



Roj: **SAP Z 665/2016 - ECLI: ES:APZ:2016:665**

Id Cendoj: **50297370052016100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **14/03/2016**

Nº de Recurso: **92/2016**

Nº de Resolución: **154/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00154/2016**

**SENTENCIA Nº 154/2016**

**ILMOS. Señores:**

**Presidente:**

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

**Magistrados:**

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA a catorce de marzo de dos mil dieciséis.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 383/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **92/2016**, en los que aparece como parte apelante, D. Teodoro , representado por el Procurador de los tribunales, D. FERNANDO MAESTRE GUTIERREZ, asistido por el Letrado D<sup>a</sup> PILAR BARRAU HERRERO, y como parte apelada, D. Armando , representado por el Procurador de los tribunales, D. JUAN FERNANDO TERROBA MELA, asistido por el Letrado D. JUAN MELA LASALA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. SR. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la **resolución** apelada de fecha 23-12-2015, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Maestre Gutierrez, en nombre y representación de Teodoro , contra D. Armando , debo absolver y absuelvo al demandado de todos los pedimentos que inicialmente se formulaban en su contra. En cuanto a las costas procesales, se imponen a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de D. Teodoro se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 7 de marzo de 2016.



**CUARTO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

**PRIMERO .-** El demandante insta ante su hermano la pretensión de nulidad del testamento otorgado por su fallecida madre y en el que ésta dispuso para el actor un legado de 1.000 euros y una plaza de aparcamiento y nombró heredero universal al demandado. La causa que ampara tal pretensión es la de la capacidad de la testadora en el momento del otorgamiento ( 6-11-2014 ), por su grave deterioro mental.

**SEGUNDO .-** La oposición del demandado se fundamenta en la presunción de capacidad que no habría sido destruida por la prueba practicada en el juicio. Tesis que recoge la sentencia de primera instancia, que desestima la demanda. Y ante la que se alza el actor considerando que ha habido errónea valoración de la prueba.

**TERCERO.-** Esta cuestión ha de enfocarse desde un punto de vista jurídico trayendo a colación las reglas de especial aplicación que la jurisprudencia ha ido concretando y que esta sección 5ª ya recogió en su Sentencia 449/2007, 13-7 .

Así razona que " **SEGUNDO.-** Para estudiar y valorar la prueba practicada, consideramos preciso el establecer previamente los criterios legales que imperan en materia testamentaria. En primer lugar, se establece una presunción iuris tantum de capacidad del testador, como consecuencia de que a toda persona ha de reputársele en su cabal juicio, como atributo normal de su ser ( Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1995 , 27 de enero y 12 de mayo de 1998 ), lo que aboca necesariamente a la máxima del "favor testamenti". Así se desprende del artículo 662 del Código Civil .

*En segundo lugar, y emana con fluidez de lo anterior, la prueba de que el testador no se hallaba en condiciones físicas o mentales de testar, le corresponde a quien lo invoca, a fin de destruir esa presunción "iuris tantum". Prueba que ha de ser "evidente y completa", "muy cumplida y convincente", de "fuerza inequívoca" ( Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1951 , 16 de febrero de 1945 y 20 de febrero de 1975 ), con "cumplida demostración" (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998 ).*

*Y, en tercer lugar, que el momento en el que hay que discernir la capacidad de testar es, precisamente, aquél en que se realiza dicha función, ni antes ni después. Aunque el "antes" y el "después" puedan servir para valorar la capacidad de ese momento crucial ( Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 , 31 de marzo de 2004 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de 30 de diciembre de 2005 ).*

**TERCERO.-** Todo lo cual nos lleva al elemento esencial de esta litis: la intervención del Notario autorizante del testamento. Los artículos 685 y 696 del Código Civil obligan al fedatario público a constatar -a su juicio- que el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar. Otorgando a esa comprobación una gran relevancia -el artículo 685 habla de "asegurarse"-, aunque referida a un juicio de capacidad propio y personal, no de especialistas, como exige el artículo 665 del Código Civil para detectar los intervalos lúcidos de los declarados incapaces ( Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 ), que no es el caso que ahora nos ocupa.

Resulta reveladora la doctrina que respecto a la función notarial recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 . Razona así: " Cuando se requiere la presencia del Notario para otorgar testamento, el fedatario se encuentra en un primer momento -es al que se refiere el citado artículo 685 -que le impone una extremada atención, consecuenta al contacto directo y personal con el otorgante, en cuanto que tiene que dictaminar su capacidad de obrar en relación al acto jurídico que pretende llevar a cabo, por lo que ha de hacer una calificación que suele ser inmediata, respecto a su idoneidad para poder testar.

