celebra el matrimonio o, con posterioridad, cuando se pacte este régimen económico en las capitulaciones matrimoniales. Por lo tanto, dado que en el supuesto nada se dice acerca de unas hipotéticas capitulaciones matrimoniales, se entiende que la vigencia de la sociedad de gananciales existente entre D. Manuel y D^a Ana tiene su inicio en junio de 2018, momento en el que la pareja contrajo matrimonio.

Las causas de disolución de la sociedad de gananciales están reguladas taxativamente en los arts. 1392 y 1393 CC. Así, en virtud del primero de estos preceptos, concluye este régimen económico matrimonial automáticamente: en el momento que se disuelve el matrimonio por los supuestos previstos en el art. 85 CC, cuando el matrimonio es declarado nulo, si se acuerda la separación legal de los cónyuges o cuando estos convienen otro régimen económico distinto en capitulaciones.

El art. 1393 CC añade a estas causas de disolución otras cuatro que requieren la solicitud de uno de los cónyuges y una decisión judicial: si el otro cónyuge es judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia; también si realiza por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro cónyuge en la sociedad; a su vez, si llevan separados de hecho más de un año, sea por acuerdo mutuo o por abandono del hogar; y, por último, si se incumple grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de las actividades económicas.

Por último, hay que tener en cuenta que, en virtud de los arts. 1325 y 1326 CC, D. Manuel y D^a Ana podrían haber modificado o sustituido su régimen económico matrimonial. No obstante, dicho lo anterior y dado que en el supuesto de hecho no se menciona que se produzca ningún tipo de cambio, se asume que la sociedad de gananciales se mantiene hasta la disolución del matrimonio, la cual tiene lugar el 17 de diciembre de 2019, día en que D^a Ana fallece.

⁸⁴ Dado que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales no es materia objeto de este trabajo, me voy a limitar a citar las fuentes en las que se explica la disyuntiva doctrinal y jurisprudencial que existe acerca de este tema: entre otros, vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, en *ADC*, Tomo XXXIX, fasc. II, 1986, p. 341, VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales”, op. cit., pp. 1021 a 1054, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, en *ADC*, Tomo XLV, fasc. III, 1992, pp. 875 a 928 y MORALEJO IMBERNÓN, N., “La sociedad de gananciales”, op. cit., pp. 151 y 152. En cuanto a la jurisprudencia, con cita de otras sentencias, vid. la STS 8 febrero 2016, FJ 4.º (RJ\2016\522).

3.4 Las masas patrimoniales

Las reglas que determinan la pertenencia de los bienes existentes en el matrimonio a las masas privativas de los cónyuges o a la masa ganancial se recogen en los arts. 1346 a 1360 CC. El primero de ellos está dedicado a los bienes privativos, el art. 1347 CC recoge los bienes gananciales y los arts. 1348 a 1360 CC abordan diferentes reglas sobre la privatividad o ganancialidad de los bienes. Sin embargo, hay que tener presente que estos preceptos no son de obligado cumplimiento, ya que los cónyuges pueden pactar en capitulaciones un régimen distinto al previsto en estos artículos, teniendo en cuenta que la oponibilidad de lo que puedan pactar frente a terceros dependerá de su publicidad. En todo caso, dado que, como ya se ha comentado, en el supuesto de hecho no se hace alusión en ningún momento a que existan capitulaciones matrimoniales, se entiende que el régimen económico matrimonial de D^a Ana y D. Manuel se rige por las reglas de los arts. 1346 a 1360 CC⁸⁵.

3.4.1 Los bienes privativos

En virtud del art. 1346 CC, entre otros, tienen carácter privativo los bienes que a continuación se detallan. Por un lado, a tenor del apartado 1.º de este art. 1346 CC, son privativos los bienes y derechos que cada uno de los cónyuges tuviese con anterioridad a que comience la sociedad de gananciales. La duda es qué sucedería si el bien no se hubiese adquirido totalmente por no haber sido entregado todavía. En ese caso, hay que entender que estos bienes también son privativos en la medida en la que, aunque no se haya adquirido el bien efectivamente, sí que se tiene un derecho de crédito y el precepto hace alusión, no solo a los bienes, sino también a los derechos que el cónyuge tuviese al inicio de la sociedad de gananciales.

En definitiva, en la medida en la que la apartación se ha celebrado el 20 de enero de 2015 y la sociedad de gananciales tiene como fecha de inicio junio de 2018, tanto si se hubiese producido la efectiva adquisición de la vivienda familiar y la farmacia en el momento de la celebración del pacto sucesorio como con posterioridad, ambos bienes pertenecen privativamente a D^a Ana.

Por otro lado, en virtud del art. 1346.2.º CC, también son privativos los bienes adquiridos por los cónyuges a título gratuito mientras dure la sociedad de gananciales. Bien es cierto que, en virtud del art. 1353 CC, los bienes entregados gratuitamente y aceptados por ambos cónyuges sin que el donante haga una específica designación de partes, serán gananciales. En relación con esto, decir que, aun si la apartación se hubiese celebrado constante la sociedad, los bienes objeto de este pacto serían privativos en tanto en cuanto la apartación es un modo de adquirir por el apartado la titularidad a título gratuito⁸⁶.

Además, como manifestación del principio de subrogación real, son privativos los bienes que se adquieran a costa o en sustitución de bienes privativos (*ex.* art. 1346.3.º CC), así como el resarcimiento por daños que sufran los bienes privativos de los cónyuges (*ex.* art. 1346.6.º CC). Por tanto, serán también privativos de D^a Ana todos aquellos bienes adquiridos en sustitución de la casa familiar y la farmacia, así como todos aquellos que se obtengan a costa de estos dos. Del mismo modo, en caso de la casa familiar o la farmacia sufran algún daño, su resarcimiento también pertenecerá privativamente a D^a Ana.

⁸⁵ Vid. MORALEJO IMBERNÓN, N., “La sociedad de gananciales”, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁶ Vid. REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, *op. cit.*, p. 969.

3.4.2 Los bienes gananciales

A tenor de lo dispuesto en el art. 1347.2.º CC, son gananciales los frutos, rentas o intereses producidos por los bienes privativos y gananciales. Por tanto, aunque la farmacia sea un bien privativo de D^a Ana, los rendimientos que este negocio produzca constituirán un bien ganancial. Por su parte, el art. 1355 CC recoge un criterio de ganancialidad, en virtud del cual, los cónyuges pueden, de común acuerdo atribuir el carácter de ganancial a cualquiera de los bienes adquiridos onerosamente durante el matrimonio, independientemente de la naturaleza de los fondos invertidos en su adquisición. Sin embargo, esta regla no podría aplicarse a la casa familiar y la farmacia objeto de apartación toda vez que, como se ha dicho reiteradamente, estas fueron adquiridas estando soltera D^a Ana y a título gratuito.

3.5 La presunción de ganancialidad del art. 1361 CC

Una vez analizadas las reglas aplicables al presente supuesto de hecho que rigen los dos tipos de masas patrimoniales que pueden darse en la sociedad de gananciales, conviene tener presente que, en virtud del art. 1361 CC, existe una presunción *iuris tantum* de que los bienes existentes en un matrimonio sometido a la sociedad de gananciales son de esta naturaleza en tanto en cuanto no se destruya esta presunción y se pruebe que pertenecen privativamente a los cónyuges⁸⁷. No obstante, según la jurisprudencia, esta presunción no se destruye con una prueba indiciaria, sino que se necesita una prueba “expresa y cumplida”, esto es, “convinciente, seria, rigurosa y fehaciente”⁸⁸. Esta presunción opera sobre todos los bienes del matrimonio, independientemente de si se hayan registrados al nombre de uno u otro cónyuge. Sin embargo, esta presunción de ganancialidad no surte efecto sobre la casa familiar o el negocio farmacéutico, toda vez que su pertenencia privativa a D^a Ana ha quedado cumplidamente demostrada por imperativo del art. 1346.1.º CC.

3.6 Conclusiones

Resumiendo, a tenor del art. 1345 CC, la sociedad de gananciales entre D. Manuel y D^a Ana ha comenzado en el preciso momento que han contraído matrimonio, esto es, en junio de 2018. Además, siguiendo la dicción del art. 1392 CC, se sabe que esta sociedad se prolonga hasta que se disuelve el matrimonio por la muerte de D^a Ana, hecho acaecido el 17 de diciembre de 2019.

Cierto es que, constante la sociedad, en virtud del art. 1361 CC rige una presunción de ganancialidad sobre todos los bienes del matrimonio. No obstante, el propio art. 1346.1.º CC establece que son privativos de cada cónyuge los bienes que le perteneciesen al inicio de la sociedad, y la apartación a favor de D^a Ana se celebra el 20 de enero de 2015, cuando todavía no había comenzado la sociedad de gananciales. Por lo tanto, lo dado en apartación, esto es, la nuda propiedad de la vivienda familiar y la titularidad de la Farmacia Calo, pertenecen única y exclusivamente a D^a Ana.

⁸⁷ Vid. entre otras, la STS 22 febrero de 2000, FJ 1.º (RJ\2000\1339).

⁸⁸ Con cita de otras sentencias, vid. las SSTs 20 noviembre 1991, FJ 2.º (RJ\1991\8415), 24 julio 1996, FJ 2.º (RJ\1996\6052) y 24 febrero 2000, 2.º (RJ\2000\809).

4. Cuestión 4: La capacidad de D^a Ana para otorgar testamento.

4.1 Preliminares

Aunque el art. 33 CE consagra la sucesión *mortis causa* como un valor constitucionalmente protegido, esta libertad no es absoluta y se ve mermada por algunos límites⁸⁹. Uno de estos límites se encuentra en la capacidad para testar, ya que, como se verá, no todas las personas pueden otorgar testamento, y en el presente caso, hay sospechas de que D^a Ana carezca de esta libertad.

En otro orden de cosas, debe advertirse que, en cuanto se trata de la sucesión *mortis causa* de D^a Ana, procede aplicar el ordenamiento gallego⁹⁰. No obstante, como la LDCG no cuenta con una normativa propia en materia de capacidad testamentaria, procede la aplicación supletoria del régimen de Derecho común, que regula esta cuestión en los arts. 662 a 666 CC.

