



Roj: **SAP GC 1599/2015 - ECLI: ES:APGC:2015:1599**

Id Cendoj: **35016370052015100375**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **5**

Fecha: **30/07/2015**

Nº de Recurso: **562/2012**

Nº de Resolución: **348/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MONICA GARCIA DE YZAGUIRRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000562/2012

NIG: 3501630120080024218

Resolución: Sentencia 000348/2015

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001852/2008-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Rita Alejandro Valido Farray

Apelado Eloy Alejandro Valido Farray

Apelado Victoria Alejandro Valido Farray

Apelado Pio Víctor Leoncio Rodríguez Grau-bassas Tomas Ramirez Hernandez

Apelado Josefa Juan Carlos Winter Althaus Maria Trinidad Leyva Jimenez

Apelado Mercedes Alejandro Valido Farray

SENTENCIA

Illtmos. Sres.

Presidente:

D. Víctor Caba Villarejo

Magistrados:

D. Carlos Augusto García van Isschot

Dª. Mónica García de Yzaguirre (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 30 de julio de 2015.



SENTENCIA APELADA DE FECHA: 17 de enero de 2012

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: Dña. Josefa , Dña. Mercedes , Dña. Rita , D. Eloy y Dña. Victoria , por un lado; y, Don Gonzalo y Don Jaime , por otro.

VISTOS, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA, los recursos de apelación admitidos a la parte demandante y a la parte codemandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 17 de enero de 2012 , en autos de Juicio Ordinario 1852/2008, seguido el recurso, por un lado, a instancia de Dña. Josefa , Dña. Mercedes , Dña. Rita , D. Eloy y Dña. Victoria , representados por el Procurador D. Alejandro Valido Farray, y dirigidos por el Letrado D. Emilio Blanco Martínez; y por otro a instancia de D. Gonzalo y D. Jaime , representados por el Procurador Don Félix Esteva Navarro y asistidos del Letrado Don Carlos Trujillo Morales; teniendo ambas partes la condición de apelantes y apelados.

Son únicamente parte apelada Doña Petra , representada por el Procurador Don Félix Esteva Navarro y asistida del Letrado Don Carlos Trujillo Morales; y Don Pio , representado por el Procurador Don Tomás Ramírez Hernández y que actuó en su propia defensa en su condición de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice: " I. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña Josefa , doña Mercedes , doña Rita , don Eloy y doña Victoria contra doña Virginia , don Gonzalo , don Jaime y don Pio :

a) Declaro la nulidad de la estipulación del testamento de 14 de noviembre de 2000, relativa al pago a los demás herederos y a la forma de llevarlo a cabo, del importe del exceso de adjudicación que resulte a favor del demandado Gonzalo , si se le adjudica la farmacia, condenando a los demandados a estar y pasar por esta nulidad y a respetarla en las operaciones particionales, con las consecuencias recogidas en el Fundamento de Derecho Séptimo

b) Declaro la nulidad de la escritura pública autorizada por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Julián el día 29 de marzo de 2006, con el número 1.035 de su protocolo, por la que Pio , con la aquiescencia de doña Virginia , adjudica a Gonzalo el 75% de los derechos que pertenecían a don Oscar y su esposa en la Oficina de farmacia sita en la calle Alicante, número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración. Manteniendo la validez de la entrega del legado del 5%.

c) Declaro la nulidad del "Cuaderno Particional de los Bienes quedados al fallecimiento de don Oscar ", incluidos la división y adjudicación de la sociedad de gananciales que rigió durante el matrimonio formado por don Oscar y doña Virginia y el contrato de arrendamiento con opción de compra sobre los locales de la calle Alicante número 6 donde se ubica la oficina de farmacia Juan Padrón, suscrito por los demandados Pio , don Gonzalo , don Jaime y doña Virginia , y protocolizado ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Julián el día 23 de julio de 2007, con el número 2.133 de su protocolo, así como la nulidad de los actos realizados y las inscripciones practicadas en ejecución de lo protocolizado en esta misma escritura, condenando a los demandados a estar y a pasar por la anterior declaración.

d) Declaro que en las operaciones de división de la sociedad de gananciales habida entre don Oscar y su esposa doña Virginia y, en su caso, en las operaciones de partición y adjudicación de la herencia de don Oscar , deben ser inventariados e incluidos el ajuar y los muebles y demás objetos de valor existentes en el patrimonio de los interesados, condenando a los demandados a estar y a pasar por esta declaración y a realizar las operaciones de inventario, avalúo, partición y adjudicación necesarias para hacerla efectiva.

e) Condeno a los demandados Gonzalo y Jaime , a rendir cumplida cuenta de la administración de la herencia que han venido realizando desde el momento del fallecimiento del padre, don Oscar , hasta el día de la fecha, y a entregar y poner a disposición de la viuda y de los demás herederos, los saldos resultantes de la referida administración.

II. Condenar a doña Josefa , doña Mercedes , doña Rita , don Eloy y doña Victoria al pago de las costas de la acción deducida contra doña Petra .

III. Cada parte abonará el resto de las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Esta sentencia no es firme, y contra ella cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, que se interpondrá en este Juzgado en el plazo de 20 días desde su notificación, y se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Para lo cual deberá realizarse la



consignación de la suma de 50 euros, de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por escrito presentado por el Procurador Don Alejandro Valido Farray en fecha 21 de mayo de 2014 se puso en conocimiento de la Sala que la inicialmente demandada y apelada Doña Virginia , había fallecido el día 22 de enero de 2014, adjuntado certificado de defunción y testamento abierto otorgado el 19 de diciembre de 2002 ante el notario de esta capital Don Julián . Requerida la referida parte se aportó certificado de últimas voluntades acreditativo de que el testamento aportado era el último de la finada, estando ya personados en el procedimiento todos los herederos testamentarios de la misma, por lo que, por providencia de 22 de julio de 2014 se acordó el cese de la representación de la Procuradora que lo había sido de la fallecida.

TERCERO.- Y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, se señaló inicialmente para estudio votación y fallo para el día 22 de septiembre de 2014. Por providencia de 6 de mayo de 2015 advertido error en la tramitación del recurso formulado por la parte demandante inicial se concedió plazo de subsanación para consignación de depósito para recurrir al Procurador señor Valido Farray, acordándose por providencia de 11 de mayo siguiente la suspensión del señalamiento. Por providencia de 14 de mayo de 2015 se tuvo por subsanado el defecto advertido teniendo a dicho Procurador por personado en la representación de Doña Josefa , Doña Mercedes , Doña Rita , y Don Eloy , en el concepto de apelantes y apelados. Por providencia de 15 de mayo de 2015 se señaló para deliberación votación y fallo el día 25 de mayo de 2015.

CUARTO.- Es Ponente de la sentencia la Ilma. Sra. Dña. Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alzan los demandantes iniciales y parte de los demandados frente a la sentencia dictada en la primera instancia que estimó parcialmente la demanda inicial, reproduciéndose en definitiva en esta alzada de forma plena el debate habido en la primera instancia.

Los demandantes recurren la sentencia reiterando las cuestiones aducidas en la demanda y que no fueron acogidas por el Juez de Instancia, a saber:

- 1.- La naturaleza privativa y no ganancial de los derechos que correspondían al causante Don Oscar , en la oficina de Farmacia situada en la calle Alicante número 6 de Las Palmas de Gran Canaria.
- 2.- La nulidad del testamento de fecha 14 de noviembre de 2000, por falta de capacidad del testador, en su defecto por captación de su voluntad, y, en todo caso, por infracción de las solemnidades testamentarias.
- 3.- La nulidad de la escritura pública de 22 de noviembre de 2000 de venta de un porcentaje de la farmacia, por falta de capacidad de Don Oscar o, en su defecto, por captación de su voluntad.
- 4.- La nulidad de la escritura de entrega de legado de 29 de marzo de 2006 en lo que se refiere al legado del cinco por ciento de la oficina de Farmacia.
- 5.- La condena en costas a la parte actora contenida en la sentencia de instancia respecto de las que se le han seguido a la demandada Doña Petra , esposa del demandado Gonzalo .

Por su parte la representación de los demandados Don Jaime y Don Gonzalo recurren la sentencia dictada en la primera instancia en cuanto a todos los pronunciamientos que se contienen en la misma acogiendo pretensiones de la demanda inicial.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza privativa o ganancial de la oficina de farmacia. Alegaciones de la parte recurrente.

Coincide la parte actora apelante con la sentencia de instancia en cuanto a que, para determinar la naturaleza privativa o ganancial de la Oficina de Farmacia que regentaba don Oscar debemos estar a las normas del Código Civil sobre la sociedad de gananciales.

Parte esta apelante de la afirmación de la sentencia de instancia de que la Oficina de Farmacia que adquirió en su día por traspaso don Oscar , cuando aún no había contraído matrimonio con doña Virginia , sita en la Plaza Santa Ana número 1 de esta ciudad, era un bien privativo.



No comparte, sin embargo, la recurrente, el que al producirse el cambio de ubicación nos encontramos con un establecimiento mercantil diferente, y que el traslado es realmente la fundación de un establecimiento mercantil diferente, como afirma el Juez a quo.

Relata esta apelante que en 1950, en estado de soltero, y con el precio obtenido de la venta de unas tierras heredadas de su tío abuelo don Cayetano (a los folios 154 a 162, documentos 3 y 4 de la demanda, obra certificado de actos de última voluntad y testamento de aquél), don Oscar abrió su propia oficina de Farmacia en la Plaza Santa Ana, 1 de esta capital, adquiriéndola por traspaso de don Florentino .

Se remite la parte al certificado de la Secretaria Oficial del Colegio de Farmacéuticos de Las Palmas aportado como documento 2 de la demanda (folio 153), cuya apertura tuvo lugar el 15 de mayo de 1951.

Considera la actora recurrente que el Certificado del Colegio acredita que el 4 de junio de 1976 don Oscar trasladó la oficina a la calle Granadera Canaria número 10. Igualmente consta resolución de fecha 20 de diciembre de 1996 de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de Salud por la que se autoriza la cesión de una parte indivisa y cotitularidad de la Oficina de Farmacia sita en calle Granadera Canaria, núm 10 a favor de Don Gonzalo . Finalmente, don Oscar trasladó la Farmacia a cuatro locales comerciales de su propiedad, situados en la calle Alicante, número 6 de Las palmas de Gran Canaria, extendiéndose el acta de apertura correspondiente el 20 de octubre de 1997.

Argumenta la parte demandante recurrente que la sentencia confunde dos cuestiones distintas, la autorización o licencia de apertura y explotación de la Oficina de Farmacia de la que era titular don Oscar , que siempre ha sido única, con el hecho de que la Oficina de Farmacia haya tenido distintas ubicaciones.

A juicio de esta parte existió y sigue existiendo una única licencia o autorización administrativa de apertura de Farmacia, y con dicha licencia se ha ejercido la actividad en locales diferentes de manera única, no simultánea, por lo que considera que siempre ha existido una única farmacia regentada por don Oscar , pues jamás se han podido regentar dos locales de manera simultánea, pues ni existen dos licencias ni lo permite la normativa colegial.

Insiste la parte que lo relevante es la propia autorización o licencia, frente a los criterios de la sentencia de instancia que da mayor relevancia a la ubicación física de la farmacia, los locales que ocupa, la clientela, etc.

Al entender de esta apelante lo económicamente valioso y que constituye la base económica del negocio, y es objeto de cesión, traspaso o venta, es la propia autorización o licencia de apertura, que es lo que constituye el grueso del valor del fondo de comercio. Opina esta representación que los locales donde se ubica son secundarios, los enseres y existencias también son intercambiables, y la clientela influye en la rentabilidad pero la normativa sobre ubicación y distancia entre farmacias suele garantizar una clientela mínima, por lo tanto lo que se traspasa, se cede y se negocia es esencialmente la propia licencia. Estima la recurrente que es la licencia de apertura la que determina la fundación del establecimiento, el cambio de ubicación o local, no determina la fundación o apertura de un nuevo negocio, y ello porque la licencia es la misma y el negocio continúa siendo explotado por el mismo farmacéutico titular.

Aduce la parte que la sentencia de instancia no distingue claramente entre conceptos diferentes:

- La Oficina de Farmacia, adquirida el año 1950, es privativa;
- Los rendimientos generados por la explotación de la farmacia, desde que don Oscar contrajo matrimonio en el año 1952 y hasta su fallecimiento, han sido gananciales.
- Los locales donde se ha ubicado la farmacia han tenido títulos diversos. Los locales de la calle Alicante fueron adquiridos por los cónyuges constante matrimonio y tienen carácter ganancial, pero no puede confundirse, a su entender, la naturaleza de la Oficina de Farmacia, con la naturaleza de los locales donde se ubica.

En orden a la aplicación de los artículos 1.345 , 1.346.1 ° y 1.347.5° CC (y su precedente 1401.1° CC) al presente caso, argumenta la parte apelante que la sentencia de instancia basa la calificación de ganancial de este bien en la aplicación del último de los preceptos citados, el cual exige la concurrencia de dos requisitos para reputar una empresa o establecimiento como ganancial:

- 1.- Que hayan sido fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges;
- 2.- Que se haya hecho a expensas de los bienes comunes.

Entiende esta parte que en este caso no se da ninguno de estos requisitos, puesto que la Farmacia la adquirió y la puso en marcha don Oscar cuando aún estaba soltero y pagó el precio del traspaso con la venta de un finca recibida en herencia, y tras contraer matrimonio don Oscar nunca adquirió ninguna otra Farmacia ni medió ninguna otra autorización o licencia, aunque cambiara de ubicación.



En cuanto a la cita por la sentencia del artículo 1.354 CC niega la parte que concurra en este caso el supuesto de la norma, ya que desde el matrimonio todos los rendimientos eran gananciales, y, además, la consecuencia jurídica del precepto no llevaría a la ganancialidad de la Farmacia sino a la existencia de un proindiviso entre la sociedad de gananciales y el propio don Oscar , cuestión que nadie ha planteado en este pleito.

En cuanto a la cita del artículo 1.355 CC por la sentencia apelada tampoco sería, al entender de la actora apelante, de aplicación, pues permite a los cónyuges atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, por lo que quedan excluidos de su ámbito los bienes adquiridos antes del matrimonio, cuyo carácter privativo no se puede mudar.

Señala esta parte que la calificación legal de privativos viene determinada por el tiempo de su adquisición y no puede ser transformado en ganancial ni siquiera por convenio entre los esposo, con cita de las STS de 16 de octubre de 1999 y de 17 de abril de 2002 .

Respecto a la propia consideración de los cónyuges sobre el carácter ganancial de sus derechos puramente civiles sobre la Oficina de Farmacia, la recurrente da otra lectura a los actos citados en la sentencia, pero sobre todo, a su juicio, lo importante es que la consideración de los interesados es en este punto irrelevante, ya que frente a la práctica notarial cuando surge un conflicto lo que debe hacerse es aplicar las normas sustantivas del Código Civil.

Aborda seguidamente la parte actora apelante la gestión de la Oficina de Farmacia mediante el expediente de la sociedad civil. Considera esta parte que el hecho de que don Oscar decidiera transmitir una participación de la Farmacia a su hijo y decidiera gestionar dicha farmacia a través de una sociedad civil no resulta relevante a efectos de este pleito.

