



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO
Doble grado en Derecho y ADE

**PACTO SUCESORIO DE APARTACIÓN E CAPACIDADE PARA OUTORGAR
TESTAMENTO**

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

**SEPARATION'S SUCCESSION AGREEMENT AND ABILITY TO MAKE A
WILL**

Autora: María Guillán Figueira
Tutor: Rafael Colina Garea

Curso 2019-2020

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS	3
II.	ANTECEDENTES DE HECHO	4
III.	CONSIDERACIONES PREVIAS	6
IV.	EN TORNO A LA VALIDEZ DEL APARTAMIENTO REALIZADO POR D. PEPE Y D^a PILAR A FAVOR DE SU HIJA D^a ANA	7
V.	DICTAMINAR SI EL APARTAMIENTO PERJUDICA LA LEGÍTIMA DE D^a FÁTIMA.	12
VI.	ANALICE SI LOS BIENES OBJETO DEL PACTO SUCESORIO DE APARTAMIENTO ENTRAN A FORMAR PARTE DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DE D. MANUEL Y D^a ANA.	16
VII.	DICTAMINE EN TORNO A LA CAPACIDAD DE D^a ANA PARA OTORGAR TESTAMENTO Y A LA CAUSA DE DESHEREDACIÓN RESPECTO A SU HIJA SARA.	19
	1. Eficacia del testamento.....	19
	1.a. Falta de capacidad para otorgar testamento.....	19
	1.b. Inobservancia de las formalidades previstas para cada testamento.	20
	1.c. Otorgamiento de testamento con violencia, dolo o fraude.	22
	1.d. Infracción de prohibiciones expresamente establecidas en relación al otorgamiento de testamentos.....	23
	1.e. Infracción de las normas sobre legítimas o reservas.....	23
	2. Nulidad del testamento.....	24
	3. Causa de desheredación	24
	4. Cuestiones procesales	27
VIII.	ANALICE LA POSIBLE CONCURRENCIA DEL USUFRUCTO VIUDAL CON EL USUFRUCTO VITALICIO RESERVADO POR D. PEPE Y D^a PILAR.....	28
	1. Pago de la legítima en metálico	29
	2. Pago de la legítima en bienes hereditarios	31
IX.	CONCLUSIONES	33
X.	BIBLIOGRAFÍA	37
XI.	JURISPRUDENCIA.....	40

I. ABREVIATURAS

art.	artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
LDCG	Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
núm.	número
pág.	página
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

II. 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. Desde entonces Fátima 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, ya que no están dispuestos a someter a su hija al sufrimiento que implica la tortuosa tramitación del procedimiento que es necesario para obtener una sentencia que establezca tal modificación de capacidad.

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: además de la casa familiar valorada en 370.000€, son propietarios de un piso en el centro de Santiago de Compostela valorado en 120.000€, de sendas fincas situadas en distintas parcelas de Padrón cuyo valor conjunto es de 150.000€, de una nave industrial sita en Pontecesures tasada en 140.000€ y de 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 faltan, el 20 de enero de 2015 llevan a cabo el negocio jurídico de apartamiento de la casa familiar y del negocio farmacéutico a favor de su hija 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 las dos hermanas falleciese. D^a Ana desde entonces se encarga como farmacéutica del negocio y se hace cargo de prestar asistencia y cuidados a su hermana Fátima.

En agosto de 2017, D^a Ana decide pasar las vacaciones en las Islas Canarias junto a su hermana 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 en la isla, pero esta prefiere contraer matrimonio en Galicia. En junio de 2018 D^a Ana contrae matrimonio con D. Manuel en régimen de gananciales y 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 artículo 853.2º 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 el apartamiento 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 supérstite.

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.

CUESTIONES.

1. ¿Es válido y conforme a Derecho el apartamiento realizado por D. Pepe y D^a Pilar a favor de D^a Ana?
2. Si el negocio jurídico de apartamiento es válido, ¿Perjudica dicho apartamiento la legítima de D^a Fátima?
3. Analice si los bienes objeto del pacto sucesorio de apartamiento entran a formar parte de la sociedad de gananciales de D. Manuel y D^a Ana.
4. Dictamine en torno a la capacidad de D^a Ana para otorgar testamento y a la causa de desheredación respecto a su hija Sara.
5. ¿Resulta jurídicamente posible la concurrencia del usufructo viudal con el usufructo vitalicio que se habían reservado D. Pepe y D^a Pilar?

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el presente trabajo se tratará de responder a las cuestiones planteadas relativas al tema sucesorio. A pesar de que la mayor parte de las cuestiones planteadas en este caso son referidas al Derecho de Sucesiones, también se entrelazan otras ramas del Derecho, como el Derecho Matrimonial, el Derecho Internacional Privado para resolver conflictos de leyes internos o el Derecho Procesal.

En primer lugar, hablaremos de la validez del pacto sucesorio de apartamiento en el que se introduce un elemento accidental. Dicho elemento accidental, a lo largo de los años, ha sido considerado de distintos modos por el Tribunal Supremo. Asimismo, cuestión controvertida es la eficacia de dichos contratos sucesorios en el Derecho común y en el Derecho foral gallego. El Derecho foral a menudo contradice al Derecho común, algo que ocurre en materia sucesoria, donde los pactos sucesorios son permitidos en Galicia y prohibidos por el Código Civil.

En segundo lugar, pasaremos a analizar si dicho pacto perjudica la legítima de los restantes legitimarios de los causantes. En este caso, únicamente existen dos legitimarias – D^a Ana y D^a Fátima – pero la primera renuncia a su legítima a cambio de la entrega de determinados bienes en apartación.

En tercer lugar, haremos alusión al régimen económico matrimonial y qué posición ocupan los bienes percibidos en apartación en dicho régimen; para ello habrá que pasar a analizar la vecindad civil de los cónyuges, que en este caso difiere entre ambos cónyuges. Igualmente, habrá que profundizar en el incremento de valor del negocio farmacéutico – si es que lo ha habido – y si ha sido debido a la inversión de fondos gananciales o no.

En cuarto lugar, trataremos la cuestión de la capacidad para otorgar testamento, las causas de desheredación y la posibilidad de captación de voluntad de la testadora. En el presente caso, la testadora se encontraba sometida a tratamiento paliativo por lo que habrá que profundizar en la posición de la jurisprudencia acerca de este punto. Del mismo modo, ha sido cuestión controvertida la causa de desheredación alegada por D^a Ana para desheredar a su hija.

Por último, se analizará la posibilidad de concurrencia entre el usufructo vitalicio reservado por los padres de la fallecida y el usufructo del cónyuge supérstite. Como no tenemos constancia de la partición de la herencia de D^a Ana, hemos recurrido a suposiciones para poder tratar esta cuestión.

Por lo que respecta a la legislación aplicable para resolver dichas cuestiones, se ha recurrido a las leyes vigentes en el momento en que han tenido lugar los hechos. Del mismo modo ha sido necesario acudir a los estudios doctrinales y a la jurisprudencia para solventar muchas de las dudas suscitadas. A pesar de ello, en algunas cuestiones como la determinación de capacidad para otorgar testamento, existen sentencias contradictorias; igualmente a la hora de determinar si la causa de desheredación es justa, ha cambiado el

parecer del Tribunal Supremo; del mismo modo, tampoco tenemos constancia de cómo se ha llevado a cabo la partición de la herencia de D^a Ana por lo que establecemos dos hipotéticas soluciones en la última cuestión.

IV. EN TORNO A LA VALIDEZ DEL APARTAMIENTO REALIZADO POR D. PEPE Y D^a PILAR A FAVOR DE SU HIJA D^a ANA

En este caso, nos encontramos ante un pacto entre D. Pepe y D^a Pilar de una parte (apartantes) y su hija D^a Ana de otra (apartado), en virtud del cual la hija se da por excluida de la condición de legitimaria en la herencia de sus padres a cambio de la adquisición de la casa familiar y el negocio farmacéutico siempre y cuando cumplierse con la obligación de cuidar de su hermana hasta que cualquiera de las dos falleciese. Por ende, a través de este negocio jurídico se anticipa la legítima a D^a Ana y no se trata de una mera liberalidad de los apartantes, ya que el legitimario se excluye de la futura sucesión a cambio de una contraprestación en vida. La Audiencia Provincial de Pontevedra, en este aspecto, afirma que la apartación otorgada en escritura pública implica la transmisión simultánea de la propiedad a favor de D^a Ana, pues lo pactado, como título de finalidad traslativa, se completa con la tradición, en la modalidad de *traditio* instrumental, con la consecuencia de que el apartado adquiere la propiedad inmediata de los bienes objeto de apartamiento¹. Además, esta exclusión no requiere de la intervención ni consentimiento de los legitimarios del apartado, esto es, de D^a Sara².

Asimismo, es un negocio jurídico aleatorio ya que D^a Ana corre el riesgo de ganancia o pérdida, es decir, existe incertidumbre sobre si D^a Ana llegará a ser o no efectivamente legitimaria y si la cuantía de la legítima sería en el momento del fallecimiento del causante, mayor o menor que en el momento en que se otorgó el pacto de apartación³. Por ello, no se contempla una posible rescisión del pacto por lesión ya que, según lo dispuesto por la ley, permanecerá eficaz cualquiera que sea el valor de los bienes o derechos entregados⁴.

La doctrina efectúa la siguiente clasificación de pactos sucesorios: los *pacta de succedendo* en los que uno de los otorgantes instituye heredero al otro, o ambos recíprocamente o a favor de un tercero; los *pacta de non succedendo* que consisten en la renuncia por parte de uno de los contratantes a los derechos que pudiese tener en la sucesión del causante; y los que versan sobre la herencia de un tercero donde el futuro heredero renuncia a su expectativa sucesoria en la herencia del causante – el cual no participa en el otorgamiento del pacto – mediante la transmisión de su derecho al otro

¹ STS 9 de Febrero de 2016 (RJ 2016/1365).

² BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones”, en AA.VV *Curso de Derecho Civil de Galicia*. J.M. Busto Lago, N. Álvarez Lara & F. Peña López. Ed. Atelier. Barcelona 2015, pp. 407-459.

³ GARCÍA RUBIO, M^a.P. “El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego”. *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 2000, pp. 1397-1482.

⁴ GIL RODRIGUEZ, J. “La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad”, en AA.VV *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. J. Pérez de Vargas Muñoz & M. Pereña Vicente (coord.). Ed. Wolters Kluwer, Madrid 2011. pp. 739-790.

contratante que tendría la condición de beneficiario⁵. El pacto otorgado entre D^a Ana y sus padres claramente se encuadra en la definición de los pactos de *non succedendo*.

Para manifestarnos acerca de la validez y conformidad a Derecho de este negocio jurídico, primero pasaremos a analizar qué norma se aplica. Como bien es sabido, España es un Estado plurilegislativo puesto que coexiste el Derecho común y los distintos Derechos forales o territoriales. Ello supone la posible aparición de conflictos internos de leyes. A tenor del artículo 14 del CC, será la vecindad civil quien determine la sujeción al derecho civil común o al foral. Todo español posee, a la vez que la nacionalidad española, una vecindad civil y sólo una⁶. A la luz del artículo 16 del CC, a la hora de resolver los conflictos de leyes por la coexistencia de los distintos regímenes jurídicos civiles en territorio nacional, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado. En materia de sucesión mortis causa, la solución la prevé el artículo 9.8 CC: “(...) Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”. Por lo tanto, la vecindad civil relevante a la hora de determinar si se aplica o no el régimen jurídico gallego a este pacto sucesorio es la vecindad civil de los apartantes y futuros causantes de la herencia (D. Pepe y D^a Pilar), y no la del apartado. De conformidad con el citado artículo 14 del CC, en su apartado 5 “La vecindad civil se adquiere: 1. ° Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. 2. ° Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo”. Como bien se relata en los antecedentes de hecho, los apartantes tienen vecindad civil gallega, puesto que han residido toda su vida en un municipio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Es decir, aunque no sabemos si han manifestado su voluntad por adquirir la vecindad civil gallega, a tenor de los antecedentes de hecho, podemos suponer que han residido de forma continuada durante diez años en Galicia.