En virtud del principio *favor testamenti*, el art. 662 CC establece un principio general de libertad y reconoce el derecho a testar a “*todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*”. Y es en el precepto inmediatamente siguiente, el art. 663 CC, en el que se detalla quienes están incapacitados para testar: “*1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”. Por tanto, los requisitos ineludibles para otorgar válidamente testamento son: ser mayor de catorce años y hallarse en cabal juicio. Sin embargo, no se debe entender la capacidad de obrar plena como un requisito para testar; puesto que el art. 665 CC posibilita que el incapacitado judicialmente, el cual carece de plena capacidad de obrar, otorgue válidamente testamento en un intervalo lúcido, es decir, cuando tenga la capacidad natural suficiente para hacerlo.

Así las cosas, el desarrollo de esta cuestión se centrará en la prohibición de testar que afecta al que no se encuentra en su cabal juicio, que es la circunstancia que se podría aplicar a D^a Ana en el presente caso, ya que se entiende que ella es mayor de 14 años⁹¹.

4.2 La presunción de capacidad y el momento de su apreciación

En primer lugar, hay que tener en cuenta que es doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica el hecho de que se presume *iuris tantum* que el testador goza de capacidad plena⁹². Y respondiendo al citado principio del *favor testamenti*, la presunción de capacidad habrá de ser desvirtuada de modo “evidente y completo” por quien sostenga la incapacidad mental del testador⁹³. Así las cosas, en el supuesto planteado, la capacidad de D^a Ana se presumirá hasta

⁸⁹ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, op. cit., p. 29.

⁹⁰ Vid. *epígrafe 1.2*.

⁹¹ Se procede a analizar esta cuestión tomando como referencia tanto la jurisprudencia que se irá citando como la siguiente doctrina: LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., pp. 161 a 164 y PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “El testamento”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 105 a 107.

⁹² Por todas, vid. las SSTs 25 abril 1959, Cdo. 2.º (RJ\1959\1974), 30 noviembre 1968, Cdo. 1.º (RJ\1968\5708), 7 octubre 1982, Cdo. 2.º (RJ\1982\5545), 10 abril 1987, FJ 3.º (RJ\1987\2549), 18 marzo 1988, FJ 5.º (RJ\1988\10355), 26 septiembre 1988, FJ 6.º (RJ\1988\6860), 10 febrero 1994, FJ 5.º (RJ\1994\848), 24 julio 1995, FJ 3.º (RJ\1995\5603), 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717), 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570) y 26 abril 2008, FJ 3.º (RJ\2008\2680).

⁹³ Por todas, vid. las SSTs 10 abril 1987, FJ 3.º (RJ\1987\2549), 18 marzo 1988, FJ 5.º (RJ\1988\10355), 26 septiembre 1988, FJ 6.º (RJ\1988\6860), 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717), 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570) y 26 abril 2008, FJ 3.º (RJ\2008\2680).

que D^a Sara, que es quien pone en duda la capacidad de su madre, destruya “por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario” esta presunción⁹⁴.

En segundo lugar, en cuanto al momento en el que debe llevarse a cabo este juicio de capacidad, el art. 666 CC establece que “*para apreciar la capacidad del testador se atenderá al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*”. Por lo que la prueba de falta de capacidad suficiente para testar debe reconducirse al preciso momento en el que D^a Ana otorgó testamento⁹⁵.

4.3 La prohibición del art. 663.2.º CC

El art. 663.2.º CC emplea una fórmula abierta al no especificar qué circunstancias concretas son las que incapacitan para testar por falta de cabal juicio. Sin embargo, es jurisprudencia pacífica y consolidada la que afirma que el alcance de esta prohibición afecta tanto al incapacitado judicialmente como al incapaz natural o de hecho⁹⁶.

En línea con esto, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA afirman que la exigencia de “cabal juicio” implica que el testador debe tener capacidad suficiente para entender y querer sus disposiciones *mortis causa*. No basta, “hallarse en un umbral de conocimiento” o en un “estado de obnubilación” que permita únicamente al testador asentir y firmar sin ser verdaderamente consciente de lo que hace⁹⁷. Además, estos autores sostienen que, para incurrir en esta causa de incapacidad, no es imprescindible que el otorgante del testamento esté loco o demente, sino que será suficiente con que se halle 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”. Es decir, “que no está en razonables condiciones de entender o querer, aunque no se le pueda catalogar como un verdadero enfermo mental”⁹⁸.

Paralelamente, la jurisprudencia entiende que dentro de la expresión “cabal juicio” se engloban, tanto las enfermedades mentales propiamente dichas, como cualquier otra causa de alteración psíquica que prive a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos. No obstante, es cierto que el Tribunal Supremo considera insuficiente para incurrir en esta prohibición circunstancias tales como: “la edad senil del testador”, “que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos” (siempre que no afecten a su salud mental) o “que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias”⁹⁹.

El Alto Tribunal sostiene también que “la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos”. Y no es suficiente con apoyar esta incapacidad “en simples presunciones o indirectas conjeturas”, pues hay que recordar que “ni

⁹⁴ Entre otras, vid. las SSTS 10 abril 1987, FJ 3.º (RJ\1987\2549), 18 marzo 1988, FJ 5.º (RJ\1988\10355), 26 septiembre 1988, FJ 6.º (RJ\1988\6860), 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717), 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570) y 26 abril 2008, FJ 3.º (RJ\2008\2680).

⁹⁵ Entre muchas otras, vid. las SSTS 30 noviembre 1968, Cdo. 1.º (RJ\1968\5708), 10 abril 1987, FJ 3.º (RJ\1987\2549), 18 marzo 1988, FJ 5.º (RJ\1988\10355), 10 febrero 1994, FJ 2.º y 5.º (RJ\1994\848), 24 julio 1995, FJ 3.º (RJ\1995\5603) y 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570).

⁹⁶ Con cita de otras, vid. las SSTS 19 septiembre 1998, FJ 1.º (RJ\1998\6399) y 19 noviembre 2004, FJ 3.º (RJ\2004\6910).

⁹⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., pp. 161 y 162. Parecidamente, en cuanto a la jurisprudencia, vid. la SAP de Vizcaya 5 octubre 2010, FJ 2.º (JUR\2010\409323).

⁹⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *ídem*.

⁹⁹ Por todas, vid. las SSTS 27 enero 1998, FJ 2.º (RJ\1998\394), 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570) y 27 junio 2005, FJ 6.º (RJ\2005\9688).

la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales”¹⁰⁰.

Así pues, se podría decir que, en relación con el caso que nos ocupa, para que el otorgamiento del testamento sea válido no es necesario que D^a Ana, se encuentre en un perfecto estado de salud corporal. Por lo que, el hecho de que esta padezca una enfermedad física grave no la incapacita, en principio, para testar; solo lo hará si los padecimientos físicos que sufre afectan ostensiblemente a su estado mental. Sin embargo, de la redacción del supuesto no se deduce tal cosa, ya que este se limita a decir que D^a Ana está sometida a tratamientos paliativos, sin destacar ningún tipo de secuela mental. Además, en la medida en la que el art. 700 CC reconoce el derecho a testar a la persona que está próxima a fallecer, se puede entender que un moribundo, como es el caso de D^a Ana cuando otorga testamento, no está incapacitado, por ese solo motivo, para testar. Es decir, el hecho de estar próximo a morir no implica de por sí que se vean afectadas las facultades intelectivas y volitivas de D^a Ana.

Así las cosas, de todo lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia, se puede inferir que el concepto de cabal juicio engloba dos elementos: la capacidad de conocer y entender el significado y el alcance de los propios actos, y la capacidad de querer lo que se dispone. Es decir, D^a Ana estará en su cabal juicio si está capacitada para “entender y querer el acto que realiza”. O lo que es lo mismo, carecerá de eficacia el testamento de D^a Ana si esta no tiene, o son insuficientes, sus facultades intelectivas y volitivas. No obstante, por lo que ya se ha explicado, se entiende que D^a Ana goza de tales capacidades¹⁰¹.

4.4 El juicio de capacidad notarial

Por otra parte, al tratarse en este caso de un testamento notarial, el fedatario, como se indica en el supuesto de hecho, debe asegurarse de que, a su juicio, la testadora tiene la capacidad legal necesaria para testar¹⁰². Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia entienden que, aunque al certificar el notario que el otorgante tiene capacidad para disponer *mortis causa*, la capacidad del testador se presume, esta aseveración notarial es una cuestión de hecho que puede ser destruida por ulteriores pruebas. Esta valoración del notario no es un juicio definitivo, sino que se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, actividad probatoria que corresponde al que sostenga la incapacidad mental del testador¹⁰³.

Además, el Tribunal Supremo afirma que no se exige al notario que lleve a cabo “una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa”, dado que este juicio “no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar”¹⁰⁴. Y es que, frente a la ausencia de incertidumbre que se le plantea a la hora de constar extremos como la edad o la identificación del testador, fácilmente demostrables por medio de documentación oficial, comprobar su capacidad encierra en el fondo un verdadero juicio de valor. Así las cosas, tal y como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “el notario, a falta de

¹⁰⁰ Sobre este tema, vid. la STS 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570), cuyos fundamentos se reafirma en sentencias posteriores como la SAP de Vizcaya 5 octubre 2010, FJ 2.º (JUR\2010\409323).

¹⁰¹ Vid. las SSTS 7 octubre 1982, Cdo. 1.º (RJ\1982\5545), 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717) y 19 noviembre 2004, FJ 3.º (RJ\2004\6910), así como la SAP de Vizcaya 5 octubre 2010, FJ 2.º (JUR\2010\409323).

¹⁰² Cfr. arts. 685 y 696 CC, así como los arts. 145, 156.8.º y 167 del RN. Además, esta obligación legal es confirmada por la jurisprudencia: por todas, vid. las SSTS 21 marzo 1974, Cdo. 1.º (RJ\1974\1058) y 19 septiembre 1998, FJ 3.º (RJ\1998\6399).