Entiende la parte que si se quiere dar relevancia a la estructura societaria debe hacerse con todas las consecuencias, pues existen dos opciones, o en el patrimonio de don Oscar existen participaciones sociales o hay Oficina de Farmacia, y a su juicio ninguna de las partes sostiene la primera opción, debiendo estarse a la realidad subyacente, ni hay que adjudicar participaciones o liquidar una sociedad, sino que hay que estar a la existencia en la herencia de un negocio consistente en una Oficina de Farmacia.

Desde esta perspectiva estima esta parte evidente que no puede traerse a colación la existencia de una sociedad civil como argumento para defender la existencia de una transformación en ganancial de una Farmacia, que en su origen era privativa.

En todo caso aduce la parte que las acciones o participaciones a una sociedad, como explica la STS de 18 de septiembre de 1999 , tendrán la naturaleza privativa o ganancial en función del carácter de la aportación, pero la sociedad creada no será en sí misma ni ganancial ni privativa.

Expone la parte que la creación de la sociedad J. Mendoza, Sociedad Civil Particular, en escritura de 13-11-1996 se debió al temor a que los cambios legislativos pusieran obstáculos o impidieran la transmisión de la farmacia. Por ello la parte considera que en rigor se trató de una cesión prácticamente fiduciaria. Don Oscar se limitó a hacer una cesión simbólica (10%) lo que demuestra que su voluntad fue siempre conservar la titularidad de la farmacia y no cederla o traspasarla a su hijo.

Seguidamente cita la parte en su apoyo determinadas sentencias, entre ellas la STS de 26 de febrero de 1979 , la SAP Las Palmas, sección 3ª, de 19 de mayo de 2008 , y la SAP de Tenerife, Sección 4ª, de 27 de junio de 2005.

TERCERO.- Sobre la naturaleza privativa o ganancial de la oficina de farmacia.

Sobre la aplicación a la naturaleza de la oficina de farmacia de normas puramente civiles, en este caso las relativas a la sociedad legal de gananciales al discutirse el carácter privativo o ganancial de la oficina sita en la calle Alicante número 6 de esta ciudad, con independencia de las normas administrativas, resulta clarificadora la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 27-3-2000, nº 281/2000, rec. 1100/1995 , cuando indica:

<<El motivo primero del recurso, acogido al ordinal 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alega haber sido incorrectamente aplicados los arts. 6.3 y 4 del Código Civil , en relación con el art. 1255 del mismo texto legal y de las normas reguladoras de la apertura, traspaso y ejercicio de la profesión farmacéutica en oficinas de farmacia. En el motivo se combate el pronunciamiento de la sentencia "a quo" que declara, de oficio, la nulidad parcial del documento suscrito por las partes en 26 de enero de 1983, el cual, dice la Sala de instancia,"no puede ser considerado válido como justificante de la adquisición por parte del actor, D. Agustín , de lo que el Real Decreto 909/78 de catorce de abril, denomina oficina de Farmacia, en cuanto a sus elementos no patrimoniales, respecto de los cuales el traspaso y autorización administrativas, están reglados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. En dicho Real Decreto, se establece con carácter taxativo que "solo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia ". Al igual que la Ley General de Sanidad



de 25-4-1986, que en su art. 103 define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público".

El motivo ha de ser estimado. Al igual que en el supuesto contemplado en la sentencia de 8 de marzo de 1995, en el presente caso el objeto del pleito viene "referido únicamente a los pactos de carácter civil y al desenvolvimiento económico de la sociedad irregular, con efectos ad intra, inter partes, asumidos por todos de forma consciente y libre, concurriendo reciprocidad de prestaciones y licitud en el fin, en cuanto puramente negocial y de carácter privado, al que resultan de aplicación tanto el art. 1669 del Código Civil como los demás que se citan con acierto en las sentencias de instancia", añadiendo la sentencia: "y es que en definitiva, la resolución recurrida toma en cuenta los principios rectores de la contratación privada, corolarios de la autonomía de la voluntad, no afectados por las normas puramente administrativas, cuyo cumplimiento, al igual que ocurre con las de carácter fiscal, no deben primar o interferir en los efectos jurídicos del contrato privado querido por las partes y menos aún propiciar que una de ellas trate, con su apoyo, de beneficiarse en perjuicio de la otra, que es lo pretendido ahora, aunque de modo equivocado, por la ahora recurrente, tan infractoras de aquellas normas administrativas como los demás intervinientes en las relaciones jurídico privadas". Refiriéndose al Real Decreto 909/1978, la sentencia de 17 de octubre de 1987, dice que se trata de "una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia", y, después de exponer la doctrina de esta Sala sobre la nulidad de pleno derecho, dice esta sentencia de 1987 que "conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las que participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto "la levedad del caso así lo permite". Análogo criterio informa la doctrina contenida en la sentencia de 31 de diciembre de 1997 y en las por ella citadas al decir que "en estos supuestos (se refiere a la titularidad de un estanco) como en los similares de Administración de Loterías, que corresponden a actuación monopolista del Estado, esta Sala de Casación Civil ha declarado que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración que no excluye la civil, en esta caso plural, a favor de los litigantes".

Con palabras de la sentencia de 26 de febrero de 1979, "lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad o intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades inherentes al mismo, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica de una farmacia y si, en el presente caso, se trata o no de un bien ganancial" y después de afirmar que "las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964", dice esta sentencia de 26 de febrero de 1979 "y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico entendido como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recurrida expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dichos local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad negocial".>?>

Sin que se trate de un supuesto idéntico, es sin embargo significativa la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 16-6-2006, nº 644/2006, rec. 4130/1999, en cuanto en un supuesto de una farmacia cuya explotación se inició por el esposo un año y tres meses antes de contraer matrimonio, separándose de hecho a los diez años aproximadamente, y después de la separación judicial y divorcio, el farmacéutico vendió la farmacia (que era la misma), considerándose ganancial el negocio.

<< El tema central del proceso, en la medida en que ha llegado a casación, se concreta en la inclusión como bien ganancial de una farmacia:

- (1º) Como negocio y su fondo de clientela y arraigo.
- (2º) Como conjunto de existencias.
- (3º) Como beneficio consistente en una cantidad en metálico existente.

Es preciso partir de los datos objetivos que consigna la sentencia de primera instancia, aceptados por la de la Audiencia Provincial, Sección 2ª de León:

- a) El demandado D. Luis Pedro de profesión farmacéutico, empezó a explotar la farmacia abierta en Villares de Orbigo el 15 de octubre de 1982.
- b) Los hoy litigantes contrajeron matrimonio el 15 de enero de 1984.



c) Desde el 20 de diciembre de 1993 los cónyuges vivieron separados como se constata en el fundamento primero de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 1994 del Juzgado núm. 7 en proceso de separación.

d) En fecha 17 de octubre de 1996 se dictó sentencia en el proceso de divorcio.

e) El 12 de enero de 1998, el demandado vendió la oficina de farmacia, desglosándose el precio recibido en los siguientes conceptos, 8.000.000 ptas. por instalaciones, mobiliario y enseres; 3.577.385 ptas. de existencias valoradas a precio de coste; 43.842.000 ptas. por concepto de clientela. La sentencia de Audiencia Provincial modificando ligeramente la cifra del valor de la farmacia como negocio que había fijado la de primera instancia, declaró bienes gananciales: primero, una cantidad como valor del conjunto de existencias de la farmacia al momento de su venta; segundo, una cantidad como valor de los derechos de explotación de la farmacia (como negocio); tercero, una cantidad como beneficio o saldo existente tras la disolución de la comunidad de gananciales.

El demandado en la instancia, D. Luis Pedro ha formulado el recurso de casación, en tres motivos fundados en el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El punto primero, valor de las existencias, se combate en el motivo primero; el punto segundo, el valor de la farmacia como negocio, se discute en los motivos segundo (el aumento de la clientela) y tercero (valoración final de la farmacia).

SEGUNDO.- El motivo primero, como se ha apuntado, combate el valor del conjunto de existencias de la farmacia, que es tenido como ganancial por las sentencias de instancia y, por tanto, queda sometido a la liquidación de la comunidad y a la adjudicación a cada cónyuge -demandante en la instancia y recurrida en casación y demandado y recurrente- por mitad, como deriva del artículo 1344 del Código civil y se desprende del concepto y naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales. Las sentencias de instancia -de primera y de segunda- declaran que las existencias fueron adquiridas durante los largos años en que estuvo vigente la comunidad de gananciales, con dinero ganancial, obtenido por el trabajo y la industria de cualquiera de los cónyuges -sea trabajo en la oficina de farmacia, sea trabajo en el propio hogar- tal como dispone el artículo 1347.1º, del mismo código.

En el desarrollo del motivo se alega que al constituirse la oficina o el negocio de farmacia, antes del nacimiento (por el matrimonio: artículo 1345) de la comunidad de gananciales, ya había enseres y existencias, que han sido sustituidas por el conjunto

que queda a su extinción (por sentencia de separación: artículo 1392.3º). Por lo cual, denuncia la infracción de los números 1º, 3º, 5º y 8º del artículo 1346.

Sin embargo, por una parte no acredita -en realidad, ni siquiera intentó su prueba- cuáles eran los muebles y objetos que existían al tiempo de empezar la comunidad de gananciales y que puede afirmar que los aportó a la misma como privativos y por otra parte, no puede discutir en casación una situación fáctica, o lo que es lo mismo, una valoración probatoria que ha hecho la sentencia de instancia. Por lo cual, no aparece infracción alguna de

las normas citadas y el motivo se desestima.>>

La sentencia de la AP Huelva, sec. 1ª, de 9-9-2010, nº 161/2010, rec. 161/2007, señala:

<<En principio, la la apertura y explotación de una Oficina de Farmacia se entiende como una actividad condicionada a la obtención de previa autorización administrativa que se concederá a una persona concreta que haya obtenido el título universitario de Licenciado en Farmacia.

Por todo ello, en este caso, y sin perjuicio de la transmisibilidad reglada a otro un otros farmacéuticos (consagrada por el artículo 4 de la antes calendada Ley especial), no sólo importan la actividad y la infraestructura personal y material que la hace posible, sino también la cualificación profesional del titular de la Oficina de Farmacia y la habilitación administrativa para el ejercicio de la primera, lo que inevitablemente introducirá especialidades cuando uno a ambos cónyuges separados o divorciados explote una de esas oficinas.

El artículo 1347.5º del Código Civil considera gananciales «... (las) empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354...».

Recordemos que textualmente el citado artículo mantiene que «... los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas...».



En la bibliografía especializada se pone de relieve que son, éstos, bienes gananciales «por subrogación», puesto que se parte de la base de tratarse de empresas constituídas durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges y a expensas de los bienes comunes. La «comunidad de costo» deriva en «comunidad de titularidad». Su financiación, constante matrimonio, con bienes exclusivamente privativos les atribuiría esta última naturaleza (aunque fueran gananciales los rendimientos que produjeran) y, en caso de financiación mixta, quedarían sujetas al régimen también mixto establecido por el artículo 1354.

La ganancialidad afecta a la totalidad de la estructura empresarial (considerada como un «universitas») Se califica como privativa o ganancial a la universitas y no a cada uno de los elementos que pueden componerla, con un criterio progresivo que se introduce en la reforma de 1981. Es indiferente que la fundación se realice por uno solo de los cónyuges o por los dos conjuntamente.

Esa idea aparece recogida en la Sentencia de 14 de enero del 2002, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias: «... en nuestro derecho en la regulación de la sociedad de gananciales efectivamente se contempla la empresa individual como un bien unitario, como un único objeto de derecho en los artículos 1347.5º, 1360, 1406.2.º del Código Civil. Objeto unitario que, como señala entre otras la... sentencia del TS de 20 de noviembre de 2000, con cita de precedentes, se entiende como un bien diferente que surge de la organización del empresario de un conjunto de bienes de diversa índole. Por ello la calificación que corresponda al citado bien (privativo o ganancial), de acuerdo con las normas específicas del Código Civil se refiere al conjunto y no cada uno de los elementos que lo componen, bien que tal calificación unitaria no implica que los diferentes elementos pierdan el régimen jurídico que les corresponda. De ahí que la titularidad que recaiga sobre la empresa no hace desaparecer las titularidades de cada uno de los elementos que la integran (RDGRN de fecha 20 de marzo de 1986).

(La cita ha de entenderse hecha a la Sentencia 281/2000, de 27 de marzo, que invoca la doctrina que reitera la de 26 de febrero de 1979, en la que, a propósito de la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica de una farmacia, para dilucidar si, en el caso revisado, se trataba o no de un bien ganancial, después de afirmar que «... las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964...», añade, reproduciendo palabras de la sentencia invocada como precedente: «... y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico entendido como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recurrida expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dichos local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad negocial...».)

La sentencia antes calendada de la Audiencia Provincial de Asturias invoca la doctrina establecida por la Sentencia 469/2003, de 14 de mayo, que se ocupa de la naturaleza del determinado negocio de farmacia, distinguiendo en él «... dos facetas.

La primera, viene determinada en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene una elementos no patrimoniales respecto a los cuales el traspaso y autorización administrativa, están regulados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Pues bien, en dicho Real Decreto, se establece con carácter taxativo que "solo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia". Al igual que la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que en su artículo 103, define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

Todo ello aparece concretado en la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1987, que dice que el Real Decreto 909/1978 es "una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia "...»

Y a continuación señala que la «... segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia que comprende el local de negocio en el que asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia. Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1347 del Código Civil. Centrando ya la cuestión, haya que decir, en contra de la tesis de la sentencia recurrida, que la farmacia puede ser estimada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o un establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales... ».>>



La parte recurrente se muestra conforme con la doctrina que recoge la sentencia apelada, y que se expone asimismo en este fundamento, pero considera se ha aplicado erróneamente al presente caso, puesto que se parte de un elemento fáctico distinto al defendido por la parte.

En definitiva la representación de la parte demandante recurrente afirma que existe identidad de Oficina de Farmacia entre la abierta por el causante don Oscar , en la Plaza de Sana Ana número 1 de esta capital con autorización obtenida el 3 de octubre de 1950, es decir, antes del matrimonio, y la Oficina de Farmacia de la calle Alicante número 6, también de esta ciudad, abierta el 20 de octubre de 1997, y que continúa explotándose al fallecimiento del mismo, que tuvo lugar el 25 de julio de 2005.

Precisamente dos días antes del fallecimiento de don Oscar , entró en vigor la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias (B.O.C. 143, de 22.7.2005).

La Sala, sin embargo, no comparte la visión de la parte recurrente, y sí la que expone el Juez a quo en la sentencia apelada.

La única identidad que guardan los establecimientos a que se refiere la parte recurrente, es decir, la farmacia de la Plaza Santa Ana número 1, y la de la calle Alicante número 6, pasando por la que se situó en la calle Granadera Canaria, es que fueron regentadas por el mismo farmacéutico, don Oscar .