*El texto legal utiliza el vocablo procurar, que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa ( Sentencias de 23 de marzo de 1940 y 21 de junio de 1986 ).*

*La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665 ..... Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del*



*documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluya, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del Código Civil , al disponer que hará siempre constar el Notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido.*

*Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y mas aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad".*

**CUARTO.-** Reitera estos principios la reciente S.T.S. 435/2015, 10-9 , que recoge la doctrina de la Sentencia de Pleno de 15-1-2013 , profundizando en la revitalización del principio del "*favor contractus*", como elemento consolidado de canon hermeneutico y elemento decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo; de lo cual también participa el principio del "*favor testamenti*". Exigiéndose así una *prueba concluyente* sobre la falta de capacidad de la testadora en el momento del otorgamiento del testamento impugnado.

**QUINTO.-** Y es, precisamente esa prueba la que ha de valorarse de nuevo, conforme requiere el apelante, en el contexto del art. 456 LEC .

La causante, D<sup>a</sup> Sonsoles se divorció de su esposo el 28-6-2001 , habiendo otorgado *testamento mancomunado* el 4-6-1996 , que se hallaba vigente y sin revocar. En el cual ambos cónyuges se otorgaban recíprocamente facultad fiduciaria y se instituía herederos a ambos únicos hijos por partes iguales.

**SEXTO.-** La prueba practicada podemos dividirla en dos apartados, las testificales y las periciales.

En cuanto a las primeras, las testigos Sras. Carina (cuidadora) y Guadalupe (vecina del hijo actor) relatan una situación de memoria y cognitiva bastante deteriorada. Aquélla, cuidadora de la Sra. Sonsoles , afirmó que el primer año de los tres que estuvo (por tanto, 2012 ) sí que podía hacer la compra y dormía sola en su casa. En 2013 y 2014, ya no. Era ella la que manejaba el dinero y se quedó, como interna, a dormir con D<sup>a</sup> Sonsoles . El primer año si que recordaba donde vivía, luego ya no, confundía su vivienda con la de la testigo, o viceversa, y -a pesar de que se mostraba contenta cuando hablaba con alguna vecina- luego, enseguida se olvidaba de todo.

Tampoco parece que supiera que iba a ir al Notario cuando su hijo fue a buscarla, según relata la testigo.

El mismo relato de olvido recoge la vecina del demandado. Aunque llevaba tiempo sin hablar con ella, sí recuerda que siempre le preguntaba por sus padres (los de Sra. Guadalupe ), a pesar de que ya hacía 6 años que habían muerto.

**SEPTIMO.-** La Letrada Sra. Constanza , aunque no conocía a la causante, pues era amiga sólo de la esposa de Armando , y vivía en San Sebastián, sí afirmó conocer que D<sup>a</sup> Sonsoles tenía demencia, pues incluso valoró incapacitarla, pero entendió que la situación no era para tanto. Tenía informes médicos que le pasó su amiga ( Luisa ), que no puso en conocimiento de la Notaría, a la que mandó una minuta del testamento en la que ambos hijos heredaban por igual, eliminando únicamente la mención y posibles derechos del ex esposo de la testadora.

**OCTAVO.-** Por fin, la empleada de la notaría, Sra. Yolanda , fue clara en su exposición. Tenía redactada una minuta o borrador de testamento distribuyendo la herencia por mitades iguales entre ambos hermanos. Entones alguien -no identificado en la testifical, nadie se lo pregunta- dijo a la testigo que había que cambiar el testamento, salió a preguntárselo a la Sra. Sonsoles y dijo que sí lo quería así y añadió que el resto "para este hijo que es el que está conmigo".

De lo que se infiere que alguien (posiblemente la esposa de D. Armando , pues éste nunca habló con la testigo) indicó a ésta el cambio y la empleada del notario lo ratificó con la testadora. No preguntándole qué quería sino si así lo quería.

No relata la parte demandada en qué momento la Sra. Sonsoles les hizo saber cómo y por qué había cambiado de opinión. Tampoco explican cómo, cuándo y en qué forma se gestó la aceptación por parte de D<sup>a</sup> Sonsoles de hacer un nuevo testamento para eliminar las consecuencias del de 1996 respecto a su ex marido.