¹⁰³ Entre muchas otras, vid. las SSTS 25 abril 1959, Cdo. 2.º (RJ\1959\1974), 21 marzo 1974, Cdo. 1.º (RJ\1974\1058), 7 octubre 1982, Cdo. 2.º (RJ\1982\5545), 24 julio 1995, FJ 3.º (RJ\1995\5603), 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717), 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570), 19 septiembre 1998, FJ 3.º (RJ\1998\6399) y 5 noviembre 2009, FJ 21.º (RJ\2010\84), así como la STSJ de Galicia 30 mayo 2011, FJ 2.º (RJ\2011\4884).

¹⁰⁴ Vid. las SSTS 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717) y 19 septiembre 1998, FJ 3.º (RJ\1998\6399).

conocimientos de psiquiatría, fácilmente emitirá un juicio favorable acerca de la capacidad de esta persona que comparece ante él aparentemente sin una tara psíquica profunda, pero expuesta a toda suerte de captaciones y engaños”¹⁰⁵.

Bien es cierto que el Tribunal Supremo requiere, a veces, pruebas “muy cumplidas y convincentes” y, otras, pruebas “inequívocas y concluyentes” para desvirtuar el juicio de capacidad notarial, ya que “la aseveración notarial otorga [...], dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario”¹⁰⁶. Es más, el Alto Tribunal llega a sostener que los informes periciales “no pueden constituir racionalmente, por sí solos, una prueba cumplida, convincente e inequívoca, que permita acreditar el error en que hubiera podido incidir el Notario”¹⁰⁷.

Por último, conviene advertir que el art. 665 CC dispone que, aunque no medie declaración judicial de incapacidad, como en este caso, es posible que el notario se asegure de la capacidad del otorgante mediante la intervención de facultativos, pero no es obligatorio¹⁰⁸.

En definitiva, aun existiendo un juicio favorable del notario, como ocurre en este caso, es posible que posteriormente prospere la impugnación del testamento hecho por D^a Ana por falta de cabal juicio¹⁰⁹. No obstante, en caso de que D^a Sara impugnase el testamento de su madre por esta razón, debería probar la incapacidad de D^a Ana de manera “evidente y completa”, por medio de una prueba “convinciente e inequívoca”¹¹⁰.

4.5 Los testadores vulnerables

Dicho lo anterior, creo que el testamento de D^a Ana no plantearía tanto un problema de falta de capacidad para testar como de posible vicio de la voluntad testamentaria. El art. 673 CC establece que “*será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*”, a lo que algún autor ha añadido el vicio de la intimidación¹¹¹. No obstante, recientemente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han alertado acerca de un problema que afecta al derecho sucesorio: la influencia ejercida sobre el causante vulnerable para captar su voluntad y conseguir que sus disposiciones *mortis causa* sean favorables a quien ejerce esta influencia. Para algunos autores, esta cuestión está a medio camino entre la capacidad de testar y los vicios de la voluntad¹¹²; frente a estos, otra parte de la doctrina incluye estos supuestos dentro de los vicios de la voluntad. Así las cosas, para autores como COSSÍO, también entrarían dentro del concepto de dolo y, por tanto, se trataría de un problema de vicios de la voluntad, “aquellos artificios y maniobras que, encontrando el terreno propicio de una voluntad débil llegan a anularla por completo, sustituyendo el querer del testador por el del agente del dolo”. Es decir,

¹⁰⁵ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., p. 162.

¹⁰⁶ Vid. las SSTS 7 octubre 1982, Cdo. 2.º (RJ\1982\5545), 10 abril 1987, FJ 3.º (RJ\1987\2549), 18 marzo 1988, FJ 5.º (RJ\1988\10355), 24 julio 1995, FJ 3.º (RJ\1995\5603) 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717) y 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570), así como la STSJ de Galicia 30 mayo 2011, FJ 2.º (RJ\2011\4884).

¹⁰⁷ Por todas, vid. la STS 18 marzo 1988, FJ 5.º (RJ\1988\10355).

¹⁰⁸ Entre otras, vid. las SSTS 26 septiembre 1988, FJ 6.º (RJ\1988\6860), 27 enero 1998, FJ 2.º (RJ\1998\394), 12 mayo 1998, FJ 2.º (RJ\1998\3570) y 27 junio 2005, FJ 6.º (RJ\2005\9688).

¹⁰⁹ Ejemplo de ello es la STS 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717).

¹¹⁰ Y, en relación con esto, decir que, al tratarse la sanidad de juicio del testador de una cuestión de hecho, su apreciación corresponde al juzgado de instancia. Sobre este tema, entre muchas otras, vid. las SSTS 30 noviembre 1968, Cdo. 1.º (RJ\1968\5708), 10 abril 1987, FJ 3.º (RJ\1987\2549), 24 julio 1995, FJ 3.º (RJ\1995\5603), 27 noviembre 1995, FJ 3.º (RJ\1995\8717) y 26 abril 2008, FJ 3.º (RJ\2008\2680).

¹¹¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., p. 208.

¹¹² Sobre este tema, vid. VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, en *ADC*, Tomo LXVIII, fasc. II, 2015, pp. 327 a 368.

este autor incluye dentro de los vicios de la voluntad testamentaria, la captación y la sugestión encaminadas a determinar el querer del testador¹¹³.

En todo caso, por “testador vulnerable” no hay que entender una persona que necesariamente carece de capacidad para testar en el sentido del art. 663 CC, sino una persona que ha expresado su voluntad *mortis causa* sin libertad y en un sentido determinado debido a la influencia insidiosa recibida. Siendo ello así, el testamento no será un reflejo de la intención y decisión propias del testador y será nulo en tanto en cuanto haya una relación directa de causalidad entre la disposición testamentaria y la influencia ejercida sobre el testador. No se trata de engañar a alguien, lo que se encuadraría dentro del dolo, sino más bien de una especie de *dolus bonus* consistente en captar la voluntad por medio del cariño. Es verdad que, por sí mismos, los mimos y cuidados especiales con una persona no tienen fuerza suficiente para provocar la anulabilidad del testamento, pero sí que se aplicará dicha sanción si estas muestras de cariño van acompañadas de captación o sugestión, es decir, de dolo.

Debido a la relevancia de este fenómeno en otros lugares como Estados Unidos y, en general, en los países en los que rige el *Common Law*, se han desarrollado diversos test y estudios para valorar y poder certificar la vulnerabilidad de un testador. Entre ellos, destaca el estudio encabezado por C. PEISAH, quien toma en consideración cuatro factores centrales: el entorno social del testador, sus circunstancias sociales, los factores físicos y las circunstancias en las que se ha otorgado el testamento en cuestión. En cuanto al entorno social del testador, se tendrá en cuenta si convive con alguien o si dispone de algún cuidador o de algún buen samaritano. En lo que se refiere a las circunstancias sociales, se valorará si el sujeto permanece aislado o tiene contacto con familiares además de con quien conviva, si está padeciendo algún conflicto familiar e incluso su grado de dependencia del cuidador. Y en los factores físicos es donde tienen cabida las enfermedades, discapacidades sensoriales, problemas de comunicación, o trastornos de la personalidad¹¹⁴.

Si se aplica dicha teoría al presente caso, es lógico pensar que en este supuesto D^a Ana es una testadora vulnerable. En el propio texto, se dice que es el marido de D^a Ana el que la convence para otorgar testamento, testamento que es autorizado por un notario “amigo íntimo” de D. Manuel”. Además, de acuerdo con el relato de hechos, aunque Ana no estaba alejada de su familia, sí de su hija, parece una persona impresionable y manipulable, ya que acepta casarse con el “joven embaucador” que acaba de conocer. Por otra parte, el viaje en el que conoce al que sería su futuro marido es la primera vez que D^a Ana sale fuera de su comarca. Por lo que, se puede decir que, en parte, vivió aislada en su pueblo, hecho que pudo haber favorecido que la personalidad de D^a Ana sea influenciable y dependiente. A todo ello hay que sumar el estado enfermizo en el que se encuentra D^a Ana, quien padece “leucemia en estado avanzado y terminal cuando otorga el testamento”.

En cualquier caso, la anulación de un testamento por este *dolus bonus* es bastante improbable, dado que, en virtud del principio de *favor testamenti*, los jueces y tribunales españoles prefieren decantarse por la eficacia testamentaria. Y en cierto modo, esto es razonable, ya que esta decisión respeta la libertad de testar, aunque exista el temor de que quien ha captado la voluntad de un testador vulnerable se lleve el premio de la herencia, como parece que ha ocurrido en este caso.

¹¹³ La cita de COSSÍO en: LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., op. cit., pp. 207 y 208.

¹¹⁴ Vid. VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, op. cit., pp. 329 y 330.

4.6 Conclusiones

En conclusión, el testamento de D^a Ana será nulo si en su otorgamiento se han incumplido alguno de los requisitos esenciales para su validez. Esto es, a tenor del régimen del Código Civil, dicho testamento será inválido si faltase la capacidad testamentaria de D^a Ana, si mediasen vicios de la voluntad, si el testamento no se correspondiese con una de las formas de testar admitidas por el Código Civil o si se incumpliesen alguno de los requisitos de forma¹¹⁵. Por tanto, la capacidad de D^a Ana podría haber sido un motivo para alegar la nulidad de su testamento. Sin embargo, en la medida en la que el texto permite deducir que las capacidades volitivas e intelectivas de D^a Ana no se han visto afectadas por la enfermedad que padece y el estado terminal en el que se encuentra, es improbable, que los Tribunales estimen una impugnación basada en la falta de capacidad de D^a Ana.

No obstante, considero que, en este caso, se está ante un problema de vicios de la voluntad o de testadores vulnerables, dado que la distinción entre estos dos fenómenos no está clara. Pues, como he dicho anteriormente, algunos autores conceptúan el problema de los testadores vulnerables como una categoría independiente y autónoma; mientras que, para otros se trataría de un problema de vicios de la voluntad. Siendo cierto que la anulación del testamento por un hipotético *dolus bonus* es más que improbable. En todo caso, lo que está claro es que, ya se trate de un supuesto de testadores vulnerables o de un vicio de la voluntad *stricto sensu*, lo que no constituye es un problema de capacidad de la testadora.