Por ende, se aplicará a este caso la Ley de Derecho Civil de Galicia (LDCG), y no el Código Civil, aunque este se utilizará de forma supletoria a tenor del artículo 13 del CC. Efectivamente, la vigente LDCG, en su Título X Capítulo III, admite expresamente la validez de los pactos sucesorios: “Sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente ley son pactos sucesorios: 1.º Los de mejora; 2.º Los de apartación” (art 209 LDCG). La razón de su admisión está relacionada con los hábitos migratorios de la población gallega, puesto que se hacía preciso que los legitimarios renunciasen a la legítima a cambio de recibir una cuantía dineraria que hiciese posible su emigración⁷.

⁵ CASTAÑEDA, F.J. “Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su ratio legis. Propuesta para su admisibilidad”. *Anuario de Derecho Civil*, vol 72 nº 2, 2019.

⁶ ALCOLADO CHICO, M. T. “Las bases normativas de los conflictos internos de leyes en la España actual”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol 4 nº 7, 2016, pp. 226-230.

⁷ GARCÍA RUBIO, M^a. P. “El apartamiento sucesorio ...”. cit. pp 1399.

Por el contrario, en nuestro Derecho Civil común rige el principio de prohibición de los pactos sucesorios estableciendo como sanción la nulidad radical de los mismos⁸. Dicho principio se desprende del art. 1271.2 CC al prohibir celebrar sobre la herencia futura contratos salvo aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal. Del mismo modo, el Código Civil excluye los pactos sucesorios al limitar los modos de suceder al testamento y a la sucesión *ab intestato* (artículo 658.1 CC). Este rechazo se fundamenta principalmente en la irrevocabilidad de dicho pacto de forma libre y unilateral por parte del causante. Es decir, la revocación o modificación del contenido de dicho contrato sucesorio solo podría efectuarse con el consentimiento de ambas partes. A pesar de ello, este principio presenta varias excepciones en el Derecho civil común: la promesa de mejorar o no mejorar y la mejora irrevocable (art. 826 y 827 CC), la fiducia sucesoria (art 831 CC), la donación *propter nuptias* de bienes futuros hecha en capitulaciones matrimoniales antenupciales (art 1341.2º CC), así como otros negocios jurídicos post mortem, como los seguros de vida para el caso de muerte del asegurado o los pactos de continuación y sucesión en el marco de sociedades civiles.

Más específicamente, la institución de la apartación se regula únicamente en cuatro artículos de la LDCG (arts. 224 a 227). El concepto de apartación se encuentra recogido en el artículo 224 LDCG, del que se desprende que quien tenga la condición de legitimario si se abriese la sucesión en el momento de formalizar el pacto sucesorio, quedará excluido de forma irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso del apartante a cambio de la adjudicación de bienes concretos, en este caso la vivienda familiar y el negocio farmacéutico. Al mismo tiempo puede considerarse un pacto sucesorio traslativo o dispositivo, ya que desde el punto de vista del apartante, éste transmite al apartado la plena titularidad de bienes o derechos.

Una vez que hemos comprobado que se aplica la LDCG y que el pacto sucesorio de apartación está permitido por el Derecho foral gallego, pasamos a analizar si concurren los requisitos subjetivos, formales y objetivos esenciales pertinentes.

En cuanto a los requisitos subjetivos, de conformidad con el artículo 210 de la LDCG serán capaces para otorgar pactos sucesorios los mayores de edad con plena capacidad de obrar. Por lo tanto, se exige la plena capacidad de obrar para la plena validez, lo que implica la mayoría de edad de ambos otorgantes. Este requisito de capacidad se cumple en nuestro caso, ya que tanto D. Pepe y D^a Pilar de un lado, y D^a Ana, de otro, son mayores de edad. Aunque no es nuestro caso, si no concudiese este requisito de acuerdo con las reglas del CC, la sanción general aplicable a negocios jurídicos viciados por defecto de capacidad en cualquiera de los sujetos otorgantes será la anulabilidad del pacto.

Otro de los requisitos subjetivos que ha de cumplirse es que el apartado – D^a Ana – debe tener la condición de legitimario de los apartantes en el momento de formalizar el pacto sucesorio de apartación y según el artículo 238 LDCG: “Son legitimarios: 1.º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2.º El

⁸ PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Bercal. Madrid 2018, pp. 133-179.

cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho”. A la luz de este artículo, D^a Ana es legitimaria de D. Pepe y D^a Pilar, al ser aquella hija de éstos, por lo que este requisito también se cumple.

Por lo que respecta a los requisitos de forma, a tenor del artículo 211 de la LDCG, dichos pactos deberán ser otorgados en escritura pública y en otro caso no producirán efectos. Lo que no se exige para su validez es la unidad de acto, es decir, que la aceptación por D^a Ana puede ocurrir temporalmente en un momento posterior al otorgamiento. Asimismo, los pactos sucesorios regulados en la LDCG están sometidos al principio de publicidad a través del Registro General de Actos de Última voluntad, en el que se deben hacer constar⁹. Presuponemos que se ha cumplido con este requisito formal *ad solemnitatem* y que se ha hecho constar en dicho Registro. Si no hubiese constado en escritura pública, al incumplirse un precepto de carácter imperativo, el apartamiento sería nulo de pleno derecho y no produciría efecto alguno. En caso de no darle publicidad registral al pacto de apartamiento, ello supone la inoponibilidad frente a terceros. De este modo, al tercero que adquiere en determinadas condiciones un bien únicamente le afecta lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro¹⁰.

En cuanto a los presupuestos objetivos, no se exige que los bienes concretos vayan a integrar la herencia futura del causante ni tan siquiera que sean de una determinada naturaleza o que tengan carácter patrimonial. Así se desprende del artículo 225 LDCG: “El apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma”. En este aspecto es donde se puede apreciar la aleatoriedad o incertidumbre que presenta este pacto sucesorio: el apartado no sabe si lo que le correspondería por legítima en el momento del fallecimiento del causante tendría un valor superior o inferior si no hubiese renunciado a ella a través del apartamiento. Por lo tanto, puede ser objeto del pacto sucesorio de apartación cualquier bien o derecho, por lo que los bienes concretos pueden atribuirse al apartado en propiedad, en usufructo, en concepto de derecho de superficie o la titularidad de un crédito o garantía. En caso de atribución en propiedad, la apartación supone la transmisión de la propiedad sin necesidad de esperar al fallecimiento del apartante¹¹ y, por lo tanto, el apartado puede ejercer como propietario para el ejercicio de todas las facultades y acciones inherentes al derecho que recibe. Si el bien objeto de la prestación del pacto sucesorio desaparece o se pierde por causas imputables al apartante, el apartado recupera la condición de legitimario. En nuestro supuesto, D. Pepe y D^a Pilar adjudican a su hija la propiedad de dos bienes concretos – la vivienda familiar y el negocio farmacéutico – por lo que D^a Ana pasa a ostentar la plena propiedad. Por ello podemos afirmar que el requisito objetivo del pacto de apartación se cumple en este caso.

Toda vez que hemos justificado que concurren los requisitos esenciales para que el apartamiento produzca efectos, cabe aclarar la posibilidad de someterlo a los elementos accidentales de los negocios jurídicos: condición, término o modo. Someter un negocio

⁹ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. p. 409.

¹⁰ FAUS, M. “Principio de inoponibilidad”. Ed. vlex. Recuperado de <https://practicos-vlex.es/vid/principio-inoponibilidad-495179030>

¹¹ STSJ Galicia de 6 de febrero de 2013 (JUR 2013/94829): Aunque se refiere al pacto sucesorio de mejora, se afirma que “en la medida en que nos encontramos ante un pacto sucesorio en el que se transmiten bienes (...) sin necesidad de que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante”.

jurídico a condición supone hacer depender su efectividad de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. El Derecho positivo común admite la posibilidad de insertar la condición en los contratos (arts. 1113 y 1255 CC), siempre que sean condiciones posibles y lícitas. En sentido amplio, el término consiste en la determinación del momento en que se produce el inicio o fin de los efectos jurídicos de un determinado acto, o en la concreción de la duración de tales efectos. Sin embargo, sería totalmente contrario a la naturaleza de este negocio jurídico admitir la posibilidad de someterlo a término, ya sea inicial o final¹². El modo puede definirse como la carga o gravamen añadido por pacto en los negocios a título gratuito que implican una atribución de bienes en virtud de la cual se establece una conducta que debe ser realizada por el beneficiario de la atribución. La diferencia esencial entre el modo y el término y condición es que en estos últimos los efectos del acto jurídico o la cesación de los mismos dependen del cumplimiento o no de la condición, o a la llegada del término, mientras que el negocio con carga modal es válido y eficaz desde el primer momento¹³.

La obligación de cuidados de su hermana D^a Fátima es válida ya que en consonancia con el artículo 204 LDCG, se admite la validez de las disposiciones hechas bajo condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Para saber si nos encontramos ante una condición o una carga modal, el TSJ de Galicia se pronunció sobre la calificación jurídica de la obligación impuesta: deberá ser considerada como condición y no una carga modal, y, por lo tanto, su incumplimiento condiciona directamente la eficacia misma de la institución.¹⁴ Por lo tanto, se trata de una condición potestativa puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición. Dentro de las condiciones potestativas, se pueden distinguir las meramente potestativas – que dependen únicamente de la exclusiva voluntad de una de las partes – y las simplemente potestativas – en las que el evento depende también de la voluntad de una de las partes, pero existen una serie de condicionamientos externos –. Las condiciones puramente potestativas están prohibidas a tenor del art. 1115 CC, siendo el contrato que se somete a dicha condición nulo de pleno derecho. La nulidad se produce porque no cabe sostener que exista una obligación entre las partes, puesto que se entiende que falta el consentimiento. En este caso, la condición es simplemente potestativa – válida conforme a Derecho – ya que su cumplimiento depende en parte de la voluntad de D^a Ana de cuidar de su hermana y en parte de que ninguna de las dos fallezca. Asimismo, es una condición resolutoria puesto que el apartamiento produce efectos desde su perfección, pero si D^a Ana no cuida de su hermana, los efectos desaparecen.¹⁵ En definitiva, la condición puesta por los apartantes en este caso es totalmente válida de conformidad con el Derecho gallego. Del mismo modo, consideramos que dicha condición se ha comenzado a cumplir ya que D^a Ana desempeñó su obligación de asistir y cuidar de su hermana mientras pudo hasta que la enfermedad desembocó en el fallecimiento de la apartada.

¹² GARCÍA RUBIO, M^a.P. “El apartamiento sucesorio ...”, cit. p. 1447.

¹³ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”. En AA. VV *Tratado de Contratos. 2ª Edición*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, S. Quicios Molina & N. Moralejo Imbernón (coord.). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013. p. 92.

¹⁴ STSJ Galicia de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010/2488): “el artículo 204 LDCG/2006 (...) establece como prius de su aplicación el tener que estar en presencia de una disposición testamentaria hecha precisamente bajo condición y no bajo modo o carga del artículo 797 CC”.

¹⁵ STS de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990/3696).

Con arreglo a lo dicho, ya que el apartamiento es un pacto sucesorio permitido por la LDCG – ley de aplicación a nuestro caso – y concurren los requisitos esenciales para su validez y eficacia, y asimismo el sometimiento a una condición – más en concreto a este tipo de condición de cuidados de un descendiente del testador – se posibilita por la LDCG, el pacto sucesorio de apartamiento es válido, conforme a Derecho y despliega todos sus efectos. Además, podemos afirmar que la condición impuesta por los apartantes ha sido cumplida, al asistir y cuidar D^a Ana de su hermana hasta que devino enferma de forma repentina.

