



Universidad de Valladolid



Máster de Acceso a la Abogacía

IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO Y OPERACIONES PARTICIONALES

Presentado por:
Enrique
Olmedo Merino

Tutelado por:
Fernando
Crespo Allué

En Valladolid, a 12 de abril de 2023

ÍNDICE

1.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
2.	CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	4
3.	LA CAPACIDAD PARA TESTAR E IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO.....	5
3.1.	LA CAPACIDAD DEL TESTADOR.....	5
3.2.	CAPACIDAD DE DON PEDRO.....	16
3.2.1.	ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS MAS PROBABLES.....	16
3.2.2.	SUPUESTO DE DOLO Y CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.....	27
3.3.	CONCLUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD.....	33
3.4.	PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN POR FALTA DE CAPACIDAD.....	33
3.4.1.	SUJETOS LEGITIMADOS.....	34
3.4.2.	JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	35
3.4.3.	DILIGENCIAS PRELIMINARES.....	35
3.4.4.	INFORMES PERICIALES.....	36
4.	LA LEGÍTIMA, LAS DONACIONES, SU RELACIÓN CON LA COLACIÓN Y LA IMPUGNACIÓN 37	
4.1.	LA LEGÍTIMA.....	38
4.1.1.	CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA.....	41
4.1.2.	APLICACIÓN AL CASO.....	42
4.2.	LAS DONACIONES Y LA COLACIÓN.....	44
4.2.1.	LA REDUCCIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS Y COMPLEMENTO DE LEGÍTIMA 48	
4.2.2.	LA COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN.....	53
4.3.	LA VOLUNTAD DE DONAR.....	56
5.	TITULARIDAD DE LOS SALDOS DE LAS C/C Y FIM.....	63
5.1.	CUENTAS CORRIENTES.....	63
5.2.	TITULARIDAD DE LOS FIM.....	65
6.	OPERACIONES PARTICIONALES Y LA LEGÍTIMA.....	69
6.1.	OPCIONES PARA IMPUGNAR EL CUADERNO PARTICIONAL.....	70
6.2.	NULIDAD Y ANULABILIDAD.....	71
6.	CONCLUSIONES.....	73
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	75
8.	JURISPRUDENCIA.....	78

1. ANTECEDENTES DE HECHO

- Don Pedro Calderón de la Barca, falleció en Valladolid el 16 de abril de 2022, donde había tenido su último domicilio, en estado de viudo de Doña María Lope de Vega, con quien tuvo dos hijos, Pablo y Marta.
- Había otorgado testamento abierto notarial diez días antes de fallecer, estando ingresado en un Hospital, en el que revocando un testamento anterior en el que instituía a sus dos hijos como herederos universales por partes iguales, ahora ordenaba en favor de su hija Marta importantes legados de fincas rústicas de su propiedad en Cabezón de Pisuerga, así como la totalidad de los fondos y depósitos existentes en entidades financieras y, salvo un legado de 100.000 euros a favor de su nieto Marcos (hijo de su hija Marta), en el remanente les instituyó herederos por partes iguales.
- Asimismo, nombraba Contador-Partidor de su herencia a su cuñado Don José Luis.
- Don Pedro estaba diagnosticado de Alzheimer en un grado incipiente de desarrollo desde hacía unos dos años aproximadamente.
- Don Pedro, que desde que se quedó viudo en 2018 se había ido a vivir con su hija al domicilio de ésta, en los seis meses anteriores a su fallecimiento la había donado una casa en Proaza (Asturias) y una nave en Santovenia de Pisuerga.
- Don Pedro era titular de dos c/c con importantes saldos, así como varios fondos de inversión, todos ellos a nombre de él y de su hija Marta.
- Don José Luis Pérez realizó las operaciones particionales de la herencia y las elevó a público ante un notario de Valladolid, el día 16 de julio de 2022.
- Don Pablo solicita un dictamen sobre las actuaciones que puede llevar a cabo en defensa de sus derechos y, entre otras, sobre las siguientes cuestiones:

2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con los hechos anteriormente expuestos se plantean por D. Pablo una serie de cuestiones jurídicas para que se le asesore en forma de dictamen:

- **PRIMERO.** – Posibilidad de impugnar la validez del testamento de su padre por falta de capacidad.
- **SEGUNDO.** – Validez de las donaciones realizadas a la hija Doña Marta y posibilidad de impugnación de las mismas, pues entiende que no hubo voluntad de donar.
- **TERCERO.** – Titularidad de los saldos de las c/c y de los FIM.
- **CUARTO.** – Acciones que puede ejercitar para impugnar las operaciones particionales, dado que entiende que, atendido el valor de las donaciones y los legados dejados a su hermana y nieto, se perjudica su derecho hereditario y su legítima y, en todo caso, sufre un perjuicio en comparación a lo que recibió su hermana.

3. LA CAPACIDAD PARA TESTAR E IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO

Si recapitulamos las circunstancias en las que Don Pedro falleció hay que decir que, dos años antes de su fallecimiento ya había sido diagnosticado con Alzheimer incipiente, se mudó a casa de su hija Dña. Marta e hizo varias donaciones de inmuebles a esta, y cuando otorgó su último testamento, el cual revocaba el anterior en el que designaba a sus dos hijos como herederos universales, D. Pedro cambió enteramente su voluntad de testar a partes iguales entre sus dos hijos y realizó una donación que consistía en una casa en Proaza (Asturias) y una nave en Santovenia de Pisuerga, en concepto de legados, fincas rústicas de su propiedad en Cabezón de Pisuerga, así como la totalidad de los fondos y depósitos existentes en entidades financieras, todo ello a su hija Dña. Marta y, salvo un legado de 100.000 euros a favor de su nieto Marcos.

Por tanto, no consta ninguna operación a favor de D. Pablo, por lo que se partirá de la base de que su legítima ha podido ser perjudicada, sin embargo, en caso de que la composición del caudal hereditario sea distinta a la mencionada y, por tanto, existan bienes suficientes para que la legítima de este sea satisfecha, existe la posibilidad de que no haya sido perjudicada.

Asimismo, dicho testamento fue otorgado diez días antes de su fallecimiento, con un grado de Alzheimer que era incipiente dos años de fallecer, y, como consecuencia, D. Pablo quiere saber qué posibilidades existen de que se impugne el último testamento otorgado por su padre por falta de capacidad.

3.1. LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

A la hora de otorgar testamento el causante debe reunir unos requisitos previos, para que de este modo la ley considere que se tiene la capacidad necesaria para testar, dichos requisitos se recogen en nuestro Código en el artículo 662 y 663:

- **Pueden testar:**

Todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

- **No pueden testar:**

La persona menor de catorce años.

La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello.

Por tanto, además de estas prohibiciones para testar, hay que mencionar que, como ineficacias, tal y como establece VALLS J.M.¹ respecto a la Ley 8/2021, de la que hablaré posteriormente, reafirma que la persona con discapacidad pueda celebrar contratos, que solo podrán anularse si había previstos apoyos para el caso concreto de que se trate y no se han observado.

Es interesante analizar el segundo requisito referido a las personas que no pueden testar, debido a que D. Pablo, nos ha solicitado un dictamen sobre la impugnación del testamento por falta de capacidad y en el concepto de este artículo se encuentra la clave para ello, puesto que la enfermedad que tenía D. Pedro suscita dudas en cuanto a, si en el momento de testar pudo expresar su voluntad real, ya fuera con o sin medios de apoyo para ello. Para impugnar el testamento por falta de capacidad, quien pretenda negarlo deberá demostrarlo de forma inequívoca y concluyente², ello nos deja con que la carga de la prueba en este caso recaerá en D. Pablo.

Es importante mencionar que recientemente la redacción de algunos de estos artículos referentes a la capacidad ha sido modificada por la Ley 8/2021 del 2 de junio (Entró en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021) por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta Ley se creó como respuesta a lo que se estableció en el año 2006 en la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York y ratificada por España el año

¹ VALLS, J.M. En: MONTSERRAT PEREÑA, V., HERAS HERNÁNDEZ, M.M., NÚÑEZ NÚÑEZ M. *“El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2022. pp. 103.

² VERDERA IZQUIERDO, B. *“La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias”*, Thomson, Madrid, 2011. Pp. 40.

siguiente, entrando en vigor en 2008 y cuyo objetivo, nos resume HERMIDA BELLOT³ consiste en promover la igualdad de estas personas con discapacidad y por ello se pasa de este modelo proteccionista y sustitutivo de la voluntad hacia un modelo que permita a las personas con discapacidad ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, dejando atrás una concepción iusprivatista de la discapacidad y pasando a observarla desde el punto de vista de los derechos humanos y sigue diciendo:

A grandes rasgos, la Ley 8/21 elimina la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sustituyéndola por los términos capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica; elimina la institución de la incapacitación presumiéndose así que todas las personas tienen capacidad jurídica y pleno ejercicio de la misma.

Además, se elimina la representación como sistema preferido por la autoridad judicial, y pasará a ser la excepción, que, siendo la excepción deberá justificarse exhaustiva y necesariamente para su implantación, aunque, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁴, quizás hubiera sido deseable no referirse a la representación como supuestos tan excepcionales, dado que las personas consideradas grandes dependientes, suponen una tercera parte de las personas con discapacidad, y un número considerable de las mismas, un ejemplo de ello sería las personas con Alzheimer avanzado.

Además, CASTRO-GIRONA⁵, se pronuncia sobre el sentido que tiene la palabra, apoyo, respecto a la Ley 8/2021 y respecto al testador, cuando dice que el apoyo, a pesar de no ser una creación jurídica, sino una realidad social a la que el derecho civil confiere sustantividad para los casos en que sea necesario que los apoyos sean formales para actuar en la vida jurídica. Se trata, por tanto, de incluir en nuestro ordenamiento jurídico aquellos mecanismos, sistemas, medios, adaptaciones e incluso personas que ayudan a la persona con discapacidad a tomar sus propias decisiones.

³ HERMIDA BELLOT, B., *“Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho de otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021”*, Actualidad jurídica Iberoamericana, n.º Extra 17, 2, 2022. pp. 4-5.

⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *“La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”* Diario La Ley, n.º 9961, Sección Tribuna, 2021, pp. 1-13.

⁵ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., *“La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad”* Hay derecho, Expansión, 2021. pp. 1-3.

Respecto de la Convención NIETO ALONSO⁶ recoge algunos aspectos claves, que luego tuvieron influencia en la redacción de la Ley 8/2021:

En el preámbulo se recoge:

“La necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación”, como un objetivo a alcanzar.

Se menciona la existencia de barreras a las personas con discapacidad que se intentan eliminar y a la par dotar a estas personas de autonomía e independencia individual.

Y en cuanto a la capacidad de testar es de vital importancia el artículo 12 de la Convención, ya que esta manda a todos los países involucrados a reconocer a estas personas la capacidad jurídica *“en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*, así como *“otorgarles las medidas de protección oportunas”* para que puedan ejercer tales derechos, por lo que, en nuestro Código desaparecerían las sentencias que declaran la falta de capacidad de las personas y el concepto de “cabal juicio”.

Siguiendo con el dictamen, es de significativa importancia, la segunda parte del artículo 663 CC, la doctrina estableció previamente de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, que la norma no podía entenderse en sentido estricto, en tanto, en cuanto no se debe entender que solo carecen de la capacidad para testar los incapacitados judicialmente, sino que también alcanzará a casos de hipnosis, embriaguez o drogadicción, una interpretación extensiva que por supuesto alcanza a las enfermedades psíquicas⁷ y utilizaba el concepto de “cabal juicio” que, con la nueva ley se suprimió, sin embargo, la interpretación extensiva se mantuvo y se adaptó a la redacción de la nueva ley.

La cual, respecto al artículo 663, se suprime la mención a los incapacitados, por lo que a sensu contrario, tienen capacidad para testar los mayores de catorce años y aquellos que en el momento de testar puedan conformar y expresar su voluntad, aunque sea con medios o apoyo para ello. El artículo 665 se elimina la exigencia que tenía el notario de nombrar dos

⁶ NIETO ALONSO, A., “Reseña bibliográfica a CAROLINA MESA REMERO: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*”, Revista de Derecho Civil, vol. V, n.º 1, 2018. pp. 261.

⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., “*Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil*”, Marcial Pons, 2019. pp. 44-45.

facultativos que valoraran la capacidad del testador incapacitado respecto del cual la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento acerca de su capacidad de testar. Se introducen nuevas prohibiciones para testar en el artículo 753 y se suprime la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código⁸.

En definitiva, como dice ALVENTOSA DEL RIO⁹, con la ley 8/2021 la prohibición absoluta que impedía testar a las personas con discapacidad se ha suprimido.

Dicha prohibición de testar en situación de enajenación mental ya sea por causas de drogadicción o por enfermedad psíquica, no fue absoluta, sino que se ha complementado históricamente con normas del Código, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 664 que establece que el testamento realizado antes de la enajenación mental es válido, circunstancia que, debido a que no se conoce la gravedad del Alzheimer que padece D. Pedro podría ser de aplicación o no.

Respecto a la gravedad del Alzheimer ROMERO COLOMA¹⁰ hace una especial referencia al Alzheimer relacionado con la capacidad del testador y la nulidad del testamento, y es que clasifica la gravedad del Alzheimer en cuatro Estadios y la define como una demencia progresiva que tiene el déficit de memoria como uno de sus síntomas más tempranos y pronunciados, el paciente por lo general empeora progresivamente, mostrando problemas perceptivos, del lenguaje y emocionales, a medida que la enfermedad va avanzando.

Posteriormente hace una clasificación de la gravedad de la enfermedad:

- Estadio 0: Caracterizado por independencia en el trabajo, compras, finanzas y en las actividades sociales.
- Estadio 1: Se caracteriza por la aparición de negligencia moderada y dificultades para encontrar palabras, además de pérdida de objetos, olvido de nombres de

⁸ DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN., *“Guía práctica de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad: ley 8/2021, de 2 de junio: normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas y jurisprudencia”*. Sepín. Madrid. 2021. pp. 203-211.

⁹ ALVENTOSA DEL RIO, J. En: CHAPARRO MATAMOROS, P. BUENO BIOT, A. y VERDA Y BEAMONTE J. *“La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021, de 2 de junio”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022. pp. 463.

¹⁰ ROMERO COLOMA, A.M. *“La capacidad de testar”*, Bosch, Barcelona, 2007. pp. 22.

familiares, frecuencia del fenómeno “tenerlo en la punta de la lengua” y pérdida de la percepción espacial expresada en no saber volver al domicilio”.

- Estadio 2: Frecuentes y severas quejas de pérdida de memoria y lenguaje, incapacidad para funcionar independientemente fuera del hogar. Estos pacientes comienzan a requerir asistencia para la higiene, vestido y alimentación.
- Estadio 3: En este periodo -final- dejan de reconocer a su pareja, hijos e incluso su propio reflejo en el espejo. Comienzan a sufrir mutismo o balbuceo incoherente. Presentan alucinaciones, delirios, convulsiones, incontinencia y reflejos infantiles.

En el caso en el que, la enfermedad de D. Pedro tuviera un alcance moderado (Estadio 0/1), y su memoria le permitiera recordar y entender la trascendencia de sus decisiones se entendería que el testamento es válido, ya que se habría otorgado el testamento en un estado de lucidez del causante.

Sobre esto último existe jurisprudencia como es la STS 4912/2015 de 10 de septiembre¹¹, dicha sentencia se encarga de establecer y asentar el alcance del concepto de estado de lucidez, y es que, incluso previamente a la Ley 8/2021 cuando no se había suprimido las sentencias que incapacitaban a las personas, aunque el proceso de incapacitación se había iniciado si el testamento fue otorgado con anterioridad a todo ello, con los requisitos de formales y procesales pertinentes, como fue en este caso, ante Notario, que acreditó que en el momento de testar era completamente capaz, en este caso, como conclusión se dio por válido el testamento otorgado por una testadora que, posteriormente fue declarada incapaz, el Juez entendió que había que aplicar aquí el *principio favor testamenti*.

Ocurre una situación similar en los ATS 5825/2018 de 30 de mayo¹² y ATS 6139/2018 de 6 de junio¹³, en ambos se sigue estableciendo que lo definitivo y fundamental es la posibilidad del testador de haber otorgado el testamento en un estado mental lúcido y en la STS 936/2018 de 15 de marzo¹⁴ donde el causante padecía una enfermedad mental y fue declarada incapaz, pero, sin embargo, no quedó debidamente probado que a pesar de ello

¹¹ STS 4912/2015 de 10 de septiembre.

¹² ATS 5825/2018 de 30 de mayo.

¹³ ATS 6139/2018 de 6 de junio.

¹⁴ STS 936/2018 de 15 de marzo.

la fuera imposible tener momentos de lucidez que la permitieran realizar actos de disposición válidamente, es por ello que la impugnación de los testamentos otorgados por el causante no prosperó.

Queda patente que, en este asunto, el elemento clave que determina si un testamento es otorgado válidamente o no, con respecto a la capacidad de la persona, es el estado de lucidez, de consciencia y comprensión que tenga el causante en el momento de otorgar el testamento¹⁵. En ello se pronuncia ROMERO COLOMA¹⁶ cuando dice que, aunque la ancianidad sea más que evidente en el testador, ello en si mismo, no es obstáculo para realizar un testamento válido, siempre que, naturalmente las facultades mentales se vean incólumes. Por lo que, se refuerza la idea que lo definitivo es la lucidez en el preciso momento de testar, momento en el que si se demuestra que a pesar de su ancianidad y su Alzheimer en este caso, conserva sus facultades mentales, ello no será un obstáculo para otorgar testamento. Como dice HERMIDA BELLOT¹⁷ padecer una patología que limite el autogobierno no es causa para eliminar la posibilidad de otorgar testamento.

Por el contrario, en caso de que la enfermedad de D. Pedro estuviera avanzada y sus efectos fueran graves (Estadio 3), D. Pedro no sería capaz de recordar todos los elementos necesarios para comprender y entender de forma efectiva la trascendencia de sus decisiones respecto a lo que el testamento se refiere, y, por tanto, no sería capaz de plasmar su verdadera voluntad. No sería capaz de expresar la que hubiera sido su voluntad real de no padecer esta enfermedad, tanto sin ayuda de terceros, como con ayuda de otras personas y, por tanto, el testamento carecería de validez.

El artículo 665 versaba así en el pasado con la Ley 30/1991:

“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 autorizara sino cuando éstos respondan de su capacidad.”

¹⁵MESA MARRERO, C., *“La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales”*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017. pp. 38.

¹⁶ ROMERO COLOMA, A.M. Ob., Cit., pp. 29. En la que se cita a sí misma, ROMERO COLOMA, A.M. *“Problemática jurídica de la capacidad mental del testador”*, Ediciones Dijusa, Madrid, 2005.

¹⁷ HERMIDA BELLOT, B., Ob., Cit., pp. 5. En la que cita a DE BARRÓN ARNICHEs, P.: *“Personas con discapacidad y libertad para testar”*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, febrero 2020 núm. 12, p. 453.

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 el artículo cambió su redacción y dispone lo siguiente:

“La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.”

Sin embargo, tal y como establece ALVENTOSA DEL RIO¹⁸, se suprime la exigencia de dos facultativos en el juicio notarial, pero, el notario tendrá la capacidad de solicitar dictamen en caso de que tenga dudas sobre la capacidad del testador, esta cuestión también es señalada por FERNÁNDEZ-TRESGUERRES¹⁹, cuando dice que, el notario, sin perjuicio de su implicación personal en el proceso de toma de decisión y expresión de voluntad por parte de la persona con discapacidad, es una medida razonable, que se incorpore al testamento o en acta separada informe de médico especialista.