¹¹⁵ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “La ineficacia del testamento”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 258 a 262.

5. Cuestión 5: La desheredación de D^a Ana respecto a su hija D^a Sara.

5.1 Introducción

Respecto a esta materia hay que comenzar indicando que el legislador gallego, exceptuando la referencia que hace en el art. 263 LDCG a las causas de indignidad del art. 756 CC como justas causas de desheredación, prescinde de cualquier otra remisión al régimen del Derecho común. Dicho esto, y coherentemente con el razonamiento que he seguido a lo largo de este trabajo, no cabe duda que el ordenamiento jurídico aplicable al testamento de D^a Ana, en lo que a la cláusula de desheredación se refiere, es el de la LDCG, que regula la desheredación en sus arts. 262 a 266 LDCG. No obstante, hay que tener presente que, como se verá, es notable la influencia del régimen de la desheredación del Derecho común (arts. 848 a 857 CC) en la ley gallega.

5.2 Concepto y naturaleza jurídica

Como se ha explicado en la *Cuestión 2*, los descendientes tienen derecho a la legítima de sus padres en virtud del art. 238 LDCG; sin embargo, es posible que el testador prive de su derecho al potencial legitimario por medio de la desheredación justa (*ex. art. 262.1 LDCG*)¹¹⁶. La desheredación es una disposición testamentaria por la que el testador excluye de su sucesión *mortis causa* a sus legitimarios por haber incurrido estos en alguna de las causas taxativamente previstas por la ley¹¹⁷. Así las cosas, teniendo en cuenta que el causante puede dejar la legítima por cualquier título al legitimario (*ex. art. 240 LDCG*), sin necesidad de instituirlo en testamento, se debe de entender la desheredación como la “privación de la legítima”, concepto más amplio que el significado estricto de “desheredar”, que sería “privar al legitimario de toda participación en la herencia”¹¹⁸.

Por tanto, a tenor del art. 262 LDCG, la desheredación requiere tres elementos esenciales: que exista una justa causa, que esta se prevea expresamente en el testamento (siendo indiferente la forma testamentaria escogida) y que recaiga sobre un legitimario. Requisitos que, a primera vista, D^a Ana ha cumplido: hace alusión a la justa causa del art. 853.2.º CC, la cláusula de desheredación se recoge en una forma testamentaria legalmente permitida (el testamento abierto) y se deshereda a un descendiente directo, D^a Sara, la cual es legitimaria de D^a Ana a tenor de lo dispuesto en el art. 238 LDCG. Además, cabe resaltar que, al no existir en la LDCG ni en el Código Civil una previsión específica, limitándose ambas leyes a decir que esta disposición de desheredación tiene que hacerse en testamento, se debe de entender que la capacidad para desheredar es la misma que para testar. Esto es, en la medida que D^a Ana es capaz para otorgar testamento también lo es para desheredar a su hija¹¹⁹.

5.3 Las justas causas de desheredación

El art. 263 LDCG prevé como justas causas de desheredación que el hijo o descendiente del causante le negase alimentos al testador, que lo haya maltratado de obra o injuriado

¹¹⁶ Acerca de la diferencia entre desheredación e indignidad: en la doctrina, vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “El apartamiento y la desheredación”, en *ADC*, Tomo XXI, fasc. I, 1968, pp. 10 y 11 y LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *op. cit.*, p. 408; y jurisprudencialmente, por todas, vid. las SSTS 28 febrero 1947, Cdo. 3.º (RJ\1947\337) y 7 marzo 1980, Cdo. 2.º (RJ\1980\1558).

¹¹⁷ Vid. DE PABLO CONTRERAS, P., “Preterición y desheredación. Las donaciones inoficiosas”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2013, p. 340.

¹¹⁸ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, *op. cit.*, p. 819.

¹¹⁹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “El apartamiento y la desheredación”, *op. cit.*, pp. 16 y 18.

gravemente y que haya incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. Además, como se ha anticipado, a estas hay que añadir las causas de indignidad del art. 756 CC.

Este art. 263 LDCG se ha venido interpretando como una lista *numerus clausus*, al igual que ocurre en el Código Civil por imperativo del art. 848 CC. En este caso, aunque el art. 262 LDCG se limita a exigir la expresión de la causa sin mencionar que esta sea legal, se entiende implícito este requisito y se ha asumido que solo son justas causas las previstas en este precepto, las cuales, además, se deben de interpretar restrictivamente¹²⁰.

Sin embargo, la desheredación no requiere la utilización de determinados términos con carácter ineludible, sino que basta con hacer referencia a la causa por la que se deshereda. Tal referencia puede hacerse, bien remitiendo al artículo en el cual se ampara esa justa causa, o bien expresando los hechos que motivan la desheredación. En este caso, D^a Ana expresa tanto los hechos por los que deshereda a su hija como el precepto del Código Civil en el que figura esa justa causa. Así las cosas, aunque el testamento de D^a Ana hace referencia al art. 853.2.º CC, hay que entender que la remisión a ese precepto legal no es una remisión al sistema del Código Civil, sino a los hechos que se describen en él, pues ya se sabe que el régimen sucesorio de aplicación en este caso es la LDCG¹²¹. En cualquier caso, lo anterior no supone un inconveniente, ya que el art. 263.2.ª LDCG tiene un contenido parejo al del art. 853.2.º CC. En el supuesto de hecho se dice que se deshereda a D^a Sara por haberle negado asistencia y cuidados a su madre D^a Ana desde que esta última enfermó, “además de la escasa relación afectiva entre ambas”. Y el art. 853.2.º CC habla textualmente de “*haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*”, dicción equivalente, aunque no idéntica, a la del art. 263.2.ª LDCG, que se refiere a “*haberla maltratado de obra o injuriado gravemente*”.

Por tanto, procede analizar pormenorizadamente esta justa causa de desheredación del art. 853.2.º CC. Teniendo en cuenta que, en la medida en la que el art. 263.2.ª LDCG no tiene todavía un desarrollo jurisprudencial y su tenor literal es semejante al del art. 853.2.º CC, la jurisprudencia que interpreta este último precepto es trasladable a la interpretación del art. 263.2.ª LDCG.

5.3.1 La justa causa de desheredación del art. 853.2.º CC

Como se ha dicho, la interpretación de las causas de desheredación, tanto en el régimen del Código Civil como en el de la LDCG debe ser restrictiva. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo diciendo que “ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, [...] no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*”. Esta idea es totalmente coherente con que, en la misma Sentencia, y en relación con la causa del art. 853.2.º CC, se alegue que “la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc.,” son hechos sin trascendencia jurídica, que corresponden al campo de la moral¹²².

¹²⁰ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., p. 820 y ROVIRA SUEIRO, M^a.E., “Comentarios a los artículos 258 a 266 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1142.

¹²¹ La regla de supletoriedad del art. 1.3 LDCG no es aplicable en este caso porque el art. 263 LDCG prevé expresamente las causas de desheredación para el ámbito gallego (vid. ROVIRA SUEIRO, M^a.E., *ibíd.*, p. 1148).

¹²² Vid. la STS 28 junio 1993, FJ Único (RJ\1993\4792). También impone una interpretación restrictiva de las causas de desheredación, entre otras, la STS 30 septiembre 1975, Cdo. 2.º y 4.º (RJ\1975\3408). Particularmente, respecto de la interpretación restrictiva de la causa del art. 853.2.º CC, vid. las SSTS 14 marzo 1994, FJ 11.º (RJ\1994\1777) y 4 noviembre 1997, FJ 4.º (RJ\1997\7930).

No obstante, desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, el Alto Tribunal ha empezado a incluir el maltrato psicológico o emocional reiterado como una modalidad del maltrato de obra y, por tanto, como una causa de desheredación del art. 853.2.º CC¹²³. De esta manera, pasan a entenderse como causa de desheredación conductas tales como la falta de relación y comunicación entre los familiares o el abandono de los padres por parte de sus hijos y nietos, siempre que estas conductas ocasionen un maltrato psicológico¹²⁴. Además, como estos mismos criterios de la Sentencia de 2 de junio de 2014 se reiteran en otra Sentencia del Tribunal Supremo, la de 30 de enero de 2015, se puede hablar de verdadera jurisprudencia que integra el ordenamiento jurídico (*ex. art. 1.6 CC*)¹²⁵.

Así las cosas, dado el paralelismo de estas dos Sentencias, se procede a analizar conjuntamente su *iter* argumentativo. Primeramente, el Tribunal Supremo sostiene que las únicas causas en las que se puede amparar la justa desheredación son las previstas legalmente, y estas no pueden ser interpretadas extensivamente. Sin embargo, para flexibilizar la restrictiva interpretación que, en principio, merecían las causas de desheredación, el Alto Tribunal toma en consideración el art. 3 CC, en virtud del cual, las normas podrán interpretarse teniendo en cuenta la realidad social actual, que es radicalmente dispar a la que existía en el momento de promulgación del Código Civil¹²⁶. Así, los argumentos que expone el Tribunal Supremo en favor de la interpretación que ahora mantiene del art. 853.2.º CC son, fundamentalmente, dos: el respeto a la dignidad de la persona consagrado por el art. 10 CE y el principio de conservación de los negocios jurídicos, que cuenta en el ámbito sucesorio con un principio específico: el principio de *favor testamenti* como criterio de interpretación del testamento¹²⁷.