Como quiera que la normativa administrativa relativa a las Oficinas de Farmacia únicamente permite a cada Licenciado en Farmacia explotar, regentar, o ser titular, por sí, o en cotitularidad con otros Licenciados, un único establecimiento u Oficina de Farmacia, la parte recurrente pone el énfasis en el hecho evidente de que los distintos establecimientos fueron explotados por el causante, de forma sucesiva, considerando que esa identidad subjetiva es bastante para afirmar que se trata de una única y misma Oficina de Farmacia que ha ido cambiando de local a lo largo del tiempo.

Esta visión le permite afirmar y defender que la "única oficina de farmacia" existente fue fundada con anterioridad al matrimonio por don Oscar , con autorización de 3 de octubre de 1950, y abriéndose al público el 15 de mayo de 1951, y ello por traspaso del anterior titular Don Florentino . El matrimonio con Doña Virginia se celebró el 6 de octubre de 1952.

De los hechos acreditados se alcanza una conclusión distinta de la que expone esta parte.

La primera circunstancia relevante es la distinta ubicación del establecimiento primeramente fundado, respecto de la Oficina de Farmacia de la calle Alicante número 6. Es cierto que se encuentran en la localidad de Las Palmas de Gran Canaria, pero lo cierto es que entre la Plaza de Santa Ana, número 1, y la calle Alicante número 6, de esta ciudad, hay una distancia mayor de un kilómetro, concretamente 1,100 Km caminando por la vía más corta, según se comprueba con la correspondiente aplicación informática de satélite.

Es más, entre la Plaza Santa Ana número 1 (en la calle Obispo Codina, en lugar muy próximo a la Plaza Santa Ana hay dos Oficinas una enfrente de la otra) y la calle Alicante número 6 hay, y había ya en 1997, varios establecimientos de Farmacia abiertos al público.

Es cierto que en la certificación expedida por la Secretaria del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia de Las Palmas se dice que "con fecha 4 de junio de 1976, autorizado por la junta de Gobierno, Don Oscar , efectúa la apertura de su Farmacia en la calle Granadera Canaria, núm. 10, por traslado de la que tenía en la Plaza de

Santa Ana - Obispo Codina".

Pero este supuesto "traslado" al que se refiere la certificación, operado desde la oficina de la Plaza de Santa Ana (Obispo Codina) a la calle Granadera Canaria, al que se aferra la parte apelante para sostener la identidad de establecimiento, no aparece reflejado de ninguna forma en la apertura del establecimiento al que se refieren los presentes autos.

Lo que se certifica en este caso en el documento 2 de la demanda no es un "traslado", sino lo siguiente: "Que obra en este secretaría de mi cargo escrito de fecha 21 de Octubre de 1997, núm. 2062 de registro de entrada en este Colegio, remitido por la Dirección General de Salud Pública, en el que con fecha 20 de octubre de 1997 se extiende Acta de Apertura y Funcionamiento de la Oficina de Farmacia de la que son titulares los Licenciados en Farmacia Don Oscar y Don Gonzalo , colegiados núm. NUM000 y NUM001 respectivamente, sita en la c/ Alicante, núm. 6, término municipal de Las Palmas de Gran Canaria."

Esta Farmacia de nueva apertura, está ubicada a 600 metros, caminando, de la calle Granadera Canaria número 10, ambas de esta ciudad.

Basta revisar someramente la normativa administrativa relativa a la Ordenación Farmacéutica para comprobar la enorme importancia de la planificación territorial en la apertura de oficinas de Farmacia, para poder ofrecer un adecuado servicio a la población, regulándose detalladamente el módulo de población y las distancias entre oficinas de Farmacia (distancias mínimas con otras farmacias y número de habitantes, cuya conformidad con la legislación comunitaria europea ha sido declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 1 de junio de 2010, resolutoria del caso Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07).

A título de ejemplo y conforme al artículo 22 de la Ley de Ordenación Farmacéutica de Canarias , la norma general es que "Las oficinas de farmacia de nueva instalación deberán guardar una distancia mínima de 250 metros con respecto a otras oficinas de farmacia y a los centros asistenciales públicos en funcionamiento o cuya instalación se encuentre aprobada por el órgano competente de la Administración sanitaria."

Por lo tanto, cuando se autoriza a Don Oscar , junto con Don Gonzalo , la apertura de una nueva Oficina de Farmacia en la calle Alicante número 6, Oficina que es objeto de estos autos, el 20 de octubre de 1997, cuarenta y cinco años después de contraído el matrimonio, situada a más de un kilómetro de la primera oficina que abrió en Las Palmas el causante, en el año 1950, no puede hablarse con rigor de que se trata de la misma oficina, ni del mismo "local de negocio" como lo denomina el Tribunal Supremo.

Ni siquiera puede afirmarse que se trate de la misma Licencia de apertura, con un único valor económico, la que obtuvo el señor Oscar para abrir al público la Farmacia de la Plaza de Santa Ana número 1 en el año 1950, que la que obtuvo Don Oscar el 20 de octubre de 1997 de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de Salud para abrir la Oficina de Farmacia de la calle Alicante. Ni las normas administrativas ni la

Administración competente eran siquiera las mismas, ni mucho menos la Licencia de apertura, que, además, se refiere siempre a una Oficina concreta con una determinada ubicación y características.

Ello sin perjuicio de que, el hecho de que el Licenciado en Farmacia ya sea titular con una determinada antigüedad y haya venido explotando una Oficina de Farmacia en la localidad, se tenga en cuenta, desde el punto de vista Administrativo, para conceder una autorización de apertura de otra Oficina en establecimiento distinto, siempre que ello conlleve el cierre de la anterior, puesto que la Ley no permite explotar a un mismo Farmacéutico dos Oficinas distintas.

La Oficina de Farmacia de la calle Alicante número 6, en cuanto a los derechos que sobre la misma ostentaba el causante Don Oscar , es un establecimiento fundado constante matrimonio y después de 45 años de vigencia del régimen de sociedad legal de gananciales, cuyos elementos, a excepción de la propia persona de don Oscar como Licenciado en Farmacia, en nada tienen que ver con la primera Farmacia regentada por aquél, y así, como elementos propios de la empresa:

- Un local adecuado que reúna las condiciones situacionales (distancias mínimas con otras farmacias y número de habitantes, exigidas para que pueda autorizarse la instalación de la oficina de farmacia en él);
- La infraestructura personal y material, personal contratado, mobiliario, existencias, etc.
- la clientela.

Por lo tanto, la sentencia de primera instancia aplica correctamente al presente caso el artículo 1347.5º del Código Civil , precepto que se encontraba vigente con idéntica redacción a la actual a la fecha de apertura del establecimiento de Oficina de Farmacia de la calle Alicante número 6.

Desestimamos en consecuencia este extremo del recurso de apelación que formula la representación de la parte demandante.

CUARTO.- Sobre la falta de capacidad de D. Oscar al otorgar el testamento de 14 de noviembre de 2000, y la escritura pública de 22 de noviembre de 2000. Alegaciones de la parte recurrente.

Sostiene esta apelante que bien el testador carecía de capacidad, bien su voluntad fue captada por parte de su hijo Gonzalo , al tiempo de otorgar su último testamento, y de otorgar escritura de venta a dicho hijo del 10% de la Farmacia, y que la sentencia de instancia desestima esta pretensión incurriendo en error en la valoración de las pruebas, y en un incorrecto entendimiento de las normas jurídicas aplicables al caso.

Reitera la parte las alegaciones de su demanda, y destaca seis aspectos que considera más llamativos:

1.- Antecedentes médicos de Don Oscar , previos al año 2000.

Refiere la parte que no son objeto de discusión los datos médicos que el doctor Ignacio destacó en su informe correspondientes a los años anteriores al 2000, resumidamente:

- Extirpación de tumor gástrico, gastrectomía parcial en 1981; bronquitis crónica tipo enfisema.

- Año 1992, primer episodio depresivo.
- Año 1996, su psiquiatra remite al paciente al neurólogo para "descartar demencia". Se habla de alarma familiar respecto a cambios de hábitos. Concuerdan sobre descenso de actividad "por involución" o "inicio de Parkinson".
- Valoración neurológica 3/5/96, bradipsiquia y bradiquinesia, desde hace unos dos años, sin que en la historia clínica ni en la exploración se encuentren datos de trastornos de la memoria ni "deterioro intelectual". El neurólogo descarta demencia o depresión, y plantea la posibilidad de una E. Parkinson.
- En 1997 presenta dos episodios ¿presincopales? sin secuelas.
- Noviembre de 1997, sufre una caída con traumatismo craneoencefálico que origina un Hematoma Subdural Izquierdo, que precisa evacuación quirúrgica.
- En CT de cabeza 17/2/98 se describe la presencia de "signos de encefalopatía por enfermedad de pequeño vaso en fase avanzada".
- El 6/11/99 es visto por el mismo neurólogo que le evaluó en 1996. Reseña trastorno de la marcha "con tendencia a la retroimpulsión (caerse hacia atrás), sin datos de caídas frecuentes con inteligencia normal salvo...cada vez más callado".

Hace referencia a un CT de cabeza, en el que se apreciaban "infartos lacunares múltiples". Toma medicación para el Parkinson y circulación cerebral.

2.- Situación de dependencia física y psíquica de don Oscar desde el año 1997.

Considera la parte acreditado por los médicos y los hijos de Don Oscar su estado real en los años previos al 2000:

- En 1995 los hijos establecieron los turnos para el cuidado y asistencia del padre.
- En 1995 se empezó a controlar la toma de medicamentos, colocando una lista en la nevera.
- En 1997 la hija mayor Josefa comenzó a asumir la administración y supervisión de las fincas y el hijo Gonzalo a gobernar de manera más directa la farmacia.
- En 1997 Don Oscar padecía incontinencia urinaria, necesitaba asistencia para levantarse, asearse, desayunar, comer, pasear, etc. Se contrató a una persona (Agustín) para asistirle en esas tareas, además del servicio de la casa. Don Oscar sufre una grave caída y se le interviene de la cabeza.
- En 1999 se contrata a una segunda persona (Alfonso) para que Don Oscar tuviera ayuda permanente también por la noche, dada su situación de dependencia total.
- En 1999 o principios de 2000 Agustín , que asistía a Don Oscar por la mañana, fue sustituido por Clemente , que después continuó al servicio de Doña Virginia .
- Se aportó DVD con la demanda (doc. 15) y con la contestación (doc. 49, 50 y 51), que evidencian el deteriorado estado físico y psíquico de Don Oscar , despistado, ausente.

3.- El diagnóstico de la enfermedad que padecía Don Oscar .

A juicio de la actora apelante la sentencia no valora algunos datos de interés:

- La demanda reconoce que Don Oscar a partir de 2001 inició una evolución hacia la demencia.
- Los doctores Pablo , Augusto y Jose Daniel , en fechas posteriores al testamento, admiten la existencia de demencia, y así el certificado médico de 24 de julio de 2003 del doctor Pablo , y en la página 3 del informe del doctor Jose Daniel .
- Los peritos coinciden que que no es normal que en una enfermedad de Parkinson no haya temblores, Don Oscar no los tenía.
- El doctor Jose Daniel reconoce en su informe (doc. 44 de la contestación) que el Parkinson produce alteraciones neuropsiquiátricas como "depresión", "ansiedad" y "demencia", y alude a la demencia en la página 6 de su informe.

4.- El estado físico de Don Oscar en la época del testamento y de la escritura pública de venta (noviembre de 2000): la supuesta imparcialidad del Notario y de algunos médicos.



La sentencia de instancia argumenta la capacidad volitiva del causante en los testimonios del Notario y de los doctores Pablo y Jose Daniel , porque trataron a Don Oscar , razón por la cual la parte actora apelante analiza los informes y declaraciones de estas personas.

- Respecto al Notario pone de relieve la parte que en el testamento de Don Oscar solicitó la intervención de dos testigos, mientras que en el de Doña Virginia , que otorgó inmediatamente después, no intervinieron testigos. Tal circunstancia evidencia a su entender las dudas que suscitaba la capacidad de Don Oscar al momento de testar.

- Respecto del doctor Jose Daniel entiende la representación de esta parte que cabe dudar seriamente de su testimonio ya que declaró conocer a Petra , esposa de Gonzalo , de la universidad, le manifestó a sus representadas que él siempre estaría al lado de "Blanquita", y declaró que le pidieron el informe los demandados Petra y Gonzalo .

- Indica la parte que hay pruebas contundentes de la amistad del neurólogo Pablo con el demandado Gonzalo , pues son amigos íntimos desde hace muchos años.

5.- El insólito testimonio del doctor Jose Daniel .

Expone la apelante que la sentencia da crédito al testimonio del doctor Jose Daniel sobre el estado de Don Oscar en marzo de 2000. El doctor Jose Daniel , especialista en medicina interna, había venido tratando a Don Oscar de su EPOC y en el año 1993 fue quien le diagnosticó "síndrome depresivo", y lo remitió al psiquiatra, y también lo remitió a un neurólogo en 1996, el doctor Pablo , que le diagnosticó Parkinson e inició el tratamiento.

Considera la apelante que el relato que hace el doctor Jose Daniel de la última vez que atendió a Don Oscar resulta increíble, que, a su juicio, no se explica en un paciente de 83 años en su estado. Pone de relieve los extremos del contenido de la declaración que le parecen increíbles:

- Que Don Oscar había ido solo a la consulta (cuando desde 1997 no salía solo ni a pasear).

- Que caminaba y se movía perfectamente sin bastón (reconoció que tenía problemas de estabilidad y pérdidas de orina).

- Que Don Oscar sabía las medicinas que tomaba.

- Que charlaron normalmente, incluso de fútbol (nadie oyó nunca hablar de fútbol a Don Oscar).

- Él no apreció que Don Oscar estuviera como lo describió el neurólogo, alicaído y torpe física y mentalmente.

- Le incrementó la medicación antiparkinsoniana y no consideró necesario comentarlo a la familia, y le bastó con explicarlo a su paciente.

6.- Las notas e informes del doctor Pablo de la época debatida (noviembre de 2000): la existencia de una laguna.

Estima la representación de la parte demandante y apelante que la sentencia omite el análisis de las notas del doctor Pablo .

Transcribe el análisis que realiza el perito señor Ignacio en su informe sobre estas notas, en los apartados 9), 10) y 11), y añade que deben ser destacadas tres cosas:

La primera que en las fotocopias llama la atención la existencia de una gran laguna en las fechas claves pues curiosamente pasan las notas de mayo de 2000 (y acaba la hoja) a enero de 2001, y ninguna nota hay en los meses clave de junio a diciembre de 2000, por lo que se pregunta esta parte si en estos meses se llevaba al padre a la Notaría a testar y a vender, pero no al médico. Se pregunta la parte si ese verano Don Oscar sufrió alucinaciones y trastornos no le llegó a ver el neurólogo que vivía enfrente ni una sola vez, y añade si no será que faltan las notas precisamente referidas a esos meses.

La segunda cuestión es que el doctor Pablo declaró que en sus notas no ponía "Deterioro esencialmente fatal", sino "Deterioro esencialmente frontal".