Se elimina por tanto la sentencia que producía los efectos de incapacitación y ahora la competencia para determinar si la persona tiene o no capacidad suficiente para otorgar testamento recae en el Notario, que, atenderá según el artículo 666 CC al estado en el que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Autores como MESA MARRERO, C. señala la importancia del momento de testar, *“basta con que la persona padezca, habitual o accidentalmente, una enfermedad o trastorno suficientemente grave que afecte a sus facultades intelectuales y volitivas de forma que le impida, en el momento en que pretende testar, ordenar su sucesión de modo consciente y libre”*.²⁰

Por ejemplo, el Notario, en lo que al contenido material se refiere, en caso de que el causante haya cambiado de voluntad en un momento cercano a su muerte como sucede en este caso, deberá tener en cuenta, primeramente, quienes son los sujetos beneficiados, y la constancia de la voluntad del testador a lo largo del tiempo, es decir, debe ser minucioso con la mutación de la voluntad del causante. Ahora bien, ¿Estas circunstancias mencionadas son suficientes para destruir la presunción de capacidad?, según RODRÍGUEZ GUTIÁN²¹, se ha de ser extremadamente cauteloso con esta cuestión, por ser el testamento un acto

¹⁸ ALVENTOSA DEL RIO, J. Ob., Cit., *“La discapacidad: una visión...”*. pp. 466.

¹⁹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *“El ejercicio de la capacidad jurídica: Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio”*. Civitas: Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra. 2021. pp. 221.

²⁰ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 22.

²¹ RODRIGUEZ GUTIÁN, A.M., *“La Capacidad Para Testar, Especial Referencia al Testador Anciano”*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. pp. 27 (Pie de pág. 6).

revocable como dispone el artículo 737 CC. RODRÍGUEZ GUITIÁN sigue con esta cuestión y establece que la clave que tendrá que analizar el Notario, será si ese cambio de voluntad que se ha producido en el causante, sigue una razón lógica, aunque, sigue diciendo, que, incluso si el redireccionamiento en la voluntad es un cambio sustancial, no puede ser una prueba suficiente para declarar la incapacidad y nulidad del testamento.

Siguiendo con el hilo de la capacidad del testador, hay que decir que el principio *"favor testamenti"* juega un importante papel en este asunto, puesto funciona como un mecanismo flexibilizador para las formalidades testamentarias, y esto también es de importancia en este caso concreto a la hora de hacer este dictamen. Prueba de ello es la STS 4755/2013 de 20 de marzo²²:

"De ahí que en contra de lo argumentado por la parte recurrida, la Sentencia del Tribunal Supremo que cita la parte recurrente en apoyo de su pretensión, de 24 de abril de 1896, que en relación con el caso que nos ocupa declara que: "no es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando que de cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento" lejos de ser un precedente aislado, constituya una aplicación del principio de "favor testamenti" como en su caso, la STS de 26 de noviembre de 1901, respecto de los actos propios y la posterior solicitud de nulidad por infracción de solemnidades testamentarias. Principio que, en todo caso, no ha dejado de ser reconocido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, STS de 14 de octubre de 2008."

Y sigue diciendo en su apartado número sexto dentro del fundamento jurídico SEGUNDO:

"En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren "el consentimiento libremente prestado por la testadora" y que "el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa" , expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren "de otro modo" al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para

²² STS 4755/2013 de 20 de marzo.

ello. Por último, también conviene resaltar que el testamento autorizado cumple con el resto de las formalidades legalmente exigidas.”

Por todo ello parece tener una gran complejidad impugnar el testamento de D. Pedro por falta de capacidad, debido a la dificultad probatoria que presenta tanto el alcance de su enfermedad mental, como determinar la capacidad que D. Pedro tenía en el momento concreto de otorgar testamento, además de que la jurisprudencia que ha marcado el TS, tanto en las Sentencias a las que ya me he referido en párrafos anteriores como en la STS 1627/2016 del 8 de abril²³, también señalan con claridad que, para determinar la nulidad de un testamento por la falta de capacidad del testador, es esencial probar de modo concluyente la falta de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento (ello incluso sin que una posterior declaración de incapacidad sea prueba determinante):

La sentencia dice así en su fundamento de derecho PRIMERO apartado quinto:

“Por lo tanto, la cuestión sería y es dilucidar si en el preciso momento en el que el causante compareció ante el fedatario público ostentaba o no capacidad al efecto”.

“Nuestra jurisprudencia ha señalado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, de manera que la prueba en contra no debe dejar margen de duda. Por otro lado, se ha señalado, así la sentencia de 14-41.987, que la aseveración notarial respecto de la testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud”.

Estableciendo que la prueba que intente destruir la presunción de capacidad del testador debe no dejar ningún margen de duda, debe ser una prueba que arroje luz a la cuestión y no deje ningún atisbo de duda, y lo reitera en el fundamento de derecho TERCERO en su tercer apartado:

“Como se observa del fundamento de derecho transcrito de la sentencia recurrida, la argumentación de la parte recurrente resulta incorrecta, pues la Audiencia no declaraba lo así alegado sino, más bien, lo contrario. En este sentido, lo que viene a precisar la sentencia, de forma acertada, es que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS 6

²³ STS 1627/2016 del 8 de abril.

de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento”.

Es por ello por lo que en numerosas ocasiones la jurisprudencia reitera que la prueba que trate de destruir la presunción de aptitud del causante es difícil que prospere, sin embargo, ya una vez fallecido D. Pedro, si se trata de intentar que la impugnación del testamento prospere serán de vital importancia los certificados médicos²⁴ que acrediten el estado mental del causante, y que estos sean contundentes y resuelvan enteramente la cuestión ya que, de dejar estos alguna duda no serán suficientes para probar la falta de capacidad, lo establece de nuevo la STS 1031/2001 de 15 de febrero²⁵ en su fundamento de derecho SEGUNDO:

“El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por especialista en psiquiatría, sino en medicina interna, el que no examinó directa y personalmente al testador, ya que la pericial se practicó con posterioridad a su muerte, sin que el médico hubiera tenido relación alguna con el mismo y mas bien resulta explicativa de los informes y datos suministrados por los Hospitales donde estuvo internado antes de su fallecimiento y así el perito no informa propiamente sino que "sospecha" que a los cuatro días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, sin descartar que "tuviera algún momento de mayor lucidez" y también supone que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica empeorase, con mayor acúmulo de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica, con obnubilación progresiva, estupor y muerte”.

Se ve aquí, como la prueba pericial, en primer lugar no fue emitida por un especialista en psiquiatría, lo cual es de una relevancia mayor, en segundo lugar no examinó en persona al testador y en tercer lugar es una prueba pericial que mas bien sirve como explicación a los informes médicos existentes ya previamente al fallecimiento del causante, por lo que el perito en este caso simplemente “sospecha” y no descarta que tuviera algún momento de mayor lucidez, es por ello y por lo explicado anteriormente que la prueba no es completamente contundente y dicho testamento fue válido²⁶.

²⁴ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 24.

²⁵ STS 1031/2001 de 15 de febrero.

²⁶ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 38. La nulidad por falta de capacidad, sólo se dará, de acuerdo con la jurisprudencia en caso de enfermedad mental o física grave, y se debe demostrar de una forma muy clara, que no deje lugar a dudas.

3.2 CAPACIDAD DE DON PEDRO

Una vez repasada la jurisprudencia y establecido y delimitado el concepto de capacidad necesaria del testador, hay que ir al caso concreto, D. Pedro padecía de un Alzheimer incipiente desde hace unos dos años, aunque ello no basta para decir que no tenía capacidad suficiente para otorgar testamento, ni que no tuviera la lucidez necesaria para testar, es por ello que una vez fallecido el causante los únicos elementos a analizar que nos quedan, son los informes médicos que acreditaban el punto concreto en el que se encontraba la enfermedad, aunque puede darse el caso de que estos no existan y no tenga médicamente diagnosticada la enfermedad.

3.2.1 ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS MAS PROBABLES

Y es en este punto donde se nos abren varias posibilidades y varios supuestos que podrían darse en este caso según el avance del Alzheimer de D. Pedro y según el modo en que le afectara.

1. La primera hipótesis es el caso en el que, si bien D. Pedro padecía de Alzheimer, este no limitaba sus capacidades mentales suficientemente y era capaz, tanto de redactar el testamento como de expresar su voluntad real y plasmarla en este.
2. La segunda hipótesis sería el caso completamente contrario del primero, es decir, el Alzheimer que padece D. Pedro está en una fase avanzada y el efecto que tiene sobre él no le permite redactar su testamento, ni expresar su voluntad real, ya sea con ayuda de terceros o sin ayuda de estos, sin embargo la elevada exactitud que requieren las pruebas de impugnación sobre la capacidad del testador, es posible que no se encuentren en nuestro poder y por tanto, la impugnación tiene una probabilidad de prosperar extremadamente baja.
3. La tercera hipótesis viene derivada del artículo 663 y 665 CC y es que estos, establecen que no pueden testar las personas que no sean capaces de expresar su voluntad con ayuda de terceros, es decir, en esta hipótesis a pesar de que el

Alzheimer tiene un efecto notable en D. Pedro, con ayuda de terceras personas que realicen una función facilitadora, siempre y cuando respeten su línea de pensamiento, si es capaz de expresar su voluntad real.

3.2.1.1 Hipótesis primera

Bajo la primera hipótesis, D. Pedro, aun padeciendo de una enfermedad que limitaba sus capacidades cognitivas, es totalmente capaz de plasmar su voluntad de forma inequívoca, pues conserva los recuerdos y memorias suficientes para entender la trascendencia de sus acciones, además de ser capaz de conectarlos con los acontecimientos que han sucedido en sus últimos años de vida, lo que le llevó a redactar ese último testamento diez días antes de fallecer cambiando su voluntad, y, otorgándole una mayor cantidad de bienes tanto a su hija Dña. Marta y su nieto Marcos. Es por ello, que en esta hipótesis se entiende también que la voluntad, además, la ha conseguido expresar sin ayuda de terceros y ha tenido la supervisión de un Notario que ha autorizado el testamento y ha dado su visto bueno en cuanto al momento de lucidez que pasaba D. Pedro a la hora de redactar dicho documento, contando también con que los momentos de lucidez del testador en esta hipótesis eran muy numerosos y el Alzheimer no tenía un efecto muy grave sobre él. Siguiendo esta hipótesis, por tanto, no cabría ninguna argumentación para defender la impugnación ante los tribunales, y dado todo lo argumentado en párrafos anteriores con la jurisprudencia, y, opiniones de autores, en caso de que la impugnación sea llevada ante los tribunales no prosperará la pretensión, puesto que no tiene ninguna fundamentación jurídica posible.

3.2.1.2 Hipótesis segunda

Bajo la segunda hipótesis, D. Pedro, padece de una enfermedad que limitaba sus capacidades cognitivas, Alzheimer, y en este caso la enfermedad está avanzada y tiene un gran efecto en D. Pedro, de modo que no le permite en muchas ocasiones ni la posibilidad de seguir con su vida diaria realizando las tareas más básicas y se entiende que en este caso sus momentos de lucidez eran prácticamente inexistentes, no conservaba los recuerdos suficientes para poder entender la trascendencia de sus acciones y por tanto, no era capaz de plasmar su voluntad real en el testamento, ello ni con ayuda de terceras personas que le ayuden a expresarse.

Es por ello, por lo que en este caso concreto D. Pedro si incurre en la prohibición de testar del artículo 662 y 663²⁷, puesto que se entiende que D. Pedro no sería capaz de expresar su voluntad de ninguna forma, aunque que existan medios de prueba definitivos es bastante improbable.

Aquí es preciso aclarar algo, y es que cuando se habla de medidas de apoyo para el testador, respecto a la nueva reforma y el artículo 670, el testamento sigue siendo personalísimo, es decir no podrá dejarse su formación al arbitrio de un tercero, por lo que se puede deducir que las medidas de apoyo al testador no serán medidas que supongan la sustitución de la voluntad testamentaria por parte de un tercero²⁸. Posteriormente a la reforma y en el sentido de estas medidas de apoyo, se pronuncian la SAP Madrid 14902/2021 de 20 de diciembre²⁹ y la SJPII de Tafalla 1137/2021 de 23 de noviembre³⁰, mientras que en la primera se establece curatela representativa para actos de disposición a título gratuito, en la segunda se establece la misma medida para realizar, entre otras, disposiciones testamentarias y añade que en todas estas actuaciones la curadora ejercerá la representación.

Ello es cuestionable puesto que estas dos sentencias señalan medidas de representación, es decir, de sustitución de la voluntad en el momento de otorgar testamento, sin embargo, ello no es exactamente así, dado que según HERMIDA BELLOT³¹ debemos interpretar estas disposiciones en el sentido de que en estos casos, el curador puede participar en el proceso de formación de la voluntad testamentaria, prestando apoyo, pero no en el momento de la prestación del consentimiento, pues existe unanimidad en la doctrina, dado el tenor literal del citado artículo 670 del Código Civil (Y de la STS 936/2018 de 15 de marzo³²), para entender que el testamento es un acto personalísimo en el que no solo no cabe representación, sino tampoco complemento de capacidad o asistencia.

En cuanto a los principios rectores sobre las medidas de apoyo al testador, GUILARTE MARTÍN-CALERO³³, establece, que estos serán la necesidad y

²⁷ LASARTE, C. Ob., Cit., pp. 52.

²⁸ ALVENTOSA DEL RIO, J. Ob., Cit., “*La discapacidad: una visión...*”. pp. 204-205.

²⁹ SAP Madrid 14902/2021 de 20 de diciembre.

³⁰ SJPII de Tafalla 1137/2021 de 23 de noviembre.

³¹ HERMIDA BELLOT, B., Ob., Cit., pp. 7.

³² STS 936/2018 de 15 de marzo.

³³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. PÉREZ BUENO, L. Y DE LORENZO GARCÍA, R. “*La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021, de 2 de junio*”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022. pp. 517-518.

proporcionalidad, sobre la primera, concluye que, las medidas de apoyo serán necesarias cuando, el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas exija la constitución de una medida de apoyo, y sobre la segunda, se pronuncia diciendo, que la proporcionalidad se aprecia en la posibilidad de articular una esfera de representación como excepción a la regla general de asistencia, y en la determinación precisa de los actos para los que la persona requiere asistencia, atendiendo a sus necesidades concretas de apoyo.

Así, ALVENTOSA DEL RIO³⁴ se pronuncia respecto al curador en la ley 8/2021, y, es que se establece completamente indispensable que el curador tenga contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo, y además reitera, que la finalidad del curador se basa en asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias, es por ello que es de vital importancia que, el curador sea alguien que tenga contacto con la persona a asistir, y que conozca la trayectoria de vida del sujeto para poder, en su caso, tomar decisiones en relación a dichos extremos. Y prosigue, diciendo que, la finalidad esencial y última de la figura del curador en la ley 8/2021, es, procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, ya no se trata de ayudar a la persona en la toma de decisiones en relación a un acto o negocio jurídico concreto, sino de propiciar las condiciones para que la persona con discapacidad conozca sus propias posibilidades en la toma de decisiones en otros actos o negocios jurídicos

Respecto a la jurisprudencia actual, cito la STS 3770/2021 de 19 de octubre³⁵ en cuyo fundamento jurídico CUARTO dice así respecto a la Ley 8/2021:

“En la exposición de motivos de la nueva ley 8/2021, de 2 de junio, concretamente en su apartado III, se insiste en que la reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil “[...] sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal”. En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, hemos proclamado que “[...] la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”.

³⁴ ALVENTOSA DEL RIO, J. Ob., Cit., “La discapacidad: una visión...”. pp. 194-195.

³⁵ STS 3770/2021 de 19 de octubre.

Se refiere a que el espíritu de la nueva ley se basa en respetar la máxima autonomía de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, en esta hipótesis entendemos que D. Pedro no es capaz de expresar ninguna de ellas con o sin ayuda de terceros, es decir, ni habiendo nombrado un curador para que, de esta forma se le ayude a expresar su voluntad podría expresarla.

En este caso, además entiendo que el testamento no hubiera llegado a ser aprobado por el Notario (Aunque es solo una hipótesis), ya que, recae de manera exclusiva sobre este. la responsabilidad de realizar el juicio de capacidad sin más sustento que su intuición en el momento de autorizar el negocio jurídico en cuestión, ya que, se ha suprimido del artículo 665 del Código Civil la posibilidad de contar con la opinión de dos facultativos sobre la capacidad para prestar la voluntad testamentaria³⁶ circunstancia que queda plasmada por ejemplo en la Resolución de DGSJFP de 25 de febrero de 2021³⁷, incluso ya antes de la redacción de la nueva ley, y en este caso se reitera que la competencia de la capacidad natural para testar es materia reservada al notario y esta resolución solo puede ser revisada judicialmente, ahora bien, es importante aclarar que simplemente se elimina de la redacción del artículo 665, por lo que no existe norma que lo autorice ni norma que lo prohíba, por lo que el Notario, podría seguir pidiendo asistencia para valorar la capacidad del testador, por ejemplo amparándose en el artículo 249 del Código. La Circular informativa del Consejo General del Notariado 2/2021³⁸ en referencia a la nueva reforma, hace algunas consideraciones sobre el Notariado y los testamentos que vale la pena plasmar en este dictamen y es que:

“El notario no podrá autorizar el testamento, artículo 663, si no hay manera de que la persona pueda expresar o conformar su voluntad. El notario, a la luz del artículo 665 es un apoyo institucional:

“La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.”

³⁶ HERMIDA BELLOT, B., Ob., Cit., pp. 6.

³⁷ Resolución de DGSJFP de 25 de febrero de 2021.

³⁸ Circular informativa del Consejo General del Notariado 2/2021.

Es decir, el Notario debe procurar que el otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones³⁹, respetando siempre que el testamento es un acto personalísimo y su actuación debe limitarse a apoyar al testador, la norma le impone que se facilite el otorgamiento, lo que constituye una aplicación reforzada del principio favor testamenti, circunstancia que debe valorarse a la hora de que este juicio Notarial sea revisado judicialmente después, ya que esto es una posibilidad debido a que el Notario es el único presente al tiempo de otorgamiento del testamento.

Por tanto, en este supuesto concreto D. Pedro incurriría en una prohibición expresa para testar contenida en el artículo 663 del CC y, de hecho entiendo que no debería ser autorizado por el Notario ya que no pasaría el examen de capacidad y el intervalo lúcido, por lo que el testamento no debería haber llegado en ningún momento a otorgarse válidamente, sin embargo, si en este caso el Notario autorizó el testamento se deberá llevar a cabo una revisión judicial del mismo, aunque se necesitarían las pruebas médicas pertinentes que destruyeran la presunción *iuris tantum*, pruebas a las que la jurisprudencia otorgó fundamental importancia en el ATS 4042/2016 del 11 de mayo⁴⁰ en su fundamento jurídico SEGUNDO:

“El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC, por razón de interés casacional por infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, el desarrollo argumental del motivo único (aunque figura como "1") se contiene en tres apartados; en el primero la parte recurrente invoca la doctrina del Tribunal Supremo que sostiene que la capacidad de las personas físicas se presume mientras no se destruya por una prueba concluyente de contrario y alega que el hecho de que una persona no haya sido incapacitada no significa que sus actos sean válidos si no posee capacidad natural necesaria en cada caso (STS 65/1984 de 4 de abril), doctrina que corrobora la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2004 que aún va más lejos, entendiendo que el previo enjuiciamiento sobre la capacidad que realiza el Notario no es definitivo e inatacable sino una declaración favorecida con presunción iuris tantum que puede ser destruida con prueba en contrario y que ha de ser apreciada por el Juez según las reglas de la sana crítica, valoración que es función privativa del Juez Ad Quo. En el segundo apartado el recurrente alega la adecuada valoración de la prueba en concreto las periciales médicas que realiza la Juez Ad Quo (Juzgado de Primera Instancia) para concluir la falta de capacidad de Dª Flora para poder actuar en los negocios cuya nulidad en consecuencia declara. En el último apartado la parte recurrente combate la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto valora la prueba de manera diferente a como fue valorada por el Juez a quo.”