Sin embargo, no hay que entender que el Alto Tribunal acepta la mera desatención afectiva como causa de desheredación, sino que para que esta pueda producir este efecto se requiere que lesione la salud mental de la víctima, es decir, es necesario que la falta de relación familiar afectiva o el abandono emocional, por su continuidad, ocasionen daños psicológicos en el causante¹²⁸. Por tanto, el hecho de que los hijos o nietos del testador no se comuniquen o

¹²³ Vid. las SSTs 3 junio 2014, FJ 2.º (RJ\2014\3900) y 30 enero 2015, FJ 2.º (RJ\2015\639). Por su trascendencia e importancia estas dos sentencias fueron objeto de numerosísimos comentarios por parte de la doctrina, entre todos ellos, en este trabajo se van a seguir los siguientes: ALGABA ROS, S., “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, pp. 1 a 26, CARRAU CARBONELL, J.M., “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, en *RDC*, vol. II, núm. 2, 2015, pp. 249 a 256, BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp. 289 a 302, GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de la desheredación de los descendientes”, en *Alcalíbe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, núm. 18, 2018, pp. 269 a 306, PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, en *Derecom*, núm. 24, 2018, pp. 97 a 121 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Sentencias”, en *ADC*, Tomo LXXII, fasc. III, 2019, pp. 1042 y 1043.

¹²⁴ Vid. GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de la desheredación de los descendientes”, op. cit., p. 289.

¹²⁵ Vid. CARRAU CARBONELL, J.M., “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, op. cit., p. 250, BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico”, op. cit., p. 296 y PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, op. cit., p. 110.

¹²⁶ Vid. CARRAU CARBONELL, J.M., “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, op. cit., pp. 250 y 251 y GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de la desheredación de los descendientes”, op. cit., pp. 289 y 290.

¹²⁷ Vid. CARRAU CARBONELL, J.M., *ibid.*, p. 251.

¹²⁸ Vid. GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de la desheredación de los descendientes”, op. cit., p. 292, PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, op. cit., p. 108 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Sentencias”, op. cit., pp. 1042 y 1043. En contra, ALGABA ROS considera que el abandono emocional en sí mismo debería ser considerado como causa de desheredación (vid. ALGABA ROS, S., “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, op. cit., pp. 10 y 11).

no visiten frecuentemente al testador no constituye en sí una justa causa de desheredación. Sino que estas conductas solo podrán ser motivo de desheredación si efectivamente se produce una ruptura total de la relación entre testador y descendientes. Siendo además necesario que esta quiebra se dilate en el tiempo y que provoque un verdadero padecimiento al testador¹²⁹.

Así las cosas, en el presente caso, la falta de cuidados por parte de D^a Sara en la última enfermedad de su madre no constituye un maltrato psicológico, ya que la relación que mantenían hasta ese momento ya se limitaba a un par de llamadas espontáneas. Ciertamente es que, para que este abandono emocional tenga trascendencia jurídica y pueda ser subsumido como un verdadero maltrato de obra es necesario que sea manifiesto, prolongado en el tiempo e imputable únicamente al desheredado, sin que el desheredante haya contribuido a esta situación. No obstante, analizando los motivos o circunstancias que pudieron ocasionar el distanciamiento entre madre e hija, en el propio texto se dice que D^a Sara vivía fuera “por motivos de trabajo”.

En línea con esto, a raíz de las Sentencias que estoy comentando, algunos autores entienden que es tarea del notario ante el que se otorga el testamento que, en ese preciso momento, haga las pesquisas necesarias para estar al tanto de la situación que lleva al testador a disponer una cláusula de desheredación. Para valorar si la causa de desheredación alegada es justa, el notario habrá de atender al tiempo que ha durado la falta de relación familiar, así como a las consecuencias psicológicas que esto haya provocado en el testador¹³⁰.

Como ya se ha avanzado, si se impugna la desheredación son los herederos del causante (en este caso D. Manuel) los que deben probar que la desheredación es justa. Sin embargo, la prueba del maltrato psicológico por abandono familiar no es fácil para alguien que tan siquiera ha sido parte de esa situación, dado que D. Manuel conocía a D^a Ana desde hacía poco más de un año. A la luz de esta dificultad, una posible solución sería que el causante, en este caso D^a Ana, quien tendría mejor acceso a posibles pruebas, hubiese solicitado al notario que otorgase un acta de notoriedad (*ex. art. 209 RN*). En esta acta debería acreditarse que la desatención que ha sufrido D^a Ana por parte de su hija le ha provocado un maltrato psicológico, quedando a juicio del notario decidir si la notoriedad de esta situación queda lo suficientemente probada¹³¹.

En otro orden de cosas, hay que tener en cuenta que, como se ha apuntado, el maltrato de obra también es recogido en el art. 263.2.^a LDCG como justa causa de desheredación. Por lo que, esta interpretación extensiva que hace el Tribunal Supremo del “maltrato de obra”, fruto de la cual, se incluye el abandono emocional como justa causa de desheredación, debe extenderse a la legislación gallega, en tanto en cuanto, entiendo que el Alto Tribunal lleva a cabo esta interpretación obedeciendo a las exigencias de la sociedad actual¹³².

Finalmente, a tenor de lo expuesto, a mi juicio, esta desheredación no sería justa en la medida en la que la escasa relación entre madre e hija era una situación asumida por ambas y que no provocaba a D^a Ana maltrato psicológico alguno. Además, de conformidad con lo que se relata en el supuesto de hecho, el distanciamiento entre madre e hija era debido a que D^a Sara se vio obligada a vivir en el extranjero por motivos laborales. Por lo demás, creo que el hecho

¹²⁹ Vid. CARRAU CARBONELL, J.M., “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, *op. cit.*, p. 251.

¹³⁰ Vid. CARRAU CARBONELL, J.M., *ibid.*, pp. 252 y 253. Además, asumen esta idea: BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico”, *op. cit.*, pp. 289 a 302 y GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de la desheredación de los descendientes”, *op. cit.*, p. 293.

¹³¹ Vid. CARRAU CARBONELL, J.M., “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, *op. cit.*, p. 298.

¹³² Vid. ALGABA ROS, S., “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, *op. cit.*, p. 17.

de que D^a Sara haya regresado a pasar con su madre sus últimos días de vida también revela que la relación que mantenían madre e hija, a pesar de la distancia, era buena.

5.4 Los efectos de la desheredación

En cuanto a los efectos de la desheredación, hay que hacer una distinción entre si esta es justa o no. Los requisitos que se valorarán para dilucidar si la desheredación es justa o no son los del art. 262.2 LDCG: que la desheredación se recoja en testamento, que se exprese la causa en la que se funda y que los herederos la prueben si el desheredado la niega.

Por un lado, sería justa la desheredación siempre y cuando concurren los tres requisitos citados: que la desheredación figure en un testamento, que se mencione la justa causa y que, en caso de impugnarse la cláusula de desheredación, el heredero del testador la pruebe. De ser así, en virtud de la desheredación, D^a Sara quedaría privada de toda participación en la sucesión *mortis causa* de su madre, tanto de su derecho a la legítima (*ex. art. 262.1 LDCG*) como de la sucesión intestada de producirse esta¹³³. Sin embargo, aun dándose esta desheredación justa, en virtud del art. 265 CC, una reconciliación entre madre e hija, una vez hecho el testamento en el que se deshereda a D^a Sara, implicaría que esa disposición testamentaria quedase sin efecto¹³⁴.

Por otro lado, de infringirse alguno de los tres requisitos del art. 262.2 LDCG se entenderá que la desheredación es injusta. A mi juicio, y a la vista de la doctrina jurisprudencial analizada, esto es lo que ocurre en el presente caso, en la medida en la que considero que los hechos que alega D^a Ana para desheredar a su hija no son subsumibles en la justa causa legal alegada por no concurrir maltrato psicológico. De esta manera, el art. 264 LDCG dispone que “*la persona desheredada injustamente conserva su derecho a la legítima*”. Por tanto, la consecuencia de que D^a Sara haya sido desheredada injustamente es que preserva su derecho a la legítima. Sin embargo, en caso de abrirse la sucesión intestada de D^a Ana, su hija no sería llamada *ab intestato*, sino que su derecho se limita a percibir lo que por legítima le corresponde: un cuarto del haber hereditario líquido de su madre (*ex. art. 243 LDCG*)¹³⁵.

Así las cosas, al conservar D^a Sara su derecho a la legítima es considerada como una acreedora (*ex. art. 249.1 LDCG*). Por tanto, a tenor de lo dispuesto en el art. 248 LDCG, tanto los herederos de D^a Ana, como el comisario, el contador-partidor o el testamentero, estarían capacitados para darle a D^a Sara la parte que por legítima le corresponde (*ex. art. 238 LDCG*). Sin embargo, únicamente los herederos, quienes de común acuerdo podrían elegir entre pagar la legítima en bienes hereditarios o en metálico (*ex. art. 246.1 LDCG*), podrían pagar la legítima en metálico extrahereditario (*ex. art. 248 LDCG*). Además, si no hubiese bienes suficientes en la herencia para pagar la legítima de D^a Sara, en virtud del art. 251 LDCG, sería posible llevar a cabo la reducción de las operaciones inoficiosas que pudiese haber realizado D^a Ana¹³⁶.

Por último, al igual que sucede con el régimen del Código Civil, la desheredación injusta de D^a Sara no sería nula *ipso iure*, sino que sería necesario que la desheredada la impugnase. Si D^a Sara decidiese ejercitar la acción de desheredación injusta, ha de tener en cuenta que esta acción está sometida a un plazo de caducidad de cinco años a contar desde el fallecimiento del

¹³³ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *op. cit.*, p. 411.

¹³⁴ Para más información acerca de la reconciliación: vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “El apartamiento y la desheredación”, *op. cit.*, pp. 53 a 56, ROVIRA SUEIRO, M^a.E., “Comentarios a los artículos 258 a 266 LDCG”, *op. cit.*, pp. 1154 y 1156 y PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁵ Así lo ha sostenido, entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “El apartamiento y la desheredación”, *op. cit.*, p. 60, ROVIRA SUEIRO, M^a.E., “Comentarios a los artículos 258 a 266 LDCG”, *op. cit.*, p. 1153 o PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, *op. cit.*, p. 114.

¹³⁶ Sobre la reducción de operaciones inoficiosas, vid. *epígrafe 2.4*.

causante (*ex. art. 266 LDCG*)¹³⁷. Por tanto, como D^a Ana fallece el 17 de diciembre de 2019, la acción que tiene D^a Sara para impugnar en un juicio declarativo la disposición testamentaria en virtud de la cual su madre la deshereda caducaría el 17 de diciembre de 2024. Además, si D^a Sara finalmente impugnase su desheredación, sería D. Manuel, en calidad de heredero de D^a Ana, el que tendría que demostrar que la desheredación es justa (*ex. art. 262.2 LDCG*).

