



Roj: **SAP LE 325/2015 - ECLI: ES:APLE:2015:325**

Id Cendoj: **24089370012015100057**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2015**

Nº de Recurso: **95/2015**

Nº de Resolución: **61/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA: 00061/2015

ROLLO 95/2015

ORDINARIO 322/2014

JUZGADO: PONFERRADA 7

SENTENCIA Nº 61/2015

ILMOS. SRES:

D. Manuel García Prada.- Presidente

D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado

Dª. Ana del Ser López.- Magistrada

En León a Veintisiete de Marzo de 2015.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num. **95/2015**, en el que han sido partes **Dª Nuria** , representada por el procurador D. Manuel Astorgano de la Puente y asistida por la letrada Dª María del Carmen Esteban Amoril, como **APELANTE**, y **Dª Patricia** , representada por la procuradora Dª Beatriz Fernández Rodilla y asistida por el letrado D. Ángel-Alejandro Suárez Blanco, como **APELADA**. **Interviene como Ponente del Tribunal para este trámite el ILTMO. SR. DON Ricardo Rodríguez López.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En los autos nº 322/2014 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 7 de PONFERRADA se dictó sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014 , cuyo fallo, literalmente copiado dice: " *Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Astorgano de la Puente, quien actúa en nombre y representación de DOÑA Nuria , contra: DOÑA Patricia , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Macias Amigo, y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la demandada, DOÑA Patricia , de todas las pretensiones dirigidas contra ella en este procedimiento con todos los pedimentos favorables inherentes a esta declaración y sin hacer expresa imposición de costas* " .

SEGUNDO .- Contra la precitada Sentencia se interpuso recurso de apelación por Dª Nuria . Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a la apelada que lo impugnó en tiempo y forma. Sustanciado el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron en legal forma las partes en el plazo concedido al efecto. Por el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López, y se remitieron las actuaciones a la



Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal, en la que tuvieron entrada el día 20 de marzo de 2015. Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24 de marzo de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida desestima la acción ejercitada para declaración de nulidad del testamento otorgado por D^a María Rosa , en el que se instituye heredera universal a su sobrina D^a Patricia .

La parte actora interpuso recurso de apelación para pedir la revocación de la sentencia porque la testadora había sido incapacitada judicialmente y carecía de capacidad para testar.

SEGUNDO .- Por sentencia firme de fecha 11 de mayo de 1999 se acordó la incapacitación total de la testadora, y en ella se dice: " *Del examen del presunto incapaz y del dictamen de especialista se desprende que DOÑA María Rosa , padece secuelas psíquicas de meningo-encefalitis infantil no filiada, en forma de retraso Mental de grado profundo, con cociente intelectual aproximado de 30 y edad mental de tres años y medio, intenso eretismo emocional, no presenta deficit motores* " (fundamento segundo). Y también se dice: " *la incapacidad debe ser total, debiendo ser representado en todos sus actos por el representante legal* " (fundamento tercero).

Añade este tribunal que se otorgó ante notario testamento abierto en el que por aquel se emitió juicio de capacidad desconociendo la existencia de la sentencia de incapacitación y sin pedir dictamen de facultativos para comprobar el grado de discernimiento y de control volitivo de la testadora.

A) Nulidad del testamento por infracción de normas legales.

En el hecho sexto de la demanda se dice: " *solicitamos la nulidad del testamento [...] por [...] carecer el testamento de requisitos esenciales, no consta el reconocimiento previo al otorgamiento de dos facultativos* ". Y en los fundamentos de derecho se invocan los artículos 662 , 663 y siguientes del Código civil , entre los que se encontraría el artículo 665 que es en el que se exige dictamen de dos facultativos para el otorgamiento ante notario del testamento por todo aquel que haya sido incapacitado judicialmente: " *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* ".

Se trata de una norma imperativa de control formal para garantizar la validez del testamento, por lo que su contravención conlleva la nulidad del acto de otorgamiento (artículo 6, apartado 3 del Código Civil). La norma contenida en el artículo 665 del CC no es un mero requisito de forma porque no tiene como finalidad la documentación de un acto sino su efectiva realización: si el testador está incapacitado por sentencia firme el notario no puede autorizar el testamento si previamente no emiten dictamen dos facultativos sobre su capacidad para testar. No se trata de privar de la capacidad de testar al incapaz sino de garantizar que el testamento se otorgue cumpliendo unos determinados requisitos. Es un mandato dirigido al notario para el otorgamiento solemne de un acto jurídico sujeto a unos requisitos formales y de control previstos legalmente y que, como se ha indicado, no se refieren a la mera documentación sino a la viabilidad del otorgamiento. Por eso, cuando al notario se le preguntó en el acto del juicio si sabía que la testadora estaba incapacitada judicialmente dijo que no, y cuando se le preguntó si hubiera otorgado testamento de haberlo sabido dijo: " *No hubiera podido otorgar ese testamento* " (01:02:13 del segundo vídeo).

