



Roj: **SAP SE 854/2013 - ECLI: ES:APSE:2013:854**

Id Cendoj: **41091370052013100102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **05/03/2013**

Nº de Recurso: **2478/2012**

Nº de Resolución: **105/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO SANZ TALAYERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA**

### **Sección Quinta**

**Rollo Nº 2478.12 -F**

Nº. Procedimiento: 438/09

Juzgado de origen: Primera Instancia 2 de Dos Hermanas (Sevilla)

### **SENTENCIA**

#### **ILMOS. SRES.MAGISTRADOS**

D. JUAN MÁRQUEZ ROMERO

D. CONRADO GALLARDO COREA

D. FERNANDO SANZ TALAYERO

En Sevilla a 5 de marzo de 2013

VISTOS por la Sección Quinta de esta Iltra Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario nº 438/09, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Dos Hermanas, promovidos por D<sup>a</sup> Amelia y D<sup>a</sup> Guillerma representadas por el Procurador D. Salvador Arribas Monge contra D<sup>a</sup> Valle , D. Esteban y D. Luciano representados por el Procurador D. Roberto Hurtado Muñoz; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 2 de Junio de 2011 .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "*Estimando la demanda presentada por Dña. Amelia y Dña. Guillerma , representadas por el Procurador de los Tribunales D. Salvador Arribas Monge, frente a Dña. Valle , D. Esteban y D. Luciano , representados por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Hurtado Muñoz, se DECLARA nulo el testamento abierto otorgado por D. Jesús María el 27 de julio de 2.004, ante el Notario D. José Ojeda Pérez, número de protocolo 3.134, procediendo, en consecuencia, la apertura de la herencia abintestato, con imposición de las costas procesales a la parte demandada. Por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo*".

**PRIMERO.-** Notificada a las partes dicha resolución y apelada por los citados litigantes, y admitido que les fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 10 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.



**SEGUNDO.-** Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día 5 de Marzo de 2013 quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

**TERCERO.-** En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FERNANDO SANZ TALAYERO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Mediante el escrito inicial de estas actuaciones las hermanas Amelia y Guillerma ejercitaron una acción de nulidad del testamento abierto otorgado el día 27 de julio de 2004 por su hermano D. Jesús María , que falleció el 25 de septiembre de 2008, contra la también hermana D<sup>a</sup> Valle y los hijos de ésta D. Esteban y D. Luciano , instituidos heredera y legatarios respectivamente en el mencionado testamento. Fundaban su pretensión en que D. Jesús María fue incapacitado por Sentencia dictada el 20 de abril de 1994 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Dos Hermanas , disponiendo el artículo 663 del Código Civil que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Los demandados se opusieron a la pretensión alegando esencialmente que el testador vivió siempre en el domicilio paterno en compañía de sus padre y de su hermana Valle , el cónyuge y los hijos de ésta. Que la demanda de incapacitación la instó D<sup>a</sup> Amelia . Que nunca se le nombró tutor a D. Jesús María , que su incapacitación no se inscribió en el Registro Civil, y que nunca se adoptaron medidas para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio, habiéndose conducido D. Jesús María durante todos esos años como si nunca hubiese sido declarado judicialmente incapaz. Asimismo afirmaban que la actitud de las demandantes va en contra de sus propios actos porque D. Jesús María otorgó junto a ellas el 14 de junio de 2002 acta de declaración de herederos abintestato de su padre.

La Sentencia de instancia estima la demanda y declara nulo el testamento. Contra esta Resolución se alzan los demandados mediante un recurso en el que reiteran los mismos argumentos alegados en la instancia para oponerse a la demanda, y solicitan que se declare válido y eficaz el testamento otorgado por D. Jesús María .

**SEGUNDO** .- La Sentencia apelada resuelve con acertados fundamentos tanto en la apreciación de los hechos como en la valoración de la prueba y en los razonamientos jurídicos la controversia planteada, no siendo desvirtuada la fundamentación de la Resolución recurrida por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición de la apelación, que vuelven a reiterar lo ya expuesto en la instancia, a lo que da acertada respuesta la Resolución combatida.