5.5 Conclusiones

En resumen, aunque el Tribunal Supremo, a partir de las Sentencias de 2 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015, ha interpretado que la falta de relación y comunicación familiar es subsumible dentro de la justa causa de desheredación del art. 853.2.º CC, estas conductas requieren que se provoque un maltrato psicológico en el ofendido. A la vista de esta doctrina jurisprudencial, creo que, en este caso, no es suficiente con que D^a Ana alegue que su hija mantenía una escasa relación con ella y que no le ha prestado asistencia y cuidados en su última enfermedad, sino que esta debe demostrar que tales acciones le han provocado un malestar psicológico que pueda categorizarse como maltrato de obra, y del relato de los hechos no se deduce tal situación.

Por todo lo dicho, a mi juicio, esta desheredación sería injusta, ya que, como se ha explicado, todo apunta a que el distanciamiento entre madre e hija era una situación asumida por ambas y provocada por motivos laborales. Y, en todo caso, una situación no constitutiva de un maltrato psicológico a la madre, único hecho que podría ser constitutivo de una desheredación justa. Por tanto, en la medida en la que se trataría de una desheredación injusta, si D^a Sara impugna con éxito la cláusula testamentaria en la que su madre la deshereda, tendría derecho a percibir, en virtud de su legítima (*ex. arts. 238 y 243 LDCG*), un cuarto del haber hereditario líquido de D^a Ana.

¹³⁷ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “El apartamiento y la desheredación”, *op. cit.*, pp. 88 a 90 y PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, *op. cit.*, p. 115.

6. Cuestión 6: La concurrencia del usufructo viudal de D. Manuel con el usufructo vitalicio de D. Pepe y D^a Pilar.

6.1 Preliminares

En esta sexta cuestión, se trata de analizar si resulta jurídicamente posible que concurra el usufructo viudal de D. Manuel con el usufructo vitalicio de D. Pepe y D^a Pilar.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el planteamiento de esta última pregunta exige prescindir de la solución dada en las *Cuestiones 4 y 5* y partir de una hipótesis distinta. Y es que el hecho de que se dé la concurrencia del usufructo viudal de D. Manuel y el usufructo de D. Pepe y D^a Pilar presupone que D^a Ana fallece sin testamento válido y eficaz; ya que, si el testamento fuese válido, el usufructo viudal de D. Manuel quedaría subsumido en la institución de heredero. Así las cosas, ante la falta de testamento de D^a Ana, por imperativo del art. 912.1.º CC, procedería la apertura de la sucesión intestada.

De esta manera, dado que en el régimen de la sucesión intestada que impone la LDCG (arts. 267 a 269) nada se dice sobre el orden de prelación, habría que acudir supletoriamente al Código Civil. Así, en virtud de los arts. 930 a 955 CC, serían llamados a suceder sucesivamente los parientes más próximos en línea recta (primero los descendientes y luego los ascendientes), el cónyuge, los colaterales hasta el cuarto grado y la Comunidad Autónoma de Galicia (*ex. art. 267 LDCG*). Por tanto, en la sucesión *mortis causa* de D^a Ana se llamaría sucesivamente a heredarla: primero, a su hija D^a Sara; en defecto de esta, a sus padres D. Pepe y D^a Pilar; a continuación, a su marido D. Manuel; en lugar de este, a su hermana D^a Fátima y los demás colaterales que pudiese tener hasta el cuarto grado; y, por último, ante la ausencia de todos los anteriores, a la Comunidad Autónoma de Galicia.

Por su parte, con independencia de quienes sean los herederos, el cónyuge es legitimario siempre, por lo que D. Manuel tendría derecho a su usufructo viudal¹³⁸. Así las cosas, en virtud del art. 253 LDCG, si concurriese a la sucesión intestada con la hija de D^a Ana, que es la primera en ser llamada a la sucesión *mortis causa* de su madre, D. Manuel tendría derecho al usufructo viudal vitalicio de un cuarto del haber hereditario líquido.

De esta manera, el problema que plantea la presente cuestión es averiguar si cabe la posibilidad de asignar en pago del usufructo legal de D. Manuel la casa familiar que ya está gravada con un derecho de usufructo a favor de D. Pepe y D^a Pilar. Estos últimos son titulares de un usufructo simultáneo, ya que los dos son usufructuarias de una misma cosa (la casa familiar), en virtud del mismo título y al mismo tiempo. Se trata de una cotitularidad sobre un único derecho de usufructo, de manera que, como aseguran BONET CORREA y D'ORS, “el cousufructo es un tipo de comunidad”, y, salvo pacto en contrario, D. Pepe y D^a Pilar son cousufructuarios a partes iguales¹³⁹. Por último, por imperativo del art. 521 CC, este cousufructo no se extinguirá hasta que muera el último de los dos cousufructuarios; entre tanto, la parte del cónyuge que premuera acrecerá la cuota de superviviente¹⁴⁰.

¹³⁸ Vid. ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, op. cit., p. 784 y 785.

¹³⁹ Sobre este tema, vid., BONET CORREA, J. y D'ORS, A., “El problema de la división del usufructo”, en *ADC*, Tomo V, fasc. I, 1952, pp. 85 a 96 y 108 a 110, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El derecho de usufructo”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y SERRA RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Derecho Civil III. Derechos reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 264, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El usufructo”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, 5.ª ed., Bercal, Madrid, 2015, p. 268 y MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, Grupo Francis Lefebvre, s.l., s.f., pp. 6 y 7.

¹⁴⁰ Vid. la STS 24 abril 1976, Cdo. 2.º (RJ\1976\1924). En cuanto a la doctrina, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El derecho de usufructo” op. cit., p. 264 y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El usufructo”, op. cit., p. 268.

En este orden de cosas, para resolver el problema planteado, también hay que tener en cuenta que, en lo que se refiere a la casa familiar, lo único que forma parte de la herencia de D^a Ana, y que, por tanto, se trasmite a sus herederos, es la nuda propiedad de la misma, puesto que, como se viene diciendo, el derecho de usufructo ya está constituido a favor de los padres de forma vitalicia. Dicho todo lo anterior, es posible plantear tres alternativas diferentes para solucionar el problema que plantea esta sexta cuestión: el usufructo sobre la nuda propiedad, el usufructo sucesivo o el usufructo sobre bienes distintos.

6.2 El usufructo y las tres posibles soluciones

6.2.1 El concepto de usufructo

La LDCG no cuenta con una regulación específica del usufructo, por lo que hay que remitirse al Código Civil, que regula esta institución en sus arts. 467 a 522 CC. El art. 467 CC, que es una clara traducción de la definición clásica “*ius utendi et fruendi alienis rebus salva rerum substantia*”, explica que el usufructo es un derecho real limitado sobre una cosa ajena que da derecho a su titular a usarla y disfrutarla, pero sin alterar su forma y sustancia. Así, con la única limitación de que la cosa usufructuada sea susceptible de tener aprovechamiento, puede ser objeto de este derecho real cualquier *res intra commercium* que sea apropiable¹⁴¹.

Por otra parte, a tenor de lo dispuesto en el art. 469 CC, el usufructo puede ser parcial o total, puro o condicionado, y constituido a favor de una o varias personas, ya sea simultánea o sucesivamente. Además, el último inciso de este art. 469 CC posibilita que se constituya un usufructo sobre un derecho, siempre que este no sea personalísimo o intransmisible¹⁴².

6.2.2 El usufructo sobre derechos: el usufructo de la nuda propiedad

Como se viene diciendo, en virtud del art. 469 CC, es posible constituir un derecho de usufructo sobre otro derecho siempre y cuando este sea transmisible y no sea personalísimo. Esta afirmación no presenta problemas, sin embargo, la duda surge a la hora de plantearse si es posible constituir un usufructo sobre un derecho de nuda propiedad. Ya que, como se ha explicado, lo que tenía D. Ana en su patrimonio y, por tanto, lo que forma parte de su herencia, es la nuda propiedad de la casa familiar. Por lo que, en la medida en que a su marido le corresponde el pago de su legítima en usufructo, hay que preguntarse si es posible constituir este derecho sobre el derecho de nuda propiedad.

Uno de los primeros en asumir que puede existir un derecho de usufructo sobre la nuda propiedad fue MORENO QUESADA, que en dos publicaciones en el Anuario de Derecho Civil en los años 1959 y 2005 afirmó la existencia de este derecho de usufructo sobre la nuda propiedad. Para este autor, en términos conceptuales, no debe confundirse el usufructo que recae sobre la nuda propiedad, el cual puede ser constituido por quien ostenta la titularidad de esta última, con el usufructo sucesivo, el cual recae sobre la misma cosa que ya es objeto del primer usufructo, estando condicionada su eficacia al hecho de que se extinga el primero. Así las cosas, amparándose en el art. 469 CC, MORENO QUESADA defiende la posibilidad de configurar directamente un usufructo sobre la nuda propiedad, en tanto en cuanto es por todos asumidos que el derecho de la nuda propiedad no es personalísimo ni intransmisible¹⁴³.

¹⁴¹ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El usufructo”, op. cit., p. 267.

¹⁴² Acerca de los tipos de usufructo, vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *ibíd.*, pp. 277 a 284 y MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, op. cit., pp. 3 a 22.

¹⁴³ Vid. MORENO QUESADA, B., “El usufructo en la nuda propiedad”, en *ADC*, Tomo LVIII, fasc. III, 2005, pp. 1157 y 1158.

Como ya he explicado en la *Cuestión 2*, en virtud del art. 659 CC, “*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*” y, para este autor, es indudable que la nuda propiedad no se extingue por la muerte. Por lo que, ante el supuesto de que una herencia en la que haya un derecho de esta clase, como es la de D^a Ana, tenga que diferirse en usufructo, “habrá que reconocer como categoría el usufructo de la nuda propiedad”¹⁴⁴. Para sostener esta teoría MORENO QUESADA explica que, en la medida en que la percepción de frutos no es una característica esencial del derecho de usufructo, el hecho de que la nuda propiedad sea una cosa fructífera no impide que sea posible el usufructo sobre la misma, ya que esta puede producir otras utilidades¹⁴⁵.