V. DICTAMINAR SI EL APARTAMIENTO PERJUDICA LA LEGÍTIMA DE D^a FÁTIMA.

La legítima es una parte alícuota del patrimonio hereditario que imperativamente se atribuye a determinados sujetos determinados por la ley y que reciben la denominación de legitimarios o herederos forzosos. El sistema de legítimas se funda en la relación de la garantía constitucional del derecho a la herencia consagrado en el artículo 33.1 CE con la protección de la familia recogida en el artículo 39.1 CE. Sin embargo, es el legislador ordinario quien determina el *quantum* del sistema de legítimas, así como sus aspectos subjetivos y los títulos en virtud de los cuales pueden atribuirse¹⁶.

En el Derecho civil común, el régimen jurídico de la legítima se recoge en los artículos 806-822 CC. Cabe aclarar que el legitimario no tiene por qué ser heredero, aunque pueden confluír las dos figuras en una misma persona; esto es, el legitimario puede recibir su legítima como un legado, una herencia o una donación¹⁷. De otro lado, la LDCG contiene la regulación del sistema legitimario en los artículos 238-266.

Los legitimarios, según el Código Civil y según la derogada LDCG de 1995, son los hijos y descendientes en línea recta del causante; en defecto de estos, los ascendientes y; en todo caso, el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, que puede concurrir con los demás legitimarios. Sin embargo, la actual LDCG, en su artículo 238, establece que los legitimarios son los hijos y los descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados e indignos y; el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho. Ya que desde un principio hemos explicado que aplicaremos a este caso el derecho foral gallego, los legitimarios de D. Pepe serían sus dos hijas y su mujer D^a Pilar; y los legitimarios de D^a Pilar serían sus dos hijas y su marido. Ello porque el sistema legitimario se rige por la ley vigente en el momento de la muerte del causante (DT 3^a LDCG, DT 12^a CC y art. 9.8 CC); y aunque la muerte de los causantes no ha tenido lugar, se producirá durante la vigencia de la actual LDCG, y en ningún caso será de aplicación la derogada LDCG de 1995.

¹⁶ BUSTO LAGO, J.M. “Legítimas y reservas”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Bercal. Madrid 2018, p. 211.

¹⁷ ZAPATA LÓPEZ, J. *Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea*. (Tesis Doctoral), UCAM, 2017.

Desde un punto de vista jurídico, la vigente Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia ha introducido un cambio radical en la configuración de la legítima, tanto en lo que se refiere a su cuantía como desde la óptica de su naturaleza jurídica, con la finalidad de potenciar la libertad de testar del causante¹⁸.

En esta cuestión se nos plantea el posible perjuicio de la legítima de una de las descendientes: D^a Fátima. En la actual LDCG, la legítima de los descendientes se reduce a una cuarta parte del haber hereditario líquido frente al tercio de legítima estricta correspondiente a la anterior legislación y a la del CC. En efecto, la legítima de los descendientes de dos terceras partes del haber relicto del causante – formada por el tercio de legítima estricta y por el tercio de mejora según el CC – se minorará a la cuarta parte del haber hereditario líquido según la LDCG¹⁹. En definitiva, la masa patrimonial que compone el haber hereditario se divide, según el Derecho civil común, en tres tercios: el tercio de legítima estricta o corta correspondientes a los descendientes del causante, el tercio de legítima larga o de mejora que puede ser atribuido a todos o a alguno/s de los descendientes y el tercio de libre disposición del que el causante puede disponer libremente²⁰. Por lo tanto, la LDCG actual aumenta la libertad testamentaria, puesto que la parte de libre disposición alcanza las tres cuartas partes del valor líquido de los bienes hereditarios²¹.

Considerando que la legítima correspondiente a D^a Fátima supone 1/8 del haber hereditario de cada uno de sus padres, es necesario pasar a analizar cómo se calcula dicho haber. El *quantum* de la legítima se calcula sobre una masa patrimonial ficticia compuesta por la suma de dos partidas denominadas *relictum* y *donatum*. En este sentido, la ley gallega no se aparta de la doctrina común, empero, a estos efectos, solo la base del cálculo de la legítima coincide con la suma del relictum y donatum si el causante no dispuso en vida y a título lucrativo de sus bienes²². Sin embargo, pueden apreciarse disparidades entre ambas normativas. Por un lado, el artículo 818 CC establece que “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”. Y a tenor del artículo 244 de la LDCG: “Para fijar la legítima, el haber hereditario del causante se determinará conforme a las reglas siguientes: 1.^a Se computarán todos los bienes y derechos del capital relicto por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima. 2.^a Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso”. Aunque la referencia temporal para valorar económicamente los bienes integrantes del caudal relicto es la misma (el momento de la

¹⁸ SAP de A Coruña de Junio de 2016 (JUR 2016/183848).

¹⁹ SAP de A Coruña de 17 de Junio de 2016 (JUR 2016/183848).

²⁰ BUSTO LAGO, J.M. “Legítimas y reservas”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Bercal. Madrid 2018, p. 218.

²¹ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. p. 455.

²² DÍAZ TEJEIRO, C.M. *El sistema legitimario de Galicia* (Tesis Doctoral inédita). Universidade da Coruña, A Coruña 2017. p. 64.

apertura de la sucesión del causante) según el artículo 654.I CC; la ley gallega expresa de mejor modo qué transmisiones han de tenerse en cuenta para el cálculo del *donatum* ya que el término “colacionable” – que en sentido estricto se refiere a donaciones realizadas por el causante a los legitimarios – debe considerarse en sentido amplio y entender que cualquier donación realizada en vida del causante debe ser colacionable. Asimismo, mientras la norma del CC hace referencia a las “donaciones”, la ley gallega de modo más acertado habla de “los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo”: doctrina y jurisprudencia han asumido que deben colacionarse todo tipo de liberalidades, no solo donaciones, como podría ser la condonación de una deuda o la renuncia de un derecho. Del mismo modo, la referencia temporal para valorar el *donatum* difiere de una ley a otra: en la ley gallega, los bienes transmitidos a título lucrativo deben valorarse en el momento en que se realizó la transmisión de su titularidad actualizado monetariamente²³; mientras que en el CC no aclara en qué momento debe calcularse el valor del *donatum*.

Por lo tanto, suponiendo que D. Pepe falleciese actualmente – considerando que la tasación de los bienes se mantuviese intacta hasta este momento – el *relictum* de su caudal hereditario estaría compuesto por la mitad de la masa ganancial, esto es, la mitad del piso situado en Santiago (60.000€), la mitad del valor de las fincas (75.000€), la mitad de la nave industrial (70.000€) y la mitad del valor de los coches (30.000€). Suponemos que no existen deudas del causante que no se hayan extinguido, por lo que el capital relicto asciende a 235.000€. Por otro lado, habrá que tener en cuenta para el cálculo del *donatum* el valor de los bienes dados en apartación a su hija, D^a Ana: el negocio farmacéutico valorado en 200.000€ (suponemos que no ha habido actualización monetaria hasta el momento) y la mitad del bien ganancial de la casa familiar (185.000€). En cuanto al negocio farmacéutico, con independencia de la intransmisibilidad de la autorización administrativa correspondiente, su base económica, esto es, el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el farmacéutico para el ejercicio de su actividad constituye un verdadero establecimiento mercantil que puede integrar una herencia²⁴. Teniendo en cuenta las anteriores cifras monetarias, la base para calcular la legítima – conformada por la suma del *relictum* y el *donatum* – asciende a 620.000€. En Galicia, la legítima global de los descendientes supone una cuarta parte de dicha cifra, esto es, 155.000€. Teniendo en cuenta que D. Pepe es padre de dos hijas, la legítima individual correspondería a 77.500€ para cada una de ellas. Por lo tanto, la apartación realizada a favor de D^a Ana no perjudica la legítima de su hermana, ya que hay suficientes bienes en el patrimonio hereditario de su padre para satisfacer su legítima individual.

En cuanto a D^a Pilar, su capital relicto estaría conformado por la mitad de los bienes gananciales antes descritos, esto es, por bienes valorados en 235.000€. Y el *donatum* únicamente estaría compuesto por la mitad del valor de la casa familiar (185.000€), ya que el negocio farmacéutico es un bien privativo de D. Pepe. Es decir, el montante del haber hereditario de D^a Pilar asciende a 420.000€. La legítima global de sus dos descendientes estaría valorada en 105.000€ y la legítima individual de cada una de ellas en 52.500€. Como se puede apreciar, tampoco en este caso la apartación perjudica la legítima de D^a Fátima.

²³ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. p. 456.

²⁴ DÍAZ TEIJEIRO, C.M. *El sistema legitimario de Galicia...*, cit. pp. 72-73.

D^a Fátima – como legitimaria y en el caso hipotético de que se perjudicase su legítima – cuenta con medidas de tutela preventiva y con acciones de protección de conformidad con la LDCG. Según los apartados 2 y 3 del art. 349 LDCG, se les atribuye medidas de tutela preventiva de su derecho de crédito legitimario en los ámbitos siguientes: 1º) En relación con las operaciones de cálculo de la legítima y de determinación del caudal hereditario, lo que se articula a través de la posibilidad de exigir la formación de inventario, incluida la valoración de los bienes, con protocolización notarial del mismo. 2º) En la protección del derecho de crédito, posibilitando la anotación preventiva del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes inmuebles de la herencia inscritos y que, en su caso, permitirá al legitimario perseguir los bienes que se transmitan a terceros tanto por el heredero como por el propio causante.

En el caso de ausencia total de atribución patrimonial y en el caso de atribución insuficiente, D^a Fátima podría ejercitar las acciones de reclamación de la legítima (art. 249 LDCG), de complemento frente a atribuciones insuficientes (art. 247 LDCG) y de reducción de legados y donaciones inoficiosas (art. 251 LDCG). Estas tres acciones son de carácter personal y están sometidas a un plazo de prescripción de 15 años de acuerdo con el art. 252 LDCG. En nuestro caso, podría haber adquirido relevancia, en el hipotético caso de haberse perjudicado la legítima de D^a Fátima, que esta ejercitase la acción de reducción de legados y de donaciones inoficiosas por no ser el haber hereditario suficiente para el pago de la misma, por existir pactos sucesorios o atribuciones en vida realizadas por el causante a título gratuito y con lesión de la legítima. En este caso, el legitimario perjudicado podrá ejercitar esta acción, y se seguirá en siguiente orden de las disposiciones que habrán de reducirse (art 251 LDCG): legados a prorrata, donaciones por orden de fecha comenzando por la más reciente y en caso de existir varias de la misma fecha se reducirán a prorrata, apartaciones y demás pactos sucesorios a prorrata en caso de haberse realizado varios. Ejercitada esta acción de reducción frente a legatarios, donatarios e instituidos en virtud de pactos sucesorios (D^a Ana), éstos únicamente podrán evitar la reducción entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas según el art 251.3 LDCG²⁵. Por lo tanto, hipotéticamente D^a Ana sería condenada, a su elección, a revertir al caudal hereditario lo dado en apartación o a satisfacer a su hermana en las cantidades decretadas por el juez²⁶.

²⁵ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. pp. 457-459.

²⁶ SAP Pontevedra de 28 de julio de 2014 (JUR\2014\218941).

VI. ANALICE SI LOS BIENES OBJETO DEL PACTO SUCESORIO DE APARTAMIENTO ENTRAN A FORMAR PARTE DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DE D. MANUEL Y D^a ANA.

Para determinar la ley reguladora del matrimonio, habrá que acudir al art. 9.2 CC: “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”. A la vista del supuesto de hecho, D. Manuel tiene vecindad civil canaria y D^a Ana vecindad civil gallega, y teniendo en cuenta que no se tiene constancia de que ambos otorgasen documento público con el objetivo de que rija la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de ellos, la ley reguladora de este matrimonio será la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, esto es, la LDCG.

De acuerdo con el art. 171 LDCG, el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y en su defecto o ineficacia, el régimen será la sociedad de gananciales. Tal y como se desprende de los hechos, D. Manuel y D^a Ana contrajeron matrimonio en régimen de gananciales, por ende, este régimen fue el convenido por los cónyuges.