³⁹ ALVENTOSA DEL RIO, J. Ob., Cit., *“La discapacidad: una visión...”*. pp. 467.

⁴⁰ ATS 4042/2016 del 11 de mayo.

Dicha presunción *iuris tantum* también es recogida por ROMERO COLOMA⁴¹ cuando cita las STS de 8 de mayo de 1922, 23 de marzo de 1944 y 25 de marzo de 1957, dichas sentencias recogían la aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante del testamento, que adquiere certidumbre de aptitud, generando una “verdad oficial” que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

Aunque también aclara que las pruebas médicas que intenten destruir la presunción deberán ser de los momentos más cercanos al momento de testar del causante, o, de otro modo resultarán inconcluyentes, ya que, como he aclarado antes lo que resulta clave en la capacidad del testador es su momento de lucidez a la hora de testar y como afecta la enfermedad cognitiva en el momento exacto de redactar sus últimas voluntades tal y como lo define MESA MARRERO⁴².

Por tanto, a modo de conclusión de esta hipótesis, se debe descartar, ya que entiendo que no disponemos de las pruebas que tengan la contundencia necesaria para demostrar la falta de capacidad de D. Pedro a la hora de testar. Es decir, incluso si D. Pedro no tuviera la capacidad e incurriera en la prohibición de testar por falta de capacidad como se establece en esta hipótesis, y el Notario diese su autorización erróneamente, no dispondríamos de los medios para probar dicha circunstancia, además la jurisprudencia del TS mencionada deja claro que a la hora de determinar la capacidad del testador y evaluar las pruebas aportadas, es muy estricta, y que exige una rigurosidad, certeza y exactitud demasiado elevada como para que en este caso prospere una impugnación del testamento por falta de capacidad.

3.2.1.3 *Hipótesis tercera*

En esta hipótesis, el Alzheimer que padece D. Pedro está avanzado y tiene efecto sobre su conciencia, sin embargo, el efecto no es extremadamente grave y es posible que, con ayuda de terceras personas sea capaz de prestar y plasmar la voluntad real a la hora de testar en un momento de lucidez, ya que, en este caso, al contrario que en el anterior, D. Pedro sí es capaz de tener un cierto grado de autonomía, por lo que, en definitiva, existen dudas sobre si D. Pedro podría testar o no.

⁴¹ ROMERO COLOMA, A.M. Ob., Cit., pp. 32.

⁴² MESA MARRERO, C., Ob. Cit. pp. 100-107.

Como ya he aclarado en párrafos anteriores de este dictamen, el simple hecho de que D. Pedro padezca Alzheimer no hace que, automáticamente a los ojos del derecho, carezca de capacidad para testar, sino que, según el artículo 665 CC *“La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones (...)”* siendo el Notario el encargado de facilitar la toma de decisiones del testador, de forma que este comprenda la trascendencia de sus acciones y pueda expresar tanto su voluntad, como sus deseos y preferencias. Este espíritu “facilitador” y de ayuda hacia la persona de la que se duda de su capacidad, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, y, con la redacción previa del artículo 665 CC, se mantenía también entonces a juicio de NIETO ALONSO.⁴³

Si bien en la redacción anterior de este artículo, se necesitaba tanto la intervención del Notario como la de dos facultativos para determinar la capacidad del testador, en la redacción vigente de este precepto legal se elimina la intervención preceptiva de estos dos facultativos, aunque no se descarta por completo que, si el Notario estima que es conveniente la intervención de estos, podrán intervenir para la evaluación de la capacidad del Notario, aunque este criterio ya se había aplicado en algunos casos concretos incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, por ejemplo, un caso ya mentado, Resolución de DGSJFP de 25 de febrero de 2021, además de que desaparece la sentencia judicial de incapacitación y el concepto de “cabal juicio”.

Ello nos deja con que, la competencia para la evaluación de la capacidad del testador se deja en manos del Notario, ya que es este el único que tratará personalmente con el testador e intentará ayudar y facilitar el proceso para que de esta forma pueda expresar su voluntad real en el testamento, Notario que, si bien puede realizar ciertos trámites sin reunirse con el causante, en última instancia es preceptivo que se vean personalmente para poder hacer una correcta evaluación de la capacidad del mismo, según VALLS J.M.⁴⁴. Ahora bien, el juicio notarial, si bien goza presunción de certidumbre, dicha presunción no es *“iuris et de iure”* sino *“iuris tantum”* lo cual quiere decir que cabe la enervación de dicha presunción mediante prueba, la cual, debe ser de una exactitud y precisión altísima de acuerdo con la jurisprudencia para poder destruir la presunción de certidumbre de la que goza el juicio notarial, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁴⁵ advierte esto, alegando que si bien, el juicio notarial goza de presunción de

⁴³ NIETO ALONSO, A., Ob., Cit., pp. 251-267.

⁴⁴ VALLS, J.M. Ob., Cit., *“El ejercicio de la capacidad...”* pp. 105.

⁴⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., Ob., Cit., pp. 119.

certidumbre, dicha decisión no es absoluta, ya que el Notario no es un experto en materia médica ni psicológica. La alta exactitud y rigurosidad en las pruebas que se requiere es debido a que, si hablamos de la determinación de la capacidad del testador, una de las medidas garantistas más importantes para asegurar esta, es el juicio notarial⁴⁶, a pesar de no ser una garantía absoluta, ello cambió con la ley 8/2021, como dice VALLS J.M.⁴⁷, el notario ahora tiene una mayor participación en la formación de la voluntad del causante.

Sobre ello se pronuncia ROMERO COLOMA⁴⁸ cuando dice que, al fedatario público se le exige que emita un juicio con una certeza subjetiva, no objetiva, ya que no es especialista en la materia, sin embargo, la jurisprudencia le otorga a esta valoración subjetiva un valor muy grande, y es por ello por lo que constituye un refuerzo considerable de la presunción *iuris tantum* de la capacidad del testador.

Sobre la presunción "*iuris tantum*" se pronuncia también la STS 195/2015 de 22 de enero⁴⁹, concretamente en su Fundamento de Derecho séptimo, cuando recoge que:

"La desestimación del motivo coincide con las razones recogidas para la desestimación del primero.

Como afirma la sentencia de 19 de septiembre de 1998 "el juicio notarial de la capacidad testamentaria, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario..."

Tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad".

Y también en su fundamento de derecho SEXTO:

"La sentencia recurrida no infringe la doctrina de la Sala sobre la materia que, entre otras, señala la sentencia de 29 de marzo de 2004, y que más recientemente se recoge en la de 26 de abril de 2008. A saber: a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b)

⁴⁶ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 81-82.

⁴⁷ VALLS, J.M. Ob., Cit., "*El ejercicio de la capacidad...*" pp. 102.

⁴⁸ ROMERO COLOMA, A.M. Ob., Cit., pp. 41.

⁴⁹ STS 195/2015 de 22 de enero. En la que además se mencionan las sentencias STS 5223/1998 de 19 de septiembre, STS 2152/2004 de 29 de marzo y la STS 2218/2008 de 26 de abril que van en la misma línea que la primera.

Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia”.

Es por ello por lo que, queda claro el criterio del TS respecto a la presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por prueba en contrario, si bien esta prueba debe de ser de una rigurosidad y exactitud elevadísima, como corrobora MESA MARRER⁵⁰, y que podemos ver reflejado también en esta sentencia, en la que además el causante como en el supuesto de hecho de este dictamen, padecía de Alzheimer además de demencia, si bien es cierto que tenía mucho más peso, a juicio de los peritos esta última que el primero.

En esta hipótesis en concreto, en la que existen dudas sobre la capacidad o no de testar de D. Pedro y, además el Notario goza de una gran discrecionalidad (Indicada además de los artículos ya mencionados, en el artículo 685 CC, y, con la que parte de la doctrina no está de acuerdo, por ejemplo, MESA MARRERO⁵¹ que propone un protocolo de actuación para determinados casos reduciendo la discrecionalidad del Notario) como se ha venido explicando en párrafos anteriores, podría ser prudente solicitar una valoración profesional médica sobre D. Pedro, ya que el Notario no es un profesional psiquiátrico, e incluso sin serlo, dependiendo del momento concreto en el que estuviera D. Pedro a la hora de estar siendo evaluado por el Notario se podrían notar lagunas en la memoria y la falta de conexión en los conceptos y en los acontecimientos previos, que pueden llevar a error y a la imposibilidad de expresar su voluntad real correctamente.

Sobre ello el artículo 145 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, en caso de que existan dudas sobre, en este caso, dar fe pública sobre el otorgamiento del testamento de D. Pedro, podrá tomar las medidas que este crea conveniente para de este modo despejar por completo todas las dudas, que existen sobre la capacidad del testador, que, de nuevo deberán ser de una exactitud enorme.

⁵⁰ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 130.

⁵¹ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 88-89.

Llegados a este punto y una vez establecidas las bases del juicio notarial y su funcionamiento, al Notario le quedan dos posibilidades que derivan de la alta discrecionalidad que le otorga la Ley.

La primera posibilidad sería, por un lado, que el Notario considere que, a su juicio y en el momento concreto de testar, D. Pedro no mostraba ningún indicio que le hiciera sospechar de la falta de capacidad, o bien que, incluso mostrando algún indicio de ello, con la ayuda del Notario, que, está encargado de facilitar y ayudar en dicha tarea al testador se consiguiera expresar la voluntad real de D. Pedro, sin que la actuación de terceros haya influido ni haya habido signos de la captación de voluntad por terceros que acabaría beneficiando a alguno de los herederos en el resultado final de la herencia. Es por tanto declarado capaz para testar por el juicio notarial.

En esta primera vía de las posibilidades que se nos presentan, de nuevo, debida a la alta exactitud y rigurosidad que requiere la jurisprudencia, incluso si se impugna el testamento en un altísimo porcentaje, acabaría siendo ratificado en los tribunales.

Y la segunda posibilidad sería, contrastando con la primera, que, durante el juicio notarial, este advirtiera numerosos indicios de que la enfermedad que padece D. Pedro afecta gravemente a su memoria alterando su capacidad cognoscitiva y no siendo capaz de expresar su voluntad real en cuanto al testamento se refiere.

En caso de que el Notario hubiera solicitado reconocimiento médico y este acreditase que se reconoce la capacidad de D. Pedro en el momento de testar, el testamento sería declarado válido, y en el caso contrario, es decir que el reconocimiento médico acreditase que D. Pedro carece de capacidad el testamento será nulo.

En el supuesto de hecho de este dictamen, no hay indicios de que el reconocimiento médico se haya llevado a cabo, ni a solicitud del Notario, ni a solicitud de las partes, y tampoco existen indicios de que existan las pruebas médicas pertinentes que destruyan la presunción *iuris tantum* de certidumbre de la que goza el juicio notarial, por lo que la impugnación sería extremadamente difícil, aunque, en caso de que el juicio notarial fuera favorable y declarase a D. Pedro totalmente capaz, sin haber solicitado examen médico, ni el apoyo de dos facultativos, se podría acudir al artículo 687 del CC en el que se establece que, el testamento será nulo cuando no se hayan seguido las formalidades contenidas en ese mismo capítulo y

que en este sentido completa VERDERA IZQUIERDO, diciendo que también será ineficaz el testamento cuando resulte inconciliable la validez de los mismos con los requisitos esenciales o indispensables exigidos por el código⁵².

De este modo se podría impugnar el testamento atacando al juicio notarial (si finalmente el testamento se declarara nulo por error en el juicio notarial, el Notario que autorizó dicho testamento, tendría la consecuencia de una apertura de expediente de corrección disciplinaria⁵³) en caso de que, si existieran las pruebas médicas pertinentes que demostraran el gran efecto que tiene el Alzheimer en D. Pedro en el momento exacto de testar, como, por ejemplo, si existían en la STS 195/2015 de 22 de enero, en la que se sometió al testador a un reconocimiento médico el mismo día en el que se otorgó testamento.

3.2.2 SUPUESTO DE DOLO Y CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

Como último punto habría que analizar la influencia del dolo como vicio de la voluntad del causante. Y es que entre las causas de nulidad del testamento se encuentran, además de la contenida en el artículo 663, la existencia de vicios de voluntad en el momento del otorgamiento del testamento⁵⁴.

El artículo 673 CC, es el que establece que será nulo el testamento otorgado con violencia o fraude⁵⁵, esto se podría aplicar en el caso en el que se entendiera que, Dña. Marta haya, de algún modo tenido algún tipo de intervención maliciosa que haya captado la voluntad de su padre, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad y de este modo distorsionando la voluntad real de este.

El indicio se sustanciaría debido a la gran cantidad de legados que le han sido asignados en el último testamento de su padre antes de fallecer, y que, suponen una gran mutación de la voluntad de D. Pedro si tenemos en cuenta el anterior testamento en el que instituye a sus dos hijos como herederos universales a partes iguales, y en el último testamento

⁵² VERDERA IZQUIERDO, B. Ob., Cit. p.16. En la que cita a CAPILLA RONCERO, F. *“Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido”*. Anuario Derecho Civil, 1987, pp. 12.

⁵³ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., Ob. Cit., pp. 159-175.

⁵⁴ LASARTE, C. Ob., Cit., pp. 52.

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., Ob. Cit. pp. 407-409.

otorgado presumimos que se perjudica la legítima de D. Pablo ya que, no consta que se le haya dejado nada de los bienes que dejó D. Pedro antes de fallecer. Aunque, en el caso en el que el caudal hereditario sea mayor de lo que se menciona en el supuesto de hecho, y existan los bienes suficientes como para satisfacer la legítima de D. Pablo, no existiría desequilibrio entre los bienes dejados a los herederos, sino que cumplirían completamente con lo que establece la ley, y no habría posibilidad de impugnación.

En el supuesto en el que haya existido dolo, hay que decir que, no hay regulación a efectos prácticos sobre el dolo testamentario, por lo que no se delimita ni se define bien su concepto, es por ello por lo que la doctrina, suple esas lagunas en cuanto al concepto, asimilando el testamento a los negocios jurídicos⁵⁶.

Para arrojar luz al concepto de dolo testamentario hay que hablar de dos sentencias, la primera es SAP A Coruña 434/2009 de 18 de marzo⁵⁷, que, sienta precedente, den la cuestión de definir el concepto de dolo testamentario, y dice que se remite al CC, concretamente al artículos 1269 y 1270 CC, en relación con los negocios jurídicos, a los contratos, como indica MESA MARRERO⁵⁸ al decir que la jurisprudencia suele recurrir a dichos preceptos legales que regulan la voluntad contractual, la sentencia, establece en su fundamento de derecho tercero que:

“A falta de una definición del dolo testamentario, como vicio de la voluntad, la jurisprudencia acude por analogía a la descripción del mismo que hace el mismo Código Civil para los contratos. Así, el art. 1269 refiere hay dolo cuando con palabras y con maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. Por lo que el dolo testamentario existiría en el 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”.

Respecto al concepto de “maquinaciones insidiosas” que utiliza la sentencia, el TS ha aclarado en la STS 6046/2011 de 28 de septiembre⁵⁹ que: “no solo manifiestan el dolo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia consistente en la

⁵⁶ VERDERA IZQUIERDO, B. Ob., Cit. p.16. En relación con la STS de 12 de noviembre de 1964. (RJ 1964/5080).

⁵⁷ SAP A Coruña 434/2009 de 18 de marzo.

⁵⁸ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 67-68.

⁵⁹ STS 6046/2011 de 28 de septiembre.

omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”. Y aunque dicha sentencia venga referida a una donación, VAQUER ALOY⁶⁰ es aplicable a los testamentos, ya se acaba declarando el dolo como vicio de la voluntad en el causante, y por tanto, la nulidad y establece que “el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado par arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva”.

La segunda sentencia para mencionar y que sigue con este hilo, es la SAP Orense 1990/2004 de 29 de diciembre ⁶¹ que sigue con el mismo concepto de dolo testamentario, pero además añade los requisitos concretos a observar para que este exista, además de ampliar el concepto, todo ello establecido más concretamente en sus fundamentos de derecho quinto:

“Uno de los dogmas fundamentales del derecho sucesorio es el de la primacía de la voluntad del testador, en tanto en cuanto es titular exclusiva de la facultad de disponer libremente de sus bienes, con la única obligación de respetar los derechos de los legitimarios. El causante es soberano para disponer después de su muerte (...) de ahí la importancia y trascendencia de que la voluntad testamentaria se forme libremente sin vicios (...) Por consiguiente parece justo que el legislador atribuya la condición de nula ala disposición testamentaria fruto de la voluntad viciada de su otorgante, si eleva el respeto a la misma a principio esencial”.

“A falta de de disposición específica del dolo testamentario se suele acudir a la descripción del mismo en sede contractual, acudiendo a lo preceptuado en el artículo 1269 del Código Civil. Así pues existirá dolo testamentario cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido totalmente diverso del que hubiera otorgado de no haberse producido la interferencia de este visión en su voluntad (...) El Código Civil no regula el dolo como vicio de la voluntad, el TS integra tal concepto a través de la aplicación analógica de los artículos 1269 y 1270 del referido texto legal, aclarando en su sentencia de 3 de febrero de 1977 que, en todo caso las maquinaciones insidiosas han de quedar claras como causa determinante de la conducta”.

⁶⁰ VAQUER ALOY, A., “Libertad de disponer y testador vulnerable”, en CUENA CASAS, M. (coord.), ANGUITA VILLANUEVA, L.A., ORTEGA DOMÉNECH, J., ‘Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa’, 2013. pp. 1772.

⁶¹ SAP Orense 1990/2004 de 29 de diciembre.

Posteriormente a ampliar la definición del dolo testamentario, enumera los requisitos para que exista:

“La estimación del dolo como causa determinante de la nulidad de la disposición testamentaria requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

A) La existencia de un tercero que emplee artificios o maquinaciones con la intención de desviar la voluntad del testador, en su libre determinación, a la hora de disponer de su patrimonio. Los mecanismos utilizados a tal fin son de lo más variado, desde los supuestos de captación o sugestión de su voluntad hasta los de "simulación de conveniencia".

B) Que la meritada maquinación insidiosa sea grave, es decir que tenga la entidad suficiente para viciar la voluntad testamentaria; de ahí que considere no suficiente el dolo bonus, es decir, las atenciones, los mimos, los especiales cuidados de una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial mortis causa.

C) La existencia de una relación de causalidad entre el hecho doloso y el contenido de la disposición testamentaria.

D) El dolo no se presume, sino que habrá de ser objeto de cumplido acreditamiento (S. 7 de enero de 1975, en concordancia con las de 22 de marzo de 1941 y 10 de mayo de 1972)”.