Entiende la parte apelante que el Juzgado ha dado por buena la singular explicación del neurólogo, que no comparte. Considera esta parte que fatal no tiene por qué significar inminente, pues también expresa la idea de inevitable. Aún así si se quiere pensar que ponía "frontal", la conclusión no sería, a su entender, muy distinta, ya que el deterioro afectaría a la parte más relevante y sensible de Don Oscar y su demencia sería igualmente imparable.

La tercera cuestión que destaca esta parte es que estas notas acreditan que la época del testamento es la época de las abundantes visitas al neurólogo, de las alucinaciones visuales, de los efectos secundarios de



la medicación antiparkinsoniana, de las alucinaciones nocturnas, de las ideas delirantes repetidas sobre irse en taxi a Madrid, del estado "alicaído y torpe física y mentalmente" del "empeoramiento global y aumento de somnolencia", del neurólogo que le describe diciendo "se duerme tras comer", "poco hablador", "conducta dócil".

A juicio de esta recurrente estos datos médicos sobre el estado severamente limitado de Don Oscar se corresponde además con la experiencia que pudieron vivir los hijos y la familia, estado limitado, ausente y dependiente, que se refleja en las imágenes de DVD de los eventos familiares, especialmente navidades de 2000 y Reyes de 2001.

Aduce esta parte que la falta de capacidad de Don Oscar es todavía más evidente si se pone en relación con el testamento que otorgó, que es un documento extraordinariamente complicado, prolijo, denso y muy técnico jurídico.

Insiste en que un testamento sólo es tal si es expresión personalísima de voluntad libre, voluntaria y consciente, razón por la cual un testamento otorgado por una persona sin tener capacidad para ello es nulo de pleno derecho (art. 663 CC).

Da por reproducidos la parte recurrente sus argumentos de la demanda, no sólo en cuanto a la falta de capacidad sino en cuanto a que los actos impugnados, de no entenderse nulos por falta de capacidad, deberían serlo por captación de voluntad. Defiende la parte la nulidad tanto del testamento de 14 de noviembre de 2000, como de la venta del siguiente día 22 de noviembre de 2000, por haberse otorgado por maniobras dolosas, con captación de voluntad,

por los demandados Jaime y Gonzalo , con la connivencia del abogado Pío . Se trata, a su entender, de los hijos que en la ancianidad, han gobernado la casa, administrado el patrimonio, controlado las decisiones y gozado de poderes de los padres, que, ya ancianos y en precarias condiciones físicas y psíquicas, han estado totalmente a su albur.

QUINTO.- Para la resolución del motivo de apelación que ha quedado expuesto en el precedente fundamento la Sala ha revisado en su integridad, de forma detallada y escrupulosa, el material probatorio obrante en las actuaciones, puesto que, en definitiva, la impugnación de la sentencia deriva de la consideración de que el Juez a quo realiza una errónea valoración de la prueba, incidiendo especialmente la representación de la parte recurrente, en los datos que resultan de las declaraciones vertidas en el acto del juicio.

Conviene por ello integrar en la sentencia resumidamente este resultado, estando a disposición del Tribunal 15 CD de soporte audiovisual de las sesiones del juicio de la primera instancia, así como también las pruebas audiovisuales aportadas tanto por la actora (documento 15 de la demanda), como por la parte demandada (documentos 49, 50 y 51 de la contestación a la demanda de la representación de Don Gonzalo y Don Jaime), que han sido igualmente visionadas por la Ponente.

PRIMERA SESIÓN DEL JUICIO, día 13 de septiembre de 2010

Primer CD, día 13 de septiembre de 2010, duración 1:42:55 horas.

Declaración del testigo Don Abel : Es familia, primo de la madre de los hermanos litigantes. Es ginecólogo, conoce a la familia desde la infancia, y es el ginecólogo de Doña Virginia desde hace más de veinte años .

A preguntas del letrado de la actora sobre la visita que hizo a su consulta Doña Virginia en junio de 2007, dice que iba acompañada de una de sus hijas. La encontró algo desorientada, en algunas cosas era coherente su conversación y en otras no. Le aconsejó a su hija que la viera o un neurólogo o un geriatra, porque muchas veces no respondía a las preguntas, a la conversación, salía con otra conversación distinta. Les dijo que buscaran un geriatra y les recomendó el Doctor Bruno .

Que en la consulta posterior que ella vino que fue ya en el año 2009 ya estaba en tratamiento neurológico, que vio un documento que tenía un Alzheimer.

Que después ha sabido que había diferencias entre los hermanos. Que alguna vez ha ido al domicilio del matrimonio pero no con asiduidad. Que sí acudía a las celebraciones familiares (comuniones, bautizos, bodas, etc). Que en las Navidades no. Que a Doña Virginia además de en la consulta no recuerda cuando la ha visto después, la ha visto por la calle algunas veces. Que cuando vino a su consulta en 2009 si supo que Doña Virginia estaba en tratamiento con neurólogo.

Que en 2007 estaba desorientada, que ellos se criaron en Arucas a tres casas de separación y no respondía a los temas de conversación. Él sólo hizo un informe de tipo ginecológico, pues él ni es neurólogo ni geriatra, comentó su impresión con la hija, la visita fue el 15 de junio de 2007. Que la veía cada año o año y medio, que con anterioridad no recuerda que hubiera algo remarcable.



A preguntas de Ss^a comenta que en la consulta de 2007 vio que respondía con algunas incoherencias, y se lo dijo a su hija Josefa que era la que la acompañaba.

Que en el 2009 cuando fue a su consulta estaba más deteriorada que en el 2007.

Minuto 11:21.- Pericial de Don Ignacio . Se le exhibe el documento 14 de la demanda (TOMO II, folios 331 a 341), se ratifica en su contenido.

Las diferencias en el cuidado y atención de los pacientes ancianos reside en dos cosas, en primer lugar otros especialistas son especialistas del órgano mientras que en los ancianos lo habitual es que la enfermedad sea múltiple y concurren en el mismo sujeto diferentes enfermedades que pueden explicar y contribuir unas y otras a producir las manifestaciones internas del paciente. Y respecto a los internistas los geriatras trabajan básicamente con el deterioro funcional del paciente, y son expertos en encontrar las causas y la razón de los deterioros funcionales.

El caso de Don Oscar es paradigmático durante ocho, diez, doce años, que se produce un deterioro funcional causado por varias cosas, una demencia seguro, una enfermedad de Parkinson, probablemente más bien un parkinsonismo, y en tercer lugar a su insuficiencia respiratoria.

Terminó su especialidad en 1988 y desde entonces se ha dedicado exclusivamente a la atención de los ancianos. Es el Jefe de Servicio de Geriátrica del Hospital Universitario de Getafe. En la consulta ha debido ver unos 10.000 o 15.000 pacientes ancianos con demencia. Los ha visto en su evolución a lo largo de toda su enfermedad.

Dirige la Red Nacional de Investigación del Envejecimiento del Ministerio de Ciencia e Innovación, dirige un Proyecto Europeo que intenta averiguar el cómo y por qué se discapacitan las personas mayores, es el investigador principal. Forma parte de paneles de expertos nacionales e internacionales. Sigue explicando su experiencia y actividad, trabajos publicados, etc.

Preguntado sobre el informe concreto, confirma que se le pidió un informe a la vista de la documentación médica del paciente. Tuvo problemas de depresión. Se le pregunta por los infartos lacunares, dice que en medicina hay que colocar las cosas en su contexto, los hechos aislados tomados de uno a uno nos pueden llevar a conclusiones erróneas, pero cuando uno junta varios hechos y todos apuntan en el mismo sentido la conclusión es fácil. En el caso de las lesiones de Don Oscar ya en el año 1997 o 1998 en un escáner que se le hace un radiólogo dice que tiene enfermedad vascular avanzada, eso quiere decir que tiene múltiples infartos cerebrales, es decir cuando hay un infarto y luego éste cicatriza, coloquialmente cada vez que hay una lesión se produce un agujero en el cerebro. Eso de manera aislada si no se acompaña de ningún síntoma puede ser, aunque no es habitual que lo sea, un hallazgo sin más. Pero es que Don Oscar no estaba bien en el año 1998, Don Oscar ya necesitaba ayuda para que le hicieran casi todas las actividades de la vida diaria. Necesitaba ayuda por ejemplo para actividades como firmar un cheque pero no para decir qué cheque tenía que firmar sino dónde tenía que poner su firma en el cheque. Para una persona que se había dedicado toda su vida a los negocios es muy llamativo.

Tenía incontinencia esfinteriana, se hacía pis y se hacía caca, de hecho llevaba pañales. Era una persona que dos años antes era incapaz de saber si las cajas de plátanos que habían salido del campo donde las habían recogido eran las mismas que estaban almacenadas, o sea si habían entrado 35 había 35, era incapaz de hacer esa cuenta tan sencilla.

En ese contexto clínico si además se añade una imagen cerebral del escáner de la cabeza en la que se ven múltiples infartos cerebrales que llevan al radiólogo a hablar de enfermedad vascular avanzada, pues tiene mucho significado.

Se le pregunta por su diagnóstico de demencia vascular subcortical y lo que implica, y manifiesta: La demencia vascular es una manifestación de la enfermedad vascular, cuando uno tiene alteración de todo el sistema vascular, se puede manifestar sobre todo en el corazón, por ejemplo una cardiopatía isquémica que el paciente tenía., de hecho en el certificado de defunción aparece cardiopatía isquémica. Cuando se manifiesta también en el cerebro produce síntomas de parkinsonismo y también síntomas cognitivos y síntomas de otras funciones cerebrales.

Lo característicos de la demencia vascular es que la afectación es parcheada. Si yo tengo una demencia vascular puedo recordar perfectamente cosas, pero si me hacen otra prueba por ejemplo si soy capaz de cálculo, lo puedo tener afectado. Es muy característica la disfunción ejecutiva, son personas capaces de recordar, de mantener una conversación, pero cuando uno les pide planificar cualquier actividad son incapaces de planificar, son incapaces de vestirse, Don Oscar no era capaz de vestirse, son incapaces de programar un viaje, son incapaces de algo tan simple como firmar un cheque, le tienen que decir firma aquí y ponerle el



bolígrafo en la mano. Son incapaces de comer solos, les tienen que preparar la comida y ponérsela delante, ellos no comen automáticamente. De las actividades de la vida diaria la comida es la última que se pierde, de las básicas, Don Oscar la conservó hasta estadio relativamente avanzado de su enfermedad, pero era prácticamente la única, no era capaz de vestirse, no era capaz de lavarse, no era capaz de asearse, que son actividades muy básicas.

El cerebro cuando se afecta no se afecta selectivamente la parte motora, a lo mejor en un principio muy principio sí.

Dice que en enfermedad vascular cerebral no es concebible o no es muy frecuente que haya una afectación motora tan grave con conservación de las funciones cognitivas e intelectuales, es muy, muy improbable. Y sobre todo cuando la afectación es tan grave, este señor en el año 2000 necesitaba ayuda para todo, que conservara algunas cosas muy básicas como comer no nos dice mucho.

El Letrado dice que en el año 2001 cuando el neurólogo dice "pronóstico fatal", a partir del 2002 y 2003 ya no se discute que tenía demencia, hay un medicamento Memantina, a lo que responde:

En el año 2004 que es cuando el neurólogo se lo prescribe la única indicación aceptada por la Agencia Española del Medicamento de la Memantina es la demencia grave. Posteriormente en el 2006 ya se acepta para la demencia moderada.

Eso junto a otros datos que hay en la Historia hace reconfirmar que a principios del 2004 tenía una demencia grave. Esto no es irrelevante pues con una demencia grave no es esperable que en noviembre de 2000 no tuviera un demencia, ni siquiera que esta fuera leve, el tiempo medio de evolución de una demencia es una década, entre ocho y diez años, no tres años y medio. En tres años y medio uno no pasa de estar perfectamente, o de estar como en algún sitio se pone "aceptablemente bien" -él no sabe muy bien que es aceptable-, a estar con una demencia grave. Eso no es la historia habitual ni natural de la enfermedad.

Tampoco lo es otro hecho, es que en el 1998 tenía ya un deterioro importante, necesitaba ayuda para todas o casi todas las necesidades básicas de la vida diaria. La demencia no evoluciona como un tobogán. De hecho los tratamientos para la demencia lo que hacen es retrasar el desarrollo de la enfermedad, los tratamientos no son capaces de revertir y hacer que el paciente mejore. Los tratamientos para la demencia hacen que en vez de evolucionar así de rápido, lo haga así, pero siempre evoluciona a peor. No hay ninguna demencia degenerativa que evolucione a mejoría.

Luego si hay una demencia grave en el año 1998 o manifestaciones de una alteración cognitiva en el año 1998 y una demencia grave en el año 2004 no es esperable que en medio el paciente esté en buena situación cerebral.

Ha leído el testamento, a su juicio el testamento es muy complejo, necesita la conservación absoluta de las funciones corticales superiores.

El Letrado le pregunta si ha examinado las notas del doctor Pablo que en esa fase presentan una laguna, desde mayo de 2000 hasta enero de 2001, y le pregunta si ya en febrero de 2000 tiene una situación delicada, responde que es correcto. Si en las notas el doctor le describe como alicaído y torpe mental y físicamente, responde que es correcto.

Preguntado responde que la bradisiquia es el enlentecimiento global del funcionamiento cerebral.

Le ha llamado poderosamente la atención que no vuelvan a aparecer notas del médico desde mayo de 2000 hasta enero de 2001. Sobre todo cuando en enero de 2001 el neurólogo hace constar que desde el verano el paciente padece alucinaciones e ideas delirantes, y no le cabe en la cabeza que un paciente que desde el verano tenga alucinaciones, que ve cosas que no están, y además tiene ideas tan delirantes como viviendo en una isla a las siete y media de la tarde dice que se quiere ir en taxi a Madrid, le llama mucho la atención, además de avalar de alguna manera que no estaba cerebralmente intacto ni mucho menos, le llama la atención que no consultaran con el médico que le venía atendiendo porque son síntomas muy molestos.

Se duerme tras comer, poco hablador, dócil, deterioro esencialmente fatal, Dice que eso significa que va a conducir a la muerte al paciente.

En el informe del doctor Pablo de 2004 hace referencia al escáner del año 1998 y se apoya en él para sustentar su diagnóstico, y confirma el diagnóstico del perito declarante.

Demencia degenerativa o predominantemente Parkinson, dice que esa discusión desde el punto de vista académico puede tener interés pero desde el punto de vista de la situación mental del paciente es muy poco relevante, a él le caben muy pocas dudas de que Don Oscar tenía una alteración cerebral grave desde el año 1997 o 1998, independientemente de que fuera solo una demencia vascular, una demencia vascular con síntomas de Parkinson, sin ser enfermedad de Parkinson, lo que se llama parkinsonismo vascular, o una



demencia vascular que eso seguro que la tenía más Enfermedad de Parkinson, en cualquier caso su situación mental era muy delicada.

Al Letrado de los demandados, que no conoce en absoluto a la parte actora.

No conoce a Don Juan Manuel . Le pregunta el Letrado porque es el marido de una de las actoras y trabajó en el mismo hospital que el perito, manifiesta que en su hospital hay 1800 trabajadores de los cuales unos 450 son médicos.