**NOVENO.-** Esta dudosa situación debe de dar paso al análisis de las *periciales médicas* .

En este sentido, no se puede desconocer que la documentación médica recoge un deterioro progresivo de la Sra. Sonsoles desde el año 2006 (lagunas). En 2007 se habla de demencia tipo Alzheimer probable; en 2009 empeoramiento del déficit de memoria; en 2011 demencia tipo Alzheimer en tratamiento, concediéndole discapacidad el IASS del 68%, 60% por un trastorno cognitivo de etiología degenerativa. Durante 2012 sigue en tratamiento por dicho proceso. También fue tratada por cuadros sincopales. El 12-11-2014 se habla de *demencia mixta* (vascular y degenerativa tipo Alzheimer).

Los tests que se le efectuaron dieron una valoración de demencia leve o moderada (Minimental State Examen), y 4 el test del reloj (el mínimo es 6) y 6 en el método GDS (olvidos de nombres, posible incapacidad de contar números, posible desorientación respecto a su entorno, aunque recuerda su nombre y distingue a sus familiares de los desconocidos, presenta alteraciones de la afectividad).

No obstante, hasta 2013 podía y realizaba algunas compras y pasaba la noche sola (testifical de su cuidadora).

**DECIMO.-** Todos estos datos objetivos, para el Dr. Erasmo suponen una demencia senil desde 2009 (quizá desde 2007) con una vascular añadida desde finales de 2012, con cuadros sincopales. Considera que habiendo sido su último examen el día 12-11-2014 (6 días después de la firma del testamento) con un resultado de *demencia moderado-severa* (f. 48 de los autos), ésta debió de ser la situación del día del otorgamiento del acto de última voluntad.

Con esto concluye, que sí es posible que hubiera dicho en la notaría lo relatado. Que sí puede mostrar la capacidad *psico-afectiva* , pero no la *cognitiva* . Porque su voluntad era *influenciable* . Demencia grave concluyó.

Tenía esa *demencia* , no delirios. La demencia no tiene momentos de lucidez. El tratamiento de las demencias es para ralentizar el deterioro, no para curar.

**UNDECIMO.-** El Dr. *Justiniano* , considera que fallan los tests, pero eso está relacionado con la memoria próxima, no con la capacidad de juicio y con la memoria afectiva, que resulta imborrable.

Coinciden, pues, ambos peritos en la posibilidad real y científica de que afectivamente pudiera inclinarse a favor de un hijo. Discrepen -no abiertamente- respecto a la capacidad cognitiva. El primero lo niega y el segundo manifiesta dudas.

**DUODECIMO.-** En estas circunstancias, es preciso conectar tales resultados científicos con las testificales de la Sra. Carina y Yolanda .

Si bien esta última manifestó que la testadora le dijo que sí quería que el testamento fuera tal y como exponía la empleada de la notaría, esto no supone sino una mera aserción a unos datos que podía comprender en ese momento o estar de acuerdo por la afectividad reseñada. Pero en un contexto cognitivo deteriorado e influenciado (admitido incluso por Don. Justiniano , pág. 3, primer párrafo). Además, la testigo, obviamente no es experta en limitaciones cognitivas, ni su intervención fue lo suficientemente amplia como para obtener otras impresiones.

Todo lo cual entra en contradicción con lo que manifestó la cuidadora que convivía durante 24 horas al día con D<sup>a</sup> Sonsoles . Lo que le otorga un plus importante de conocimiento de la realidad mental de aquélla.

Y, por fin, no queda circunstanciado el desarrollo concreto del cambio de opinión. Si es que hubo una primera voluntad de testar.

Tampoco conocemos el alcance de las indagaciones de la Sra. Notario. Pero sí tenemos la certeza de que de haber conocido la realidad médica de la testadora -que no le fue facilitado- hubiera declinado la firma. Fue tajante su empleada al respecto. Lo que coincide, además, con el concepto de incapacidad para testar del art. 663-2º Cc . Y con la prevención que, ante la duda, obliga al Notario, de asesorarse de facultativos previamente a firmar la escritura ( art. 665 Cc .).

**DECIMOTERCERO.-** En consecuencia, considera este tribunal que ha quedado destruida la presunción de capacidad de la testadora. Por lo que procede anular el testamento. Estimando la demanda y el recurso.

Si bien, como reconoció la citada S.T.S. 435/15, 10-9 , la situación no se presentaba diáfana y sólo tras el desarrollo del juicio se ha concluido en el sentido expuesto. Lo que permite no hacer condena en costas en ninguna instancia ( art. 394 y 398 LEC ).

**VISTOS** los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

**FALLO**



Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de D. Teodoro , debemos revocar la sentencia apelada. Y estimando la demanda, declarar la nulidad del testamento otorgado por D<sup>a</sup> Sonsoles el día 6-11- 2014, ante la notaria D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Torres Serrano (nº de protocolo 2.705). Sin hacer condena en las costas de ninguna instancia. Devuélvase el depósito.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