En definitiva, la existencia del dolo necesita prueba en contrario, ya puede ser presunciones, testigos o documentos. Siguiendo con el concepto del dolo, esta misma sentencia al final del fundamento de derecho quinto, añade los supuestos de captación o sugestión de la voluntad del testador, referida a inducir al testador a disponer a favor de quien la realiza o a favor de terceros, de especial trascendencia en esta hipótesis en la que Dña. Marta capta la voluntad de su padre. Hay que aclarar aquí para aclarar algunos conceptos mencionados en la sentencia, que como dice VAQUER ALOY⁶² el dolo se basa en el engaño, cuando hablamos de captación de voluntad, el engaño, aunque existe en parte, no se adecua al concepto que se quiere transmitir, sino que, se asemeja mas a la presión, presionar al causante sin llegar a la intimidación ni violencia, que se ejerce de forma indebida sobre el causante.

⁶² VAQUER ALOY, A., “Libertad de disponer...” Ob., Cit., pp. 1772.

Además, la SAP Pontevedra 2871/2013 de 2 de diciembre⁶³ desarrolla exactamente los casos mencionados anteriormente y reitera la nulidad del testamento con el concepto de captación de la voluntad del testador, que, en esta sentencia en concreto declara la nulidad de un testamento, además de diversas donaciones en base a la existencia de dolo, con los requisitos exigidos en las sentencias anteriores y siendo la donante y testadora mayor de 90 años y aislada por el donatario que captó su voluntad, que se consideró como una persona vulnerable.

Respecto al concepto de persona vulnerable que podría afectar a D. Pedro, VAQUER ALOY⁶⁴ recoge criterios de varios autores y requisitos a tener en cuenta:

- VAQUER ALOY, menciona en primer lugar el estudio de PEISAH C.⁶⁵ que recoge como requisitos, el entorno social del testador, circunstancias sociales, factores físicos y las circunstancias en las que se ha otorgado testamento.
- En cuanto a los criterios de SINGER M. que menciona VAQUER ALOY⁶⁶, se alude aquí a acciones de terceros que hacen que el testador se vuelva vulnerable, recoge entre otras cosas: *“el aislamiento del causante, abuyentando las personas que solían visitarle, leyendo su correo o forjar la creencia en el causante que el mundo exterior está lleno de peligro y de maldades”*-

Sin embargo, debido a los datos que tenemos, no se puede afirmar que D. Pedro pudiera ser una persona vulnerable, puesto que no se dan ninguno de los requisitos recogidos, ni por PEISAH ni por SINGER, o al menos no tenemos ningún tipo de indicio de que al otorgar testamento, D. Pedro estuviese estando de alguna forma, aislado y su voluntad hubiese estado siendo captada, incluso si D. Pedro pasa los últimos años de su vida con su hija y en el nuevo testamento se produce una mutación grande en la voluntad de D. Pedro a favor de la misma y su nieto Marcos, ello no es un indicio claro de que su voluntad hubiese

⁶³ SAP Pontevedra 2871/2013 de 2 de diciembre.

⁶⁴ VAQUER ALOY, A, *“La protección del testador vulnerable”*, ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 329-330.

⁶⁵ VAQUER ALOY, A, *“La protección del...”* Ob., Cit., pp. 329. En la que cita a PEISAH C. et al., *“The wills of older people: risk factors for undue influence”*, 21 International Psychogeriatrics, 2009, págs. 7 y ss.

⁶⁶ VAQUER ALOY, A, *“La protección del...”* Ob., Cit., pp. 329. En la que cita a SINGER M., *“Undue Influence and Written Documents: Psychological Aspects”*, 10 Cultic Studies Journal, 1993, págs. 19 y ss.

estado captada, pero sí es un caso que da problemas a la doctrina puesto que si existe cierto riesgo, como dice VAQUER ALOY⁶⁷.

Por último, hay que añadir que, estas sentencias mencionadas son ratificadas por el TS en su STS 4981/2014 de 25 de noviembre⁶⁸ en la que usan el mismo concepto de dolo, los requisitos para acreditarlo y la captación de voluntad, concretamente en su fundamento de derecho PRIMERO en su apartado séptimo, y, en el TERCERO considera probado el dolo y desestima el motivo de la parte actora.

Y posteriormente se posicionan a su favor la SAP Madrid 12081/2018 de 17 de julio, SAP Lugo 306/2018 de 3 de mayo, SAP Alicante 1711/2017 de 9 de mayo, SAP 966/2015 Jaén de 6 de noviembre y SAP Las Palmas 1266/2015 de 2 de junio.

En definitiva, para acabar con la referencia al dolo testamentario, hay que decir que es una hipótesis que hay que descartar en este caso, puesto que, si bien es cierto que se ha producido una mutación de gran importancia respecto al testamento otorgado por D. Pedro diez días antes de fallecer, respecto al ulterior testamento, en el supuesto de hecho no hay ninguna referencia ni indicio, que haga pensar que Dña. Marta haya llevado a cabo una conducta dolosa, ni maquinación, ni captación de la voluntad, ni que D. Pedro se encontrase en situación de una gran vulnerabilidad, incluso si dicha mutación es de gran importancia como en este caso RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M.⁶⁹, dice que habría que probar a mayores si la mutación de voluntad ha seguido una secuencia lógica o no, lo que reviste el asunto de aún más complejidad jurídica.

Asimismo, tampoco existen indicios de que los requisitos que recoge la SAP Orense 1990/2004 de 29 de diciembre para que se pueda dar el dolo como motivo de nulidad del testamento, por lo tanto, la hipótesis de que haya existido dolo como motivo para que se produzca nulidad del testamento y poder impugnarlo ante los tribunales, también queda descartada.

⁶⁷ VAQUER ALOY, A, “*La protección del...*” Ob., Cit., pp. 348.

⁶⁸ STS 4981/2014 de 25 de noviembre.

⁶⁹ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., Ob., Cit., pp. 27.

3.3 CONCLUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD

Por tanto, y a modo de conclusión última, hay que decir que de este caso concreto con el análisis de todas las hipótesis y la jurisprudencia mencionada, es altamente improbable que se pueda impugnar el testamento por falta de capacidad de D. Pedro, principalmente por la alta dificultad probatoria que requiere demostrar la falta de la capacidad del testador en el momento de testar, sin embargo, todo depende de las circunstancias concretas en las que se encuentre D. Pedro, es decir, el grado del Alzheimer que este padece, si es leve, medio o grave, las pruebas médicas de las que se dispongan, y la actuación del Notario a la hora de evaluar la capacidad de D. Pedro. Estos elementos son los que ofrecen la clave para que el testamento sea declarado nulo por falta de capacidad o no, y dependiendo de cómo se de cada elemento y la combinación de estos se podrá o no, demostrar la falta de capacidad de D. Pedro.

3.4 PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN POR FALTA DE CAPACIDAD

En caso de que, incluso con las pocas probabilidades de prosperar que tiene la propuesta que se ha analizado en los epígrafes anteriores, este sería el procedimiento para seguir para impugnar el testamento otorgado por su padre por falta de capacidad.

Si nos vamos al artículo 249.2 de la LEC, establece que, al ser la cuantía del procedimiento indeterminada, y su interés económico no cuantificable ni siquiera de modo relativo, habría que iniciar un procedimiento declarativo ordinario.

Para que la impugnación prospere, el caballo de batalla aquí sería probar la falta de capacidad concreta en el momento de testar. Esto podría hacerse obteniendo el historial clínico de D. Pedro, para probar de esta manera el Alzheimer en desarrollo que tenía, que ello sea examinado por un experto en la materia y que de este modo se emita un informe que confirme la falta de capacidad en el momento de testar de D. Pablo, ahora bien, esto no deja de ser extremadamente difícil debido a que la jurisprudencia exige un rigor en estos informes médicos extremadamente alto y asimismo, deberían ser informes médicos correspondientes

a momentos recientes antes de fallecer el testador, circunstancia que complica aún más el procedimiento de impugnación.

El mecanismo para obtener dicho historial clínico sería la solicitud de diligencias preliminares, tal y como establece el artículo 256 LEC en su apartado quinto bis:

“Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley”.

3.4.1 SUJETOS LEGITIMADOS

La siguiente cuestión que hay que analizar es si D. Pablo está legitimado para interponer dicha demanda, si nos vamos al artículo 10 LEC establece que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, por lo que cumpliendo D. Pablo con estos requisitos se entiende que es parte legitimada para interponer demanda, ya que es hijo del testador, y heredero de este.

En cuanto a la cuestión de la jurisprudencia sobre la legitimación activa en materia de impugnación de testamentos, la SAP Asturias 1934/2002 de 13 de mayo⁷⁰, apoyada también posteriormente por la STS 7453/2007 de 21 de noviembre⁷¹, que establecen a modo de conclusión que están legitimados activamente las personas que tengan un interés legítimo en la herencia, tanto como para exigir cumplimiento como para impugnarla, además también de la STS RJ 1970/5437 de 7 de diciembre.

“Respecto de la falta de legitimación activa de las actoras, cabe señalar que el testamento puede impugnarse por todos los herederos, ya lo sean legitimarios o intestados, pues tanto unos como otros están interesados en la herencia, al igual que cualquier persona que ostente un interés legítimo en la misma, ya para exigir su cumplimiento ya para impugnarla en todo o en parte”. (SAP Asturias 1934/2002 de 13 de mayo).

“basta el carácter de posible heredero legítimo para poder ejercitar esta clase de acciones, sin que obste la existencia de otras personas con derecho preferente”. Hablando sobre la acción de nulidad de testamento por falta de capacidad”. (STS RJ 1970/5437 de 7 de diciembre).

⁷⁰ SAP Asturias 1934/2002 de 13 de mayo.

⁷¹ STS 7453/2007 de 21 de noviembre.

D. Pablo estaría, por tanto, legitimado para interponer demanda, ya que es heredero del testamento que es objeto de disputa en este procedimiento

3.4.2 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Los artículos 36 y 45 de la LEC establecen la jurisdicción ordinaria como la competente para asuntos en territorio español.

En cuanto a la competencia objetiva general para conocer el asunto, se establece en los artículos 45 y 257 LEC que señalan a los Juzgados de Primera Instancia de Valladolid, dicho lugar lo establece el lugar en que el finado tuvo su último domicilio⁷², en este caso D. Pedro tuvo su domicilio en Valladolid (art. 52.1. 4ºLEC).

3.4.3 DILIGENCIAS PRELIMINARES

Si D. Pablo quiere que la impugnación por falta de capacidad prospere, se necesitará pedir mediante diligencias previas el historial clínico de D. Pedro al centro sanitario que lo tenga en su haber, de este modo se podría probar la falta de capacidad de D. Pedro a la hora de redactar el testamento objeto de conflicto, estos reconocimientos médicos realizados por profesionales son de vital importancia⁷³. La petición de dicho historial clínico se reconoce como derecho por la Ley 41/2022 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos u obligaciones en materia de información y documentación clínica, estando legitimado D. Pablo puesto que es el hijo del finado, y por el artículo 256.1 LEC, en el apartado quinto bis.

La competencia se atribuye al Juez de 1ª Instancia, en este caso de Valladolid, tal como establecen los artículos 23 y 31 de la LEC se necesitará abogado y procurador, teniendo D. Pablo además que prestar caución dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto de concesión, si este acto no se realiza podrá el LAJ a decretar el archive definitivo de las actuaciones. (Art.258.3 LEC).

⁷² DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN., Ob., Cit., pp. 395.

⁷³ MESA MARRERO, C., Ob., Cit., pp. 24.

3.4.4 INFORMES PERICIALES

En caso de existir los informes médicos pertinentes, y, en caso de que D. Pablo los haya podido conseguir mediante este mecanismo, no bastará simplemente con ser informes realizados por profesionales, sino que la jurisprudencia que ya he analizado anteriormente, como es la STS 1031/2001 de 15 de febrero, requiere una rigurosidad y exactitud en estos informes muy elevada, en este sentido esta sentencia del TS, requiere que:

- Sea una prueba emitida por especialista en psiquiatría, no siendo válidos, reconocimientos médicos de medicina interna.
- Examinar directa y personalmente al testador, no serán válidos los informes médicos que se basen en otros, sin que haya examinado físicamente y en persona al testador, por lo que los informes posteriores a su fallecimiento decaen en eficacia.
- No serán suficiente prueba las meras “sospechas” o suposiciones, si cabe la posibilidad de que el testador tenga aún momentos de lucidez, la prueba decae en peso probatorio.
- Además, también es de vital importancia los tiempos en los que se realizaban dichos reconocimientos médicos, puesto que lo que establece la jurisprudencia es, que la línea que separa que un testador tenga o no capacidad, es su momento de lucidez a la hora exacta en la que se otorgó testamento, es por ello que si los reconocimientos médicos no se han realizado en momentos cercanos al día de fallecimiento, como es en el caso de la STS 195/2015 de 22 de enero, en el que el testador se somete a reconocimiento médico el mismo día en el que se otorga testamento, dichos informes no tendrán el valor ni la fuerza probatoria suficiente para impugnar el testamento con éxito.

En virtud de los arts. 335.1 y 340 LEC, el informe pericial procederá a modo de método de prueba en cuanto sean necesarios conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes, requisito que se da en este caso, y, por otro lado el perito tendrá que poseer el título oficial que corresponda a la materia del objeto del dictamen, dicho dictamen será aportado juntamente con la demanda y será de vital importancia puesto que

toda la demanda se basará en ello, pidiendo la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador.

Además, la jurisprudencia recoge en STS 6397/2007 de 4 de octubre que:

“La valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico, contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS 21 de julio de 2006; 9 de marzo 2007), que es lo que aquí sucede.

Siendo la impugnación de la prueba pericial, de difícil estimación por parte del tribunal, una vez ya estimada la validez del informe pericial.

En esta hipótesis en la que se quiera impugnar el testamento por falta de capacidad (aun sabiendo la complejidad del asunto), este es el procedimiento que debe seguir D. Pablo.

Sin embargo, esta es una hipótesis que, como he mencionado anteriormente, se debe descartar, ya que en el supuesto de hecho simplemente se cuenta con indicios de la falta de capacidad de D. Pedro a la hora de testar que podrían arrojar ciertas dudas y sospechas sobre la cuestión, que, en ningún caso serían las suficientes como para afirmar que D. Pedro carecía de la capacidad suficiente para testar, o que fue una persona vulnerable, o que su voluntad fue captada por su hija y es por este motivo, que se produjo una mutación en su voluntad en el nuevo testamento que se otorgó, y que ello se tradujo en importantes legados en su favor.

4. LA LEGÍTIMA, LAS DONACIONES, SU RELACIÓN CON LA COLACIÓN Y LA IMPUGNACIÓN

D. Pablo, también encarga la tarea de analizar las donaciones que se produjeron posteriormente al fallecimiento de su madre, en el periodo en el que D. Pedro se fue a vivir de forma indefinida con su hija, Dña. Marta, ya que en ese momento se produjeron desplazamientos patrimoniales en concepto de donación para ella.

D. Pablo nos pide que se analicen las donaciones que se hicieron a su hermana, concretamente, las que se produjeron seis meses antes de fallecer (cuando D. Pedro ya vivía en el domicilio de su hija), una casa en Proaza (Asturias) y una nave en Santovenia de Pisuerga.

Se teme que, debido a la partición de la herencia, los legados dejados y las donaciones que hizo su padre antes de fallecer a su hija Dña. Marta, no hayan dejado suficientes bienes para él y se haya visto perjudicada su legítima y su derecho hereditario, en este caso podría darse esta circunstancia, puesto que en el supuesto de hecho no consta que se haya dejado ningún bien en concepto de legítima para D. Pablo, por lo que se partirá de la base de que la legítima ha sido perjudicada.

Sin embargo, hay que decir que en caso de que no se conozca completamente la composición del caudal hereditario y si se hayan dejado bienes suficientes como para cumplir con la cuota de legítima que le corresponde, no procederá ninguna acción de impugnación, ni el complemento de legítima, ni la reducción de las donaciones o legados, ya que todos estos movimientos tendrán eficacia y serán procedentes cuando la legítima se ve vulnerada, en caso contrario no serán procedentes.

4.1 LA LEGÍTIMA

En el Código Civil el concepto de legítima se contiene en el artículo 806, dicho artículo establece su definición, quitándole al testador, la disposición de una parte de su caudal hereditario que va a corresponder por ley a sus herederos, estos son los llamados herederos forzosos (artículo 807 CC), en este caso estos herederos forzosos serán tanto D. Pablo como Dña. Marta, debiendo estar reservada una parte de la herencia para cada uno, sin que D. Pedro pudiera hacer nada para disponer de esa cuota.

La legítima, ha sido definida por VAQUER ALOY⁷⁴ como *“la legítima es una institución transversal a todo el derecho de sucesiones, ya que es un derecho legal a una participación mínima en la herencia que se reconoce a determinados parientes y/o al cónyuge”*. Y además menciona la STS 5013/2007 de 15 de junio⁷⁵ dónde se aclara que *“La computación comprende todas las donaciones hechas por el causante, es necesaria e imperativa para fijar las legítimas”*⁷⁶, por lo que las donaciones hechas a los

⁷⁴ VAQUER ALOY, A., *“Libertad de testar y libertad para testar”*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018. pp. 46.

⁷⁵ STS 5013/2007 de 15 de junio.

⁷⁶ VAQUER ALOY, A., *“Libertad de testar...”*, Ob., Cit., pp. 49.

herederos, también se tendrán en cuenta a la hora de calcular las legítimas que le corresponden a cada uno.

El legislador establece en el CC artículo 808 en qué consistirá la legítima, en este caso como D. Pedro tiene dos hijos, a ellos les corresponderán en concepto de legítima las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores⁷⁷. No obstante, se especifica en el siguiente párrafo que podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. En este caso D. Pablo no tiene descendencia, o, al menos no tenemos constancia de ello, por el contrario Dña. Marta tiene un hijo, al que se le dejan 100.000 euros. Por último, la tercera parte de la herencia es de libre disposición del causante, y el artículo 813 CC, que es el que recoge expresamente que el testador no podrá en ningún caso privar a los herederos de su legítima. (Excepto casos recogidos en la ley).

Es importante el orden en el que se enumeran en el Código Civil los herederos forzosos, ya que además de los hijos se establecen en su defecto otras personas, sin embargo, en el orden de prelación estos son los primeros, es decir, los hijos, y a los que se va a llamar a la herencia en primer lugar, sólo es en defecto de estos, se pasará a los siguientes⁷⁸, lo cual asegura que D. Pablo deberá recibir bienes que cubran su cuota de legítima.

Siguiendo con el análisis del CC, en este caso es importante hacer referencia al artículo 819 del Código Civil puesto que se refiere a las donaciones hechas por el causante en vida a alguno de sus hijos, y establece que dichas donaciones deberán imputarse a su legítima⁷⁹ circunstancia que se aclara en la STS 210/2008 del 24 de enero, concretamente en su fundamento de derecho SEGUNDO, cuando se establecen las diferencias entre la imputación⁸⁰, atribución, cómputo y colación de las legítimas:

“El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código civil.

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., Ob. Cit. pp. 417-418.

⁷⁸ LASARTE, C. Ob., Cit., pp. 160-161.

⁷⁹ STS 210/2008 de 24 de enero.

⁸⁰ https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1225032.

La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil.

La STS 9040/1989 de 17 de marzo⁸¹ y la STS 5646/2005 de 18 de septiembre⁸² también se refieren a este concepto de imputación y lo diferencian de la atribución, colación y más conceptos similares, estas sentencias establecen respectivamente:

"No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario; quedando en todo caso a salvo las legítimas»; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos". (STS 9040/1989 de 17 de marzo).