El dictamen se lo encargó el Letrado Don Luis Díez Picazo. Emitió su informe en el año 2008 y cuando se tuvo la fecha de la vista le dijeron que tendría que ir a las Palmas el 13 de septiembre. El jueves pasado en Madrid, y ayer por la mañana comió con ellos y le dieron más información de la familia.

Don Oscar nunca fue paciente suyo, los otros peritos no los conoce aunque ha oído hablar de Don Jose Daniel . Que el señor Jose Daniel se dedica al campo de la medicina interna no de la geriatría.

Dice el Letrado que es Jefe del Servicio de Geriatría del Hospital Negrín, y dice el perito que cree que en el Hospital Negrín no hay servicio de geriatría.

Preguntado si hay un inicio de la demencia conforme a los informes médicos en julio de 2001, y que en 2003 ya es una demencia severa, pero que en 2001 es un inicio de demencia, dice que eso es altísimamente improbable, que la demencia no evoluciona en dos años. Que una demencia no aparece hoy y en dos años es una demencia grave, que eso es casi diría que imposible, que mucho mas cuando es asociada a una enfermedad de Parkinson, porque es una enfermedad de tipo degenerativo, eso significa que va poquito a poco.

Que es altísimamente improbable, por no decir imposible, que una demencia en dos años pase de debutar a llegar a ser un estadio grave.

Preguntado si no varía según la edad de las personas, dice que no.

El Letrado insiste que si con 83 años puede estar bien y dos años más tarde por vejez puede ir más rápido, más que demencia es un anciano que se va a morir, dice que no, que la demencia es demencia, y un anciano que se va a morir es un anciano que se va a morir. La demencia es típica de personas mayores, es una enfermedad de personas ancianas, porque sea anciano no va más rápido, la demencia es de ancianos.

Preguntado si en el año 1998 más que una demencia lo que le pasó es que tuvo una caída y hubo que sacarle un coágulo de sangre del cerebro y quedó sin secuelas, dice que en el año 1996 se le envía por primera vez al neurólogo y el neurólogo dice que para descartar una posible enfermedad de Parkinson incipiente, pone tratamiento de prueba con levodopa. Incluso si se hubiera confirmado el diagnóstico de la enfermedad de Parkinson en el 1996, incipiente, es decir, sutil, leve, difícil de evaluar por un neurólogo, la caída de 1997 no es esperable que se deba a la enfermedad de Parkinson, los parkinsonianos en seis meses no pasan de estar con sintomatología dudosa a caerse, porque además Don Oscar se cae repetidas veces. Eso es mucho más probable que se deba a un parkinsonismo vascular en la cual lo que hay característicamente es problemas de la marcha, y ese término que se repite muchas veces que tiene apraxia de la marcha, de hecho un síntoma muy típico de los parkinsonianos con la evolución que ellos tienen y que él nunca lo tuvo que era el temblor.

Hay datos que permiten pensar que las caídas que tiene no tienen ninguna relación con la enfermedad de Parkinson. Respecto al estado mental del paciente, efectivamente tiene un hematoma subdural, se lo operan y queda desde el punto de vista del hematoma, y de las consecuencias sobre, de comprensión del cerebro, queda bien.

Después en el escáner de control es en el que se ve un cerebro lleno de agujeritos, lleno de infartos.

Preguntado si esta persona tuviera demencia si es normal que en la visita que hace al neurólogo señor Jose Daniel en marzo de 2000 diga el neurólogo que va a su visita solo, y que intelectualmente es normal, responde que ya lo ha comentado previamente. Cuando uno ve a un paciente hace varias cosas, primero hace una anamnesis, le pregunta qué le pasa, lo siguiente es que explora al paciente, si yo hay cosas que no exploro no las puedo detectar, si yo no he explorado las praxias, no he explorado las funciones ejecutivas, si no he explorado el cálculo, no puedo detectar que haya alteraciones, porque como ha dicho antes la afectación es parcheada, yo puede mantener, teniendo una demencia, una conversación razonablemente normal y probablemente no demasiado profunda.

No tiene una evaluación neuropsicológica fina, que lleva al menos una hora y debe ser hecha por un neuropsicólogo experto. La exploración del año 1996 que le hacen un minimental y este es de 35, que es muy simple, estamos hablando de un hombre muy culto, buen conversador, un tertuliano, un hombre curioso de todas las cosas, no es lo mismo hacer ese test que es muy simple y se utiliza para hacer despistaje a



alguien que está en el campo destripando terrones que a una persona que es muy culta. Uno puede tener perfectamente la puntuación y tener una demencia, eso en el 96, mucho más en el año 2000, 2001.

Nosotros en las exploraciones de los pacientes reflejamos los datos positivos y negativos, yo cuando evalúo a un paciente pongo No alteraciones ejecutivas, No alteraciones..., y si no pongo nada es porque no las tiene o porque no lo he explorado. Pero él entiende que no es lo que ocurrió ahí.

Preguntado si las alucinaciones pueden ser por un medicamento, dice que "lúcido" y con "alucinaciones" son términos curiosos. Que si en noviembre que es antes de enero nadie le toca la medicación, el paciente seguiría con alucinaciones y con ideas delirantes. Sea cual sea la causa a él en noviembre de 2000 la situación mental de este paciente le ofrece serias dudas.

Parece que sí tenía labilidad emocional en el año 2000, en el vídeo que él ha visto lo ha comprobado.

El letrado le dice que si puede ser efecto de la medicación, puesto que en diciembre de 2000 se le puede ver contestando con normalidad, a las preguntas de qué está comiendo, o si le gusta el puro, y si puede tener demencia. Responde que por supuesto, que ya ha dicho que la demencia vascular es parcheada, que él era un fumador empedernido y no le sorprende que hable de los puros.

Preguntado si en vez de "deterioro esencialmente fatal" dice "deterioro esencialmente frontal", responde que de hecho él hace una anotación a esa expresión en su informe porque es un término que le resulta chocante. Se lee el informe y dice "de difícil interpretación".

Preguntado por Ss^a que si fuera "frontal" si tiene algún significado técnico, responde que en la demencia hay afectación "fronto-temporo-parietal", si tiene sentido.

Preguntado por el Letrado si fatal tiene un sentido de mayor gravedad, dice que sí que a él le choca el término y por eso lo significa en el informe.

A preguntas del Letrado, dice que desde el principio ha querido analizar y ver la globalidad del paciente, y vista la historia del paciente desde el año 1993 que tiene el primer cuadro depresivo, y hasta el año 2005 en que fallece, la explicación más plausible es que el paciente tiene una enfermedad vascular cerebral con demencia, que se manifestó de muchas maneras.

Que a eso además haya que añadirle que tenía una enfermedad respiratoria, claro, cuando uno retiene carbónico, el cerebro sufre más, porque se intoxican de carbónico, pero eso es además, no en vez de, por lo tanto han concurrido varias cosas en las enfermedades de Don Oscar que todas ellas juntas le han producido una situación de deterioro mental muy grave, e insiste en que si en el 2003 tenía una demencia grave, en noviembre de 2000 no tenía una demencia leve, probablemente sería una demencia moderada, en dos años no se hace una demencia grave.

No conoce el documento Sitges 2009 al que alude el Letrado, en el cual se dice que la bradipsiquia no limita la capacidad de testar, pues una persona que tiene Parkinson no está incapacitado para testar. El perito dice que efectivamente la bradipsiquia por sí sola no produce la falta de capacidad de testar, pero eso es un síntoma solo, es que no sólo tiene bradipsiquia, si además hay alteraciones prácticas, si además hay ideas delirantes, si además hay cuadro alucinatorio, si además hay incontinencia esfinteriana tanto de orina como fecal, si además necesita ayuda para vestirse, si además necesita ayuda para lavarse..., ¡hombre!

A preguntas de Ss^a sobre si no habló con los hijos para hacer el informe, responde que no, que a él le mandan las notas clínicas y los vídeos. Entre mayo de 2000 y enero de 2001 no tiene ninguna documentación. Cuando hizo el informe lo hizo exclusivamente con la documentación médica.

Preguntado por Ss^a en qué punto de la demencia se empieza a trastornar la voluntad, como algo distinto del conocimiento, responde que eso es variable, que hay veces en que es desde el principio, y otras un poquito después, lo que no es razonable es que se llegue a una alteración tan profunda de funciones y de actividades básicas con una capacidad de comprensión intacta, esto es prácticamente imposible, en actividades cerebrales, es lo que le pasa a Don Oscar, Don Oscar tiene una dependencia para actividades básicas, se llaman básicas de la vida diaria porque son las que afectan al autocuidado, eso no se compadece con que mentalmente tenga sus capacidades suficientemente conservadas como para tomar una decisión como la que toma y dar su consentimiento a un testamento, yo soy lego en leyes pero cuando me lo enseñó el letrado dije no sé lo que está diciendo, es una cosa muy alambicada, no les dejo mis bienes a mis hijos y adiós muy buenas, es una cosa muy alambicada, y que no es esperable que alguien con unas funciones tan deterioradas como las tenía Don Oscar en aquella época, sea capaz de escribir un documento así, escribir o entenderlo lo que pone.



En el informe de 2001 hace constar el perito que "se afirma que llegó a estar muy ágil y lúcido" lo que hace suponer que otras veces no lo ha estado, el Juez le pregunta si puede haber intervalos de mayor lucidez en el mismo punto de la enfermedad, dice que puede haber pequeñas fluctuaciones, no grandes fluctuaciones, esas fluctuaciones además pueden afectar a esas áreas que están conservadas, ya ha dicho que la afectación es parcheada, si están conservadas se deterioran un poquito, el término lúcido no sabemos muy bien lo que es, uno no está en coma o vigil, hay estadios intermedios de lucidez, igual que grado de comprensión no es absoluto o ninguno, hay niveles de comprensión intermedios, y la capacidad de cálculo no es la misma para hacer un cálculo infinitesimal que para hacer una resta, hay gradaciones y no tenemos en ningún momento una evaluación de neuropsicología fina, la entrevista que uno hace en una consulta estándar no permite hacer ese tipo de valoración, se utiliza el término intelectualmente aceptable, y él aceptable no sabe lo que es, aceptable para qué. Por ser viejo no se deteriora la función cognitiva, en el envejecimiento normal y sano no hay deterioro de la función cognitiva, y de hecho el 70% de los ancianos no tienen demencia.

La palabra demencia no se usa hasta el 2003, pero en el 2003 se afirma que es de origen vascular, que es lo que él viene defendiendo desde el principio, es más, él defiende que probablemente los síntomas parkinsonianos o parte de ellos eran manifestación de la enfermedad vascular y le ponen un tratamiento que es para la demencia grave en el año 2003 primeros del 2004, ergo si en el 2004 el neurólogo dice que tiene una demencia vascular y asumimos que grave por la medicación, rebobinando lo que no es razonable es que tres años antes el señor estuviera estupendo, porque como he comentado varias veces la demencia tarda muchos años en evolucionar y a una demencia grave no se llega en tres años.

Lo de ir a tomar un taxi para ir a Madrid es una idea delirante, que los médicos de todo lo que les cuentan los pacientes o familiares reflejan lo que les parece más significativo.

- Hora 1:00:45, declaración del perito Don Jose Daniel , es profesor de Geriatria de la Universidad, catedrático de Medicina Interna y Jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital Negrín. No hay servicio de Geriatria en el Hospital Negrín.

Conoce a un hijo que a veces acompañaba al padre a la consulta, Gonzalo , y conoce a la esposa porque fue Secretaria del Rector y durante mucho tiempo la conoció en el rectorado, pero conocimiento nada más, nunca ha visitado su casa ni han comido ni salido juntos.

Se le exhibe el documento 13 de la demanda (Tomo II, folio 200 y siguientes), lo reconoce como redactado por él. Se le exhibe el documento 44 de la contestación (Tomo IV, folio 994 y siguientes), lo reconoce y se afirma y ratifica en su contenido.

Al Letrado de la parte demandada, que lleva 23 años de profesor de geriatría en la Universidad, que la edad media del servicio de medicina interna en el Hospital está en 78,6 años, lo cual significa que la inmensa mayoría de los pacientes de su servicio tienen más de setenta años.

Que como la población envejece y tiene una pluripatología son los principales pacientes de Medicina Interna.

Don Oscar fue paciente suyo en la consulta privada desde el año 1993 hasta el año 2000. Él consultó básicamente por un problema de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica EPOC relacionada con el consumo de tabaco. Que además de afectar a las vías respiratorias se considera un factor isquémico y tenía exacerbaciones, en las que iba a verle.

Explica: Cuando le vi en el año 1993, aparte del EPOC noté que tenía síntomas depresivos claros, y entonces lo derivé al psiquiatra, doctor Enrique , que confirmó que tenía una depresión y le puso el tratamiento correspondiente, de hecho mejoró. Que pasados unos años, el doctor Enrique me manda una nota diciendo que seguía con tratamiento antidepresivo pero la familia decía que tenía algún episodio de pérdida de memoria y que descartara si tenía algún deterioro cognitivo. Yo lo examiné, no encontré nada pero lo envié a un neurólogo para que realmente confirmara si existía o no ese deterioro cognitivo, y el neurólogo en ese momento, año 96, está especificado en mi informe, diagnostica que tiene una forma de Parkinson después de haber estudiado pues por imagen, analítica, etcétera, el resto de las causas.

Él coincide absolutamente con este diagnóstico. Dice que sí tenía temblores. Expone que hay que tener en cuenta que el Parkinson no es un trastorno homogéneo, es un trastorno heterogéneo en el que existe la forma acinética y la forma hiperkinética, que es la que más tiene temblores, él tenía temblores pero tenía también acinesia y anemia, disminución de los gestos, de la expresión corporal, por eso se les llama que tienen cara de jugador de póquer, porque realmente parpadean poco, si se sonríen no se sabe si están sonriendo o no, articulan poco las palabras, enlentecen las palabras, tienen alguna dificultad para la marcha, el Parkinson es una pseudo parálisis, hay una falta de coordinación del movimiento es una enfermedad motora que se denomina extrapiramidal, para diferenciarla de la piramidal que es una actividad motora voluntaria.



El Parkinson a la larga sí afecta a la voluntad y al conocimiento, pero además depende, en medicina como en amor no digas ni siempre ni nunca, el Parkinson es una enfermedad heredo-degenerativa que con mucha frecuencia conlleva síntomas depresivos, que pueden preceder o seguir al Parkinson, con mucha frecuencia siguen al Parkinson, y a la larga hay trastornos no motores del Parkinson que explican mucha de la sintomatología que luego ha sido atribuido a otras cosas y a la larga puede llevar a la demencia lo que se llama síndrome demencia Parkinson.

Y ese período es variado según distintos cuadros y según distintas personas, hay personas que lo pueden hacer en tres años, y personas que tardan quince años o más.

El primer informe de 3 de febrero de 2006 se lo pidió una pareja que se identificaron como hijos de Don Oscar , tomó los datos de la Historia e hizo un informe resumido.

En marzo de 2000 fue la última vez que vio a Don Oscar . Que previamente a la consulta de 1993 no le conocía pero después estableció muy buena relación con él, y no sólo hablaban de su enfermedad sino que hablaban de muchísimas cosas, entre ellas de fútbol, tenían conversaciones largas, y cree que el mejor test para saber el estado cognitivo de una persona es precisamente a lo largo de una conversación muy variada, en la que se pueden observar trastornos de memoria, cognitivos, ilusiones, desilusiones, alteraciones del lenguaje, de la praxia.