El Código Civil dedica los arts. 1344 a 1410 a la sociedad de gananciales. Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges, que les serán atribuidos por mitad al disolverse. Se sostiene de modo generalizado que carece de personalidad jurídica distinta de las de los cónyuges, siendo una comunidad especial²⁷.

La sociedad de gananciales comienza en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones; teniendo en cuenta que desde que D^a Ana se convierte en propietaria de la vivienda familiar y del negocio farmacéutico hasta la celebración del matrimonio transcurren tres años, los bienes objeto de apartamiento no entran a formar parte de la sociedad de gananciales. El negocio farmacéutico se valora teniendo en cuenta el valor del local, de la licencia, del stock, la clientela y de la evolución económica del mismo.

Del mismo modo, el artículo 1346 CC contiene una lista de los bienes a los que se atribuye legalmente el carácter de privativo. En su apartado primero, establece que los bienes y derechos que perteneciesen a cada uno de los cónyuges al comenzar la sociedad

²⁷MARIÑO PARDO, F. “Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 71, 2016. p. 3.

serán privativos de cada uno de ellos. Por lo tanto, la vivienda familiar y el negocio farmacéutico pertenecen de forma privativa a D^a Ana.

Cuestión controvertida es el carácter ganancial o privativo del valor del stock del negocio farmacéutico – como componente del valor del negocio – una vez se inicia la sociedad de gananciales. La jurisprudencia se ha manifestado a este respecto: si se han invertido fondos gananciales en la compra del valor del stock de la farmacia, éste deberá formar parte del haber ganancial²⁸. Ello trae causa de los artículos 1359.2º y 1360 CC: ya que si la mejora realizada en bienes privativos se debiese a la inversión de fondos comunes, la sociedad de gananciales será acreedora del incremento patrimonial incorporado a una explotación o establecimiento mercantil como consecuencia de la mejora, en el momento de la disolución de la sociedad o la enajenación del bien. Igualmente, además de las existencias de la farmacia adquiridos con capital ganancial, también si se produce un incremento de valor de la misma por la inversión de bienes comunes, surge un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

Aunque en el supuesto de hecho no se detalla, lo más probable según los hechos narrados sería que una pequeña parte de las existencias se hayan obtenido antes de comenzar la sociedad y la mayoría de ellos tras haber contraído matrimonio. El stock adquirido con capital ganancial ha de incluirse en el inventario que ha de formarse para proceder a la liquidación de la sociedad, fijando su valor. Por lo tanto, el porcentaje correspondiente correspondería como bien privativo a D^a Ana y el restante a la sociedad de gananciales.

En cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales, esta concluirá, a tenor del artículo 1392.1º CC, cuando se disuelva el matrimonio. “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio” (art. 85 CC). En este caso, el matrimonio entre D^a Ana y D. Manuel se ha disuelto por el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Aunque habida cuenta de que no se facilitan extremos a este respecto, podría plantearse la siguiente hipótesis: la aportación de bienes privativos por parte de D^a Ana a la sociedad de gananciales al amparo de la libertad contractual entre los cónyuges. Una posición doctrinal extendida distingue entre la titularidad del bien, determinada por la adquisición, que puede ser conjunta de ambos cónyuges o individual de uno solo de ellos, y la ganancialidad, como cualidad del bien que impondría al cónyuge titular limitaciones a sus facultades de administración y disposición durante la vigencia de la sociedad y sujetaría el bien a liquidación tras la disolución de la sociedad, pero dicha cualidad de ganancial no implicaría comunidad hasta la disolución del régimen. Partiendo de esta tesis podría plantearse si cuando se aporta un bien a la sociedad de gananciales se transfiere la titularidad del mismo, o bien únicamente se le confiere la cualidad de ganancial, conservando el cónyuge aportante la titularidad, salvo que expresamente transfiera al otro cónyuge ésta.

²⁸ STS de 30 de enero de 2004 (RJ 2004/438).

Las aportaciones de bienes o derechos a la sociedad de gananciales pueden ser de dos clases: gratuitas, que son aquellas que no conllevan contraprestación alguna, y onerosas, que son las que dan lugar a cualquier tipo de contraprestación, tanto anterior a la aportación, simultáneamente a la aportación o mediante el nacimiento a favor del aportante de un derecho de crédito contra la sociedad de gananciales exigible en el momento de la disolución de dicha sociedad. También es posible que una aportación de bienes o derechos a la sociedad conyugal participe de ambas naturalezas, en cuyo caso se aplicará a cada una de ellas la fiscalidad que le corresponda²⁹.

La aportación a gananciales necesita el concurso de ambos cónyuges incluso en el caso de aportación gratuita, puesto que no se puede imponer a nadie una adquisición sin su consentimiento, y es por ello que el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación.

La DGRN se refiere – en su resolución de 11 de mayo de 2016³⁰ – a la aportación a la sociedad de gananciales definiéndola expresamente como acto de comunicación de bienes, rechazando el carácter traslativo del negocio, lo que tenía efectos a la hora de determinar la capacidad del otorgante.

Cabría sostener la aplicación al negocio del principio de libertad de forma, incluso en el caso de aportación gratuita puesto que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2015 considera la aportación a gananciales sin contraprestación como un acto de liberalidad de naturaleza distinta a la donación³¹.

En cuanto a la vivienda familiar, a pesar de que es un bien privativo de D^a Ana, a tenor del art 1320 CC “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”. Se prevé para los casos de negativa injustificada o imposibilidad del cónyuge no titular, la posibilidad de acudir al juez solicitando la autorización que suplirá el consentimiento del consorte y actuará atendiendo al interés familiar. Por lo tanto, es necesario el consentimiento de ambos para todo tipo de actos y negocios dispositivos que impliquen privación del goce de la vivienda habitual por la familia: enajenación, constitución de derechos reales limitados o personales, renuncia. El artículo 1320 es una norma imperativa, aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial³².

Con arreglo a lo dicho, el negocio farmacéutico y la vivienda familiar no entrarían a formar parte de la sociedad de gananciales, puesto que se clasifican como bienes

²⁹ RDGT de 23 de febrero de 2018 (JUR 2018/93124).

³⁰ RDGRN de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016/3020).

³¹ MARIÑO PARDO, F. “Aportación de bienes privativos...”, cit. p. 8.

³² COSTAS RODAL, L. “Comentario al art. 1320 del Código Civil”, en AA.VV *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Aranzadi, Madrid 2009. p. 1.

privativos de D^a Ana. Sin embargo, hay que tener en cuenta las limitaciones para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, aunque se trate de un bien privativo. Del mismo modo, es necesario mencionar la posibilidad de que D^a Ana pudiese haber aportado dichos bienes a la sociedad de gananciales.

VII. DICTAMINE EN TORNO A LA CAPACIDAD DE D^a ANA PARA OTORGAR TESTAMENTO Y A LA CAUSA DE DESHEREDACIÓN RESPECTO A SU HIJA SARA.

1. Eficacia del testamento

Para que un testamento adquiriera eficacia *post mortem* es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: que se haya producido la muerte del testador; que el testamento haya sido presentado, que el testamento sea válido; y que esté vigente, o lo que es lo mismo, que no haya caducado o haya sido revocado. Las causas de invalidez son las siguientes: 1.º Falta de capacidad del testador. 2.º Inobservancia de las formalidades previstas para cada testamento (art. 687 CC). 3.º Otorgamiento de testamento con violencia, dolo o fraude (art. 673 CC). 4.º Infracción de las prohibiciones expresamente establecidas en el CC en relación al otorgamiento de testamentos, como la prohibición de introducir límites a la revocabilidad del testamento. 5.º Infracción de las normas sobre legítimas o reservas siempre que no puedan ser subsanadas por la reducción de disposición inoficiosas. A continuación, pasaremos a analizar cada una de estas causas.

1.a. Falta de capacidad para otorgar testamento.

El artículo 13 del Código Civil enuncia el principio de supletoriedad del Derecho común respecto de los Derechos forales españoles. La LDCG no se pronuncia acerca de la capacidad para otorgar testamento, por ello debemos acudir al Derecho común. El CC dedica los artículos 662-666 a la capacidad para disponer por testamento.

Nuestro Código Civil se alinea entre las tendencias modernas al establecer como regla general la capacidad para testar tal y como se desprende de su artículo 662: “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Por ende, la incapacidad para testar es la excepción de forma que sólo está prevista en casos taxativos enunciados por la ley que pasamos a enunciar a continuación.

A tenor del artículo 663 CC, “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”. Del mismo modo, acerca de los incapacitados el artículo 665 CC indica que “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos

facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”. En nuestro caso se hace necesario examinar si D^a Ana – mayor de edad y con su capacidad no modificada judicialmente – se hallaba en su cabal juicio para otorgar testamento. Cabal juicio supone estar en razonables condiciones de entender o querer. No se encuentra en su cabal juicio aquella persona que se encuentre en un estado total de embriaguez, bajo los efectos de una influencia hipnótica, o de un narcótico, o del delirio febril o el sonambulismo³³. La capacidad debe apreciarse en el momento de testar tal y como señala el artículo 666 CC “Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”. Por ello el artículo 664 CC deja claro que “El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

La capacidad es un requisito *sine qua non* para otorgar testamento de forma válida, pero, además, en los testamentos notariales – como ocurre en este caso – según el CC, deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Cuando intervenga en un testamento, el Notario autorizante habrá de ser hábil para actuar en el lugar de otorgamiento a tenor del art. 694 CC. Pero lo cierto, es que, aunque el Notario da fe de la capacidad del testador para poder otorgar testamento, no es un experto en Psiquiatría y no está capacitado para discernir cuándo una persona está en su cabal juicio o no, por lo que su apreciación se fundará en la experiencia general que pudiese tener cualquier persona. Y en este sentido, la intervención de facultativo solo se exige cuando se trata de una persona incapacitada judicialmente.

En definitiva, la capacidad para otorgar testamento se presume, por lo que tendrá que probar la incapacidad quien la alegue, en este caso D^a Sara. A pesar de la presunción *iuris tantum* que aporta la aseveración notarial, varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 21 de junio de 1969 o la de 21 de marzo de 1974, anulan los testamentos pese a dación fedataria del Notario sobre la capacidad del testador. Por lo tanto, D^a Sara con el fin de destruir la presunción de validez del juicio de capacidad emitido por el Notario, debería aportar prueba médica objetiva suficiente acreditativa que demuestre que la causante – en este caso, su madre – carecía de capacidad al tiempo de otorgar su testamento por estar sometida a tratamiento paliativo³⁴. De hecho, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1977 afirmó la falta de capacidad para otorgar testamento por parte de una testadora que se mostró somnolienta y obnubilada días después de sufrir un ataque de trombosis cerebral³⁵.

1.b. Inobservancia de las formalidades previstas para cada testamento.

En cuanto a las formalidades previstas para cada tipo de testamento, es necesario mencionar la tipología de testamentos y sus condiciones de validez. El CC distingue, por razón de formalidades exigidas para su otorgamiento, entre una amplia gama de testamentos. Se clasifican según el art. 676 CC en dos grupos: el de los testamentos comunes, que son accesibles para cualquiera que desee testar, y el de los testamentos especiales, que solamente pueden ser empleados cuando concurren ciertas circunstancias

³³ ROMERO COLOMA, A.M. “La capacidad de testar y su problemática jurídica”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 56, 2012. p. 2.

³⁴ SAP Alicante de 9 de Mayo de 2017 (AC 2017/1341).

³⁵ ROMERO COLOMA, A.M. “La capacidad de testar...”, cit. p. 10.

como el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. Dentro de los testamentos comunes, podemos distinguir el testamento abierto, el testamento cerrado y el testamento ológrafo. El testamento otorgado por D^a Ana es un testamento abierto puesto que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone (art. 679 CC); la persona encargada de autorizarlo es el Notario. El testamento cerrado se define por el art. 680 CC como aquel en el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto. Por último, a través del testamento ológrafo según el art. 678 CC el testador escribe por sí mismo en documento privado, de su puño y letra y con la grafía habitual, firmado y constando la fecha en que se otorga con expresión del día, mes y año, su testamento³⁶.