"De la lectura del testamento a que se refiere el conflicto resulta la evidencia de que el testador quiso diferenciar a sus hijos y por ello atribuyó bienes a unos y no a otros, ya que estos habían recibido la legítima en vida. Pero no hay base, para suponer que las donaciones recibidas por aquellos sirvieron para satisfacer la legítima de los donatarios y que no sucede lo mismo con las atribuciones mortis causa a favor de los legitimarios instituidos herederos y favorecidos con los legados". (STS 5646/2005 de 18 de septiembre).

Aclarado estos conceptos por las sentencias, el artículo 819 CC quiere decir en su apartado primero, que, las donaciones que se hacen a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán en su legítima, es decir, la imputación consistirá en colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido como, en este caso, donatario.

La legítima puede ser legítima larga y legítima corta:

-Se habla de legítima larga cuando se engloba tanto la legítima corta como el tercio de mejora.

⁸¹ STS 9040/1989 de 17 de marzo.

⁸² STS 5646/2005 de 18 de septiembre.

-Se habla de legítima corta o estricta, cuando se establece únicamente el tercio de legítima

Por tanto, tal y como establece BERMEJO PUMAR⁸³ las mejoras hacen posible la distinción entre legítima estricta o corta, de la legítima larga o larguísima. Con estas distinciones se delimita la esfera en la que la rigurosa igualdad deja de ser la regla general que predominaba anteriormente en la doctrina. La mejora y la legítima, en definitiva, están sujetas a reglas distintas, puesto que las primeras pueden ordenarse a favor de quienes no son legitimarios.

4.1.1 CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

Para acabar con la legítima y su concepto, hay que desglosar más en profundidad los artículos 818 y 819 del CC en los que se concreta cómo calcular la legítima y aplicar este cálculo al supuesto de hecho de este dictamen. Respecto a estos artículos, AZNAR DOMINGO Y MARTÍN SUÁREZ⁸⁴, han dividido el cálculo de la legítima en varias fases:

- En primer lugar, determinar el caudal relicto, es decir restar todos los pasivos que tuviera D. Pedro para determinar los derechos y bienes transmisibles.
- Añadir las donaciones al caudal relicto.
- Cálculo de la legítima en sí mismo. Al existir dos hermanos, D. Pablo y Dña. Marta, les corresponderán a los dos hermanos en conjunto $\frac{2}{3}$ en concepto de legítima, $\frac{2}{3}$ en total de la herencia, un tercio dividido entre los dos hermanos será la legítima estricta de cada uno, el otro tercio será de mejora y el último tercio será de libre disposición. A D. Pablo le corresponde en concepto de legítima estricta la mitad de $\frac{1}{3}$ de la herencia, esto como mínimo legal ya que del último testamento redactado por su padre se deduce que la voluntad de este es no mejorar a D. Pablo y dejarle lo mínimo legal. A Dña. Marta la corresponde además de la legítima estricta el tercio de mejora y

⁸³ BERMEJO PUMAR, M. *“Instituciones de derecho privado”*, Coordinador general: Juan Francisco Delgado de Miguel. Thomson Civitas, Madrid, 2005. pp. 126.

⁸⁴ AZNAR DOMINGO, A. y MARTÍN SUÁREZ, S., *“La legítima y la acción de reducción de las donaciones inoficiosas”*. La Ley, 2018, pp. 131-139.

además el tercio de libre disposición que también irá en parte, para el nieto de D. Pedro, Marcos.

- Como último paso una vez hecho el reparto, hay que comprobar si los bienes entregados en donaciones y legados a los herederos es suficiente como para cubrir la cuota de legítima que le corresponde a cada uno. En este caso concreto, habría que comprobar si todas las donaciones y legados que se han hecho a favor de Dña. Marta y su hijo Marcos son impedimentos para que D. Pablo vea perjudicada su legítima estricta.

4.1.2 APLICACIÓN AL CASO

Teniendo en cuenta este orden a seguir:

- D. Pablo será el heredero forzoso que se encuentra limitado al mínimo legal, es decir, la legítima estricta, que será en este caso, la mitad del tercio destinado a la legítima estricta, ya que dicho tercio está dividido entre los dos hermanos.
- Dña. Marta es la heredera sin limitaciones, con varios legados otorgados en el testamento y añadidas a estos las donaciones realizadas por su padre. Por lo que la corresponderá, la mitad del tercio de la legítima estricta, debido a que está dividido entre los dos hermanos, el tercio de mejora por completo, y parte del tercio de libre disposición, ya que hay que excluir los 100.000 euros que recibe su hijo Marcos en concepto de legado.

Siguiendo con los artículos del CC para abordar esta cuestión, es decir 818 y siguientes, hay que decir que, los legados y donaciones hechos a herederos (en este caso sólo hay legados establecidos a Dña. Marta y su hijo Marcos) si no se recoge expresamente en el testamento que deben ser imputados al tercio de mejora, serán inicialmente imputados a la legítima estricta, y sobre lo que excedan esta, se imputarán al tercio de libre disposición, y si aún así se excediera la cuota, se imputarán en último lugar al tercio de mejora, como se contiene en la STS 2179/2019 de 27 de junio⁸⁵ :

⁸⁵ STS 2179/2019 de 27 de junio.

“imputando primero las donaciones recibidas por los recurrentes a su parte en la legítima estricta y el resto al tercio de libre disposición”.

En este caso concreto no tenemos una mención expresa de que los legados fueran otorgados en concepto del tercio de mejora, por lo que, los legados dejados a Dña. Marta, primeramente, se imputarán a la legítima estricta, y si la exceden, serán imputados al tercio de libre disposición y en último lugar, al tercio de mejora.

Es por ello por lo que, la legítima estricta de Dña. Marta se satisface con las donaciones y en caso de faltar algo, con los legados de D. Pedro, y si los bienes en legados exceden esa cuota se reputarán al tercio de libre disposición, siempre y cuando no se perjudique la legítima de D. Pablo, y el resto se imputará a su tercio de mejora.

Una vez llegados a este punto, se puede decir que, incluso si no tenemos el cuaderno particional con el inventario, se puede decir que si nos fijamos en el reparto de los bienes es probable que se perjudicó a D. Pablo, puesto que en la redacción del supuesto de hecho se extrae que todo el caudal relicto fue entregado en su totalidad, ya sea en forma de legítima estricta, o de legados, o bien de donaciones a su hija Dña. Marta, con excepción de los 100.000 euros que fueron dejados en forma de legado a Marcos el hijo de esta, y a D. Pablo no se le dejó nada de los bienes y derechos que conformaban el caudal relicto, sin embargo, es sólo una hipótesis puesto que no conocemos el valor líquido de todos los bienes, ni la composición completa del caudal hereditario, por lo que, aunque partimos de la base de que la legítima de D. Pablo ha sido perjudicada por no constar en el supuesto de hecho del dictamen ninguna operación particional favorable a este, podría darse la circunstancia de que la composición del caudal hereditario sea mayor de la que se menciona, y de este modo, ocurra que si existen bienes suficientes como para satisfacer la legítima de D. Pablo, en este último caso, la legítima de D. Pablo no se verá perjudicada y no procederá impugnación, ni reducción ninguna de las operaciones particionales.

El artículo 817 del CC, establece que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas. Es por esto por lo que, si una vez hecho el inventario y valorado correctamente, el reparto perjudica la legítima de D. Pablo, se deberá producir la impugnación del cuaderno particional, para que, de esta forma, tanto las donaciones, como los legados, y,

en general todas las operaciones particionales se reconfiguren respetando las legítimas estrictas en los herederos y la voluntad del causante.

4.2 LAS DONACIONES Y LA COLACIÓN

Para abordar la cuestión de la impugnación de las donaciones, es necesario acudir al Código, en tanto en los artículos 817 y siguientes, donde se establece el cálculo de la legítima y como se deben tener en cuenta las donaciones en dicho cálculo, y además de ello, habría que acudir a los artículos 1035 y siguientes, ya que estos son los que establecen las reglas de la colación.

Respecto al artículo 818 CC es el que establece la suma del *relictum* y *donatum* para cumplir con la exigencia legal del cálculo de la legítima, el fundamento de este precepto legal, es saber si el conjunto del *donatum* supera el tercio de libre disposición, y, en su caso proceder a la consiguiente reducción, conforme a las reglas establecidas en el Código. Además, hay que mencionar aquí la STS 43/2010 de 21 de enero⁸⁶, donde se establece el criterio del TS, cuando, en este caso el testador que tiene dos hijos, y, por tanto, dos legitimarios, le otorga la legítima corta al primero y al segundo lo instituye heredero universal, disponiendo que no se tuviese en cuenta una donación realizada a este último, ahora bien, esto no es posible como establece la sentencia puesto que:

“En ella no hace una dispensa de colación, que permite el artículo 1036 del Código civil sino que no cabe otra interpretación que la pretensión del causante de que no se compute su valor para fijar la legítima, relictum más donatum, que exige el artículo 818 del Código civil, norma esencialmente imperativa”.

Establece, por tanto, que las donaciones hechas por el causante deben tenerse siempre en cuenta a la hora de calcular la legítima, aunque pueda dispensar de la colación de estas donaciones. El causante, por tanto, tendrá libre disposición sobre la colación, pero, no tendrá libre disposición sobre la fijación de la legítima. En este sentido también se pronuncia la STS 210/2008 de 24 de enero⁸⁷:

“El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva

⁸⁶ STS 43/2010 de 21 de enero.

⁸⁷ STS 210/2008 de 24 de enero.

simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación”.

Queda, por tanto, fijado que, incluso si D. Pedro, en el testamento fijó que las donaciones hechas a su hija no fueran colacionables, para el cálculo de la legítima deberán tenerse en cuenta y ver si dichas donaciones superan el tercio de libre disposición.

Por lo que, siguiendo el hilo del anterior párrafo, y relacionando las donaciones con la colación, hay que precisar que el TS entiende, a través de su STS 3531/2019 de 5 de noviembre⁸⁸ que a su vez cita la STS 2854/2019 de 17 de septiembre:

"La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición".

Por tanto, el fundamento jurídico que respalda que lo recibido por un heredero forzoso en concepto de donación, se debe entender como un anticipo de la herencia se encuentra aquí, y es por ello por lo que las donaciones realizadas en este supuesto de hecho serán colacionables, puesto que no se establece lo contrario, y el valor de estas donaciones, se agregará al valor líquido de los bienes hereditarios.

Siguiendo con el Código y con la idea de que, en caso de que las donaciones que ha recibido Dña. Marta superen el tercio de libre disposición deberán ser reducidas, ya que estas perjudican la legítima de D. Pablo, nos encontramos con el artículo 819 CC, que es el que recoge concretamente esta idea en su primer párrafo, cuando dice que, las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.

Por tanto, las donaciones primeramente, se destinarán a cubrir la parte de legítima estricta que corresponde a Dña. Marta, y tal y como establece el último párrafo del mismo artículo, en cuanto estas donaciones fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes, es decir, si sobrepasan la cuota de libre

⁸⁸ STS 3531/2019 de 5 de noviembre.

disposición, deberán ser reducidas, aunque lo decisivo en este caso es mas bien, que, cubriendo la legítima que le corresponde a Dña. Marta, las donaciones perjudican la legítima estricta de D. Pablo.

El artículo 820, es el que establece que las donaciones van a respetarse en tanto en cuanto se pueda cubrir la legítima, reduciendo para ello o anulando las mandas hechas en el testamento, es decir, antes que la reducción de las donaciones, deberán ser reducidas las mandas hechas en testamento, esto es, los legados, en primer lugar, se reducirán estos y en segundo las donaciones. En este caso no tenemos indicaciones de lo contrario por lo que, como dice el artículo 1035 del Código, todas las donaciones serán colacionables, y tampoco tenemos indicios de que dichas donaciones sean remuneratorias por lo que no se incurrirá en la prohibición de colación del artículo 619 del Código.

Por lo que tal y como dice LASARTE⁸⁹, La colación no tiene lugar más que entre legitimarios, pues solo respecto de ellos tiene sentido la pretensión o el fundamento igualitario que subyace en la colación. Por tanto, no habrá obligación de colacionar:

-En caso de concurrir dos o más herederos voluntarios que carezcan de la condición de legitimarios.

-En caso de suceder un solo legitimario en concurrencia con otros herederos voluntarios.

Por su parte MARTÍNEZ ESPÍN⁹⁰ enumera los presupuestos que deben acontecer para que se pueda colacionar:

- La colación solo se aplica al legitimario que es heredero. Procede cuando un heredero que acepta la herencia y que tenga la cualidad de heredero forzoso, concurre con otros herederos forzosos, que igualmente aceptan, en una misma sucesión.
- La colación se aplica solo a las liberalidades o atribuciones gratuitas.
- Se exige la aceptación de la herencia.

⁸⁹ LASARTE, C. Ob., Cit., pp. 335.

⁹⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, P. "*Partición y colación*". En: Bércovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Manual de Derecho Civil. Sucesiones. Bercal, Madrid, 2018, pp. 127.

- Son colacionables “los bienes o valores que se hubiesen recibido del causante, en vida de este, por dote, donación, u otro título lucrativo”.
- La colación tendrá lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada.
- Se exige que el causante no haya dispensado la colación.

Es por ello por lo que, en este caso, serán colacionables todas las donaciones, y a modo de conclusión, parte de legítima o totalidad de esta, que corresponde a Dña. Marta, será cubierta por el valor actualizado al momento de la partición de la herencia de su padre, de los bienes que la otorgó en concepto de donación.

Siguiendo con esta idea y las donaciones inoficiosas, el ATS 4794/2014 de 3 de junio⁹¹ reafirma la idea de la reducción de las donaciones, cuando en su apartado segundo en los fundamentos de derecho, cita la STS 6075/2005 de 11 de octubre y dice así:

“Una donación es inoficiosa solo cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento, perjudicando las legítimas de los restantes herederos forzosos, por lo que, si las donaciones no perjudican las legítimas, no hay reducción posible”.

Las donaciones inoficiosas, por otra parte, podrán ser rescindidas total o parcialmente en caso de que, como el resultado de esta, la cuota de algún legitimario se deje sin cubrir, esto lo encontramos en la Jurisprudencia en Sentencias como la STS 728/2006 de 22 de febrero⁹² en este sentido se expresa en el fundamento de derecho TERCERO:

“El artículo 654 y los dos siguientes desarrollan la inoficiosidad de las donaciones, y así, al fallecimiento del donante, se computan las donaciones, las cuales se imputan a la legítima, si el donatario es, a su vez, legitimario, pues aquella se atribuye, amén de por otros medios, por donaciones, que, con lo que deja el donante a su muerte, sirve para su cálculo; es el "donatum", que se suma al "relictum", y si con este último no hay bienes suficientes para que los legitimarios perciban sus legítimas, las donaciones son inoficiosas y habrá que rescindir las total o parcialmente para alcanzar los bienes suficientes para cubrir las legítimas, que es lo que establece el primer párrafo, inciso primero, del artículo 654, con la significación de que, si la donación es inoficiosa, se reducirá lo que sea necesario para defender las legítimas”.

⁹¹ ATS 4794/2014 de 3 de junio.

⁹² STS 728/2006 de 22 de febrero.

“Esta Sala tiene declarado que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición”.

En conclusión, D. Pablo podrá pedir, la reducción de las donaciones hechas a Dña. Marta, en caso de que dichas donaciones perjudiquen la cuota que le corresponde de la herencia, en este caso le corresponde la mitad del tercio en concepto de legítima, y a su hermana le corresponde la mitad del tercio de legítima, el tercio de mejora en su totalidad y el tercio de libre disposición en su totalidad exceptuando el legado que es dirigido a su hijo Marcos de 100.000 euros.

4.2.1 LA REDUCCIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS Y COMPLEMENTO DE LEGÍTIMA

Dicha acción está dirigida a reducir las donaciones que lesionen la cuota de legítima de otro heredero forzoso, en este caso concreto ya hemos establecido que, dado que D. Pablo no ha recibido ningún tipo de bien ni cantidad pecuniaria de la herencia de su padre, las donaciones hechas a Dña. Marta podrían estar perjudicando su legítima y la reducción podría ser una alternativa para recuperarla.

La acción de reducción de donaciones⁹³ tendrá como legitimados para ejercitarla, los legitimarios y legatarios de parte alícuota y sus herederos o causahabientes, tal y como recoge el artículo 655, p.2º, aunque la doctrina ha impugnado los legatarios de parte alícuota por no ser un legitimario, por lo que descartando a estos últimos nos quedamos con que los legitimados para ejercer la acción serán los legitimarios y sus herederos, por lo que D. Pablo queda legitimado⁹⁴.

Respecto al orden de la reducción son las donaciones inoficiosas las primeras, aunque la reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. (Artículo 654 CC).

⁹³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., Ob. Cit. pp. 438.

⁹⁴ LASARTE, C. Ob. Cit. pp. 218.

En caso de que sean dos o más donaciones las que no cupieren en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente, cuando sean de igual fecha serán a prorrata como dispone el artículo 820 CC.

Si hablamos de la naturaleza de la acción será de naturaleza personal, puesto que su razón de ser es reparar el perjuicio sufrido por el legitimario de su derecho de legítima, es una acción de naturaleza personal debido a que su estimación obligará a Dña. Marta a abonar a D. Pablo el exceso, se persigue por tanto la restitución material del exceso reducible.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción la Jurisprudencia establece que sean de cuatro años y rechaza el plazo general de las acciones personales recogido en el artículo 1964 CC. Se establece en cuatro años debido a la analogía respecto a la acción rescisoria, o como alternativa a este criterio, también se deja el plazo de cinco años por analogía respecto a la revocación de las donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Esto es debido a que por imperativo del artículo 654CC el régimen de la reducción de donaciones inoficiosas se rige por las normas de la revocación de estas, y, dentro de este marco el supuesto que más parece es el del artículo 644 CC. Dicho plazo de ejercicio de la acción es una circunstancia que queda establecida por la Jurisprudencia⁹⁵.

Tanto la reducción de las donaciones como la reducción de los legados derivan principalmente de la acción de suplemento de la legítima,⁹⁶ que es la acción para dirigir contra los otros herederos forzosos, con el objetivo de obtener de ellos la parte que les corresponde, en este caso a D. Pablo, por ejemplo, le falta la parte de legítima estricta.

El suplemento de legítima tiene por objeto reclamar la legítima perjudicada, por tanto, requiere que las operaciones particionales, tanto por parte de los legados, como por parte de las donaciones, sean de una cantidad tan alta que excedan la parte de libre disposición y perjudiquen, como consecuencia, la legítima estricta. Por tanto, la Ley confiere al legitimario un mecanismo de defensa, en forma de esta acción para el caso en los que se superen los límites establecidos por Ley.

⁹⁵ STS 1326/1984 de 12 de julio y STS 1499/1999 de 4 de marzo.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., Ob. Cit. pp. 441.

Por ejemplo, en el caso de la STS 2756/2018 de 20 de julio⁹⁷ es un claro caso en el que la acción de suplemento de legítima es improcedente, ello es debido a que las donaciones que recibió el legitimario por parte del causante, en vida, superaban su cuota de legítima, la que le correspondía en este caso. Es por esto por lo que debido a que las donaciones son colacionables, como lo son en el caso de este dictamen puesto que no se establece la dispensa de ninguna de estas, no procederá la acción de suplemento de legítima.