En la última visita estuvo charlando un rato con él y él le comentó los medicamentos que tomaba, él gestionaba la toma de sus medicamentos, y aparte de eso hablaron de otras cosas, le pareció en ese momento absolutamente normal, una persona mayor pero absolutamente normal. A veces iba con hijos a la consulta pero a veces iba solo y en esa vez fue a la consulta solo. Hablaron de temas variados, la consulta dura mínimo media hora, y sobre todo habla, hablando de varios temas saltando de unos a otros, en los que una persona si tiene deterioro cognitivo es muy difícil que pueda seguir la conversación de forma normal.

Que él el resultado del escáner y otras pruebas no los tiene, hace constar lo que expone el Doctor Ignacio . Claramente el paciente en el momento que él lo ve, no tiene deterioro cognitivo.

El señor Ignacio se basa en que hay enfermedad del pequeño vaso, pero él se basa en el estudio de Rotterdam un estudio importante del seguimiento de ancianos con más de mil pacientes seguidos durante más de 16 años, solamente el 5% de los ancianos normales no tenían lesiones del pequeño vaso, y solamente el 8% no tenía lo que se llama subcortical, que es lo que puede explicar la teoría del doctor Ignacio y el 80% tenían leucoaraiosis que es lo que él tenía, es decir, que eso se da en el 80% de las personas normales. A los 40 años el 22% de las personas tienen enfermedad del pequeño vaso, y la enfermedad del pequeño vaso se relaciona casi en el 100% de los casos con la hipertensión arterial. Y Don Oscar no era hipertenso, era fumador que es también un factor de riesgo, pero

el factor de riesgo número uno con diferencia es la hipertensión arterial, y Don Oscar no tenía tratamiento para la hipertensión arterial. Y tenía otras serie de manifestaciones además del Parkinson derivadas de la EPOC que podían justificar la existencia de la enfermedad del pequeño vaso.

Discrepa también del Doctor Ignacio de que ya en los primeros años 90 tenía deterioro cognitivo. Ni el doctor Enrique , psiquiatra de enorme categoría, ni el doctor Pablo , ni él, descubren hasta marzo de 2000 ningún dato de deterioro cognitivo.

Además el Doctor Ignacio le diagnostica de síndrome pseudo-bulbar. El declarante tiene un papel en el que constan tres datos; primero, alteraciones del lenguaje, es la afectación de los pares bajos craneales por lesiones por encima de la neurona, Don Oscar no tenía alteraciones de lenguaje; segundo, tiene crisis inmotivadas de llantos o risas, que no presentaba. Luego tiene piramidalismo, que significa afectación de las vías largas en la exploración neurológica, que no lo tenía. Y tiene que haber lesiones bilaterales y si no hay afectación bilateral no puede haber síndrome pseudo-bulbar, que está bastante bien caracterizado. Otras manifestaciones que él tiene, la abulia, etc, aparecen también en el síndrome pseudo bulbar pero aparecen también en el Parkinson y aparecen también en las personas con EPOC, donde tienen apnea del sueño, hipopsia, disminución del aporte de oxígeno al cerebro, que condicionan todas esas alteraciones.

Puede garantizar que Don Oscar no tenía síndrome pseudo-bulbar, ni la imagen lo demuestra, pues no hay alteraciones de la isquemia bilateral. Añade: luego me han contado que tuvo un ictus, un accidente cerebro vascular años después, pero en el momento jamás había tenido un ictus, lo que tiene es la leucoaraiosis que es la lesión del pequeño vaso que presenta más del 80% de las personas mayores de sesenta años.

Preguntado si conoce a Don Ignacio , dice que profesionalmente sí, que además tiene una hija geriatra que le conoce.



Preguntado cómo se desarrolla una demencia en el tiempo, dice que depende del tipo de demencia. Que la más frecuente es el Alzheimer que es un trastorno progresivo, lentamente progresivo. Que la segunda es la demencia vascular que es la que se atribuye a este paciente, que puede ser de dos tipos, cortical donde hay un infarto en una zona cerebral grande que afecta a una zona concreta y específica del cerebro; o bien subcortical donde existen múltiples infartos pequeños, que se llaman lacunares, pequeños agujeros o lagunas. La vascular normalmente evoluciona a saltos, la persona tiene una trombosis cerebral con mayor o menor intensidad, y de ahí tiene un declive, se mantiene hasta que tiene otro accidente cerebro-vascular, tiene otro declive, y va a brotes. Puede estar estable durante mucho tiempo.

La demencia por definición no es recuperable excepto en tres casos, el hipotiroidismo, el déficit de vitamina B12, y el déficit de ácido fólico, y la sífilis, en ocasiones donde la neurosífilis también puede ser reversible, pero si ya está la demencia establecida no son reversibles.

Luego está la pseudo-demencia que realmente es un cuadro depresivo, que puede preceder en años a la aparición de una demencia y se llama pseudo-demencia porque el cuadro puede ser exactamente igual que una demencia aunque el individuo tiene absoluta capacidad de discernir, y los test de demencia suelen ser normales, sin embargo se quejan de pérdida de memoria, de alteraciones del pensamiento, etc.

Volviendo a la evolución de la demencia vascular, una es la cortical que es brusca, y otra es la subcortical que también suele ir a brotes, porque hay infartos lacunares, tiene trombosis cerebrales que van a afectar a medida que van haciéndose van dejando una disminución.

En el momento que él vio a Don Oscar no tenía demencia de ningún tipo, sabe que con posterioridad tuvo un ictus, y eso puede condicionar el deterioro neurodegenerativo que ya de por sí conlleva la enfermedad de Parkinson, porque el propio Parkinson lleva a la demencia en un período variable entre 3 y 15 años, el promedio está entre 5 y 8.

Nunca observó la más mínima sospecha, que estudió al paciente en el año 1996 y no observó nada, no obstante lo reenvió al neurólogo para descartar el deterioro.

Al Letrado de la parte actora, dice que conoce a Petra porque ha ido mucho al rectorado, pero no ha salido nunca con ella, ni ha estado en su casa.

Le mandó al neurólogo pero él no le observó nada, pero como existía el dato de la nota que le había mandado el doctor Enrique que decía que según la familia tiene pérdidas de memoria y había que descartar que no tuviera deterioro cognitivo, le remitió al neurólogo.

La visita de marzo de 2000 fue la última y dice que fue solo, el Letrado le pregunta si conocía que desde 1997 Don Oscar tenía una persona a su servicio que le ayudaba a levantarse, a vestirse, a desayunar, a pasear por la calle, y que es muy extraño que fuera solo a la consulta, contesta, que no lo sabía, pero que suele ser habitual en los enfermos de Parkinson.

Reitera que fue solo. Que le comentó cómo estaba. Que no recuerda si le contó la caída que había sufrido. Dice que tenía incontinencia de urgencia, está señalado en el informe, que es característica del Parkinson. Que le ayudaban a partir en las comidas, eso sí se lo comentó.

Preguntado por las medicinas, y que la familia tenía puesto en la nevera un papelito con las medicinas y las dosis, responde que eso no se lo comentó pero que es normal en las personas mayores anotar la medicación en un papel y también que el papel se coloque en la puerta de la nevera, que es lo que habitualmente les dice él, para que se acuerden.

Don Oscar le dijo en ese momento que se encontraba bien, el problema era la reagudización del EPOC. Le añadió una medicación, el Plurimen, le dio a él la receta que ponía 1-1-0, Don Oscar se la puso en el bolsillo y se la llevó. Explica en el informe porqué se la dio, por dos razones, una porque el Parkinson no estaba totalmente controlado, lo cual puede explicar parte de lo que dice de la necesidad de ayuda para cortar, etcétera, etcétera, porque el Plurimen aunque no es un antiparkinsoniano mayor sí es un medicamento de segunda línea, y en segundo lugar porque es un potente antioxidante, que iba a evitar el deterioro neurológico. El notó que el Parkinson no estaba totalmente controlado.

Él no ha examinado las notas del neurólogo, solo cita las que aparecen en el informe de su compañero.

En cuanto a esas notas explica que alicaído es una persona con depresión crónica. Obviamente puede estar alicaído, tiene un Parkinson que incrementa la depresión y la torpeza de la marcha, se caracteriza por una incoordinación del movimiento donde entorpece la marcha y favorece las caídas.

Preguntado si la hacen dependiente de la gente de su entorno, dice que no necesariamente, que que esté alicaído lo vio él ya desde el año 1993. Una cosa es que no esté alegre y otra cosa que no sea autónomo.



Que depende, si sus circunstancias económicas hubieran sido otras a lo mejor hubiera seguido viviendo autónomamente sin necesidad de ayuda, muchas personas con Parkinson viven solas a pesar de la torpeza que tienen en la marcha y de la torpeza que tienen para cortar.

Él no le recomendó la ayuda, porque vio que entraba, subía la escalera, pasaba el pasillo de veintitantos metros, habló con él, y consideró que era autónomo. Le pregunta el Letrado que si le preguntó si venía acompañado, a lo que responde, que entró en la consulta solo y que no le preguntó. Reitera que a la consulta entró solo, sin bastón y sin nada, y habló durante bastante tiempo con él.

El Plurimen es un medicamento de segunda línea no de primera línea.

Dice que la somnolencia y los demás síntomas los producen los medicamentos antiparkinsonianos y los produce el EPOC, y evidentemente es una persona de ochenta años, la mayor parte de personas ancianas tienen cuadros pluripatológicos.

Reitera que los síntomas que dice el Letrado son compatibles y frecuentes con el diagnóstico de Parkinson.

Preguntado si sabe que en el año 2003 ya se le diagnostica de demencia, responde que sí pero que previamente tuvo un ictus, previamente está señalada una trombosis cerebral, que si estamos hablando de que hizo una demencia vascular, que ya tenía una enfermedad del pequeño vaso y además hace nuevos ictus, se puede explicar más, pero además el propio Parkinson evoluciona hacia la demencia, si además tiene otros factores de riesgo como puede ser la enfermedad vascular, como puede ser la edad, obviamente la aparición de la demencia es más frecuente.

Desconoce el testamento.

A Ssª que lo que él dice es que en el año 2000 que él le vio no había ningún dato de demencia, como tampoco lo vio el neurólogo en fecha anterior. Que la teoría o hipótesis del señor Ignacio se basa en el escáner de la enfermedad del pequeño vaso y lo que él dice es que no hay ninguna correlación entre la enfermedad del pequeño vaso y la demencia subcortical, con cita del estudio Rotterdam.

No dice que la demencia venga del ictus, sino que éste aceleró o contribuyó a la precipitación de la demencia. Que a la larga todas las demencias son mixtas.

Que la última vez que vio al paciente fue en el año 2000 y ni siquiera supo que había fallecido, y después de más de diez años fue Doña Petra a verle para pedirle el informe, que llevaba diez años sin saber de él.

Reitera que en las visitas de Don Oscar, entablaban una relación, hablaban y nunca le encontró ningún indicio que implicara un deterioro cognitivo. Que reitera que en el año 1996 él no encontró nada pero por si acaso lo remitió a un neurólogo dado lo que decía la familia.

Preguntado si en el año 2000 a su juicio no hay demencia y sí aparece en el año 2003, dice que salvo un ictus masivo o estratégico en determinadas zonas del cerebro que puede dar lugar a una demencia aguda, que las únicas demencias agudas son las demencias vasculares o con un ictus masivo, que destruye mucho cerebro, o con un ictus estratégico en que afecta a determinadas zonas.

Que Don Oscar pagaba sus honorarios.

Segundo CD, día 13 de septiembre de 2010, duración 1:47:25 horas.

- Declaración del perito Don Pablo, tiene una relación de amistad estrecha con Don Gonzalo, de conocimiento con Celestina, y de conocimiento con el resto de los hermanos. Esa amistad no le impide decir verdad. Que es en la actualidad cuando tiene más amistad, pero no cuando sucedieron los hechos.

Se le exhiben las Historias Clínicas aportadas como documento 12 de la demanda, por la duda que existe en la letra manuscrita, concretamente la hoja 7 relativa al día 29 de julio de 2001 (folio 190).

"Impresión deterioro esencialmente frontal", l.p. Significa impresión clínica. Había una clínica frontal que no había habido antes, si fuera fatal el enfermo estaría a punto de morir.

Se le exhibe el documento 43 de la contestación (Tomo IV, folio 993), ratifica su firma y que es un informe que realizó el 11 de junio de 2005, que nunca firma un informe con fechas que no son las fechas.

Es neurólogo, actualmente profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina, vinculado con el Hospital 12 de Octubre. Ejerce como neurólogo en el sentido clínico, en el sentido de la investigación y también de la docencia. Es actualmente funcionario del Ministerio de Educación pero la plaza está vinculada al Hospital.



Trabajó en Las Palmas hasta junio de 2004 que se trasladó a Madrid, pero en alguna ocasión venía a Las Palmas, a Congresos y como perito en otro juicio. En junio de 2005 vino a Las Palmas a título personal invitado por la mujer de Don Oscar porque estaba muy preocupada. En ese momento Don Oscar sí estaba fatal.

Fue una decisión familiar en la que ellos confiaron en él y que sí podía verlo, además era paradójicamente vecino. Empezó a verlo en el año 1996 hasta junio de 2004, si le llamaban iba.

En Las Palmas trabajaba en el Hospital Negrín y era profesor titular de la Universidad. Que siendo íntimo amigo de Don Gonzalo éste le llamaba y él se pasaba.

Que cuando le llamaban iba a verlo a su propia casa, llevaba el oftalmoscopio, el fonendo, el diapasón y el martillo de reflejos. Le facilitaba el trasiego, igual que para su madre.

Que le ha visto sin duda más de veinte veces.

Que estaba bien desde el punto de vista intelectual pero no desde el punto de vista motor. El Parkinson tiene tres tipos de manifestaciones motoras, la rigidez, la acinesia, y el temblor, que es un síntoma menor. Los otros síntomas no motores son un conjunto de otras alteraciones cerebrales que es un sínfin que va desde lo más cortical que es la demencia que suele aparecer a los tres a cinco años después de tener la enfermedad de Parkinson en un porcentaje pequeño pero bien conocido que llega a ser en torno al 15-25%, todo Parkinson antes se moría de la enfermedad porque no había tratamientos que prolongaran la posibilidad de mantenerlo motoramente mejor, con lo cual no había apenas demencia, cada vez se está viendo más Parkinson que siempre, tarde o temprano tienen demencia porque los mantienen motoramente mejor, comen, no tienen escaras, etc.

En julio de 2001 detecta el inicio de demencia, eso fue a raíz de ese informe que hizo, donde puso frontal. No guarda relación con un ictus cerebral, porque en junio de 2001 y eso está escrito en un informe del Negrín, hubo una isquemia cerebral transitoria que le duró cuarenta minutos, un mes antes de él decir lo de la demencia. El ictus fue transitorio, un fenómeno clínico de trastorno del lenguaje que se le quita en menos de cuarenta minutos, eso ya sabiendo que tenía infartos cerebrales subclínicos previos.