En este sentido, la sentencia de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 1 febrero de 2002 (recurso nº 579/2001) dice:

"La doctrina es unánime en calificar al testamento como un negocio jurídico formal o solemne, de modo que solo la declaración de voluntad mortis causa manifestada de la manera expresamente tipificada produce efectos jurídicos.

" *Las S.T.S. de 8 marzo de 1975 , 18 de junio de 1986 , y 25 de abril de 1991 declaran el carácter esencialmente solemne que presenta el testamento en nuestro ordenamiento, de suerte que para que sea válido y eficaz se hace preciso que sean observadas en su otorgamiento cuantas formalidades establece al efecto en el Capítulo primero, título tercero, libro tercero del C.Civil. Se sigue una línea jurisprudencial iniciada de antiguo, que señalaba como momento de referencia el del otorgamiento para la concurrencia de los requisitos formales; y la imposibilidad de suplir por los medios probatorios ordinarios la omisión de las formalidades legales.*

" **SEGUNDO.-** *Entre las formalidades que es preciso observar en su otorgamiento, si fuere el caso, se encuentra la prevención contenida en el art. 665 del C.Civil para apreciar la capacidad del testador, cuando ha sido declarado judicialmente incapaz.*



Establece este precepto 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 estos respondan de su capacidad".

"La otorgante doña Amparo fue judicialmente declarada incapaz por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos con fecha 5 de enero de 1990 , que disponía su incapacidad para la administración de sus bienes.

"Nada decía, afirmativa o negativamente, de su capacidad para testar, pero, no por ello, puede deducirse su capacidad para otorgar testamento. Precisamente, para integrar esta falta de pronunciamiento expreso sobre la misma. -"sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar", dice el art. 665 del C.Civil - esta norma especial determinar cómo y de qué manera debe actuarse para apreciar tal capacidad, que no puede suplirse de manera alguna, ni por quien debe hacerlo, que es el Notario autorizante con los dos facultativos que respondan de la capacidad del otorgante.

"Como señala la STS de 7 de octubre de 1982 , recogiendo el parecer doctrinal mas generalizado y reiterada jurisprudencia anterior, que este precepto y las garantías que establece, convienen a quien ha sido judicialmente declarado incapaz y por ello no puede conceptuársele autor de una manifestación de voluntad consciente, de suerte que en los demás supuestos basta con que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que a su juicio tiene el testador la lucidez necesaria para testar, conforme dispone el art. 685 C.Civil .

"TERCERO : En el presente caso, pese a estar declarada judicialmente incapaz la otorgante del testamento, y no contener pronunciamiento sobre su capacidad para testar, no se observaron las formalidades prevista en el art. 665 del C.Civil para comprobar tal capacidad para testar. La situación jurídica objetiva era esta, con independencia de lo que la propia otorgante conociera o ignorara o el Notario autorizante, que desconocía la declaración judicial de incapacidad que afectaba a la testadora -desde luego, no consta otra cosa-

"[...] La inobservancia de la formalidad legal, determinada preceptiva e imperativamente, supone el desconocimiento de si la otorgante tenia la capacidad necesaria para testar, de lo que depende la validez y eficacia de su acto dispositivo mortis causa.

"Finalmente, señalar que este procedimiento no puede convertirse en una instancia revisora del procedimiento de incapacidad y desconocer los efectos de cosa juzgada que despliega la resolución recaída en el mismo de una manera firme, en el que se constata una base de hecho justificativa de la aplicación de la cautela prevista legalmente "

Y en el mismo sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 12 mayo 2006 (recurso nº 175/2006): " La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada ya que pese a estar declarada judicialmente incapaz la otorgante del testamento, y no contener pronunciamiento sobre su capacidad para testar, no se observaron las formalidades previstas para comprobar tal capacidad para testar. La inobservancia de la formalidad legal, determinada preceptiva e imperativamente, supone el desconocimiento de si la otorgante tenia la capacidad necesaria para testar, de lo que depende la validez y eficacia de su acto dispositivo mortis causa "

B) Efecto indirecto o reflejo de la cosa juzgada.

La sentencia dictada en el proceso de incapacitación no produce efecto de cosa juzgada prejudicial o positivo porque no acuerda expresamente nada acerca de la capacidad de testar que no puede quedar sujeta a representación, por lo que se sustrae al específico ámbito fijado en la sentencia de incapacitación. El artículo 665 del Código Civil , además, contempla expresamente la posibilidad de otorgar testamento por aquellos que han sido incapacitados, aunque la condicione al cumplimiento de determinados requisitos.