En cuanto a la legitimación⁹⁸, LASARTE C.⁹⁹ establece que la integridad cuantitativa de la legítima la pone de manifiesto el artículo 815 del Código, cuando dice que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de esta. Sobre ello se pronuncia la STS 2367/2021 de 21 de junio cuando dice:

“Conforme al art. 815 CC, "el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma". "A la vista de los antecedentes de la norma y de la interpretación del sistema (arts. 814, 815, 817, 819, 820.1.ª, 851 CC), aun cuando el art. 815 CC expresamente no lo dice, doctrina y jurisprudencia (sentencias 863/2011, de 21 de noviembre, y 502/2014, de 2 de octubre, además de las citadas por la sentencia recurrida de 4 de junio de 1991 y 7 de julio de 1995) entienden que el legitimario puede, en primer lugar, aminorar el contenido económico del título de heredero (acción de suplemento o de complemento); en su defecto, los legados (acción de reducción de legados) y, en último lugar, las donaciones (acción de reducción de donaciones). La acción de suplemento, por tanto, necesariamente debe dirigirse contra los herederos (o contra la comunidad hereditaria antes de la partición”.

Y sobre el objeto de la acción se pronuncia la STS 3690/2014 de 2 de octubre¹⁰⁰:

“No obstante, la sucesión en nuestro derecho no concede al "de cuius" una absoluta libertad en cuanto a la disposición de sus bienes por vía de testamento y por ello, entre otros, el artículo 815 del Código Civil permite ejercer la acción de complemento de legítima en los casos en que el testador no ha respetado con su disposición los derechos de los legitimarios”.

⁹⁷ STS 2756/2018 de 20 de julio.

⁹⁸ STS 2367/2021 de 21 de junio.

⁹⁹ LASARTE, C. Ob. Cit. pp. 217.

¹⁰⁰ STS 3690/2014 de 2 de octubre.

La reclamación tiene por objeto, la impugnación de cualesquiera atribuciones patrimoniales realizadas por el causante que perjudiquen la legítima y que, en consecuencia, tales atribuciones sean objeto de la correspondiente reducción o anulación, con las miras puestas en que, con el valor así obtenido, el legitimario pueda recibir íntegramente la cuota que le corresponda.

En cuanto a la cantidad a restituir, será la de legítima estricta ya definida por la Jurisprudencia¹⁰¹ y su plazo de prescripción será de treinta años y no será posible ejercitar dicha acción en tres casos:

1. Esta acción no podrá ejercitarse antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario. En este caso la partición ya ha sido realizada.
2. La acción de complemento de legítima no es ejercitable antes de conocer el montante del valor pecuniario exacto de legítima estricta que le corresponde a cada heredero forzoso.
3. Han de tenerse en cuenta todos los bienes que queden a la muerte del testador incluso con deudas y cargas. Esto es debido a que la partición no se va a limitar a definir a que patrimonio entra cada bien del caudal hereditario, sino que también resuelve el destino de las deudas y liquidación de la ganancia partible.

Es por ello por lo que gran parte de la viabilidad de dicha acción queda supeditada a la formación correcta del inventario, avalúo, tasación de bienes, determinación del activo y del pasivo, establecimiento de las operaciones precisas para su pago y fijación del remanente a adjudicar.

En relación con la Jurisprudencia, recientemente el TS ha asentado y adoptado una posición clara y firme en relación con esta acción de suplemento de la legítima, estableciendo el ámbito de aplicación de la misma, esta sentencia es la STS 1387/2022 de 4 de abril¹⁰². Dicha Sentencia en resumen, establece que las pretensiones de la parte actora no se amparaban por las acciones ejercitadas, es decir, la acción de omisión no era de aplicación ya que la importancia de los bienes que se decían omitidos no era la adecuada, la acción de rectificación

¹⁰¹ STS 5118/2002 de 9 de julio.

¹⁰² STS 1387/2022 de 4 de abril.

no era aplicable debido a que el artículo 1079 CC no era aplicable en materia de un error en la valoración de los bienes y, que además la acción de suplemento de legítima no puede tener lugar en cuestiones de discrepancias en la valoración del activo. Todo ello en su fundamento de derecho TERCERO:

“vi) Es doctrina consolidada de esta sala que la acción de rescisión por lesión de la partición prevista en el art. 1074 CC comprende la errónea valoración de los bienes distribuidos o adjudicados. De acuerdo con esta jurisprudencia, las meras discrepancias en la valoración del activo no dan lugar a la acción de complemento o adición de la partición regulada en el art. 1079 CC (sentencia 1.333/2006, de 21 de diciembre)”.

Tal y como dice LASARTE C.¹⁰³ y para acabar este epígrafe, hay que hacer una serie de precisiones y es que, la reducción de las donaciones y legados derivan de la acción de suplemento, la preferencia entre reducción de donación y legado es clara debido al artículo 820, y, en caso de ser necesarias las reducciones serán primero los legados los que habrá que reducir y posteriormente las donaciones, los legados serán reducidos a prorrata y las donaciones por el orden mencionado anteriormente en este dictamen.

En caso de no ser suficiente la reducción de legados, se procederá a la anulación de estos, antes de impugnar las donaciones realizadas en vida por el testador y, como último inciso, mencionar que, en caso de que la anulación de todos los legados no fuera suficiente para atender la legítima insatisfecha, se procederá a la declaración de inoficiosidad de las donaciones realizadas en vida por el causante, en este caso los inmuebles donados a Dña. Marta, y, de este modo que se reduzcan con el objetivo, de satisfacer la legítima estricta de D. Pablo, dicho orden se encuentra contenido en la STS 3345/2006 de 29 de mayo¹⁰⁴ en su fundamento de derecho PRIMERO.

Y para acabar, hay que mencionar la STS 1414/2015 de 19 de febrero¹⁰⁵ en la que se hace un inciso y establece que, además de definir el concepto de donaciones colacionables, la partición permite salvaguardar las cuotas sucesorias a través de la compensación del exceso recibido a cargo del coheredero beneficiario de la donación, conforme a la valoración de lo donado en el momento central de la partición y se establece que la adjudicación a coheredero de los bienes que previamente había recibido del causante por donación inter-vivos

¹⁰³ LASARTE, C. Ob. Cit. pp. 219.

¹⁰⁴ STS 3345/2006 de 29 de mayo.

¹⁰⁵ STS 1414/2015 de 19 de febrero.

imponiéndosele la obligación de compensar dinerariamente a los restantes coherederos por el exceso recibido respecto de la parte o cuota hereditaria conforme a la valoración de los bienes en el momento particional.

Por lo que, en caso de que Dña. Marta quisiera conservar los bienes recibidos mediante donación, en caso de que se produjera la reducción de estas, podría compensar a D. Pablo dinerariamente.

4.2.2 LA COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN

Para determinar si las donaciones o legados perjudican la legítima y el derecho hereditario de D. Pablo, hay que tener en cuenta que en todo proceso sucesorio deben de realizarse dos operaciones, la computación, en primer lugar, y seguido a esta la imputación, esto es sumamente importante si tenemos en cuenta que se van a querer ejercitar tanto, la reducción de donaciones, como la de legados explicadas anteriormente, en caso de ser necesario.

Si nos vamos al Código, en el artículo 818 se recoge el funcionamiento de la computación, y es que, esto se entiendo como la suma de todos los bienes del causante a fecha de su fallecimiento, pero, además de ello hay que computar también las donaciones realizadas en vida, debido a que de esta forma se podrá determinar el valor real de la herencia y usar dicho valor para calcular de manera exacta y concreta, cuál es la legítima exacta que les corresponde a los herederos forzosos.

Una vez computado el valor real de la herencia, teniendo en cuenta todos los bienes, incluyendo la casa en Proaza y la nave en Santovenia de Pisuegra que fueron donadas a Dña. Marta cuando D. Pedro aún vivía, se podrá calcular el valor de las donaciones y legados para, de este modo saber si se perjudica la legítima. De este modo en caso de que los legados o donaciones perjudiquen la legítima de D. Pablo se podría ejercitar la acción de reducción de los que corresponda, o, incluso su completa anulación en caso de ser necesario, tal y como establece el artículo 817 CC. El TS ha habilitado la impugnación de donaciones inoficiosas y ha definido su concepto en la STS 4794/2014 de 3 de julio¹⁰⁶ en su fundamento de derecho SEGUNDO:

¹⁰⁶ STS 4794/2014 de 3 de julio.

“una donación es inoficiosa solo cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento, perjudicando las legítimas de los restantes herederos forzosos, por lo que si las donaciones no perjudican las legítimas, no hay reducción posible. Entiende el recurrente que la nombrada como heredera en el testamento, solo puede reclamar lo existente al tiempo del fallecimiento y nada puede reclamar sobre los bienes que, en un día, formaron parte del patrimonio del causante pero que ya no estaban en el momento de su fallecimiento”.

Por tanto, dado que en el supuesto no se contiene ninguna mención sobre que D. Pedro dispensara la colación, debido a los artículos 1035-1036 del Código los bienes donados a Dña. Marta en concepto de donación se deberán colacionar. En este caso hay dos herederos forzosos llamados a la herencia, pero, incluso si hubiera simplemente un legitimario, también se deberían colacionar los bienes en caso de que se hayan efectuado donaciones a terceras personas que perjudiquen la legítima del único heredero forzoso, circunstancia que se recoge en la STS 2854/2019 de 17 de septiembre¹⁰⁷ ya mencionada anteriormente, en el fundamento de derecho TERCERO en su segundo apartado:

“La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas, mientras que la colación del art. 1035 del CC, sólo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos”.

Por tanto, la computación en palabras de SÁNCHEZ-CALERO¹⁰⁸ es la agregación numérica que hay que hacer de las donaciones (todas, colacionables y no colacionables) al caudal relicto, al efecto de determinar el importe de las legítimas y la parte de libre disposición.

Además, como se ha mencionado anteriormente en las STS 3531/2019 de 5 de noviembre, en la que a su vez cita la STS 2854/2019 de 17 de septiembre, las donaciones se entienden como anticipo de la herencia, y, en la STS 6957/2012 de 11 de octubre¹⁰⁹ se especifica en su fundamento de derecho SEGUNDO, que el anticipo de la herencia será anticipo de la legítima:

¹⁰⁷ STS 2854/2019 de 17 de septiembre.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *“La partición de la herencia (II)”*. Sánchez Calero, Francisco Javier. Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones, Edición novena, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. pp. 479.

¹⁰⁹ STS 6957/2012 de 11 de octubre.

“Lo que responde a la idea de que, existiendo varios legitimarios, se supone legalmente que lo que hayan recibido gratuitamente en vida del causante, es un anticipo de la legítima, por lo que tienen que agregarlo intelectualmente en la partición, a los efectos de su intangibilidad”.

Por lo que, en conclusión, para la computación, tanto la casa en Proaza (Asturias) y la nave en Santovenia de Pisuerga deberán ser traídas a colación, y, deberán computar en la cuota de legítima del hijo favorecido, en este caso Dña. Marta.

Una vez realizada la computación, deberá realizarse la imputación, la STS 2854/2019 de 17 de septiembre mencionada unos párrafos más arriba, nos sirve para definir la imputación:

“Una vez efectuada tal operación de adición se realiza la imputación; es decir encuadrar cada una de las disposiciones efectuadas a título gratuito por el causante dentro de las distintas porciones en que se divide la herencia (tercios de legítima estricta o corta, mejora y libre disposición) para averiguar, en definitiva, si lo donado o legado debe ser reducido por exceder de la parte a la que el donatario o legatario tiene derecho”.

Primeramente, como se ha mencionado con la respectiva sentencia, se reducirán los legados o mandas, y en segundo lugar las donaciones en caso de que se lesione la legítima de D. Pablo y todo ello en caso de que se lesione su legítima estricta y con el objetivo de cubrir esa cuota. Es por ello por lo que, en caso de que D. Pablo crea que su legítima ha sido perjudicada, podría solicitar la reducción de legados, que se reducirán a prorrata, y en caso de que esto no sea suficiente podría solicitar la reducción de las donaciones, realizadas a su hermana, mientras la legítima de D. Pablo está cubierta, Dña. Marta podría quedarse con las donaciones y legados realizados a su favor.

Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, en caso de que la legítima de D. Pablo fuera perjudicada, la reducción debería ser primero de los legados, en caso de no ser suficiente con la reducción se acudiría a la anulación de los que sean necesarios, y, posteriormente en caso de que la legítima de D. Pablo no haya sido satisfecha se atenderá a la reducción de la casa en Proaza (Asturias) y una nave en Santovenia de Pisuerga, entregadas a Dña. Marta en concepto de donación.

Ahora bien, al ser estos dos bienes inmuebles, para no dividirlos los artículos 1047 y 1048 establecen que, Dña. Marta tendrá dos opciones en caso de que se deban reducir las

donaciones, por ser estos bienes inmuebles, para, que de este modo se pueda quedar con los bienes en su totalidad sin tener que ser divididos.

En primer lugar, podrá tal y como establece el artículo 1047, tomar de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

O bien, en segundo lugar, dado lo dispuesto en el artículo 1048 si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

4.3 LA VOLUNTAD DE DONAR

D. Pablo, nos pide que se analicen las donaciones realizadas a su hija en vida, concretamente las donaciones que, consisten en bienes inmuebles, específicamente una casa en Proaza (Asturias) y una nave en Santovenia de Pisuerga.

Al margen de que se puedan reducir, tanto las donaciones como los legados, en caso de que estos perjudiquen la legítima estricta de alguno de los herederos forzosos, y pueda ser este un mecanismo para reclamar la legítima estricta que le corresponde a D. Pablo, este nos pide que analicemos las donaciones desde la perspectiva de que no ha existido voluntad de donar.

En cuanto al concepto de donación y sus requisitos legales la Jurisprudencia en la STS 3237/2007 de 14 de mayo establece que la donación es:

"La jurisprudencia ha sentado que la donación es un negocio jurídico por el cual una persona, por voluntad propia, con ánimo de liberalidad (animus donandi), se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otra que se enriquece en el otorgamiento (...) su causa está constituida por la mera liberalidad, en términos de que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, y si la liberalidad aparece como el aspecto objetivo de éste, del mismo modo, y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el «animus» de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato,

siendo de recordar a estos efectos la doctrina establecida en la antigua STS de 5 de mayo de 1896 , la cual declara que cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación"¹¹⁰.

Se establece aquí, por tanto, el concepto de donación como negocio jurídico, además de en el artículo 618 CC y se establecen varios requisitos, entre ellos que debe ser una disposición gratuita, es decir, el aumento en el patrimonio del donatario se realizará sin haber hecho intercambio alguno, además el donatario deberá prestar su conformidad, lo que se llama, aceptación de la donación, esto es imperativo para la perfección del contrato, y, por último, debe ser un acto de liberalidad.

Que sea un acto de liberalidad requiere que el donante que se desprende de los bienes que va a donar, en este caso bienes inmuebles, debe ser un acto voluntario, y, en caso de que no exista voluntad, no podremos hablar de una donación válida, incluso si se cumple con los requisitos de forma de la donación, que, en este caso al ser bienes inmuebles, deberá ser una donación elevada a escritura pública.

Una donación con ausencia de voluntad de donar no es válida y esto puede ser por ser un acto involuntario o en su defecto que se incurra en alguno de los vicios de consentimiento del artículo 1265 CC, esto es, el error, violencia, intimidación o dolo.

En este caso, dado que no tenemos indicios de que D. Pedro estuviera carente de capacidad a la hora de realizar las donaciones, y, además de todo lo que se ha explicado previamente en este dictamen respecto a la prueba de la capacidad del causante y su alta rigurosidad en la prueba para ser aceptada la falta de capacidad, es poco probable que las donaciones no fueran válidas por falta de *animus donandi*, aunque, en caso de que se logre probar la falta de capacidad de D. Pedro y, por tanto la nulidad de la donación con las pruebas pertinentes, las donaciones serían nulas.

Asimismo, hay que mencionar que, cronológicamente, las donaciones se produjeron seis meses antes de fallecer, por lo que, es presumible que el Alzheimer se habría desarrollado menos que en el momento de fallecer, y ya hemos mencionado que incluso en ese momento existen dudas sobre su capacidad, no está claro que carezca de ella.

¹¹⁰ STS 3237/2007 de 14 de mayo.

Respecto al animus donandi y la voluntad de donar, la STS 1726/2008 de 5 de mayo¹¹¹ establece que en caso de una simulación relativa respecto de un contrato de compraventa a una donación hablando de bienes inmuebles, como lo es en el caso de este dictamen, incluso si existe animus donandi y se puede ver la voluntad del donante, no se cumplen los requisitos del artículo 633 del Código, puesto que en la escritura pública que es requisito formal para otorgar donaciones de bienes inmuebles, no constaba expresamente el animus donandi ni la aceptación del donatario:

“Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación”.

Y sigue la sentencia diciendo:

“Cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos”.

De ello se extrae, que la donación que se realizó a Dña. Marta debería contener todos los requisitos del artículo 633 del Código, puesto que, incluso si existió animus donandi y voluntad de donar, debió establecerse así en la propia escritura pública, de este modo, en caso de que no fuera así, la donación sería nula, y en el caso contrario sería totalmente válida.

En este sentido también se pronuncia la STS 7691/2009 de 21 de diciembre¹¹², que, de nuevo, establece como requisito esencial para la validez de la donación que se refleje el animus donandi y la aceptación de la donación en la escritura pública que requiere el artículo 633 respecto a las donaciones de bienes inmuebles, y, en esta sentencia se cita la STS

¹¹¹ STS 1726/2008 de 5 de mayo.

¹¹² STS 7691/2009 de 21 de diciembre.

822/2007 de 11 de enero¹¹³, la que estableció y asentó este criterio que luego fue el que se siguió por toda la doctrina.

Siguiendo con el animus donandi, en la STS 8741/2002 de 21 de diciembre¹¹⁴, este es un caso de ausencia de animus donandi, puesto que, la donación en este caso se hizo con:

“Hay simulación absoluta que genera nulidad contractual, cuando el contrato no tiene causa (artículo 1275) o la causa es ilícita o falsa (artículo 1276) y aquí sucede que las donaciones practicadas no tenían otra finalidad que imposibilitar el cobro por parte de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y crear ficticia situación de insolvencia”.

“Lo que se deja expuesto viene corroborado por la doctrina que sienta la sentencia de 13 de julio de 2000 (RJ 2000, 6691) , al declarar que un negocio sólo es calificado de gratuito si consta la causa de la liberalidad y queda debidamente probado el «animus donandi», lo que en el caso que nos ocupa no concurre, pues no resultó debida y suficientemente demostrado”.

Por tanto, el contrato se hizo con ausencia de animus donandi, puesto que el objetivo del donante era otro, en este caso fue imposibilitar el cobro por parte de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y crear una situación de insolvencia ficticia, por tanto, no existía voluntad de donar, y, en este sentido, en caso de que pasara lo mismo en el supuesto de este dictamen, no habría voluntad de donar y la donación sería por tanto, nula, aunque sería simplemente una hipótesis, pues no hay indicios de la ausencia del animus donandi, y las donaciones son coherentes con lo establecido en el último testamento otorgado por el causante.

En la misma sentencia mencionada anteriormente, se hace referencia a otra, esta es la STS 5814/2000 de 13 de julio¹¹⁵ que es la sentencia que sienta doctrina, cuando declara que un negocio solo es calificado de gratuito si consta de liberalidad y queda debidamente probado el “animus donandi”.

Como conclusión, por tanto, para aplicarlo al caso del dictamen, podemos decir que para que exista nulidad en las donaciones realizadas a Dña. Marta por parte de su padre,

¹¹³ STS 822/2007 de 11 de enero.

¹¹⁴ STS 8741/2002 de 21 de diciembre.