Bien es cierto que no se debe olvidar el imperativo legal de que el nudo propietario debe respetar la forma y sustancia de la cosa usufructuada y no hacer nada que pueda perjudicar el derecho del usufructuario (*ex. art. 489 CC*). No obstante, a tenor del juicio de este autor, ello no es obstáculo para la permisión de la constitución de un derecho de usufructo sobre la nuda propiedad, dado que este derecho afecta en exclusiva a la titularidad de la nuda propiedad, la cual pasa a ser “usada y disfrutada” por una persona distinta al nudo propietario. Sin embargo, esto no implica al usufructuario, para quien es indiferente la persona que ejerza la nuda propiedad, así como el título en virtud del cual lo haga, dado que el nuevo usufructo no recae directamente sobre la cosa usufructuada, sino sobre el derecho de nuda propiedad¹⁴⁶.

En definitiva, de asumirse la tesis de MORENO QUESADA, en ningún caso existiría una concurrencia de usufructos entre D. Manuel y los padres de D^a Ana. Ya que, el usufructo del primero recaería sobre la nuda propiedad de la casa, mientras que el de los segundos sobre la propia casa. Por tanto, ambos derechos serían independientes y no interferirían entre sí.

6.2.3 El usufructo sucesivo

Hay que destacar tres Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que no conciben el usufructo sobre la nuda propiedad de la misma forma. En primer lugar, inicialmente, en la Resolución de 24 de noviembre de 2004¹⁴⁷, la Dirección General de los Registros y del Notariado conceptúa este usufructo como un usufructo expectante afirmando que se trata de “un usufructo distinto, que nacerá cuando se extinga el actual, es decir, cuando se consolide en la nuda propiedad el usufructo actualmente existente a favor de un tercero; por ello, el actual usufructo no se ve afectado en absoluto, ni, por ello, existe una contravención del principio de tracto sucesivo”.

Posteriormente, la Dirección General de los Registros y del Notariado declara en la Resolución de 21 de diciembre de 2011 que el usufructo sobre la nuda propiedad se configura como un usufructo sucesivo. Además, dicho pronunciamiento es reafirmado por la Resolución de 19 de julio de 2018. La Dirección General de los Registros y del Notariado dice que, tal y como ha venido sosteniendo su doctrina, en amparo del principio de la autonomía de la voluntad, se reconoce la libre configuración y desarrollo de los derechos reales¹⁴⁸. Así las cosas, se sostiene en esta Resolución que el usufructo sobre derechos es la solución más congruente con el principio de la libre transmisibilidad de los bienes y derechos, además de contar con el

¹⁴⁴ Vid. MORENO QUESADA, B., “El usufructo de la nuda propiedad”, en *ADC*, Tomo XII, fasc. II, 1959, pp. 537 y 538.

¹⁴⁵ Vid. MORENO QUESADA, B., “El usufructo de la nuda propiedad”, *op. cit.*, pp. 548 a 550 y, del mismo autor., “El usufructo en la nuda propiedad”, *op. cit.*, pp. 1155 y 1159, así como MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho e usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁶ Vid. MORENO QUESADA, B., “El usufructo de la nuda propiedad”, *op. cit.*, pp. 551 a 553.

¹⁴⁷ Vid. la RDGRN 24 noviembre 2004, FD 1.º (RJ\2004\8153).

¹⁴⁸ Vid. la RDGRN 21 diciembre 2011, FD 7.º (BOE, 19 de enero de 2012, núm. 16, p. 4503).

refrendo explícito del art. 469 CC¹⁴⁹. Como ya se ha comentado, la figura del usufructo de la nuda propiedad cae dentro del ámbito de este precepto, y esta figura “ha sido reconocida por este Centro Directivo, y su potencialidad económica es evidente, por cuanto reside en la eventualidad de poder llegar a disfrutar (*rectius*, usufructuar) el bien afectado, una vez que se extinga el usufructo vigente [...] en cuyo caso se convertirá en un usufructo pleno”¹⁵⁰. Finalmente, aludiendo a este derecho, y recordando la citada Resolución de 2004, la Dirección General de los Registros y del Notariado señala que “se trata de una titularidad expectante”¹⁵¹.

En definitiva, a juicio de este Centro Directivo, este supuesto no se trataría de dos usufructos independientes, uno sobre la nuda propiedad y otro sobre el usufructo, sino que versaría sobre un usufructo sucesivo, por lo que procedo a analizar este tipo de usufructo.

Por su parte, GUTIÉRREZ SANTIAGO dice que el usufructo sucesivo se da “cuando varias personas son designadas para sucederse, unas después de otras, en la titularidad del derecho: hay un primer usufructuario, y el usufructo va pasando sucesivamente a los llamados después”¹⁵². Según este concepto, se podría entender que los usufructos sucesivos deben constituirse simultáneamente, por lo que el usufructo de D. Manuel no merecería esta consideración. No obstante, para MERINO HERNÁNDEZ se da el usufructo sucesivo cuando sobre un bien ya usufructuado se constituye un nuevo usufructo, sea por imperativo legal o por voluntad de las partes. Es más, este autor afirma que concurre un usufructo sucesivo cuando a un cónyuge viudo, como en este caso D. Manuel, le corresponde como legítima el usufructo viudal sobre un bien del consorte premuerto, esto es, la casa familiar de D^a Ana, y dicho bien ya está siendo usufructuado por otra persona, los padres de su mujer¹⁵³.

Este planteamiento es lógico si se tiene en cuenta que para que se tratase de un usufructo, que sería el otro supuesto posible, sería imprescindible que hubiese un único título constitutivo y un único régimen jurídico. Pero, en este caso, nada tienen que ver el negocio en virtud del que nace el usufructo de D. Pepe y D^a Pilar con el título *mortis causa* a raíz del cual D. Manuel ostenta su derecho. Por consiguiente, también son diferentes los regímenes jurídicos de sendos usufructos.

Así, puede decirse que el usufructo de D. Manuel recibe el calificativo de “sucesivo” refiriéndose exclusivamente a la percepción de los frutos y a la posesión inmediata de la casa familiar, ya que estas facultades corresponden únicamente a D. Pepe y D^a Pilar. D. Manuel ostenta la condición de usufructuario desde el momento en el que se constituye su derecho, es decir, desde que acepta la herencia de D^a Ana, una vez abierta su sucesión intestada. Sin embargo, al ser D. Manuel el segundo usufructuario, este no podrá disfrutar de su derecho hasta que mueran los dos primeros usufructuarios, D. Pepe y D^a Pilar. Existe, por tanto, “una atribución diferida del disfrute efectivo”¹⁵⁴.

En conclusión, de asumir la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado, apoyada por autores como GUTIÉRREZ SANTIAGO, D. Manuel tendría derecho a un usufructo sucesivo. Esto es, aunque adquiriría la condición de usufructuario desde que aceptase la herencia de su mujer, no tendría derecho a usar y disfrutar la casa familiar hasta que muriesen sus suegros. Por tanto, en este caso, tampoco se daría una concurrencia de usufructos.

¹⁴⁹ Vid. las RDGRN 21 diciembre 2011, FD 9.º (BOE, 19 de enero de 2012, núm. 16, p. 4503) y 19 julio 2018, FD 9.º (RJ\2018\3505).

¹⁵⁰ Vid. la RDGRN 21 diciembre 2011, FD 10.º (BOE, 19 de enero de 2012, núm. 16, p. 4503).

¹⁵¹ Vid. la RDGRN 21 diciembre 2011, FD 12.º (BOE, 19 de enero de 2012, núm. 16, p. 4503).

¹⁵² Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El usufructo”, op. cit., p. 268.

¹⁵³ Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, op. cit., pp. 8 y 9.

¹⁵⁴ Vid. la STS 24 abril 1976, Cdo. 2.º (RJ\1976\1924). En cuanto a la doctrina, vid. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, op. cit., pp. 8 y 9.

6.2.4 El usufructo sobre bienes distintos

Por último, a mi juicio, la mejor solución, en la medida en la que sea posible, es que el usufructo viudal de D. Manuel se constituya sobre un bien diferente a la casa familiar; ya que, dado que el usufructo de D. Manuel no es universal, no tiene por qué afectar forzosamente a la casa familiar. Por lo que, en tanto en cuanto la sociedad de gananciales y la herencia de D^a Ana comprendan bienes distintos a la nuda propiedad de la casa familiar, lo más lógico sería gravar con el usufructo viudal dichos bienes para evitar la concurrencia de usufructos. Así las cosas, en trámite de partición, esto es, cuando se divide la herencia asignando a cada heredero unos bienes o derechos determinados, el que tenga encomendada esta facultad debe procurar asignar a D. Manuel bienes distintos de aquellos que ya están gravados con un usufructo.

6.3 Conclusiones

Por una parte, queda claro que, en caso de que se abra la sucesión intestada de D^a Ana, en sede de partición, hay que procurar evitar que el usufructo de su marido D. Manuel recaiga sobre la casa familiar u otros bienes que ya estén gravados con algún usufructo. De no ser esto posible o, simplemente, no proceder de este modo, se presentarían los siguientes problemas.

Dado que lo que forma parte de la herencia de D^a Ana es la nuda propiedad de la casa familiar, hay que tener en cuenta que respecto a este supuesto, existen dos posiciones diferenciadas. Hay quien asume que puede darse el derecho de usufructo sobre la nuda propiedad y hay quien obvia esta figura, acudiendo a otra parecida para conseguir un resultado similar. Esta última es la teoría que sigue la Dirección General de los Registros y del Notariado al acudir a la figura del usufructo sucesivo de la cosa usufructuada¹⁵⁵. En cualquiera de estas dos tesis, como he analizado, en ningún caso concurrirían ambos usufructos. Siguiendo a MORENO QUESADA, porque los usufructos se constituirían sobre cosas diferentes, uno sobre el derecho de nuda propiedad y el otro sobre la propia casa. Y, en virtud de lo dispuesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, porque los usufructos serían sucesivos, esto es, el usufructo de D. Manuel no sería efectivo hasta que se hubiese extinguido el de sus suegros.