La cuestión que se planteó en este pleito es la de determinar si el testador D. Jesús María tenía el día 27 de julio de 2004, fecha en la que otorgó el testamento cuya nulidad se pide, capacidad para realizar válidamente tal acto de voluntad. Los apelantes sostienen que sí, que en el momento del otorgamiento D. Jesús María no estaba incapacitado porque hacía vida normal y actuaba con plena capacidad desde su incapacitación judicial.

Pero el hecho de que D. Jesús María hiciera vida normal y actuara como si no estuviera incapacitado no tiene trascendencia jurídica en cuanto a la declaración sobre la validez del testamento, en tanto en cuanto la parte demandada no acredite que en el momento del otorgamiento tuviera lucidez suficiente y capacidad para otorgar libre y voluntariamente sus últimas voluntades.

Conforme al artículo 663 del Código Civil están incapacitados para testar los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. D. Jesús María estaba incapacitado por Sentencia judicial desde el 20 de abril de 1994. Esta Sentencia declaraba que D. Jesús María "padece desde la edad de 17 años Psicosis maniaco depresiva, que evoluciona de forma cíclica con fases de remisión, enfermedad que es incurable y crónica, manifestándose anualmente con varios episodios maníacos que requieren internamiento en centro psiquiátrico."

Cierto es que conforme al artículo 666 del Código Civil , para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Y cierto es también que la jurisprudencia tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, y por consecuencia ha de presumirse su capacidad en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección. Y también declara la jurisprudencia que la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente juicio declarativo.

Pues bien, ante la realidad de la declaración judicial de incapacitación de D. Jesús María , ya no puede aplicarse la presunción de capacidad del otorgante del testamento. Y si bien es cierto que para apreciar su capacidad ha de estarse al tiempo de otorgar el testamento, quien sostenga que el declarado incapaz estaba lúcido en el



momento del otorgamiento tiene la carga de probar que, efectivamente, se encontraba en estado de lucidez y actuaba libre, voluntaria y conscientemente, con capacidad de raciocinio. Prueba que, desde luego, no se ha realizado en estas actuaciones por la parte demandada.

Además, en este caso es aplicable el artículo 665 del Código Civil, que dispone que siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

En este caso no se realizó este reconocimiento previo del declarado judicialmente incapaz. Cuando D. Jesús María acudió a la Notaría a otorgar testamento acompañado de su hermana, la demandada D<sup>a</sup> Valle, cuya presencia ha quedado acreditada por la declaración testifical del Notario D. José Ojeda Pérez, no se informó al Notario de que el otorgante estaba declarado incapaz. Por ello no se observó el procedimiento del art. 665 Código Civil y no se hizo un reconocimiento médico previo al otorgante.

D<sup>a</sup> Valle afirma en la contestación a la demanda que tuvo conocimiento del proceso de incapacitación de su hermano al tiempo de recibir la demanda que nos ocupa en solicitud de la nulidad del testamento, y en la prueba de interrogatorio también ha declarado que desconocía la incapacidad judicial de su hermano. Pero estas afirmaciones son inverosímiles y no puede dárseles credibilidad porque no es razonable que conviviendo durante toda la vida con su hermano en el mismo domicilio, no tuviese conocimiento desde el año 1994 de que su hermano, del que conocía su enfermedad mental padecida desde los 17 años, había sido declarado incapaz por sentencia judicial. Incapacitación judicial que, sin embargo, sí que conocían personas extrañas a la familia, como D. Melchor que declaró como testigo y manifestó que D. Jesús María le comentó que estaba incapacitado y que dependía de sus hermanas. Así pues, la demandada no ha sido veraz ni en la contestación a la demanda ni en la prueba de interrogatorio. Lo que fue una línea de conducta en la prueba, pues, como antes hemos dicho, también negó que acompañase a su hermano al Notario a otorgar testamento, y dijo que éste fue solo al Notario, cuando ha quedado acreditado que D<sup>a</sup> Valle acompañó a su hermano para realizar el acto de última voluntad.

La persona que ha sido incapacitada por resolución judicial puede otorgar testamento si se encuentra después en un intervalo de lucidez, es decir, con sus facultades intelectivas y volitivas recobradas, y es consciente en el momento de testar de la materialidad y de la trascendencia del acto que realiza. Pero para ello es requisito necesario que dos facultativos reconozcan previamente al testador y respondan de su capacidad.