Y ya desde el año 2009 se le da aspirina una dosis de 100 miligramos, que luego pasamos a 300 miligramos para prevenir los eventos vasculares, y ya previendo estas circunstancias y precisamente porque la aspirina no fuera suficiente para controlar la isquemia cerebral transitoria clínica y radiológicamente subclínicas que se veían en el escáner, sustituirlo por "Clopidogrel" que es un fármaco mucho más poderoso, mucho más eficiente, no se dejó de tratar la parte vascular, pero no tenía demencia vascular.

En su conocimiento y experiencia bien formada de treinta años de experiencia.

A preguntas de Ssª si la demencia entonces no viene del ictus anterior sino del propio Parkinson, contesta que exactamente, que la palabra transitorio es aquella isquemia cerebral que cede antes de las 24 horas, está duró menos de cuarenta minutos. Uno puede estar hemipléjico, o con trastorno del lenguaje incluso alterado o agitado, pero si a los 40 minutos vuelves a estar como estabas, se considera isquemia cerebral transitoria.

Preguntado si en el año 2003 hay ya una demencia severa, responde que va avanzando, hay un continuo, hay un inicio de demencia que sigue siendo evidente a lo largo de 2001, y a lo largo del 2003 hay criterios de demencia evidentes, una demencia en la que ya no debería o podría plantearse hacer uso de los usufructos de sus bienes o su persona.

Antes de eso tenía bradipsiquia, que lo tenía a veces, es una velocidad del pensamiento enlentecido. No significa un deterioro de la capacidad de atención, de cálculo, de juicio o de tareas ejecutivas. Lento de pensamiento como cuando una persona normal se levanta de la siesta y se le pregunta ¿quieres un café?, digamos que hay un retardo de la respuesta correcta. Hace la respuesta correcta pero retardada, porque va más lenta su velocidad de pensamiento. Producto también bien conocido de muchas otras concatenaciones de enfermedades que no tiene cualquiera. Un hombre que tenía una rinitis crónica tan tremenda y seguía fumando. También tenía un déficit de B12 que no se ha mencionado que produce un deterioro intelectual, depresión y enlentecimiento de la velocidad del pensamiento, es un hombre que estaba muy mal.

Preguntado si también esa lentitud de pensamiento venía producida por el Parkinson, responde que sí.

Preguntado si hasta diciembre de 2002 lo ve bien, dice que como todo en medicina y también en las demencias degenerativas, que no las vasculares que son bruscas, hay un continuum que va desde el blanco inmaculado de la capacidad intelectual que tiene un adulto de entre 30 y 50 años, a un deterioro intelectual. En absoluto tenía una incapacidad para decidir y para hablar.



Es verdad que a veces tenía una conversación más pobre, y fluctuante, es cierto, en eso influyen muchísimos factores, si estaba con una retención de carbónico, si tenía catarros, etc, depende si lo cogías por la tarde o por la mañana, recién levantado, pero no es una demencia es una lesión categórica sostenida y mantenida.

Tuvo algunas alteraciones, por ejemplo en el 2001 llegó a tener alucinaciones, veía cosas, quería irse en un taxi a Madrid, y eso era con relación al exceso de medicación que yo le debí de dar entre otros. Que a veces la ventana terapéutica entre lo tóxico y lo terapéutico, hay una frontera que es biológica no es matemática, y hay que ver a partir de qué dosis le estás intoxicando y puede tener alucinaciones, y eso no es matemático, depende de cada paciente.

Al bajar la medicación de la levodopa mejoraba, pero podías provocarle una disminución de la agilidad motora. Le quitas las alucinaciones pero le quitas la energía motora, pero mejora.

La demencia del Parkinson es subcortical, no es vascular. Como todo en medicina no existe una relación causa efecto sencilla, a veces hay algo concurrente que favorece o incita lo anterior. Si tienes más edad es más razonable que todo fracase, porque también tu deterioro natural también existe, que él la etiología de la demencia no la puede decir si no es en autopsia. Son ciencias biológicas, no matemáticas, estas ciencias tienen un más menos porcentaje de aproximación razonable a la realidad.

Que la demencia no era de origen vascular, provenía del propio Parkinson, los enfermos de Parkinson llega a tener demencia en un 15 o 20%, no tenía enfermedad pseudo-bulbar, que él ha visto muchos casos y la enseña, que precisa un reflejo curiosamente normal, cuando uno eleva el velo efectivamente se atraganta el velo, tiene otras sintomatología, una bradisardia, una historia de trombosis previa, una labilidad emocional en la que cambia de la risa al llanto sin fundamento que en un momento dado ya lo tendría Don Oscar pero en ese momento no lo tenía. Lo que en ese momento tenía Don Oscar era un trastorno motor importantísimo y progresivo, y un trastorno de la atención fluctuante, de la atención no, de la velocidad del pensamiento fluctuante, y poco más.

Que luego sí se fue insertando eso ¡pues claro! yo no digo que no. Que alguna de las trombosis cerebrales subclínicas que tuvo radiológicamente que fueran una motita de polvo más a añadir al conjunto del todo para que el conjunto del todo al final sea mucho más evidente, evidentemente que sí. Pero el todo no es la suma de las partes, es mucho más, y eso se va notando a lo largo de los años, no al principio, y que no es una demencia pseudo-bulbar, apuesto lo que sea, porque tengo conocimientos y fundamento.

En las demencias de Alzheimer, que es la demencia degenerativa más frecuente, no suele haber un tiempo subclínico de demencia hasta que luego está la demencia completa, no. Hay una demencia que se llama la fase psicológica de la demencia, en la que el enfermo tiene una demencia inicial, bradisiquia, alguna otra cosa, que no es lo suficientemente demente para decir que no tiene derecho para tomar decisiones sobre su vida y su persona, pero sí que es demente. Lo hemos visto en la televisión y la prensa, con Aurelio , Ernesto el propio Isaac en un momento dado él mismo declaró debo de dejar la política, me lo han dicho mis médicos, estoy fracasando, tengo pérdidas de memoria, era autónomo, era soberano diciendo eso delante de las cámaras de todo el mundo.

Dice que hay un documento que se llama Sitges 95.

Preguntado por Ss^a sobre si diagnosticado de demencia en el 2003 tendría también en el año 1993, puesto que este señor no tenía Alzheimer, responde que este señor lo que tenía era una demencia similar al Alzheimer que es la demencia de Parkinson, que es una demencia degenerativa, en la que el Parkinson es el protagonista y los deterioros intelectuales posteriores son similares incluso anatomopatológicamente a los del Alzheimer aunque no igual, y ha puesto el paradigma del Alzheimer, Ss^a tiene razón.

Que él puede decir que la demencia inicial es en julio de 2001, que es cuando él puede decir que se da la demencia inicial. Después es cuando ya fue una demencia más manifiesta.

En la clasificación de DSM4 de psiquiatría, de qué es una demencia es: pérdida de memoria, pérdida de la capacidad para la expresión y comprensión del lenguaje, pérdida para tareas manipulativas o práxicas, y pérdidas del conocimiento, afasia, apraxias, agnosias y pérdida de memoria, en suficiente cantidad para que disminuya su capacidad de autocuidado o hasta que haya evidencias familiares de que tenga ese deterioro. No se considera demencia cuando tengas una pérdida de memoria, o/y una pérdida motora, una pérdida de lenguaje, una pérdida de la capacidad manipulativa si esto no te conlleva una ausencia de..., que puedes ir a comprar a la calle, que puedes tomar un taxi, que puedes coger un teléfono, o que puedes mantener una conversación sobre un partido de fútbol o seguir una película, eso no es demencia según la comunidad internacional.



Él no puede decir que es demente una persona que tiene un error en la memoria reciente, o que ya no puede escribir tan bien como escribía, o que ya no puede recordar que el Rey de España es Juan Carlos, o que no tiene un verbo tan fácil para comprender el hilo de una película elemental aunque tenga alguna de esas partes, si él está integrado en una familia, como yo veía, una familia encantadora, él no puede decir eso porque tenía una capacidad de autogobierno.

Que decir que tenía una demencia vascular pseudo-bulbar le parece un disparate.

También trató a Doña Virginia , al igual que a su amigo Abel como tiene una distonía, también manejó esa situación, y le recomendó otro neurólogo.

Evaluó a Doña Virginia porque estaba fallando. Que no llegó a detectarlo hasta después de ser diagnosticada. Como tenía esa depresión y esos despeños diarreicos en que de vez en cuando se iba al baño, que Abel se lo comentaba, y le preguntaba si tenía algo de deterioro.

Él vio también a Doña Virginia en julio de 2001, y la vio enteramente normal. En agosto de 2002 le vio una depresión pero tampoco le ve deterioro. Tiene otro informe suyo en enero de 2004 y no le vio ningún deterioro. Y en julio de 2004, unos días antes de su mudanza a la península, le encontró baja memoria por depresión, inatención y sobrecarga, no le pareció que tuviera algún fallo intelectual. Él no hacía siempre informes clínicos, hacía notas clínicas, que son manuscritas, pero las firma y es responsable de todo lo que hace.

En julio de 2004 como ya se iba recomendó que le hicieran pruebas y que la vieran los neurólogos del Negrín. A su hermano lo trató en su consulta privada, el hermano de Doña Josefa , y sí tenía deterioro.

Que quiere decir que la primera visita que le hizo Don Oscar le visitó en su consulta privada y le cobró porque era un conocido, no era un amigo.

Que se ha equivocado, que no fue en julio de 2004 cuando le pidió las pruebas, fue en febrero de 2005 cuando vino a un congreso cuando ya le insistió y aunque él no le veía un deterioro intelectual sino depresión franca, recomendó que se le hiciera un escáner, y eso sí que se lo hicieron. Que no le gustó consideró que la tenían que ver y que le tenían que hacer pruebas.

En junio de 2005 vino invitado por Doña Virginia para ver a Don Oscar , pero ya en la situación de Doña Virginia no se metió porque tenía otros profesionales.

A preguntas del Letrado del actor, reconoce que es muy amigo de Gonzalo , pero de Abel no es tan amigo, tiene una relación cordial.

Estando él ya en Madrid cuando le pidieron el informe dijo que con la condición sine qua non que todos los miembros de la familia se lo pidiera.

Preguntado que el único informe que ha hecho es el de junio de 2005 que se lo pidió la madre, que quizá se lo dio físicamente a Gonzalo para que se lo diera a la madre.

Que la Historia clínica dijo que la daba si se la pedían todos los hermanos.

El Letrado se refiere al momento temporal decisivo de noviembre de 2000, porque si se observan las notas hay una revisión en febrero de 2000, y en mayo de 2000, y hay un silencio hasta enero de 2001. Y en las notas de enero de 2001 aparece que ya desde el verano de 2000 había alucinaciones nocturnas, delirios, etcétera, que se pone en relación con los efectos de la medicación, quiere ir a Madrid en taxi, etc. La pregunta es si es normal que el médico que vive enfrente y que conoce a la familia, entra, sale, etc, desde verano de 2000 tiene el paciente alucinaciones no tenga ningún reflejo médico hasta enero de 2001, que no le examinara.

Responde que entiende que la última vez que lo vio en el 2000 y que la primera vez que lo vio en 2001 fue en enero. Dice que las alucinaciones visuales que ocurren por levodopa son fluctuantes porque influye mucho del pico de dosis.

Se le pregunta de nuevo si no le consta haberle examinado en esa época, dice que no le sabe responder, que si a él le llaman él, va, y si le llaman diez veces, diez veces va.

Él pasó todas las notas completas. Dice que no lo puede decir, pero que es probable que la familia, o Abel le comentara esto y que él dijera que eso es por la levodopa y quizá es posible que le bajara la medicación, pero puede asegurar que las alucinaciones por levodopa son tan frecuentes, tan transitorias y tan fáciles de quitar, que aunque lo escribió no le parecía tan importante. Que si lo hizo constar era para saber que tenía que bajar la medicación. Que son problemas puntuales, no es normal que tenga alucinaciones todo los días, que que tenga una alucinación una tarde de una semana. Si son episódicas e infrecuentes no tienen nada de particular.



Que en lo motor era un hombre que se podía caer. Que tenía que ir acompañado porque se caía, pero eso no quiere decir que no tuviera una conversación más que suficiente.

Preguntado por el control de la medicación, dice que claro que Don Abel , que además de su hijo era farmacéutico, tenía una lista de medicamentos con las dosis para que no hubiera error, sobre todo para hijos que venían de vacaciones y cuidaban al padre.

A él le gusta que las personas de edad estén tituladas por terceros pero no habría tenido ningún problema en darle al propio paciente instrucciones de su medicación.

El Letrado le pregunta sobre la peculiaridad de su informe de junio de 2005, Ss^a no admite la pregunta. El Letrado pone de relieve que en el informe omite datos significativos que se desprenden de las notas.

Que en julio de 2001 tiene un deterioro intelectual leve, pero la demencia franca es posterior.

El perito distingue entre inicio de demencia e inicio de deterioro intelectual, en julio de 2001 es el inicio del deterioro intelectual, y se refiere a las notas sobre la demencia que antes ha explicado, como sinónimo de incapacidad.

Que en la primavera de 2003 hay demencia, que es distinto del deterioro. El certificado de 2003 es un resumen, dice Parkinson+Demencia+Apraxia.

Preguntado si en el 2000, tenía problemas de expresión, responde que no.

Si tenía problemas para caminar, responde que si.

Si tenía problemas de memoria, responde que en ocasiones pero mínimos y sólo en algunas ocasiones.

Si tenía problemas se alucinaciones, responde que a partir de la fecha que señala pero eventualísimas.

Si tenía incontinencia, responde que si por muchas razones entre otras por una grave diverticulosis

Preguntado si necesitaba asistencia para salir a caminar, dice que sí.

Preguntado si describe en el año 2000 la situación de este señor como alicaído, torpe física y mentalmente, dice que si está escrito que desde luego que sí.

Preguntado si dice en mayo empeoramiento global y aumento de somnolencia, responde que sí.

Preguntado si dice en 2001 que había padecido alucinaciones visuales desde verano de 2000, responde que sí.

Preguntado si en julio de 2001 ya dice, se duerme tras comer, poco hablador, conducta dócil, y se encuentra bradisíquico, y bradicinético, con disfasia motora y sensitiva, responde que es correcto. Dice el Letrado que se dice "diagnóstico deterioro esencialmente frontal", responde que sí, que frontal se refiere al lóbulo frontal, de la corteza del lóbulo frontal, que es cuando uno tiene más apatía, tiene algún fallo en los trastornos del lenguaje en ocasiones.

Preguntado si en 2003 ya habla de demencia, dice que sí.

Preguntado si en el 2004 ya dice que hay un deterioro neuronal degenerativo primario asociado a sus infartos múltiples, dice que sí. Pide leerlo, es lo de 15 de marzo de 2004.

Dice que los infartos cerebrales que los tiene los tuvo y los tendría no son protagonistas, pueden ser cofactores, pero no protagonistas.