Las formalidades previstas para el testamento abierto notarial son las mencionadas a continuación. En primer lugar, el Notario autorizante ha de dar fe de la identidad del testador y hacer constar en el acta de otorgamiento que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar testamento; en segundo lugar, el testador debe expresar su voluntad por escrito u oralmente y dicha voluntad debe ser recibida por el Notario; enterado de la voluntad del testador, el Notario redactará el testamento dándole una forma ajustada a derecho, constando el lugar, año, mes y hora de otorgamiento; a continuación el Notario leerá en voz alta y en su integridad el testamento, advirtiéndole al testador que también él mismo puede leerlo de por sí; por último, una vez leído el testamento por el testador y habiendo comprobado la adecuación de su contenido, deberá manifestar su conformidad que se hará constar en el testamento y firmarlo, al igual que debe firmarlo el Notario. En cuanto a la presencia de testigos instrumentales, solamente se exige su actuación en los testamentos abiertos no autorizados por Notario. En el ámbito de los testamentos notariales, la intervención de testigos instrumentales ha quedado reducida a aquellos supuestos específicamente previstos en la ley (cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento y cuando sea ciego o no sepa o pueda leer por sí mismo el testamento) o en los que su presencia sea reclamada por el testador o por el Notario.

Aun cuando el defecto del que se derive la nulidad sea atribuible al Notario autorizante, no es necesario llamarlo al procedimiento en que se ejercite la acción de nulidad del testamento por no darse una situación de litisconsorcio pasivo necesario tal y como ha sostenido el TS³⁷. Ahora bien, ello no es óbice para que el Notario pueda ser declarado responsable en otro proceso por el incumplimiento de su obligación de velar por un otorgamiento ajustado a las solemnidades requeridas para cada testamento y por la capacidad del otorgante. Si el Notario no fue parte en el procedimiento de nulidad del testamento, la sentencia que se dicte no tendrá efecto frente a él efecto de cosa juzgada, por lo que podrá defender en el nuevo procedimiento la validez del testamento a los efectos de evitar su responsabilidad civil³⁸.

³⁶ PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Bercal. Madrid 2018, pp. 133-179.

³⁷ SAP Madrid de 5 de septiembre de 1997 (AC 1997/2241).

³⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentario al art. 705 del CC”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Aranzadi, Pamplona 2009. p. 1.

El Notario es responsable de los defectos de forma de los testamentos que haya autorizado en las condiciones y con las consecuencias establecidas en los arts. 705 y 715 CC³⁹. En nuestro caso, podría alegarse que el Notario no se cercioró de que D^a Ana tenía deterioradas sus facultades mentales a la hora de otorgar su testamento. Los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad notarial son según el TS: a) que el testamento haya sido declarado nulo; b) que la nulidad se deba a no haber observado las solemnidades legales establecidas; c) que dicha inobservancia proceda de malicia, negligencia o ignorancia inexcusable; d) que de la declaración de nulidad resulte un daño cierto, real y resarcible; e) que existe un nexo de causalidad entre la nulidad del testamento y los daños producidos. Por lo tanto, en este nuevo pleito, sería demandante quien resulte perjudicado por la actuación del Notario – en este caso D^a Sara – y demandado el propio Notario en cuanto presunto causante del perjuicio. Entre demandante y demandado existe una relación extracontractual. Se trata de una acción de reclamación de resarcimiento de daños y perjuicios, cuyo plazo de prescripción es de un año (art. 1968.2º CC) computado desde la declaración de nulidad del testamento⁴⁰. Pero lo cierto es que para poder ejercitar esta acción es necesario que se cumplan los presupuestos anteriores, y además de que por lo dicho anteriormente bajo mi opinión no se declararía la nulidad del testamento – sino únicamente la nulidad de la causa de desheredación – el daño no tendría lugar ya que D^a Sara percibiría su legítima.

1.c. Otorgamiento de testamento con violencia, dolo o fraude.

Ya que la falta de capacidad de D^a Ana en el momento de otorgar testamento es complicada de probar, D^a Sara debería haber fundado su solicitud igualmente en el vicio de consentimiento al considerar que D. Manuel se aprovechó de la situación de salud en la que se encontraba su mujer moribunda. Por lo tanto, no debe confundirse la capacidad para testar con la libertad de la voluntad testamentaria, por estar viciada, aunque ambas facetas puedan afectar al negocio testamentario⁴¹.

Lo que debería alegarse es el denominado dolo testamentario ejercido por D. Manuel y en perjuicio de D^a Sara: a falta de una definición de dolo testamentario como vicio de la voluntad, la jurisprudencia acude por analogía a la descripción del mismo que hace el mismo CC para los contratos. Por lo tanto, “el dolo testamentario existiría en caso de que con palabras o maquinaciones insidiosas se induzca a una persona a otorgar un testamento en un sentido totalmente diverso del que hubiera otorgado de no haberse producido la captación de la voluntad del testador”⁴². El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por cualquier medio de prueba por la parte actora (art 217 LEC). Es decir, D^a Sara debe probar que la voluntad de la testadora estaba violentada o coaccionada en el momento del otorgamiento del testamento por la presión moral ejercida por D. Manuel, al encontrarse la testadora en un estado psíquico y físico que la hacían especialmente vulnerable. A la hora de acreditar el dolo testamentario es necesario que la maquinación insidiosa sea grave y no el simple *dolus bonus*; y probar la relación de causalidad entre el hecho doloso y la disposición testamentaria.

³⁹ PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento...”, cit. p. 140.

⁴⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentario al art. 705 del CC”, cit. p. 1.

⁴¹ ROMERO COLOMA, A.M. “La capacidad de testar...”, cit. p. 6.

⁴² SAP A Coruña de 18 de marzo de 2009 (AC 2009/520).

Cualquier conducta engañosa, si bien con una entidad suficiente y probada, y en virtud de la que se haya desviado la voluntad del testador, produce la nulidad del testamento. “Y ello por cuanto el testador es el titular exclusivo de la facultad de disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, con la única limitación de respetar los derechos de los legitimarios que establece la ley, de ahí que el CC atribuya la condición de nula de la disposición testamentaria cuando la voluntad de su otorgante se encuentre viciada”⁴³. No obstante, la jurisprudencia es estricta a la hora de apreciar los vicios de la voluntad testamentaria; ejemplo de ello es la STS de 10 de junio de 2005 en el que se entendió la inexistencia de dolo testamentario por falta de prueba a pesar de que el causante había instituido heredera a la administradora de la residencia en que vivía siendo testigos cinco empleados de la misma.

1.d. Infracción de prohibiciones expresamente establecidas en relación al otorgamiento de testamentos.

El CC prohíbe el testamento mancomunado y el testamento por comisario. El testamento mancomunado es aquel acto o disposición de últimas voluntades en virtud del cual dos o más personas ordenan en instrumento único y para después de su muerte, el destino de todos o parte de sus bienes⁴⁴. Aunque el codificador español opta por la prohibición del testamento mancomunado (art. 669 CC), la LDCG dedica los arts. 187-195 a regular este negocio jurídico. “Los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella” (art 188 LDCG), siempre que sea un testamento abierto notarial. En nuestro caso, D^a Ana otorga testamento individual por lo que no son relevantes las normas relativas al testamento mancomunado.

Es testamento por comisario es aquel cuyo contenido es dejado por el testador para ser establecido, en todo o en parte, por un tercero, comisario o mandatario, designado por el mismo testador. Del mismo modo, el CC lo prohíbe (art. 670), y prohíbe también que se deje al arbitrio de tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hubieran de suceder cuando hayan sido instituidos nominativamente. Sin embargo, la LDCG establece que será válido “pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán” (art 197). En nuestro caso no se señala esta atribución por parte de D^a Ana hacia D. Manuel, por lo que no procede entrar a analizar el testamento por comisario.

1.e. Infracción de las normas sobre legítimas o reservas.

No volveremos a exponer aquí dichas normas pues han sido objeto de un pormenorizado análisis en la segunda cuestión de este trabajo. Nos remitimos a dicho apartado y podemos concluir que no se ha perjudicado la legítima correspondiente a los legitimarios ya que D^a Ana excluye de su legítima a su hija al atribuirle una causa de desheredación, que a continuación analizaremos si es justa o no.

⁴³ SAP A Coruña de 18 de marzo de 2009 (AC 2009/520).

⁴⁴ GIL RODRÍGUEZ, J. “El testamento mancomunado”, en AA.VV *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones (Tomo I)*. J. Solé Resina. Ed. Thomson Reuters. Madrid, 2011.

2. Nulidad del testamento

El tratamiento jurídico que debe dársele en el caso de la supuesta invalidez del testamento es la nulidad radical o de pleno derecho – y no la anulabilidad – ya que la anulabilidad tiene como finalidad proteger a una de las partes de un negocio jurídico y en este caso, el testamento es un negocio jurídico unilateral. Asimismo, la anulabilidad no tiene lugar en este tipo de negocios debido a la protección de los intereses del testador quien podrá revocar el testamento en todo momento. Las causas de nulidad del testamento están tasadas y no pueden interpretarse de forma extensiva, y ello por el respeto a la ley suprema de las sucesiones: el principio *favor testamenti*. En materia testamentaria, rige este principio de conservación del testamento: la voluntad manifestada por el testador (art 675 CC) será el criterio rector para la interpretación de las cuestiones que suscite la ineficacia del acto.

Dentro de los tipos de nulidad, la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la nulidad parcial sobre la base del principio de conservación de los actos y negocios, ordenándose por no puesta únicamente la disposición testamentaria contraria a la ley.

3. Causa de desheredación

Para que la sucesión tenga lugar, al igual que el testador debe tener la capacidad requerida, el sucesor debe ser capaz para suceder. En este caso, desheredar no es privar del título de heredero sino simplemente privar de la legítima, por lo que sólo pueden ser desheredados los legitimarios. Por ello D^a Sara es capaz para suceder a su madre por no estar incurso en una causa de incapacidad para suceder ni absoluta ni relativa. Pero se le ha privado de su legítima debido a su desheredación. Como se puede apreciar en el supuesto de hecho, D^a Sara funda su solicitud de declarar la nulidad del testamento de D^a Ana por un lado en la falta de capacidad de la otorgante, pero, por otro lado, ataca la validez de la causa de desheredación que le atañe.

La LDCG dedica sus artículos 262-266 a la desheredación. “El desheredamiento justo de un legitimario priva a este de su legítima. Para que sea justo, el desheredamiento habrá de hacerse en testamento, con expresión de la causa del mismo. Si la persona desheredada la negara, corresponde al heredero del testador la carga de probarla” (art. 262). De lo anterior se deduce que sería también D^a Sara quien tendría que probar que la causa de desheredación no es justa.

A tenor del artículo 841 CC “La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”. Una de las justas causas para desheredar es haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al causante – presente tanto en el art. 263 LDCG como en el art. 853.2º CC – la cual alega D^a Ana para desheredar a su hija Sara. Del supuesto de hecho se concluye que madre e hija mantenían contacto telefónico esporádico, y en el testamento, D^a Ana afirma que su hija le ha negado asistencia y cuidados desde que cayó enferma además de la escasa relación afectiva. A continuación, se examinará si la falta de relación afectiva y la denegación de asistencia y

cuidados al causante pueden considerarse como una causa justa de desheredación a través de la revisión jurisprudencial y doctrinal sobre el tema.

La STS de 3 de junio de 2014 supone un giro radical en la doctrina jurisprudencial sobre la falta de relación como causa de desheredación incluida en el artículo 853.2º CC. A partir de esta sentencia, la ausencia de relación familiar únicamente dará lugar a desheredación si desemboca en maltrato psicológico⁴⁵. Es decir, el verdadero alcance de esta STS es considerar el maltrato psicológico como conducta incluida en las constitutivas del maltrato señalado en el art. 853.2º CC⁴⁶. Dicha sentencia considera que, “en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”. Anteriormente, con base en la STS de 28 de junio de 1993, el alejamiento y la falta de relación familiar de los hijos con sus padres solo podría relegarse al ámbito de la conciencia sin que pudiese ser considerada como causa de desheredación⁴⁷. Del supuesto de hecho solo se deduce la existencia de una situación de distanciamiento entre madre e hija, derivada en parte de la distancia geográfica que separaba a ambas.