En definitiva, la declaración judicial de incapacidad de D. Jesús María no impedía que hubiera podido otorgar testamento válido si hubiera recuperado temporalmente la plena conciencia y voluntad. Pero para ello es preciso observar lo dispuesto en el art. 665 del Código Civil y que sea reconocido por dos facultativos que respondan de su capacidad, lo que en este caso no se hizo, habiendo ocultado la demandada D<sup>a</sup> Valle al Notario la incapacitación de D. Jesús María. Y, por otro lado los demandados no han hecho una prueba en estas actuaciones que acredite que, no obstante la declaración judicial de incapacidad, D. Jesús María en el momento de otorgar su testamento estaba lúcido, con plena capacidad de raciocinio y libre voluntad de querer.

**TERCERO.-** Aluden los recurrentes también a la intervención del Notario que dió fe de la capacidad del testador. Pero la afirmación hecha por el Notario en este sentido puede ser destruida por pruebas demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio. El artículo 685 del Código Civil establece que el Notario deberá asegurarse de que a su juicio, el testador tiene capacidad legal necesaria para testar. Las manifestaciones del Notario autorizante constituyen una presunción *juris tantum* de aptitud, que puede destruirse mediante prueba en contrario.

Esa prueba existe en autos, tanto por la sentencia de incapacitación, de cuya situación no fue informado en Notario, como ya hemos dejado expuesto, como por la prueba documental médica que sobre la enfermedad mental de D. Jesús María obra en autos. Prueba que ha sido muy bien valorada por la Juez *a quo*, y entre la que debe destacarse el informe de asistencia relativo al ingreso psiquiátrico de D. Jesús María el 13 de octubre de 2004 (el testamento se había otorgado en julio de ese año) en el que se indica que "desde hace meses presenta descompensación que ha respondido mal a los ajustes farmacológicos, y presentando efectos secundarios de la misma de carácter moderado" (documental al folio 315 de las actuaciones). Ingreso que vuelve a producirse el 17 de abril de 2006 y el 12 de septiembre de 2006.

**CUARTO.-** Los apelantes alegan como último motivo de su impugnación la teoría de que nadie puede ir contar sus propios actos, considerando que las demandantes van contra sus actos porque nunca interfirieron en las actos cotidianos de D. Jesús María y permitieron que continuara actuando con capacidad plena durante catorce años, sin impugnar ningún acto jurídico realizado por el mismo.



Estos argumentos carecen de toda razón y fundamento. La situación de incapacidad de una persona, declarada judicialmente, no puede ser convalidada o enervada porque los familiares próximos mantengan una actitud de pasividad ante los actos que realice el incapaz. La incapacitación de una persona determina la nulidad de todos los actos jurídicos que realice sin la asistencia de su tutor o representante legal. Ninguna persona, salvo el tutor o representante legal, puede validar actos del incapaz realizados sin la necesaria asistencia. La pasividad de los familiares ante los actos jurídicos realizados por el incapaz, ni convalida esos actos ni supone un reconocimiento de su capacidad de obrar, ni está dentro de sus facultades otorgarle o reconocerle una capacidad de obrar que una sentencia judicial ha declarado que no tiene.

Además, el otorgamiento de un testamento es un acto unilateral de declaración de voluntad del testador, en el que ninguna intervención tienen las demandantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2000, dice que la doctrina de los actos propios para su correcta aplicación precisa "la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica; para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido, que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior". Ninguna facultad jurídica asiste a las hermanas del incapacitado para con sus actos modificar su situación de incapacitación, que sólo puede ser dejada sin efecto o modificado su alcance si sobrevienen nuevas circunstancias mediante un nuevo proceso judicial, a través de la correspondiente sentencia que se dicte ( art. 761 de la LEC ).

**QUINTO.** - Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación, con confirmación de la Sentencia recurrida y expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 398-1 y 394 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que **desestimando el recurso de apelación** interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Hurtado Muñoz en nombre y representación de los demandados **D<sup>a</sup> Valle , D. Esteban y D. Luciano**, contra la Sentencia dictada el día 2 de junio de 2011, por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 2 de Dos Hermanas (Sevilla), en los autos de juicio ordinario N<sup>o</sup> 438/09, de los que dimanar estas actuaciones, **debemos confirmar y confirmamos** íntegramente la citada Resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Y, en su día, devuélvase las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON FERNANDO SANZ TALAYERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.