En definitiva, de las tres opciones analizadas, es preferible que se opte por constituir el usufructo legal de D. Manuel sobre un bien distinto a la casa familiar. En todo caso, de proceder de alguna de las otras dos formas, en ningún supuesto se daría la concurrencia de usufructos.

¹⁵⁵ Vid. MORENO QUESADA, B., “El usufructo en la nuda propiedad”, op. cit., p. 1154.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S., “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, pp. 1 a 26.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp. 289 a 302.

BONET CORREA, J. y D’ORS, A., “El problema de la división del usufructo”, en *ADC*, Tomo V, fasc. I, 1952, pp. 62 a 124.

BUSTO LAGO, J.M., “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 517 a 578.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Sentencias”, en *ADC*, Tomo LXXII, fasc. III, 2019, pp. 987 a 1049.

CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión y el derecho sucesorio”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2013, p. 27 a 60.

CARRAU CARBONELL, J.M., “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, en *RDC*, vol. II, núm. 2, 2015, pp. 249 a 256.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, en *ADC*, Tomo XXXIX, fasc. II, 1986, pp. 339 a 536.

DE PABLO CONTRERAS, P., “Preterición y desheredación. Las donaciones inoficiosas”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 327 a 354.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El derecho de usufructo”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y SERRA RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Derecho Civil III. Derechos reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 261 a 280.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Comentarios a los artículos 270 a 282 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1177 a 1247.

DÍAZ TEIJEIRO, C.Mª., *El sistema legitimario gallego* (tesis doctoral), A Coruña, 2017.

Disponible en:

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/19567/DiazTeijeiro_CarlosM_TD_2017.pdf

(última consulta: 12/06/20).

- *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 42 a 47.

ESPINOSA DE SOTO, J.L., “Comentarios a los artículos 238 a 266 LDCG”, en CORA GUERREIRO, J.M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F.M. y PEÓN RAMA, V.J. (coord.), *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*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, vol. II, pp. 609 a 826.

FREIRE BARRAL, G., “Comentarios a los artículos 279 a 282 LDCG”, en CORA GUERREIRO, J.M., ORDÓÑEZ ARMÁN, F.M. y PEÓN RAMA, V.J. (coord.), *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, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, vol. II, pp. 1075 a 1109.

GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, en *ADC*, Tomo LIII, fasc. IV, 2000, pp. 1397 a 1482.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, en *ADC*, Tomo XLV, fasc. III, 1992, pp. 875 a 928.

GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de la desheredación de los descendientes”, en *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, núm. 18, 2018, pp. 269 a 306.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “El usufructo”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, 5.^a ed., Bercal, Madrid, 2015, pp. 267 a 286.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2009, vol. V.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, Grupo Francis Lefebvre, s.l., s.f., pp. 3 a 22. Disponible en: <http://content.efl.es/Repository/Libros/pdf/Usufructo.pdf> (última consulta: 12/06/20).

MORALEJO IMBERNÓN, N., “La sociedad de gananciales”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4.^a ed., Bercal, Madrid, 2015, pp. 151 a 164.

MORENO QUESADA, B., “El usufructo de la nuda propiedad”, en *ADC*, Tomo XII, fasc. II, 1959, pp. 535 a 568.

- “El usufructo en la nuda propiedad”, en *ADC*, Tomo LVIII, fasc. III, 2005, pp. 1153 a 1160.

PARRA LUCÁN, M.Á., “La vecindad civil”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.^a ed., Edisofer, Madrid, 2016, vol. II, pp. 201 a 216.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “El testamento”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.^a ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 101 a 112.

- “La ineficacia del testamento”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.^a ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 253 a 263
- “La sucesión intestada. La sucesión contractual”, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (coord.), *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 1.^a ed., Colex, Madrid, 2013, pp. 371 a 390.

PÉREZ ARROYO, O., “El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano”, en *Derecom*, núm. 24, 2018, pp. 97 a 121.

REBOLLEDO VARELA, Á.L., “Comentarios a los artículos 209 a 227 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 905 a 984.

- “Comentarios a los artículos 238 a 249 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1015 a 1079.
- “Comentarios a los artículos 250 a 252 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1086 a 1099.

ROVIRA SUEIRO, M^a.E., “Comentarios a los artículos 258 a 266 LDCG”, en REBOLLEDO VARELA, Á.L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1118 a 1158.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “El apartamiento y la desheredación”, en *ADC*, Tomo XXI, fasc. I, 1968, pp. 3 a 108.

- “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil”, en *ADC*, Tomo XXIII, fasc. I, 1970, pp. 9 a 122.
- “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima”, en *ADC*, Tomo XXXIX, fasc. I, 1986, pp. 3 a 68.
- “En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales”, en *ADC*, Tomo XLIII, fasc. IV, 1990, pp. 1021 a 1054.

VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, en *ADC*, Tomo LXVIII, fasc. II, 2015, pp. 327 a 368.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 1943 (RJ\1943\1034).

STS (Sala de lo Civil) de 28 de febrero de 1947 (RJ\1947\337).

STS (Sala de lo Civil) de 13 de febrero de 1951 (RJ\1951\258).

STS (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1958 (RJ\1958\3098).

STS (Sala de lo Civil) de 25 de abril de 1959 (RJ\1959\1974).

STS (Sala de lo Civil) de 28 de febrero de 1966 (RJ\1966\2608).

STS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1968 (RJ\1968\5708).

STS (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 1974 (RJ\1974\1058).

STS (Sala de lo Civil) de 30 de septiembre de 1975 (RJ\1975\3408).

STS (Sala de lo Civil) de 24 de abril de 1976 (RJ\1976\1924).

STS (Sala de lo Civil) de 26 de febrero de 1979 (RJ\1979\525).

STS (Sala de lo Civil) de 26 de marzo de 1979 (RJ\1979\920).

STS (Sala de lo Civil) de 7 de marzo de 1980 (RJ\1980\1558).

STS (Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 1982 (RJ\1982\5545).

STS (Sala de lo Civil) de 10 de abril de 1987 (RJ\1987\2549).

STS (Sala de lo Civil) de 18 de marzo de 1988 (RJ\1988\10355).

STS (Sala de lo Civil) de 26 de septiembre de 1988 (RJ\1988\6860).

STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 1991 (RJ\1991\8415).

STS (Sala de lo Civil) de 22 de noviembre de 1991 (RJ\1991\8477).

STS (Sala de lo Civil) de 23 de septiembre de 1992 (RJ\1992\7019).

STS (Sala de lo Civil) núm. 675/1993 de 28 de junio (RJ\1993\4792).

STS (Sala de lo Civil) núm. 87/1994 de 10 de febrero (RJ\1994\848).

STS (Sala de lo Civil) núm. 212/1994 de 14 de marzo (RJ\1994\1777).

STS (Sala de lo Civil) núm. 769/1995 de 24 de julio (RJ\1995\5603).

STS (Sala de lo Civil) núm. 1017/1995 de 27 de noviembre (RJ\1995\8717).

STS (Sala de lo Civil) núm. 652/1996 de 24 de julio (RJ\1996\6052).

STS (Sala de lo Civil) núm. 323/1997 de 21 de abril (RJ\1997\3248).

STS (Sala de lo Civil) núm. 954/1997 de 4 de noviembre (RJ\1997\7930).

STS (Sala de lo Civil) núm. 6/1998 de 24 de enero (RJ\1998\152).

STS (Sala de lo Civil) núm. 54/1998 de 27 de enero (RJ\1998\394).

STS (Sala de lo Civil) núm. 436/1998 de 12 de mayo (RJ\1998\3570).

STS (Sala de lo Civil) núm. 848/1998 de 19 de septiembre (RJ\1998\6399).

STS (Sala de lo Civil) núm. 166/2000 de 22 de febrero (RJ\2000\1339).

STS (Sala de lo Civil) núm. 158/2000 de 24 de febrero (RJ\2000\809).

STS (Sala de lo Civil) núm. 1194/2001 de 11 de diciembre (RJ\2002\2200).

SAP de Pontevedra (Sección 5.ª) núm. 24/2002 de 17 de enero (AC\2002\739).

STS (Sala de lo Civil) núm. 171/2002 de 28 de febrero (RJ\2002\4148).

SAP de Barcelona (Sección 4.ª) núm. 778/2003 de 12 de noviembre (JUR\2004\4917).

AAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) núm. 122/2003 de 29 de diciembre (AC\2004\350).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1101/2004 de 19 de noviembre (RJ\2004\6910).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 347/2005 de 12 de mayo (RJ\2005\3994).

STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 440/2005 de 2 de junio (RJCA\2006\47).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 520/2005 de 27 de junio (RJ\2005\9688).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 695/2005 de 28 de septiembre (RJ\2005\7154).

STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 382/2006 de 22 de marzo (JUR\2007\209063).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 29/2008 de 24 de enero (RJ\2008\306).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 289/2008 de 26 de abril (RJ\2008\2680).

SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) núm. 313/2009 de 12 de junio (JUR\2009\301419).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 685/2009 de 5 de noviembre (RJ\2010\84).

SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 761/2010 de 5 de octubre (JUR\2010\409323).

STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 18/2011 de 30 de mayo (RJ\2011\4884).

SAP de A Coruña (Sección 6.ª) núm. 430/2011 de 7 de diciembre (JUR\2012\15523).

STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 17/2012 de 24 de abril (RJ\2012\6362).

STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) núm. 618/2013 de 2 de octubre (JUR\2014\15911).

STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 26/2014 de 13 de mayo (RJ\2014\4568).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 258/2014 de 3 de junio (RJ\2014\3900).

STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) núm. 616/2014 de 29 de octubre (JUR\2015\29218).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 59/2015 de 30 de enero (RJ\2015\639).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 39/2016 de 8 de febrero (RJ\2016\522).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 407/2016 de 9 de febrero (RJ\2016\1365).