En este punto, cabe recordar que la desheredación no se subordina en el caso de la injuria o maltrato del citado art. 853.2º CC a que haya mediado condena penal; ello porque el Tribunal Supremo ha consolidado dicha doctrina: aun no recayendo sentencia condenatoria en la Jurisdicción Penal, puede ser que en la Jurisdicción Civil se considere que los hechos sí revisten la suficiente entidad como para fundamentar la desheredación. De hecho, en este caso no ha tenido lugar un proceso penal previo condenando el supuesto maltrato.

La actual jurisprudencia del TS entiende que, “aunque las causas de desheredación sean únicamente las que se enumeran taxativamente en la ley, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, ello no quiere decir que la interpretación de la concreta causa deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”; Ello es lo que ocurre con esta causa de desheredación que “de acuerdo con su naturaleza, debe ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”⁴⁸. Aunque pueda ser objeto de interpretación flexible, en nuestro caso no cabe una interpretación que vaya más allá de un mero distanciamiento.

No se puede aceptar que el maltrato psicológico se corresponda con la mera desafección o con la mera pasividad en el mantenimiento de contacto por parte de los legitimarios, si ello viene desprovisto de una actuación concreta e individualiza que por sí misma cause menoscabo en la salud mental de la víctima, por ende, es necesario que concurra una actuación susceptible de ocasionar un menoscabo psíquico en el causante,

⁴⁵ ECHEVARRÍA DE RADA, T. “La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes”. *Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 22, 2019, pp. 123-146.

⁴⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, Mª del C. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 97, 2015. p. 2.

⁴⁷ CABEZUELO ARENAS, A.L. “Abandono afectivo de los ascendientes...”, cit. p.1

⁴⁸ STS de 3 de Junio de 2014 (RJ 2014/3900).

revestido asimismo de conciencia y voluntad de causarlo por parte de quien lo causa⁴⁹. En fin, actualmente, solo es posible afirmar que el maltrato psicológico se incluye en la causa de desheredación prevista en el art. 853.2º CC si hablamos de una conducta activa que va más allá del mero abandono emocional y de la pérdida de contacto familiar⁵⁰. En cambio, el Derecho catalán ha tipificado como causa de desheredación “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”. Por lo tanto, concluimos que la escasa relación entre D^a Ana y D^a Sara no se trata de una conducta activa que pueda justificar una situación de maltrato psicológico subsumible como causa de desheredación.

Por lo que respecta a la denegación de asistencia y cuidados, con anterioridad a 2014, algunas Audiencias la concebían como una modalidad de maltrato, y otras lo recondujeron a una negativa injustificada de alimentos consagrada en el artículo 853.1º CC. Por lo tanto, alguna jurisprudencia consideraba una serie de exigencias afectivas abarcadas en el CC artículo 142 que define lo que debe de entenderse por “alimentos” a efectos civiles; como la SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2013 que argumentaba que “se ha de precisar que por alimentos no cabe entender únicamente la ayuda material imprescindible para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación que contempla el artículo 142 del Código Civil, sino también "todo" lo que es indispensable para ello, como se precisa en el citado artículo y ha sido interpretado por la jurisprudencia como la exigencia de una actitud activa de atenciones, incluyendo las afectivas”. Por otro lado, la SAP de Cáceres de 23 de julio de 2004 señala que “No puede interpretarse la obligación de alimentos en forma extensiva incluyendo toda clase de cuidados y atenciones, incluso las de naturaleza afectiva, sino las específicas del art. 142 del Código Civil”. A partir de la ya citada STS de 2014 esta disparidad jurisprudencial ha finalizado, pues el Tribunal Supremo localiza estas conductas en el art. 853.2º CC⁵¹. Por lo tanto, la testadora en el supuesto de hecho incluyó acertadamente las conductas constitutivas de causa de desheredación en el art. 853.2º CC coincidente de forma literal con el art. 263 LDCG.

Si bien es cierto que la negación de asistencia y cuidados no constituye causa de desheredación, sí constituye causa de indignidad tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad según el art. 756.7º CC: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”. Sin embargo, el artículo 146 habla de cuantías y no de atención y cuidados emocionales⁵². La principal diferencia entre la desheredación y la indignidad es que la causa de desheredación solo será válida si aparece expresamente en el testamento (por voluntad del testador) y la causa de indignidad opera *ex lege* (automáticamente cuando concurra alguna de las causas recogidas en el CC). En definitiva, entendemos que no puede considerarse la negación de cuidados como una causa de desheredación puesto que no se trata de una obligación de alimentos, sino de una relación de carácter afectivo.

⁴⁹ SAP de Zamora de 23 de julio de 2019 (AC 2019/1204).

⁵⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M.D. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...”, cit. p. 3.

⁵¹ CABEZUELO ARENAS, A.L. “Abandono afectivo de los ascendientes...”, cit. p. 15

⁵² GONZÁLEZ CARRASCO, M.D. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...”, cit. p. 6.

De acuerdo con lo dicho anteriormente, debería declararse nula la causa de desheredación alegada por D^a Ana en su testamento abierto, declarando la nulidad de la institución de heredero efectuada a favor de D. Manuel en cuanto perjudique la legítima de D^a Sara. Asimismo, D^a Sara tendría derecho a percibir ¼ parte del caudal relicto que constituye su legítima.

4. Cuestiones procesales

En este caso, no se podría declarar la nulidad parcial ya que la causa afecta a la totalidad del testamento. La sentencia que determina la nulidad de este negocio jurídico tiene carácter declarativo. Cuando la nulidad que se alega es parcial, el plazo de prescripción es de un plazo de prescripción de 5 años, desde que la acción pudo ejercitarse, esto es, desde el fallecimiento del testador a tenor del artículo 1964 CC “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”.

Asimismo, conforme a la naturaleza, la acción de nulidad radical es imprescriptible, aunque no lo son las acciones de condena que puedan encontrar su fundamento en la declaración de nulidad. En todo caso, el plazo de prescripción comenzará a contar desde el fallecimiento del causante, pues antes no cabe ejercitar acción alguna de impugnación, a tenor del art. 1969 CC⁵³.

En cuanto a la legitimación activa de D^a Sara para pedir la nulidad del testamento de su madre, está totalmente legitimada puesto que está interesada en que se declare su invalidez. La legitimación pasiva la ostentarán los sucesores o favorecidos por el testamento a los que pueda afectar la nulidad, existiendo entre todos ellos litisconsorcio pasivo necesario⁵⁴. En este caso, D. Manuel como heredero universal, ostentaría la legitimación pasiva.

Frente a la desheredación injusta, el legitimario – D^a Sara – dispone de acción que se somete a un plazo de caducidad de cinco años computados desde la muerte del causante según el art. 266 LDCG. A tenor de las reglas que regulan el cómputo de este plazo (arts. 5 y 1930 CC), el día del comienzo se tiene por entero y el último debe cumplirse en su totalidad, sin excluirse los días inhábiles⁵⁵.

D^a Sara podría haber acumulado a la acción de nulidad del testamento la acción restitutoria para pedir la herencia correspondiente ya que ambas se fundan en los mismos hechos, de acuerdo con el régimen de acumulación de acciones de la LEC (art. 71 a 73 LEC). Y por lo que respecta a las peticiones contenidas en la demanda, D^a Sara debería haber solicitado las siguientes: la nulidad de la causa de desheredación, la nulidad del testamento por falta de capacidad de la testadora y por vicios en su voluntad y que, una vez declarada su nulidad, se abra la sucesión *ab intestado*.

⁵³ CASANUEVA SÁNCHEZ, I. “La acción de nulidad de testamentos: concepto y ejercicio”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 16, 1998, pp. 347-356.

⁵⁴ PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento...”, cit. p. 173.

⁵⁵ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. p. 457.

De conformidad con el art. 52.1.4º LEC “En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante”. Por lo tanto, será competente el juzgado de lo Civil correspondiente al partido judicial de Caldas de Reis.

VIII. ANALICE LA POSIBLE CONCURRENCIA DEL USUFRUCTO VIUDAL CON EL USUFRUCTO VITALICIO RESERVADO POR D. PEPE Y Dª PILAR.

En el supuesto de hecho que se nos plantea, son usufructuarios, por un lado, los padres de Dª Ana que se reservaron el derecho de usufructo en virtud del pacto sucesorio que pervive tras la muerte de Dª Ana pues así se ha pactado, y por otro, es usufructuario D. Manuel pues le asiste el denominado derecho de usufructo viudal. La legítima del cónyuge superviviente, según los arts. 253 y 254 LDCG, es siempre un derecho de usufructo, bien de la cuarta parte del haber hereditario cuando concurre con descendientes bien de la mitad si concurre con extraños⁵⁶. De esta forma, ambos derechos de usufructos recaen sobre un mismo objeto: la vivienda familiar.

Observamos entonces un mismo derecho (conurrencia de usufructos) que recae sobre un mismo objeto, pero asiste a distintos sujetos. Trataremos de resolver si pueden convivir ambos derechos de usufructo de forma simultánea o de forma sucesiva. Para dar respuesta a este interrogante habrá que saber cómo ha sido pagada la legítima correspondiente a Dª Sara ya que – teniendo en cuenta que la causa de desheredación deviene injusta – Dª Sara debería percibir la legítima que le corresponde, una cuarta parte del valor líquido de los bienes hereditarios de Dª Ana.

El deudor de las legítimas y el obligado al pago de éstas son los herederos, en este caso D. Manuel, al que se le concede – a tenor del art. 250 LDCG – “el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero. Si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial”⁵⁷. Según lo dispuesto en el art. 256 LDCG “Si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios”. Ello se debe a que la actual LDCG atribuye a la legítima la naturaleza jurídica de *pars valoris* configurándose como un derecho de crédito. En este sentido, el TSJ de Galicia indica que el legitimario no es cotitular de los bienes

⁵⁶ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. p. 455.

⁵⁷ BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones...”, cit. p. 456.

hereditarios y no forma parte de la comunidad hereditaria, sino que simplemente ostenta un derecho a percibir un valor que podría ser materializado en bienes de la herencia o en metálico⁵⁸.

De lo anterior se desprende que existen dos posibilidades: que D. Manuel como único heredero haya efectuado el pago de la legítima de D^a Sara en metálico – por lo tanto, se haría con la nuda propiedad de los bienes que componen el haber hereditario de su mujer – o en bienes hereditarios – en cuyo caso cabría la posibilidad de que parte de la vivienda familiar pasase a manos de D^a Sara.

1. Pago de la legítima en metálico

Teniendo en cuenta que D. Manuel adquiere la nuda propiedad de los bienes heredados de su mujer, entre ellos la vivienda familiar, al reunirse en una misma persona nuda propiedad y usufructo, este último se extingue por confusión. En consonancia con los arts. 513.2 y 546.1 CC, los derechos reales se extinguirán por la reunión en una misma persona de la propiedad y del derecho real que lo grava. Por lo tanto, si D. Manuel optase por pagar en metálico la legítima de D^a Sara, D. Pepe y D. Pilar gozarían de su usufructo sobre la casa familiar mientras que D. Manuel ostentaría la nuda propiedad sobre dicho inmueble.

Al reservarse los usufructuarios D^a Pilar y D. Pepe el usufructo vitalicio, esto es, que permanece vigente durante toda la vida del usufructuario, este derecho real se mantiene aún tras el fallecimiento del nudo propietario, en este caso, D^a Ana. Por lo tanto, los padres de la fallecida tienen derecho de uso y disfrute sobre la vivienda familiar.