Sin embargo, sí es de aplicación del denominado efecto indirecto o reflejo de la cosa juzgada proclamado en múltiples sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo: " La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987 , 3 de noviembre de 1993 , 27 de mayo de 2003 , 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000) " (STS, Sala 1ª, de fecha 24 de junio de 2014, recurso nº 957/2012).

De la sentencia de incapacitación podemos extraer el siguiente hecho probado: la testadora padecía secuelas psíquicas de meningo-encefalitis infantil no filiada, en forma de retraso Mental de grado profundo.

Tal y como indicó la médica que declaró como testigo en el acto del juicio la paciente era " crónica " y que las secuelas " no suelen ser reversibles ", aunque matizó que se pueden recuperar.

Lo que en la sentencia de incapacitación se califica como un retraso mental de grado profundo no puede, con el paso del tiempo, convertirse en un retraso de grado leve o moderado, y las limitaciones que en la



sentencia de incapacitación se evaluaron como generadoras de un cociente intelectual del 30%, equiparables a una edad mental de tres años y medio, no pueden en una sentencia ulterior soslayarse para sostener lo contrario. Una enfermedad crónica deja un daño cerebral no se puede recuperar. Podrá mejorar la habilidad emocional y social, e incluso avanzar en la preparación para afrontar problemas de tipo intelectual básico, pero el daño cerebral sigue siendo el mismo. Por eso no es lógico que un cociente intelectual del 30% y una edad mental equiparable a tres años y medio en el año 1999 (fecha de la sentencia de incapacitación) pueda evolucionar tanto como para considerar que en el año 2010 supere de manera sensible el cociente intelectual o que la edad mental pueda evaluarse por encima de los 14 años. No cabe duda que en una vida sencilla y controlada la testadora pudiera haber mejorado su adaptación para superar necesidades básicas cotidianas y de simple ejecución con cuidados y superación en un entorno elemental, pero si tanta fue la recuperación que experimentó no se entiende que no se solicitara en su día la recuperación -al menos parcial- de la incapacidad. En lugar de ello, en el año 2011, quien fue instituida heredera en el testamento promovió juicio declarativo para que se la nombrara tutora de la incapaz.

Se funda la sentencia -en buena medida- en la declaración de la médica de familia que atendía a la testadora. Sin poner en cuestión el papel fundamental que desempeña en la sanidad la labor del médico de familia, se trata de un médico generalista que ofrece una asistencia primaria e integral, pero un diagnóstico y evaluación definitivo y especializado sobre las secuelas derivadas de una meningo-encefalitis no corresponde a un médico de familia sino a especialista en psiquiatría o, en su caso, neurología. Su opinión siempre será relevante pero no hasta el punto de entrar en contradicción abierta con lo expuesto por dos psiquiatras cuyos dictámenes, además, han sido fundamento de una sentencia de incapacitación sin que respecto de ellos se formulara tacha u objeción. Menos aún cuando por un Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Atención a Minusválidos de León, dependiente de la Junta de Castilla y León, se le atribuyó a finales de 1999 un grado de discapacidad global del 76%, calificando el retraso mental como moderado (no leve). Otro tanto cabe decir respecto de la enfermera que atendió a la testadora, que podrá ofrecer datos sobre lo que presencié pero no pueden fundar una evaluación del alcance de las limitaciones de la paciente. A partir de las declaraciones de una y otra se podrá extraer como consecuencia un mayor grado de integración de la incapaz en su entorno y hasta un mayor grado de capacidad para afrontar problemas cotidianos, pero en modo alguno puede servir para afinar el concreto grado de capacidad de la testadora.

La médica de familia y la enfermera reconocen las serias dificultades de D^a María Rosa , pues ambas aluden a su retraso mental, y también aluden a sus severas limitaciones: en la sentencia recurrida se refleja que la médica dijo que "era capaz de tomar decisiones en cierta medida" y que la enfermera dijo que " *era un poco border line pero no hasta el punto de no entender* ". Pues bien, sus apreciaciones nos dan cuenta de un cierto grado de discernimiento y capacidad, pero de sus declaraciones no se puede extrapolar qué margen de capacidad reconocer a la incapaz. Por ello, aunque la médica dijo que no "la veía que fuese como un niño de tres años y medio" tampoco indica, con una supuesta evolución favorable, qué edad mental pudiera tener o qué grado de capacidad atribuirle, sin que sea suficiente una genérica mención enunciativa de " *leve moderado* " sin saber qué representa o indicar por que se llega a tal conclusión.