¹¹⁵ STS 5814/2000 de 13 de julio.

deberá o bien, no quedar probado debidamente el animus donandi y ser una simulación de otra operación que se quiera encubrir, por lo que en este caso la donación sería nula, o bien, no cumplir los requisitos del artículo 633 del Código, en los que se declara que si la donación es de bienes inmuebles, se deberá recoger expresamente el animus donandi y la aceptación del donatario, si estos faltan, la donación de D. Pedro sería nula.

Sin embargo, ninguna de las situaciones mencionadas se da en el caso del supuesto, o, al menos no existen indicios suficientes para probar dichas circunstancias, por lo que son meras hipótesis, en este caso quedaría descartado que las donaciones pudieran declararse nulas por falta de voluntad de donar.

Respecto a la cuestión del dolo, captación de voluntad y en general, vicios en la voluntad a la hora de otorgar las donaciones, dado el supuesto de hecho no existen indicios suficientes para declarar que hayan sido otorgadas dichas donaciones, por persona especialmente vulnerable, o captando su voluntad o siendo aislada esta persona, por lo que es otra hipótesis que se debe descartar, aunque, en caso de poder probarse, las donaciones deberían ser declaradas nulas.

Siguiendo con el hilo del dolo, aunque en este caso no existen indicios de existencia de este, la Jurisprudencia en la STS 6046/2011 de 28 de septiembre ¹¹⁶ establece que la mediación del dolo en la donación hace que dicho contrato sea nulo y, las donaciones y los objetos donados, deberán ser reintegrados en el patrimonio del donante, en este caso a la herencia, para ser repartidos.

En la Sentencia referida, se integran las siguientes afirmaciones respecto al dolo en las donaciones:

“Tras referirse en el fundamento jurídico cuarto a la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos del dolo para que pueda llegar a invalidar el contrato, destaca cómo el perito doctor Imanol afirma que la actora «es una persona capaz e inteligente, lo suficiente para conocer el contenido de las escrituras de donación que le fueron presentadas a la firma. Pero también [que] se trata de una persona dependiente y que por ello careció en su momento de la voluntad necesaria para hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la donación,

¹¹⁶ STS 6046/2011 de 28 de septiembre.

cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo».

“Lógicamente se ha de entender que la donación de bienes inmuebles integra un negocio jurídico de suficiente relevancia y trascendencia económica como para exigir que el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva”.

Dichas afirmaciones establecen que la mediación de dolo es un vicio del consentimiento suficiente para que se produzca la invalidez y nulidad de las donaciones realizadas en vida por D. Pedro a su hija Dña. Marta, y además, dado que las donaciones son bienes inmuebles tienen la suficiente trascendencia económica como para exigir que el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, es por ello que las donaciones, en esta sentencia fueron declaradas nulas por existencia de vicio del consentimiento, dolo.

Asimismo cabe decir que para que estas donaciones de la sentencia fueran declaradas nulas, se tuvieron que probar una serie de actuaciones de los donatarios que dejaron sin capacidad reflexiva a la donante, y, además esta se arrepintió pronto, puesto que intentó revocar dichas donaciones al día siguiente, con la negativa de los donatarios, estos indicios y comportamientos en el caso que nos ocupa, no existen, por tanto, en principio las donaciones se presumen válidas, ya que no existen indicios de lo contrario, aunque, en caso de que se pueda probar que ha habido existido conductas dolosas, las donaciones serían declaradas nulas.

Respecto a los requisitos que deben concurrir para apreciar dolo, la Sentencia se pronuncia de este modo:

“Y respecto a los requisitos que ha de contener el dolo para viciar el consentimiento, la STS de 11 de Junio del 2003, rec. 3166/1997 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 11-06-2003 (rec. 3166/1997), que cita a la de 22 de enero de 1988, señala como requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica para apreciar la concurrencia de dolo como vicio del consentimiento son los siguientes:

1) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas.

2) *que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia.*

3) *que sea grave si se trata de anular el contrato.*

4) *que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.*

5) *que la conducta dolosa sea probada inequívocamente, sin que basten meras conjeturas o indicios (Sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio y 29 de marzo de 1994), en tanto en cuanto hay que partir de que el dolo no se presume”.*

Los requisitos para la existencia de dolo también se recogen en el artículo 4:109 de los Principios del Derecho Europeo de los contratos, esto es:

“Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes:

a) *que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre*

b) *que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre*

c) *que se pruebe. Y añade "...el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad.”.*

Acaba concluyendo que, el dolo no se presume y debe ser probado por la parte actora, y probar esto, es extremadamente difícil, además, dado que en este caso no tenemos ningún indicio de que se haya dado alguno de estos requisitos contenidos en las Sentencias referidas, ni en el artículo mencionado, las donaciones se presumirán válidas, e impugnarlas por falta de voluntad de donar es una opción que se debe descartar, puesto que no existen pruebas ni indicios necesarios.

5. TITULARIDAD DE LOS SALDOS DE LAS C/C Y FIM

Para resolver otra cuestión de D. Pablo que nos plantea en este dictamen, es necesario aclarar el asunto sobre la titularidad de las cuentas corrientes y los FIM que ostentaba D. Pedro junto con Dña. Marta. Posteriormente al fallecimiento de D. Pedro ¿Cómo se gestionará la titularidad de las c/c, los FIM y los fondos contenidos en estos?

5.1 CUENTAS CORRIENTES

En referencia a las cuentas corrientes debido a que las mismas están tanto a nombre de D. Pedro, como a nombre de Dña. Marta, hay que intentar arrojar luz sobre la cuestión de, quien es el titular de las cuentas corrientes, tanto en vida como después del fallecimiento de D. Pedro, y, donde irían a parar los fondos contenidos en ellas.

En este caso hay que distinguir la titularidad de la cuenta corriente, que, como se puede ver estando la misma a nombre de los dos, padre e hija, la titularidad pertenece a ambos, sin embargo, podemos apreciar aquí que nos encontramos ante un tipo de cuentas corrientes indistintas, es decir, los titulares de dicha cuenta corriente pueden disponer de los fondos existentes en esta, de manera solidaria.

Los dos titulares, por tanto, tienen el poder de disposición sobre los fondos de los que disponga la cuenta corriente con su sola firma, sin depender de la firma del otro titular, esto quiere decir que Dña. Marta podría disponer de los fondos siempre que ella quisiera sin precisar la firma de su padre y viceversa.

Con lo que respecta a la jurisprudencia en la SAP Barcelona 5646/2018 de 12 de julio¹¹⁷, que esclarece la forma de proceder en este caso, puesto que, en esta Sentencia, se declara que al ser titularidad el padre y la hija de una cuenta corriente en una entidad financiera, el saldo existente en esta pasará al caudal relicto en su totalidad y a ser repartido en la herencia.

¹¹⁷ SAP Barcelona 5646/2018 de 12 de julio.

Ahora bien, hay que especificar que lo que pasará al caudal relicto son simplemente el saldo que pertenezca a D. Pedro, es decir aquellos fondos que sean propiedad de D. Pedro, en caso de que no se pueda probar que fondos son propiedad de D. Pedro, se acudirá a la presunción del artículo 393 CC, que establece que se adjudicará la mitad del saldo de la cuenta corriente a un titular, y la otra mitad al otro titular, por lo que pasaría al caudal relicto la mitad del saldo de las cuentas corrientes si no se pudiera acreditar la titularidad de los fondos contenidos en las mismas.

Siguiendo con la jurisprudencia la STS 6614/2006 de 8 de noviembre¹¹⁸ también versa sobre una cuenta corriente cuya titularidad ostentaban indistintamente el causante y su hermana, y posteriormente al fallecimiento de este, retiró de la cuenta corriente la mitad del total de los fondos que existían en esa cuenta corriente, por entender que esos fondos eran de su propiedad y no de su hermano, los herederos reclamaron que los fondos volvieran al caudal relicto de la herencia para de esta forma que fueran repartidos conforme a la voluntad de su padre, por entender que dichos fondos eran de propiedad exclusiva de este.

Tras varias pruebas, el tribunal falla desestimando el recurso de casación interpuesto por la hermana que compartía la cuenta corriente con su hermano, ya que se pudo demostrar que los fondos que existían en esta eran de propiedad exclusiva del causante, por lo que, la demandante fue condenada a devolver la cantidad que retiró de la cuenta corriente, para que posteriormente fuera repartido entre la comunidad hereditaria.

La STS 1735/2003 de 14 de marzo¹¹⁹ es la que pone de relieve y sienta jurisprudencia con el apoyo de otras sentencias, en su fundamento de derecho PRIMERO, que la existencia de varios titulares en una cuenta corriente, no sienta de por sí la existencia de condominio de los saldos:

“Las referidas sentencias sientan la doctrina de que las cuentas, depósitos y otros negocios bancarios con titulares plurales, lo que expresan es una disponibilidad de fondos a favor de los mismos, bien en forma individual o conjunta, pero esto no representa por sí la existencia de condominio de los saldos, que viene determinado por las relaciones internas entre los titulares bancarios y más concretamente por la originaria procedencia de los fondos o numerario con que se han nutrido dichas cuentas; por lo que el hecho de su apertura en forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes iguales a los figurantes

¹¹⁸ STS 6614/2006 de 8 de noviembre.

¹¹⁹ STS 1735/2003 de 14 de marzo.

titulares (Sentencia de 5-7-1999), lo que autoriza a decretar la exclusión y ajenidad de quien solo figura como cotitular y no demostró ostentar la propiedad del dinero depositado”.

Y en este mismo sentido se pronuncia la STS 505/2013 de 15 de febrero¹²⁰, la STS 4779/1999 de 5 de julio¹²¹, la STSJ Navarra 21/2009 de 29 de enero¹²² además de la AP como la SAP Barcelona 5425/2015 de 10 de junio¹²³.

En conclusión, si aplicamos lo establecido en las sentencias mencionadas en este apartado, por lo que respecta a las cuentas corrientes, habría que probar de quién son los fondos que existen en dicha cuenta corriente.

En caso de que los fondos pertenezcan con exclusividad a D. Pedro, los fondos deberían haber sido integrados en el caudal relicto para su posterior reparto.

En caso de que los fondos pertenecieran a Dña. Marta en su exclusividad, la titularidad de los mismos no cambiaría y son fondos que la pertenecen a ella en exclusiva.

En caso de que no se pudiera probar que los fondos son de uno o de otro, la presunción que se contiene en el código es que sean 50% de un copropietario y el 50% propiedad del otro copropietario, por lo que, respecto al 50% que pertenece a D. Pedro, sería pasado al caudal relicto para su posterior reparto, y la mitad restante pertenecería a Dña. Marta.

5.2 TITULARIDAD DE LOS FIM

Respecto a la titularidad de los Fondos de Inversión Mobiliaria, esta cuestión es muy parecida, puesto que, en este caso también nos encontramos con que, los titulares de los FIM son también D. Pedro y Dña. Marta.

Al fallecer D. Pedro, las participaciones deberían cambiar de titular, es decir de D. Pedro, pasarían a ser titular sus herederos, en este caso o bien, Dña. Marta o bien D. Pablo,

¹²⁰ STS 505/2013 de 15 de febrero.

¹²¹ STS 4779/1999 de 5 de julio.

¹²² STSJ Navarra 21/2009 de 29 de enero.

¹²³ SAP Barcelona 5425/2015 de 10 de junio.

o bien repartirlo por mitades, según a quien pertenezcan las participaciones y fondos contenidos en los FIM.

Además, en la SAP León 1159/2018 de 13 de noviembre¹²⁴ se establece el tratamiento particular que se debe dar a los fondos de inversión, si bien, la estructura es la misma que las cuentas corrientes, los fondos de inversión no son meros depósitos, sino valores contratados en el ámbito de las IIC, y reconocidos en la Ley. Por tanto, esta sentencia establece que la cuota de cada cotitular depende de cada aportación.

“Un tratamiento particular se debe dar a los fondos de inversión, porque no se tratan de meros depósitos, sino de valores contratados en el ámbito de las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC), y reconocidos como tales en el art. 2 de la Ley 24/1988 (RCL 1988, 1644) y RCL 1989, 1149, 1781), de Mercado de Valores, y en el apartado f) del número 1 del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (RCL 2015, 1659, 1994), que aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (RCL 2015, 1659, 1994) (apartado c) del Anexo introducido por el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre (RCL 2018, 1340, 1415), por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre).

Por lo tanto, en relación con estos valores el tratamiento es ligeramente diferente, porque la titularidad no se refiere a dinero sino a participaciones, de modo que la cuota de cada cotitular depende de sus aportaciones: si todas ellas fueron realizadas por Encarna, la titularidad de la testadora es meramente formal, en la línea expuesta en la sentencia 1090/1995, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, antes citada, pero si la testadora realizó aportaciones es preciso deslindar las aportaciones de una y otra (Edurne y Encarna) para determinar qué porcentaje le corresponde a cada una de ellas en los fondos”.

Pero, al momento de fallecer las participaciones contenidas en los FIM no serán automáticamente copropietarios de las participaciones por lo que, tal y como nos establece la SAP Vizcaya 1218/2017 de 26 de junio¹²⁵:

“En este sentido es cierto que no es lo mismo ser cotitular y ser copropietario y siendo lo ciertos que para ser copropietario de un saldo de cuenta corriente (Fondos de Inversión) hay que acreditar que se han aportado fondos aparte de ser mero titular de la cuenta, o acreditar por otros medios que el importe depositado pertenece al cotitular de la misma. Así y se puede consignar y de forma precisa que es doctrina del Tribunal

¹²⁴ SAP León 1159/2018 de 13 de noviembre.

¹²⁵ SAP Vizcaya 1218/2017 de 26 de junio.

Supremo que de la titularidad de una cuenta bancaria no se puede deducir directamente la copropiedad de las cantidades contenidas en ella. Así es evidente que por sí solo el carácter indistinto de una cuenta, y es conocido, no significa titularidad, y sirve solo de base efectivamente para generar una presunción de simple copropiedad, pero ello es con independencia de las reales relaciones”.

Por lo que, en este caso el argumento es el mismo que en las cuentas corrientes, cotitular no significa ser copropietario de los fondos de una cuenta corriente o un fondo de inversión, se deberá probar que los fondos o participaciones se han aportado por una u otra parte, y serán propiedad de quien las haya aportado, de otro modo la titularidad será meramente formal y no existirá copropiedad como lo establecido en la STS 6498/1995 de 19 de diciembre¹²⁶ que establece:

“salvo algún caso en particular, en donde bien por la forma de haberse practicado la apertura de la cuenta, o más bien, la finalidad o intención reflejada en la autorización 'ex post' tras la precedencia por el único titular, cuando así, además lo aprecie la Sala 'a quo', no es posible la atribución de propiedad del saldo por la mera referencia a repetida cotitularidad, sino que ha de integrarse con la penetración jurídica en las relaciones particulares de los interesados: fondo común, sociedad existente, o bien nexo de parentesco, amistad, gestión conferida, autorización o mandato, en respectiva.”

En este caso que nos ocupa para este dictamen, y, dado lo establecido por la sentencia anterior, no se presumirían copropietarios los dos, en caso de que los fondos hayan sido aportados por D. Pedro, este será su propietario y viceversa, por lo que la otra parte aparecería en calidad de cotitular.

La SAP Cantabria de 27 de abril¹²⁷ establece y sigue en la misma línea que las sentencias utilizadas para las cuentas corrientes:

“Limitado el recurso, por todo lo anterior, a establecer si debe incluirse en el haber hereditario la totalidad del saldo del fondo de inversión "Santander Ahorro FIM", o sólo su mitad, a nombre de la causante, resulta oportuno recordar la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la titularidad indistinta de las cuentas bancarias no supone cotitularidad ni propósito traslativo de los fondos depositados, así como que la existencia de la donación no se presume y deberá ser acreditada por quien mantiene su existencia”. (...) “En definitiva

¹²⁶ STS 6498/1995 de 19 de diciembre.

¹²⁷ SAP Cantabria de 27 de abril.

esta sala considera que la perfección aducida por la recurrente no llegó en ningún caso a perfeccionarse y por ello la apelante no llegó a adquirir la propiedad de la mitad del fondo de inversión del que se ha tratado”.

Por lo que, de nuevo se utiliza la jurisprudencia usada para las cuentas corrientes, no se presume la copropiedad, aunque si la cotitularidad de los fondos existentes en las cuentas corrientes o en los FIM.

Dicha cuestión sobre los fondos de inversión se fundamenta también, por las sentencias mencionadas en el apartado de cuentas corrientes, puesto que la doctrina hace menciones análogas a estas cuestiones, y también en la STS 3596/2021 de 27 de septiembre¹²⁸, en la cual, a pesar de que la cuestión versa de fondos gananciales o privativos, si se fundamenta y se arroja luz sobre la cuestión, de nuevo, como en el anterior apartado del dictamen, de la titularidad y propiedad de los fondos y participaciones en este tipo de casos de cotitularidad. En su Fundamento de Derecho SEGUNDO:

“Los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente a la originaria procedencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta para determinar la titularidad dominical de los fondos”.

En definitiva, queda patente que si bien, la titularidad de los FIM es conjunta, la propiedad de los fondos/participaciones en la misma, no puede presumirse la copropiedad, si existe prueba de que los fondos contenidos en el FIM han sido ingresados por una persona en concreto, en caso de no existir prueba en contrario si se presumirá que los fondos que haya en el FIM pertenecerán al 50% a cada titular de este, y será simplemente la mitad correspondiente a D. Pedro la que pasará al caudal relicto para su posterior partición.

Por lo que, en conclusión para aplicar de manera concreta al caso, la copropiedad de los fondos existentes en los fondos de inversión, no se presume, sólo la cotitularidad, de este modo, para que D. Pedro y Dña. Marta fueran copropietarios de los fondos existentes en los FIM, se deberá probar que los dos han hecho aportaciones al mismo, de este modo se podría probar que parte corresponde a cada uno, y, la que corresponda a D. Pedro deberá ser pasada a su haber hereditario para ser repartido posteriormente, y la que corresponda a Dña. Marta se quedará en su propiedad.

¹²⁸ STS 3596/2021 de 27 de septiembre.

En el caso en el que o D. Pedro o Dña. Marta no hayan aportado nada a los fondos de los FIM, la persona que si haya aportado será propietario en exclusiva de esos fondos, y, por el contrario, la persona que no haya aportado nada, no habra perfeccionado su copropiedad de los fondos y no tendrá derecho a adquirir ninguno de estos.

Por lo que, en caso de que D. Pedro sea propietario en exclusiva de los fondos de inversión, toda esa cantidad pasará a su haber hereditario y será sometida al proceso de partición hereditaria, y en el caso en el que lo sea Dña. Marta, los fondos será enteramente de su propiedad.

En el caso en el que no se pueda probar que los fondos corresponden a alguno de los cotitulares en concreto, los fondos se presumirán que son propietarios al 50%, por lo que, en este caso la mitad de D. Pedro será la que pasará al haber hereditario.

6. OPERACIONES PARTICIONALES Y LA LEGÍTIMA

D. Pablo considera que se ha perjudicado su derecho hereditario, además de su legítima, pues entiende que, existe un desequilibrio entre los bienes dejados en forma de donaciones y legados a su hermana Dña. Marta, y al hijo de esta, mientras tanto, a D. Pablo, a pesar de ser heredero forzoso, no se le ha dejado nada o, no tenemos conocimiento de que se le haya dejado ningún bien, en caso de que la composición del caudal hereditario sea distinta y se hayan dejado los bienes suficientes a D. Pablo para cubrir la cuota legal que le corresponde, las impugnaciones de las que se habla posteriormente en este apartado no serán procedentes.