El usufructo permite a los usufructuarios – en este caso D. Pepe y D^a Pilar – proteger su posesión contra la perturbación de un tercero, aunque este sea el nudo propietario del bien, a través de la tutela sumaria de la posesión, de la acción negatoria frente a toda perturbación y la acción confesoria para declarar existente el derecho frente a quien lo discuta⁵⁹. A continuación, se profundizará en cada uno de los mecanismos procesales que los usufructuarios tienen a su disposición para hacer valer su derecho frente a D. Manuel.

La protección jurídica del interdicto de retener la posesión se desprende del art. 446 CC y pretende que nadie adquiera la posesión de una cosa o de un derecho mientras exista un poseedor que se oponga a ello, sean cuales fueren los derechos que pretende ostentar (art 441 CC). La vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC) ha prescindido de la tradicional denominación de origen romano de “interdicto” y ha pasado a designarla como tutela sumaria de la posesión⁶⁰. Para la prosperabilidad de este

⁵⁸ SAP A Coruña de 23 de Julio de 2019 (JUR 2019/289305).

⁵⁹ WOLTERS KLUWER. “Acción confesoria”. *Guías jurídicas*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAKKZWY81AAAAWKE

⁶⁰ DE LA CUESTA, J.M. “Comentario al art. 446 del Código Civil”, en AA.VV *Código Civil Comentado*. R. Valpuesta Fernández (coord.). Ed. Civitas, Madrid 2016. p. 2.

interdicto, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que el actor se halle en la posesión pacífica de la cosa o en el disfrute del derecho cuando se produce la perturbación o el despojo; b) Que haya sido despojado de dicha posesión o tenencia o perturbado en ella, expresando con claridad y precisión los actos exteriores en que consiste el despojo o la perturbación, estando presidida la actividad del que realiza los actos de despojo por un *animus spoliandi* que se concreta en hechos materiales encaminados a la privación total o parcial del goce de la cosa poseída o a la alteración del estado anterior que se pretende restablecer mediante el interdicto de recobrar; c) Que se presente la demanda antes de transcurrir un año desde que se produjo el acto de despojo o perturbación (art. 439.1 de la LEC de 2000 , en relación con los arts. 460-4 y 1968-1º CC). La concurrencia de todos estos requisitos ha de ser probada por el actor, conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC⁶¹. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2005 afirma que: "la protección interdictal responde a la necesidad de mantener el statu quo y, al fin, la paz social ante actos de propia autoridad, impidiendo que una situación existente, de hecho o aparente, sea atacada ni siquiera por quien puede oponer un derecho contrario; y que, en consecuencia, el objeto del interdicto no es otro que la posesión (*ius possessionis*), como poder de hecho, con independencia de que el poseedor tenga derecho o no a seguir siéndolo (*ius possidendi*). Razón por la que el debate en él queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejercitó oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia y titularidad". En cuanto al procedimiento la LEC en su art. 250.1.4º establece que "Se decidirán en juicio verbal cualquiera que sea su cuantía: 4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbada en su disfrute". En los procedimientos sumarios el legislador ha buscado la celeridad a costa de reducir el objeto procesal a un aspecto concreto (en este caso el derecho a poseer) y también de los medios probatorios de ataque y defensa. En contrapartida a dichas limitaciones, la sentencia resultante en un procedimiento sumario no tendrá efecto de cosa juzgada material y, por tanto, las partes podrán acudir a un juicio declarativo plenario posterior para reproducir el objeto del proceso. A los anteriores procedimientos civiles especiales, plenarios o sumarios, hay que sumar la posibilidad de instar un declarativo en el que habrá que recorrer la fase declarativa, la doble instancia obligará a esperar a la resolución del recurso de apelación para alcanzar la ejecutoria, instar la ejecución previo plazo de espera de 20 días para posibilitar el improbable cumplimiento voluntario y luego, el plazo de humanidad de un mes, prorrogable a otro mes en el caso de tratarse de vivienda habitual conforme al artículo 704 LEC⁶². La legitimación activa les corresponde a los poseedores de cualquier clase, en este caso no en concepto de dueño, en nombre propio y de buena por parte de D^a Pilar y D. Pepe. En cuanto a la legitimación pasiva, la acción habría de dirigirse contra cualquiera que haya ejecutado por sí mismo o por orden del cual se haya ejecutado la perturbación o el despojo posesorio⁶³: D. Manuel, quien ha perturbado la posesión de los usufructuarios. Como se ha comentado, el actual art. 250.1.4º de la LEC se refiere a las acciones que "pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute", objeto que

⁶¹ SAP Pontevedra de 5 de julio de 2012 (JUR 2012/284475)

⁶² IBARRA SÁNCHEZ, J. L. "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautela inmediato de los ocupantes". *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2018. p. 10.

⁶³ DE LA CUESTA, J.M. "Comentario al art. 446 del Código Civil", cit. pp. 3-4.

limita las posibilidades de alegación y prueba de las partes, que quedan de esta manera circunscritas estrictamente al hecho posesorio.

La acción negatoria – en su modalidad de acción de cesación – es aquella de la que dispone el titular de un derecho real para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no tiene por qué soportar. La legitimación activa corresponde a todo titular de derecho real que sufre una perturbación de su derecho, en este caso, de usufructo. La legitimación pasiva la ostenta quien origina o mantiene la perturbación, esto es, quien la crea o perpetúa el estado de cosas en que la perturbación consiste es el que debe responder de sus consecuencias⁶⁴. En cuanto al plazo para ejercitar la acción negatoria será de aplicación el artículo 1963 del CC, estableciendo dicho precepto que “las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años”.

El actor que promueva una acción confesoria debe acreditar que ostenta un título de adquisición del derecho real limitado. La demanda debe interponerse por el titular del derecho real limitativo y en caso de condominio, cualquier condueño puede procurar en juicio la tutela de dicho derecho, siendo innecesario que litiguen todos los comuneros con la consecuencia de que, si la sentencia es favorable, beneficiará a todos ellos, pero si no lo es, sólo perjudicará al litigante, pudiendo los demás, no afectados por la cosa juzgada, promover un pleito ulterior con el mismo objeto. En cuanto a la legitimación pasiva, esta acción debe dirigirse contra toda persona que discuta el derecho del actor, o se lo atribuya o no se allane a reconocerlo. El fin único de la acción confesoria es obtener un pronunciamiento judicial favorable a la existencia del derecho cuestionado⁶⁵. Como acción real, el plazo de prescripción será de treinta años según el art. 1963 CC.

2. Pago de la legítima en bienes hereditarios

Si D. Manuel decidiese satisfacer el crédito de la legitimaria D^a Sara en bienes hereditarios y dicho valor supusiese parte de la vivienda familiar, la legítima de D. Manuel consistiría en un derecho de usufructo de la cuarta parte del haber hereditario puesto que concurre con descendientes de la causante. En este caso, el usufructo de la vivienda correspondería de forma simultánea tanto a D. Pepe y D^a Pilar como a D. Manuel, siendo de aplicación los arts. 392 y ss. CC reguladores de la comunidad de bienes ya que la cotitularidad comporta toda situación de comunidad que pueda recaer sobre cualquier clase de derechos, en este caso, de usufructos.

Se constituye entre los usufructuarios una comunidad que encaja en la comunidad germánica o en mano común ya que el derecho de ambos usufructuarios se ostenta sobre la totalidad de la cosa usufructuada y no sobre una parte alícuota, salvo que otra cosa establezca el título de constitución. Ante la falta de acuerdos para el mejor disfrute de la casa dada las malas relaciones entre las partes, ha de ser el Juez quien proveerá, a instancia

⁶⁴WOLTERS KLUWER. “Acción negatoria”. *Guías jurídicas*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEyMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA44IKZTUAAAA=WKE

⁶⁵WOLTERS KLUWER. “Acción confesoria”. *Guías jurídicas*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAKKZWY81AAAAWKE

de parte, lo que corresponda según el art 398 CC. Tras examinar distinta jurisprudencia, los tribunales suelen ofrecer básicamente la siguiente solución dada la imposibilidad de convivencia entre los titulares de la comunidad de derechos de usufructo: distribuir el uso y disfrute de la casa por turnos de tiempo, de forma que se equilibre el respectivo derecho de cada parte mediante una solución ponderada acorde con las exigencias del art. 7 CC⁶⁶.

Los elementos esenciales para que podamos hablar de una comunidad de bienes son los siguientes: unidad de objeto y pluralidad de sujetos. Sin embargo, según recaiga sobre un derecho determinado o sobre un patrimonio, puede distinguirse entre comunidad singular o universal⁶⁷.

Cabe detenerse aquí en la diferencia entre condominio o copropiedad y comunidad de bienes. La diferencia es más teórica que práctica, ya que su regulación en el CC es la misma: la comunidad de bienes se extiende a cualquier tipo de derechos como el usufructo, servidumbre o garantía; y la copropiedad se circunscribe únicamente al derecho de propiedad⁶⁸.

Por lo tanto, nos encontramos ante un cusufructo o usufructo simultáneo definido como la singular cotitularidad que se produce cuando se constituye un mismo derecho de usufructo sobre un determinado bien a favor de varias personas simultáneamente⁶⁹. Tal pluralidad de sujetos determina que el usufructo conjunto pueda encuadrarse en la categoría de la comunidad de bienes o cotitularidad, pudiendo aplicársele, en su caso, las normas reguladoras de las comunidades de bienes, sin perjuicio de las disposiciones de su título constitutivo.

⁶⁶SAP Girona de 10 de marzo de 2004 (JUR 2004/120061).

⁶⁷WOLTERS KLUWER. “Comunidad de bienes”. *Guías jurídicas*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDSxNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAHxvjCjUAAAA=WKE

⁶⁸COBAS COBIELLA, M^a. E. “Condominio y comunidad de bienes”, en AA.VV *Comunidad de bienes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

⁶⁹RDGRN de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000/7323).

IX. CONCLUSIONES

Primera. – Los pactos sucesorios se rigen por la ley nacional del disponente en el momento de su otorgamiento de acuerdo con el art. 9.8 CC. En este caso los disponentes son D. Pepe y D^a Pilar cuya vecindad civil es gallega ya que del supuesto de hecho se desprende que han residido de forma continuada al menos durante diez años. Por ello, se aplicará la LDCG a este negocio jurídico de apartamiento.

Segunda. – La LDCG admite expresamente la validez de los pactos sucesorios en su art. 209, entre ellos, el de apartamiento. Por medio de este, quien tiene la condición de legitimario quedará excluido de forma irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso de los apartantes a cambio de la adjudicación de bienes concretos. Esto es, D^a Ana queda excluida de la condición de legitimaria en la herencia de sus padres a cambio de la adquisición de la vivienda familiar y el negocio farmacéutico.

Tercera. – El pacto sucesorio suscrito entre D^a Ana y sus padres cumple los requisitos esenciales para producir efectos. En primer lugar, porque cumple los dos requisitos subjetivos: los tres otorgantes son mayores de edad con plena capacidad de obrar y la apartada tiene la condición de legitimaria en el momento de otorgarse el pacto. En segundo lugar, porque presuponemos que concurre el requisito formal de otorgamiento en escritura pública. En tercer lugar, porque concurre el requisito objetivo de adjudicación de cualquier bien o derecho independientemente de su valor.

Cuarta. – El apartamiento es un pacto aleatorio, esto es, el apartado corre el riesgo de que lo que le corresponda por legítima en el momento de abrirse la sucesión de los apartantes sea inferior o superior al valor que tiene en el momento del otorgamiento del pacto. Puede ocurrir que la farmacia y la vivienda familiar se revaloricen con el tiempo y al otorgarse el apartamiento, D^a Ana reciba su legítima infravalorada.

Quinta. – La condición impuesta a D^a Ana de cuidar de su hermana hasta que una de las dos falleciese es válida, eficaz y se ha cumplido. Es posible someter un contrato al cumplimiento de una condición y, además, conforme al artículo 204 LDCG, se admite la validez de las disposiciones hechas bajo la condición de asistir y cuidar al testador, a sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Se ha cumplido porque D^a Ana ha prestado asistencia a su hermana hasta que por motivos de la enfermedad repentina en que aquella cae imposibilita que se haga efectivo el deseo de sus padres.