En cuanto a la vida independiente que desarrolló la incapaz se ha de entender en un marco básico de convivencia con sus padres o de quien fue su tutora (Amelia). Esta falleció en el año 2010, por lo que desde que María Rosa fue incapacitada judicialmente estuvo supeditada a la tutela de Amalia, para finalmente residir con la última tutora que se le designó, con lo que su supuesta vida independiente no fue tal. No se pone en cuestión que atendiera a sus padres, pero a la vez que los atendía ellos cuidaban y velaban por ella. Que realizara labores asistenciales no significa que sus limitaciones intelectuales y emocionales no fueran significativas: se pueden realizar tareas de cuidado de otra persona y ser de fácil manipulación a la hora de responder a estímulos emocionales o no comprender actos que van más allá de labores cotidianas, como lo pueda ser un testamento, que puede parecer un acto sencillo pero la incapacitación no se funda solo en la comprensión de las cosas por la incapaz sino también en su control emocional y, sobre todo, volitivo. La voluntad férrea de disponer "mortis causa" requiere el otorgamiento del testamento por quienes disponen de un control emocional y sobre su toma de decisiones que permita superar posibles influencias directas o trascender a un entorno que dirija su voluntad en un determinado sentido. Además, aunque el testamento sea algo "sencillo", el acto jurídico en si mismo (voluntad de disponer sobre sus bienes a su fallecimiento) no lo es tanto porque requiere una madurez emocional y personal que, según el Código Civil, se corresponde con personas de más de 14 años (663.1 del Código Civil).

Por último, en la sentencia se da por supuesto que la incapaz sabía leer y escribir y que tenía estudios primarios, pero ni la médica ni la enfermera hicieron tal aseveración. Dijeron que creían que así era porque figuraba tal anotación en la historia clínica, pero si realmente fuera cierto podría la parte demandada haber aportado -o solicitado que se aportara- algún tipo de certificado de escolaridad. Es más, el notario dice que al firmar



detectó claridad en la indicación del nombre, pero no así respecto del apellido: "La firma es una firma legible sobre todo en cuanto al nombre [...] el apellido ya es un poco más..." (alarga esta última palabra con reticencia).

Todos los datos apuntados nos pueden llevar a admitir un cierto grado de desarrollo por encima del indicado en el dictamen del doctor Ismael que fija una edad mental de tres años y medio. Pero toda la prueba practicada no conduce a suponerle tampoco una edad mental superior a los 14 años, que es cuando un se alcanza un grado relevante de comprensión del entorno y de control de la voluntad, aunque todavía por desarrollar, pero suficientemente alto como para tomar decisiones con conocimiento y control. Si su edad mental fuera superior a 14 años no tendría sentido una incapacitación o, al menos, una incapacitación total como la acordada. Pues bien, si no llegaba a superar esa edad mental, aunque solo sea por equivalencia con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 663 del Código Civil, tampoco estaría capacitada para testar.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, procede declarar la nulidad del testamento otorgado el día 26 de marzo de 2010, pero no puede este tribunal acceder a la nulidad del otorgado el día 31 de mayo de 2001 porque no está aportado a los autos; ni siquiera mediante copia. Desconocemos si este testamento se otorgó con dictamen de facultativos y, en relación con la capacidad de la testadora, esta sentencia podrá producir efecto de cosa juzgada prejudicial o meramente reflejo -cuestión esta que habrá de valorar en su momento quien pudiera conocer de la acción ejercitada para declarar la nulidad de dicho testamento- pero no se puede anticipar -sin más- la decisión a adoptar sobre el fondo del asunto. Todo ello sin olvidar que se desconoce quién ha podido ser designado heredero en dicho testamento, y si es persona diferente a la actualmente demandada no se puede extender a ella -sin más- el efecto de cosa juzgada que de esta sentencia se derive, que solo vincula directamente a quienes son parte en este proceso. Por todo ello, la estimación de la demanda ha de ser solo parcial.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Y en cuanto a las costas de la primera instancia será de aplicación lo dispuesto por el artículo 394 de la LEC, conforme dispone el artículo 397 del mismo texto legal. Al ser parcial la estimación de la demanda no procede condena al pago de las costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por D^a Nuria contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, **la REVOCAMOS y dejamos sin efecto y, en su lugar, acordamos ESTIMAR EN PARTE la demanda presentada con los siguientes pronunciamientos:**

1.- Se declara la NULIDAD del TESTAMENTO otorgado por D^a María Rosa con fecha 26 de marzo de 2010 ante el notario de Ponferrada D. Rogelio Pacios Yáñez con número de protocolo 575.

2.- No ha lugar a declarar la NULIDAD del testamento que se pudiera haber otorgado el día 31 de mayo de 2001 al no constar quien fue designado heredero y si ha sido parte en el presente procedimiento.

Todo ello con expresa condena de cada una de las partes al pago de las costas causadas a su instancia y al pago por mitad de las comunes, si las hubiere, de las que se hubieren generado en la primera instancia.

Y sin expresa imposición de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto.

Se acuerda devolver a la parte apelante la totalidad del depósito constituido para interponer el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, más otros 50 euros si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.



El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