Tal y como he mencionado en párrafos anteriores, el artículo 815 del Código, es el que faculta al heredero forzoso para pedir el complemento de legítima en caso de que el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda. En este caso parece ser así (aunque, de nuevo, en caso de que la composición del caudal hereditario sea distinta a la mencionada en el supuesto de hecho, y existan bienes suficientes para cubrir su cuota de legítima, no procederá el complemento de legítima), por lo que D. Pablo, podría pedir el complemento de legítima, alegando que su derecho legitimario ha sido lesionado y, de este modo impugnar el cuaderno particional.

6.1 OPCIONES PARA IMPUGNAR EL CUADERNO PARTICIONAL

Una vez se ha mencionado el artículo 815 del Código, y la posibilidad de impugnar el cuaderno particional con el objeto de pedir el complemento de legítima, hay que decir que para impugnar dicha partición (en caso de que la legítima de D. Pablo se haya visto perjudicada, ya que en el caso contrario no procederá) existen cuatro opciones.

1. En primer lugar, que se declare la nulidad del cuaderno particional tal y como establece el artículo 1081 CC, pero en este caso esta opción no procede, así que es necesario descartarla.
2. En segundo lugar, que se produzca la rescisión del cuaderno, acorde a lo establecido en el artículo 1074 del Código, este establece que las particiones podrían ser rescindidas por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Esta es otra opción que hay que descartar, pues no se aplica a este caso.
3. El artículo 1079 del Código establece que se podría impugnar la herencia por omisión de alguno de los objetos o valores de la herencia, aunque, especifica que esto no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos. En este caso esto podría ser de aplicación, en el caso en el que no se hayan tenido en cuenta las donaciones hechas a Dña. Marta en vida, sin embargo, no parece ser una opción muy efectiva, sino que para este caso sería mejor ejecutar la reducción de donaciones con el complemento de legítima.

En resumen, impugnar las operaciones particionales, no tendrá cabida, sin embargo, en el caso en el que se haya perjudicado la legítima, y, su derecho hereditario, D. Pablo si podría pedir el complemento de legítima, y que se lleven a cabo la reducción de legados y donaciones. Por tanto, en el caso contrario, es decir, que la legítima de D. Pablo no se vea afectada, no procedería el complemento de legítima ni ninguna de las operaciones mencionadas.

6.2 NULIDAD Y ANULABILIDAD

En consecuencia, hay que diferenciar entre nulidad y anulabilidad respecto de la partición, y es que, la invalidez de la partición es causada por circunstancias intrínsecas a ella que afecten a cuáles quiera de los presupuestos o requisitos esenciales de los actos jurídicos y, dado este caso, puede abocar a la nulidad o anulabilidad.

En concreto, si hablamos de la nulidad de las operaciones particionales, existirá nulidad propiamente dicha, en el caso en el que falten los elementos esenciales que conforman la base jurídica de la partición. Un ejemplo de esto es que la base sobre la que se ejecutan dichas operaciones divisorias sea nula, es decir, sea un testamento nulo, o cuando se haya vulnerado alguna norma de imperatividad jurídica¹²⁹.

En cuanto a la anulabilidad se presentará en todos aquellos supuestos en los que haya intervenido en la partición algún tipo de vicio de consentimiento¹³⁰ o falta de capacidad.

La Jurisprudencia nos habla de ello y establece en la STS 5097/1980 de 31 de mayo:

Primero establece las causas de nulidad, mencionadas anteriormente:

“teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originara esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto, como acontece a juicio de la doctrina científica, y entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial o presupuesto del negocio, o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha la operación contra lo preceptuado en la ley”.

Y sigue diciendo:

“(...) teniendo presente aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (sentencia de 30 de abril de 1958) o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como ineficacia por razón de su rescindibilidad, y en este sentido tiene declarado la sentencia de 30 de marzo de 1968 que frente al contador testamentario y a las operaciones particionales

¹²⁹ OSSORIO MORALES, J., “Manual de Sucesión testada”, Comares, Granada, 2001. pp. 349.

¹³⁰ OSSORIO MORALES, J. Ob., Cit., pp. 349.

*realizadas puede el heredero forzoso ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios concurrentes, y en el evento de lesión de sus intereses, la de rescisión aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte*¹¹³¹.

Por tanto, de esta sentencia se desprende que, para otorgar la nulidad, rescisión o ineficacia en las operaciones particionales, la jurisprudencia hace una interpretación restrictiva de los artículos del Código, por lo que se inclina más por ofrecer una modificación en la partición, rectificación o adición, para de este modo evitar realizar una nueva partición desde cero, tal y como se contiene en la misma sentencia:

“se ha de partir para la decisión de la controversia del básico postulado del "favor partitionis" o principio de conservación de la partición, evitando en cuanto sea posible que se anule o rescinda, según tiene declarado la jurisprudencia (sentencias de 30 de abril de 1958, 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, entre otras)”.

Criterio que se mantiene hasta hoy y es avalado también por las STS 1589/2012 de 12 de marzo¹³², STS 277/2012 de 20 de enero¹³³ y STS 6001/1996 de 31 de octubre¹³⁴, sentencias en las que, si bien el contenido es diverso en cuanto a derecho de sucesiones, ya sea por segregación de bienes inmuebles en la herencia o por renuncia a la misma, siempre se aplica el favor partitionis, para, de este modo evitar realizar una nueva partición desde cero y simplemente modificar, subsanar errores y adicionar nuevas operaciones, para, de este modo cubrir todas las cuotas legales de legítima referentes a los herederos forzosos y todos los imperativos legales.

¹³¹ STS 5097/1980 de 31 de mayo.

¹³² STS 1589/2012 de 12 de marzo.

¹³³ STS 277/2012 de 20 de enero.

¹³⁴ STS 6001/1996 de 31 de octubre.

6. CONCLUSIONES

Nos encontramos ante un supuesto, en el que D. Pablo, nos arroja dudas sobre la capacidad de su padre a la hora de testar, las donaciones realizadas a su hermana Dña. Marta, la titularidad de los FIM y las cuentas corrientes y las opciones que tendría para impugnar las operaciones particionales, ya que, teme, que se haya visto perjudicado su derecho hereditario y su legítima.

Es por ello por lo que, para resolver estas dudas hay que concluir en los siguientes términos:

1. Respecto a la validez del testamento y la capacidad de D. Pedro, el testamento podría ser totalmente válido, ya que padecer una patología que limite el autogobierno no es causa para eliminar la posibilidad de otorgar testamento. Por lo que, si el Fedatario Público diera fe de que el testador no tuviera afectada su capacidad cognitiva, en principio, tendría capacidad válida para otorgar testamento. Por otro lado, en caso de que se tuviera dudas sobre la capacidad para testar de D. Pedro, debería de aportarse el historial médico del causante, así como informes médicos de expertos en la materia que acrediten estar lastrado por una patología que limita el autogobierno y raciocinio, y, de esta manera destruir la presunción de certidumbre de la que goza el juicio notarial.
2. Las donaciones realizadas a Dña. Marta por parte de su padre seis meses antes de morir, serían válidas siempre y cuando estas no perjudiquen la legítima de su hermano, en el caso en que se perjudique la legítima de D. Pablo deberían ser reducidas en tanto en cuanto permitan obtener lo que por ley le corresponde. Si bien es cierto que, en caso de que su legítima se vea perjudicada, en primer lugar, deberían ser reducidos los bienes dejados en concepto de legados, e incluso anular dichos legados de ser necesario. Asimismo, dado que D. Pedro no dispuso de la colación de ninguna de las donaciones, en el momento de la computación, tendrán que ser traídas a colación todas las donaciones realizadas, e imputar dichas donaciones a la legítima de Dña. Marta, en lo que excedan de esta, se imputarán al tercio de libre disposición, y en lo que se exceda, se imputarán al tercio de mejora. En

caso de que, una vez valorados los bienes, la legítima de D. Pablo no quedara cubierta, sería Dña. Marta la que compensaría a D. Pablo hasta cubrir su parte de legítima. Ahora bien, si se da el caso de que existen mas bienes en el caudal hereditario de los que no tenemos conocimiento, podría darse el caso de que las donaciones fueran totalmente válidas por no perjudicar la legítima que le corresponde a su hermano.

3. En lo que a la titularidad de las cuentas corrientes y los FIM, de los que eran titular, D. Pedro y su hija Dña. Marta, habría que acudir a solicitar al banco los movimientos y certificaciones realizados en los mismos, para, así acreditar si los fondos o participaciones contenidas en los mismos, pertenecen a los dos indistintamente, o solamente a uno de ellos. Si tales documentos solicitados al banco acreditaran que todos los ingresos pertenecían a D. Pedro, estos pasarían al caudal hereditario y serían de propiedad de Dña. Marta puesto que así lo dispone el testamento.
4. Respecto a la impugnación de la partición, no cabe que D. Pablo la impugne como tal, sin embargo, si tendrá la facultad de ejercitar el complemento de legítima, para, que, de este modo, en caso de que atendiendo al caudal hereditario y valor de la herencia, su parte de legítima no haya sido satisfecha y las donaciones y legados dejados tanto a Dña. Marta como a su hijo, perjudiquen su legítima, se reduzcan o anulen según lo que proceda, para, de este modo modificar, adicionar o subsanar errores en la partición, sin que se produzca la nulidad o rescisión y haya que realizar una nueva. Aunque, de nuevo, cabe la posibilidad de que existan más bienes dentro del caudal hereditario de los que no tenemos conocimiento, si esto es así, podría darse la circunstancia de que la legítima de D. Pablo no quede perjudicada, puesto que, de este modo, existirían bienes en el caudal hereditario que permiten satisfacer la cuota que le corresponde por ley, y, como consecuencia, no procedería el complemento de legítima.

7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

- ALVENTOSA DEL RIO, J. En: CHAPARRO MATAMOROS, P. BUENO BIOT, A. y VERDA Y BEAMONTE J. *“La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021, de 2 de junio”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022.
- AZNAR DOMINGO, A. y MARTÍN SUÁREZ, S., *“La legítima y la acción de reducción de las donaciones inoficiosas”*. La Ley, 2018.
- BERMEJO PUMAR, M. *“Instituciones de derecho privado”*, Coordinador general: Juan Francisco Delgado de Miguel. Civitas: Thomson-Reuters, Madrid, 2005.
- CASANUEVA SÁNCHEZ, I. *“La nulidad parcial del testamento”*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., *“La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad”* Hay derecho, Expansión, 2021.
- DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN., *“Guía práctica de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad: ley 8/2021, de 2 de junio: normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas y jurisprudencia”*. Sepín. Madrid. 2021.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., *“Sistema de derecho Civil”*, Volumen IV, Décima edición, Tecnos, 2018.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *“La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”* Diario La Ley, n.º 9961, Sección Tribuna, 2021.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *“El ejercicio de la capacidad jurídica: Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio”*. Civitas: Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra. 2021.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. PÉREZ BUENO, L. Y DE LORENZO GARCÍA, R. *“La discapacidad: una visión integral y práctica de la ley 8/2021, de 2 de junio”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022.
- HERMIDA BELLOT, B., *“Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho de otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021”*, Actualidad jurídica Iberoamericana, n.º Extra 17, 2, 2022.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *“Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil”*, Marcial Pons, 2019.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. *“Partición y colación”*. En: Bércovitz Rodríguez-Cano, R.. Manual de Derecho Civil. Sucesiones. Bercal, Madrid, 2018.
- MESA MARRERO, C., *“La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales”*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- NIETO ALONSO, A., *“Reseña bibliográfica a CAROLINA MESA REMERO: La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales”*, Revista de Derecho Civil, vol. V, n.º 1, 2018.
- OSSORIO MORALES, J., *“Manual de Sucesión testada”*, Comares, Granada, 2001.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., *“La Capacidad Para Testar, Especial Referencia al Testador Anciano”*, Civitas: Thomson Reuters, Navarra, 2006.
- ROMERO COLOMA, A.M. *“La capacidad de testar”*, Bosch, Barcelona, 2007.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *“La partición de la herencia (II)”*. Sánchez Calero, Francisco Javier. Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones, Edición novena, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- VALLS, J.M., En: MONTSERRAT PEREÑA, V., HERAS HERNÁNDEZ, M.M., NÚÑEZ NÚÑEZ M. *“El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio”*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2022.
- VAQUER ALOY, A, *“La protección del testador vulnerable”*, ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc. II.
 - *“Libertad de disponer y testador vulnerable”*, en CUENA CASAS, M. (coord.), ANGUITA VILLANUEVA, L.A., ORTEGA DOMÉNECH, J., *“Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa”*, 2013.
 - *“Libertad de testar y libertad para testar”*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- VERDERA IZQUIERDO, B. *“La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias”*, Thomson, Madrid, 2011.

WEBGRAFIA

- <https://www.iustel.com/>
- <https://www.legaltoday.com/>
- <https://www.notariado.org/portal/>
- <https://insignis-aranzadidigital.es.ponton.uva.es/maf/app/welcome?count=7&stid=trailSearch&stnew=true>
(Aranzadi)
- <https://noticias.juridicas.com/>
- <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

8. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

Autos

- ATS 4042/2016 del 11 de mayo. (ECLI:ES:TS:2016:4042A).
- ATS 5825/2018 de 30 de mayo. (ECLI:ES:TS:2018:5825A).
- ATS 4794/2014 de 3 de junio. (ECLI:ES:TS:2014:4794A).
- ATS 6139/2018 de 6 de junio. (ECLI:ES:TS:2018:6139A).

Sentencias

- STS 5437/1970 de 7 de diciembre. (RJ 1970/5437).
- STS 5097/1980 de 31 de mayo. (ECLI:ES:TS:1980:5097).
- STS 1326/1984 de 12 de julio. (ECLI:ES:TS:1984:1326).
- STS 441/1985 de 1 de julio. (ECLI:ES:TS:1985:432).
- STS 9040/1989 de 17 de marzo. (ECLI:ES:TS:1989:9040).
- STS 6498/1995 de 19 de diciembre. (ECLI:ES:TS:1995:6498).
- STS 6001/1996 de 31 de octubre. (ECLI:ES:TS:1996:6001).
- STS 1499/1999 de 4 de marzo. (ECLI:ES:TS:1999:1499).
- STS 5814/2000 de 13 de julio. (ECLI:ES:TS:2000:5814).
- STS 1031/2001 de 15 de febrero. (ECLI:ES:TS:2001:1031).
- STS 5118/2002 de 9 de julio. (ECLI:ES:TS:2002:5118).
- STS 8741/2002 de 21 de diciembre. (ECLI:ES:TS:2002:8741).
- STS 1735/2003 de 14 de marzo. (ECLI:ES:TS:2003:1735).
- STS 5646/2005 de 18 de septiembre. (ECLI:ES:TS:2005:5646).
- STS 728/2006 de 22 de febrero. (ECLI:ES:TS:2006:728).
- STS 6614/2006 de 8 de noviembre. (ECLI:ES:TS:2006:6614).
- STS 822/2007 de 11 de enero. (ECLI:ES:TS:2007:822).
- STS 3237/2007 de 14 de mayo. (ECLI:ES:TS:2007:3237).
- STS 5013/2007 de 15 de junio. (ECLI:ES:TS:2007:5013).
- STS 6397/2007 de 4 de octubre. (ECLI:ES:TS:2007:6397).
- STS 7453/2007 de 21 de noviembre. (ECLI:ES:TS:2007:7453).

- STS 210/2008 de 24 de enero. (ECLI:ES:TS:2008:210).
- STS 1726/2008 de 5 de mayo. (ECLI:ES:TS:2008:1726).
- STS 7691/2009 de 21 de diciembre. (ECLI:ES:TS:2009:7691).
- STS 43/2010 de 21 de enero. (ECLI:ES:TS:2010:43).
- STS 6046/2011 de 28 de septiembre. (ECLI:ES:TS:2011:6046).
- STS 277/2012 de 20 de enero. (ECLI:ES:TS:2012:277).
- STS 1589/2012 de 12 de marzo. (ECLI:ES:TS:2012:1589).
- STS 6957/2012 de 11 de octubre. (ECLI:ES:TS:2012:6957).
- STS 505/2013 de 15 de febrero. (ECLI:ES:TS:2013:505).
- STS 4755/2013 de 20 de marzo. (ECLI:ES:TS:2013:4755).
- STS 4794/2014 de 3 de julio. (ECLI:ES:TS:2014:4794A).
- STS 3690/2014 de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3690).
- STS 4981/2014 de 25 de noviembre. (ECLI:ES:TS:2014:4981).
- STS 195/2015 de 22 de enero. (ECLI:ES:TS:2015:195).
- STS 1414/2015 de 19 de febrero. (ECLI:ES:TS:2015:1414).
- STS 4912/2015 de 10 de septiembre. (ECLI:ES:TS:2015:4912).
- STS 1627/2016 del 8 de abril. (ECLI:ES:TS:2016:1627).
- STS 936/2018 de 15 de marzo. (ECLI:ES:TS:2018:936).
- STS 2756/2018 de 20 de julio. (ECLI:ES:TS:2018:2756).
- STS 2179/2019 de 27 de junio. (ECLI:ES:TS:2019:2179).
- STS 2854/2019 de 17 de septiembre. (ECLI:ES:TS:2019:2854).
- STS 3531/2019 de 5 de noviembre. (ECLI:ES:TS:2019:3531).
- STS 2367/2021 de 21 de junio. (ECLI:ES:TS:2021:2367).
- STS 3596/2021 de 27 de septiembre. (ECLI:ES:TS:2021:3596).
- STS 3770/2021 de 19 de octubre. (ECLI:ES:TS:2021:3770).
- STS 1387/2022 de 4 de abril. (ECLI:ES:TS:2022:1387).

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ Navarra 21/2009 de 29 de enero. (ECLI:ES:TSJNA:2009:21).

Audiencias Provinciales

- SAP Asturias 1934/2002 de 13 de mayo. (ECLI:ES:APO:2002:1934).
- SAP Cantabria 917/2004 de 27 de abril. (ECLI:ES:APS:2004:917).

- SAP Orense 1190/2004 de 29 de diciembre. (ECLI:ES:APOU:2004:1190).
- SAP A Coruña 434/2009 de 18 de marzo. (ECLI:ES:APC:2009:434).
- SAP Pontevedra 2871/2013 de 2 de diciembre. (ECLI:ES:APPO:2013:2871).
- SAP Las Palmas 1266/2015 de 2 de junio. (ECLI:ES:APGC:2015:1266).
- SAP Barcelona 5425/2015 de 10 de junio. (ECLI:ES:APB:2015:5425).
- SAP Jaén 966/2015 de 6 de noviembre. (ECLI:ES:APJ:2015:966).
- SAP Alicante 1711/2017 de 9 de mayo. (ECLI:ES:APA:2017:1711).
- SAP Vizcaya 1218/2017 de 26 de junio. (ECLI:ES:APBI:2017:1218).
- SAP Lugo 306/2018 de 3 de mayo. (ECLI:ES:APLU:2018:306).
- SAP Barcelona 5646/2018 de 12 de julio. (ECLI:ES:TSJCAT:2018:5646).
- SAP Madrid 12081/2018 de 17 de julio. (ECLI:ES:APM:2018:12081).
- SAP León 1159/2018 de 13 de noviembre. (ECLI:ES:APLE:2018:1159).
- SAP Madrid 14902/2021 de 20 de diciembre. (ECLI:ES:APM:2021:14902).

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

- SJPII de Tafalla 1137/2021 de 23 de noviembre. (ECLI:ES:JPII:2021:1137).