Sexta. – A D^a Fátima le corresponde una octava parte del haber hereditario de cada uno de sus padres ya que la legítima de los descendientes según la LDCG se reduce a una cuarta parte de acuerdo con el art. 243 LDCG.

Séptima. – La apartación realizada a favor de D^a Ana no perjudica la legítima de D^a Fátima ya que hay suficientes bienes en el patrimonio de sus padres para satisfacer su legítima individual.

Octava. – Tal y como se desprende del art. 9.2 CC, la ley reguladora del matrimonio entre D. Manuel y D^a Ana es la ley de residencia habitual común inmediata posterior a la celebración de su matrimonio, esto es, la LDCG. El régimen económico matrimonial será el estipulado en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges, en este caso, la sociedad de gananciales (art. 171 LCDG).

Novena. – Los bienes dados en apartación a D^a Ana son bienes privativos de esta por dos motivos. Primero porque la sociedad de gananciales comienza en el momento de celebración del matrimonio (art. 1345 CC) y segundo porque los bienes que perteneciesen a cada cónyuge al comenzar la sociedad serán privativos de cada uno de ellos (art. 1346 CC). Aun así, hemos establecido la posibilidad de la aportación de bienes privativos por parte de D^a Ana a la sociedad de gananciales al amparo de la libertad contractual entre los cónyuges. En este caso, pudo haber tenido lugar una aportación a la sociedad, que puede ser onerosa o gratuita, y, por lo tanto, los bienes objeto de análisis pasarían a formar parte de los bienes comunes.

Décima. – Lo más probable es que el valor del stock del negocio farmacéutico pertenezca en parte a D^a Ana – en la proporción adquirida antes de iniciarse la sociedad de gananciales – y en parte a la sociedad de gananciales en tanto en cuanto las existencias han sido incorporadas a la farmacia con cargo a fondos comunes.

Undécima. – Si se ha producido una mejora en el negocio farmacéutico y ha sido debida a la inversión de fondos gananciales, la sociedad será acreedora de dicho incremento patrimonial en el momento en que se disuelva o en el momento de enajenarse dicho bien a tenor del art. 1360 CC.

Duodécima. – Se presume que D^a Ana es capaz para otorgar testamento (art 662 CC) y sería quien alega su incapacidad (D^a Sara) quien debe probar que no se hallaba en su cabal juicio para testar aportando prueba médica objetiva suficiente para acreditar dicha incapacidad.

Décimo tercera. – D^a Sara debe alegar el denominado dolo testamentario ejercido por D. Manuel pues este ha inducido a D^a Ana a otorgar un testamento en un sentido totalmente diverso del que hubiera otorgado de no haberse producido la captación de la voluntad del testador. El dolo no se presume por lo que D^a Sara debe probar que la voluntad de la testadora estaba manipulada en el momento del otorgamiento del testamento por la presión moral ejercida por D. Manuel, al encontrarse la testadora en un estado psíquico y físico que la hacían especialmente vulnerable.

Décimo cuarta. – La causa de desheredación de maltrato de obra o injuria grave de palabra al causante debe ser objeto de una interpretación flexible de acuerdo con los valores sociales de cada momento.

Décimo quinta. – El mero distanciamiento entre D^a Ana y D^a Sara no puede reconducirse a la causa de desheredación del art. 263 LDCG ya que la mera pasividad en el mantenimiento de contacto por parte del legitimario no supone maltrato psicológico ya

que viene desprovisto de una actuación concreta que cause menoscabo mental en el testador.

Décimo sexta. – No se detalla en los hechos relatados cómo ha efectuado D. Manuel el pago de la legítima de D^a Sara. Por ello hemos barajado dos hipótesis: que haya pagado la legítima en efectivo o que se le hayan adjudicado parte de los bienes hereditarios de los que era propietaria D^a Ana.

Décimo séptima. – En el primer caso, no concurren dos derechos de usufructo distintos sobre la vivienda familiar. Ello porque D. Manuel – a pesar de la legítima correspondiente por ley a D^a Sara – es el heredero universal de su mujer. Por ello adquiere la nuda propiedad de todos sus bienes, incluida la vivienda familiar. A pesar de que la legítima del cónyuge supérstite consiste en un derecho de usufructo de la cuarta parte del haber hereditario cuando concurren con descendientes, en este caso dicho usufructo desaparece al confundirse en una misma persona la nuda propiedad y el derecho de usufructo.

Décimo octava. – En el segundo supuesto, la legítima de D. Manuel consistiría en un derecho de usufructo de la cuarta parte del haber hereditario puesto que concurre con descendientes de la causante. Además, le correspondería los $\frac{3}{4}$ del haber hereditario de libre disposición de D^a Ana, al ser el heredero universal. En este caso, el usufructo de la vivienda correspondería de forma simultánea tanto a D. Pepe y D^a Pilar como a D. Manuel, siendo de aplicación los arts. 392 y ss. CC reguladores de la comunidad de bienes ya que la cotitularidad comporta toda situación de comunidad que pueda recaer sobre cualquier clase de derechos, en este caso, de usufructos.

Décimo novena. – D. Pepe y D^a Pilar cuentan con distintas acciones para hacer valer su derecho de usufructo frente a cualquiera que perturben su derecho, incluso contra el nudo propietario: tutela sumaria de la posesión, la acción negatoria y la acción confesoria.

Vigésima. – En el segundo supuesto, los tribunales suelen ofrecer básicamente la siguiente solución dada la imposibilidad de convivencia entre los titulares de la comunidad de derechos de usufructo: distribuir el uso y disfrute de la casa por turnos de tiempo, de forma que se equilibre el respectivo derecho de cada parte mediante una solución ponderada.

Vigésimo primera. – D. Manuel resulta el mayor beneficiado por el testamento de su mujer. A pesar de ello debe respetar el usufructo vitalicio que se han reservado sus suegros sobre la vivienda familiar si entendemos que es el nudo propietario de la totalidad de la vivienda familiar. Ante la mala relación entre ambos, deberá abandonar la casa. Si entendemos que concurren dos derechos de usufructo sobre el mismo bien, la solución pasará por turnos para residir en la misma.

Vigésimo segunda. – La situación jurídica de D^a Fátima es delicada cuando sus padres fallezcan. Queda pendiente de determinar quién se hará cargo de su asistencia y

cuidados. Asimismo, deberá de abandonar la vivienda familiar ya que el derecho de usufructo se extinguirá habida cuenta del fallecimiento de los usufructuarios.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALCOLADO CHICO, M. T. “Las bases normativas de los conflictos internos de leyes en la España actual”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol 4 nº 7, 2016.

ARANA DE LA FUENTE, I. “Comentario al art. 392 del Código Civil”, en AA.VV *Código Civil Comentado*. R. Valpuesta Fernández (coord.). Ed. Thomson Reuters-Civitas. España 2011.

BUSTO LAGO, J.M. “Derecho de Sucesiones”, en AA.VV *Curso de Derecho Civil de Galicia*. J.M. Busto Lago, N. Álvarez Lara & F. Peña López. Ed. Atelier. Barcelona 2015.

CABEZUELO ARENAS, A.L. “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación.” *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, enero 2015.

CAÑIZARES LASO, A. “Comentario al art. 763 del Código Civil”, en AA.VV *Código Civil Comentado*. R. Valpuesta Fernández (coord.). Ed Thomson Reuters-Civitas. Madrid 2011.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I. “La acción de nulidad de testamentos: concepto y ejercicio”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 16, 1998.

CASTAÑEDA, F.J. “Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su ratio legis. Propuesta para su admisibilidad”. *Anuario de Derecho Civil*, vol 72 nº 2, 2019.

COBAS COBIELLA, M^a. E. “Condominio y comunidad de bienes”, en AA.VV *Comunidad de bienes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

COSTAS RODAL, L. “Comentario al art. 1320 del Código Civil”, en AA.VV *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Aranzadi, Madrid 2009.

DE LA CUESTA, J.M. “Comentario al art. 446 del Código Civil”, en AA.VV *Código Civil Comentado*. R. Valpuesta Fernández (coord.). Ed. Civitas, Madrid 2016.

DÍAZ TEIJEIRO, C.M. *El sistema legitimario de Galicia* (Tesis Doctoral inédita). Universidade da Coruña, A Coruña 2017.

ECHEVARRÍA DE RADA, T. “La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes”. *Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 22, 2019.

GARCÍA RUBIO, M^a.P. “El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego”. *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 2000.

GIL RODRIGUEZ, J. “La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad”, en AA.VV *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*. J. Pérez de Vargas Muños & M. Pereña Vicente (coord.). Ed. Wolters Kluwer, Madrid 2011.

GIL RODRÍGUEZ, J. “El testamento mancomunado”, en AA.VV *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones (Tomo I)*. J. Solé Resina. Ed. Thomson Reuters. Madrid, 2011.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del C. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 97, 2015.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L. “La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautela inmediato de los ocupantes”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2018.

MANZANO, J.R. & URRUTIA, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia”. *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº Extra 1, 2004.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en AA. VV *Tratado de Contratos. 2ª Edición*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, S. Quicios Molina & N. Moralejo Imbernón (coord.). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

MARIÑO PARDO, F. “Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 71, 2016.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentario al art. 705 del CC”, en AA.VV *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Ed. Aranzadi, Pamplona 2009.

PEÑA LÓPEZ, F. “El testamento”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Bercal. Madrid 2018.

ROMERO COLOMA, A.M. “La capacidad de testar y su problemática jurídica”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 56, 2012.

WOLTERS KLUWER. “Acción confesoria”. *Guías jurídicas*. Obtenido de <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA>

AAEAMtMSbF1jTAAAUNDEwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZU
GqbVpiTnEqAKKZWY81AAAAWKE

WOLTERS KLUWER. “Acción negatoria”. *Guías jurídicas*. Obtenido de [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AAEAMtMSbF1jTAAAUNDEyMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoA44IKZTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AAEAMtMSbF1jTAAAUNDEyMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoA44IKZTUAAAA=WKE)

WOLTERS KLUWER. “Comunidad de bienes”. *Guías jurídicas*. Obtenido de [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AAEAMtMSbF1jTAAAUNDSxNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoAHxvjCjUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AAEAMtMSbF1jTAAAUNDSxNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoAHxvjCjUAAAA=WKE)

ZAPATA LÓPEZ, J. "Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea" (Tesis doctoral). UCAM, 2017.

XI. JURISPRUDENCIA

STS de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990/3696).

STS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003/604).

STS de 30 de enero de 2004 (RJ 2004/438).

STS de 3 de Junio de 2014 (RJ 2014/3900).

STS de 9 de Febrero de 2016 (RJ 2016/1365).

STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018/2314).

STSJ de Galicia de 26 de mayo de 2010 (JUR 2010/329938).

STSJ de Galicia de 24 de Septiembre de 2012 (JT 2012/1130).

SAP Madrid de 5 de septiembre de 1997 (AC 1997/2241).

SAP Girona de 10 de marzo de 2004 (JUR 2004/120061).

SAP A Coruña de 18 de marzo de 2009 (AC 2009/520).

SAP Madrid de 8 de mayo de 2012 (JUR 2012/320797).

SAP Pontevedra de 5 de julio de 2012 (JUR 2012/284475).

SAP Pontevedra de 28 de julio de 2014 (JUR\2014\218941).

SAP de A Coruña de 17 de Junio de 2016 (JUR 2016/183848).

SAP Alicante de 9 de Mayo de 2017 (AC 2017/1341).

SAP de Zamora de 23 de julio de 2019 (AC 2019/1204).

SAP A Coruña de 23 de Julio de 2019 (JUR 2019/289305).

RDGRN de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000/7323).

RDGRN de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016/3020).

RDGT de 23 de febrero de 2018 (JUR 2018/93124).