Preguntado si en el 2003 empezó a tomar la Memantina, responde que sí, que es un anti-alzheimer para entendernos. Preguntado si se recomienda para demencias graves, responde que no que también estaba previstas para demencias leves. El Letrado le pregunta desde qué año, y si es cierto que en el año 2003 la Memantina estaba prevista para demencias graves, y solo desde 2006 se admite para demencias moderadas, responde que desde el punto de vista oficial en el prospecto del medicamento lo que dice el señor Letrado es cierto. Pero desde el punto de vista de su capacidad para tomar decisiones sobre fármacos, no sólo él, sino todos los neurólogos, lamentablemente cada vez hemos utilizado este tipo de fármacos que sólo ponía que era para demencias graves para casos no tan graves, y eso lo han hecho siempre igual que prescribimos fármacos para los que no consta que están en el prospecto, incluso a veces tienen que decir una coletilla de como uso compasivo, porque sino estamos dando un fármaco para lo que legalmente no está prescrito.

Respecto a Doña Virginia , el Letrado pregunta si sabe que en el 2007 en junio fue al ginecólogo que la vio en una situación delicada y le remitió a un geriatra, y pregunta si sabe estas circunstancias, responde que no lo recuerda bien. Que sabe que llevaron a Doña Virginia a un geriatra al señor Bruno .



Preguntado si sabe que fue diagnosticada de Alzheimer grado 5, responde que no lo conoce porque no lo quiere conocer, para él el señor Bruno no tiene categoría.

Dice que él no ha examinado a la señora Virginia porque ya tenía dos psiquiatras de categoría que era Juan que la estaba llevando y el doctor Augusto, y no sabe si la doctora Guillerma. Dice que no la ha visto últimamente.

A preguntas de Ss^a dice que la vio hace un par de años, pero no está muy seguro, cree que en el 2008. Que no está muy seguro y pide consultar sus notas. Que se ha fiado totalmente del doctor Augusto que es un neurólogo reputado. Que él no la ha visto como neurólogo y prefirió.

Que la última vez que él la vio la vio depresiva y que creía que debía de hacerse un mayor estudio cerebral, un escáner. Que en su opinión tenía lesiones cerebrales. Sabe que está fatal, pero no porque la haya visto, y menos explorado.

Preguntado por Ss^a si en julio de 2001 Don Jaime estaba en uso de sus facultades mentales para tomar decisiones importantes, dice que en julio de 2001 cree que Don Oscar tenía una capacidad suficiente, el mes anterior que tuvo la trombosis no, pero en julio del 2001, así lo apoya el documento de Sitges en deterioros cognitivos incipientes en los que no hay una merma para la capacidad gnósica, práctica o afásica, puede tomar decisiones soberanas.

Le conocía de vecino y de paciente, le han dicho que tenía carácter. Era el patriarca. Tomaba muchísimas decisiones. Dice que es un hombre que se dejaba llevar cuando las cosas que le llevaban le gustaban, al médico, a dar paseo, iba a la ópera, aunque caminaba mal y tenía la tos.

A su juicio ni en el año 2000 ni en el año 2001 estaba demente, a partir de julio de 2001 tenía algunos fallos pero no el concepto de demencia que antes explicó.

Preguntado si le exploraba en las visitas domiciliarias, contesta que le hacía una exploración médica reflejada, que muy pocos médicos escriben todo ello, incluido el fondo de ojo, estado mental, función cortical, sistema motor, reflejos, sensibilidad, cerebelo, extrapiramidal y marcha.

Preguntado si le podía haber pasado desapercibido una demencia y manifiesta que lleva treinta años de oficio.

Hora 1:05:50, declaración del perito Don Jesús Luis. A preguntas del Letrado de la parte codemandada, es especialista en medicina interna y gastroenterología. Es profesor de la Universidad vinculado al Hospital Doctor Negrín.

Se le exhibe el documento 47 de la contestación a la demanda (Tomo IV, folio 1018), reconoce su firma y se ratifica en su contenido.

Que fue a la consulta porque tenía pérdidas de sangre, tenía antecedentes de pólipos que son los precursores del cáncer, y a pesar de la avanzada edad del paciente decidió hacerle una exploración endoscópica por su buen estado. Se le hizo, se le detectaron unos pólipos que es una lesión pre-cancerosa, se le extirparon esos pólipos y esa fue su única relación, estuvo un cuarto de hora con el paciente. La exploración se hizo en la clínica San Roque. Él no le operó fue un compañero suyo.

Él tiene su Historia Clínica y no figura ninguna mención a demencia, sí figura el Parkinson, divertículos, polipos en el colón, acude por rectorragia, pérdida en el número de glóbulos rojos, y tiene anotada la medicación que tomaba y ninguna estaba dirigida al tratamiento de demencia sino de su Parkinson y un antiagregante plaquetario y hierro. En la exploración no se expone ningún tipo de déficit cognitivo y aunque no era una exploración específica para conocer esto desde luego él no pide una colonoscopia a una persona demenciada. Se ve que era una persona que tenía una vida activa, con una conversación normal, él no hace ninguna mención de otra cosa.

Que conoce a la familia porque es una familia conocida de Las Palmas, pero no tiene amistad. Que la visita fue de quince o veinte minutos. Se establece un diálogo en el que se preguntan una serie de cosas y uno se da perfecta cuenta de si la persona responde adecuadamente.

No habría hecho la prueba a una persona demenciada entre otras cosas por su calidad de vida, si es ya un paciente terminal, pero su familia es la que tiene que tomar la decisión. Se le explicó lo que iba a hacer y se preparó, que es una preparación compleja. Cree que en esa época había que firmar un consentimiento informado y él lo firmó.

El Letrado le pregunta por Doña Virginia, documento 59 de la contestación (Tomo IV, folio 1063), se le exhibe y lo ratifica. Que le parece recordar que en ese tiempo, en ese período, a ella se le hizo una exploración similar, por su alteración de su ritmo intestinal, y la exploración fue negativa, no se le encontró patología. Que ellos a



un paciente que no se relaciona le evitan hacer exploraciones cruentas o invasivas. En este caso no tiene la historia de ella. Dice que recuerda perfectamente a Doña Virginia .

Hora 1:13:50, declaración del perito Don Augusto (informe documento 45 de la contestación, Tomo IV, folios 1006 a 1013), conoce a Don Oscar porque le encargó el informe, pero no tiene amistad. Es especialista en neurología y profesor de universidad.

Realizó un informe tomando como fuente los informes que describe, pero Don Oscar no fue paciente suyo. Hace dieciocho años que trabaja en el Hospital Negrín.

Preguntado si Don Oscar tenía una demencia vascular pseudo bulbar, dice que está en las conclusiones de su informe. Que saca una cronología en base a cada uno de los elementos de los que dispone. Desde el punto de vista cronológico su conclusión fue que hay un trastorno motor, motor se refiere exclusivamente a la agilidad, a la capacidad para moverse, que mejoró con levodopa. Hay ciertas fluctuaciones en las funciones del ánimo sin criterios de deterioro intelectual. Cuando alguien tiene una demencia pierde la capacidad para el juicio, para conocer lo que está ocurriendo alrededor, tiene limitación en las actividades.

Él no puede concluir que tiene una merma de sus capacidades intelectuales hasta 2002, cree que es la nota de Pablo que aparece. Sería, problema motor, que es pérdida de la agilidad en el contexto de la enfermedad de Parkinson, problema en la capacidad intelectual a partir de 2002.

La demencia es el punto final de diversas entidades. Uno puede tener una demencia tipo Alzheimer, en el cual se produce un declive continuo; puede tener una demencia vascular en el cual hay fenómenos intercurrentes que se van añadiendo, esos fenómenos son eventos vasculares. Él a la hora de decir que una persona tiene una demencia acude a cómo han sido las manifestaciones clínicas. Hay protocolos estructurados como la escala de Hachinski, en el cual puedes predecir o asumir razonablemente que tienes una demencia vascular, en este caso no lo puede asumir porque este señor tenía solo un evento vascular transitorio.

El análisis del síndrome pseudo bulbar, el síndrome pseudo-bulbar es muy característico de las demencias vasculares. Consiste en dificultades para articular el lenguaje, dificultades para tragar y una labilidad emocional con risas, llantos inadecuados. En este señor lo único que podríamos considerar enmarcable dentro de los que es el síndrome pseudo bulbar, serían las dificultades para tragar. Es frecuente las dificultades para tragar en el contexto de la enfermedad de Parkinson. El Parkinson asocia trastornos motores fundamentalmente y trastornos no motores, es muy característico la disfagia. Él cree que faltan el resto de los elementos para completar el cuadro de síndrome pseudo-bulbar.

Resumiendo desde su punto de vista y en base a la información que ha recibido, tiene una demencia que aparece en el contexto de una enfermedad de Parkinson, y como todas las demencias asociadas al Parkinson hay un lapso libre de síntomas cognitivos. Y la disfagia la puede explicar por la enfermedad de Parkinson per se. No hay criterios suficientes ni por escala de Hachinski, que es una escala predictiva, ni por la presencia de eventos clínicos vasculares. Tuvo un fenómeno clínico transitorio.

Hay una explicación razonable que acaba de decir, la demencia es explicable en el curso de la enfermedad de Parkinson en un cierto número de pacientes. Problemas vasculares evidentes no los hay, salvo lo que acaba de comentar, un fenómeno vascular transitorio. Los ictus se manifiestan con cuadros intercurrentes, son procesos agudos en el cual el organismo experimenta una clínica que depende de la arteria que sea, lo habitual es perder fuerza en un lado del cuerpo, o sensibilidad, vista. Él sólo presentó un fenómeno transitorio, aclarar que él tiene una imagen con patología vascular, y cree que eso en sí mismo no es definitorio como para decir que hay problemas vasculares en el grado suficiente como para producir un deterioro.

Aparentemente es el continuum de las demencias. La demencia es un proceso gradual. Sólo hay una demencia como proceso agudo, las demencias con infarto estratégico, que se te lleva por delante una estructura fundamental, y no le parece que sea el caso. Hace falta un análisis muy específico, hace falta documentar. Ese análisis son las resonancias, en las que puede decirse que el infarto cogió el tálamo y tiene características de agudo, y no ve que sea el caso. Es un continuo.

Cuando hizo el informe intentó precisar cada una de las manifestaciones de la enfermedad, haciendo alusión a un documento del que pudo obtener la enfermedad. Que la primera información suficiente es del 2002.

Conoce el documento de Sitges. Determinar la capacidad de un paciente es un proceso complejo. Dada la controversia se hizo un documento multidisciplinar y se recogen aquellas posibles limitaciones en la capacidad de juicio, y en qué situaciones se puede hacer disposición del patrimonio. Intervinieron juristas, fundamentalmente neurólogos, geriatras y psicólogos.

Al letrado de la parte actora. Le lee la conclusión segunda y le pregunta si da preponderancia al papel causal que puede tener el papel de una enfermedad vascular isquémica, y que no se descarta que haya enfermedad



de Parkinson, dice que cuando uno plantea alternativas postula alguna como preeminente. Cada vez que uno aborda una situación concreta se plantea o propone diversas alternativas causales y postula alguna como primera. Pero plantear posibilidades no implica plantear como preeminente ninguna.

Dice que hay dos esferas, la interpretación que él considera plausible es un continuum en el proceso de un contexto degenerativo, no puede poner una causa vascular como la primera. Él se puede plantear diversas etiologías. ¿Hay una evolución plausible para adjudicar a una categoría? ¿Tiene una demencia frontal? Cada demencia es distinta. La demencia de Alzheimer se inicia con trastornos de memoria, la demencia frontal se inicia con trastornos de conducta, la de Parkinson de una manera distinta. No se puede saber sino con la autopsia. En este caso lo plausible es degenerativo.

No se puede sustraer a una parte tiene que hacer una suma de todo, tiene que ser riguroso, hay un escáner con infartos cerebrales por lo tanto debe decir que existe la posibilidad, aunque le parezca más plausible la degenerativa. Plantear significa que no puede menospreciar algo.

Pide disculpas por la redacción porque a su juicio es más plausible la causa en la enfermedad de Parkinson.

Según su informe los primeros elementos de deterioro intelectual aparecen de forma objetiva en julio de 2001, dice que sí.

Preguntado si la valoración del doctor Pablo de febrero de 2000, cuando dice alicaído, torpe física y mentalmente y si esa valoración tiene trascendencia, dice que según los criterios Sitges el tener el ánimo bajo no presupone indefectiblemente una merma en la capacidad intelectual. Él ve los primeros datos cuando se ha hablado, el ánimo no afecta el juicio, el ánimo afecta al interés que uno pueda tener en una u otra actividad, la capacidad de juicio es mucho más compleja que el ánimo.

Preguntado si una persona que está decaída con depresiones torpe física y mentalmente, es una persona especialmente dependiente, es una persona dependiente de las personas que están a su alrededor, y más si es una persona mayor, responde que existe cierta dependencia del entorno, en todos, pero no ve afectación en la capacidad de juicio.

Preguntado si en esas notas en el año 2000 estamos describiendo a una persona que necesita ser asistida para levantarse de la cama, que tiene una persona que le tiene que ayudar a vestirse, que le ponen el desayuno, que come cuando le cortan los trozos de comida en su casa, que tiene pérdidas, incontinencias urinarias y va con pañales, que tiene una persona que le asiste para salir a la calle, que ha tenido caídas, que ha tenido problemas de depresión, estamos describiendo a un anciano con un cuadro complejo. Dice el perito que le están describiendo a un anciano decaído, que las imágenes que él ha visto y las lecturas que ha tenido no son de una persona decaída, que caídas cree que sólo se documentaron en una ocasión, cree que el uso de pañales es posterior, cree.

Preguntado si esta descripción no se la llegaron a hacer, dice que no tiene elementos en los documentos de digan que era dependiente para las actividades de la vida diaria, en los documentos a los que él ha tenido acceso no puede concluir que existía esa dependencia en esa fecha en el año 2000.

El Letrado le dice que médicamente no hay anotaciones del doctor Pablo desde mayo de 2000 hasta enero de 2001, que dice alucinaciones nocturnas, quiere ir a Madrid en taxi, dice el perito que recuerda que ha habido una cuestión de alucinaciones que pueden ser atribuibles a la medicación, le disminuyeron la medicación y mejoraron. Que se trata de un problema bastante común con los fármacos para el tratamiento del Parkinson.

Cuando alguien dice "empeoramiento global" debe describirse, pues si no se entra en cada una de las circunstancias, o no existen o no se han descrito.

El delirio y la alteración de la percepción de la realidad puede ser en grado variable. Si alguien describe algo de forma global la impresión es global, es de agradecer la descripción pormenorizada, si se describe el síntoma de forma pormenorizada se pueden obtener conclusiones.

Dice que ha visto las imágenes de la Navidad de ese mismo año, y ha visto un señor que se enciende un puro con normalidad, y la impresión con las notas y con las imágenes no es de dependencia brutal ni de falta de juicio brutal.

Dice que él solo puede hablar categóricamente de aquello de lo que ha sido testigo, que conforme a lo que él ha visto la situación no es normal desde el punto de vista motor, pero no hay datos de afectación grave e invalidante.

Dice que su tesis es que la demencia es degenerativa con mayor probabilidad.

Preguntado sobre el tratamiento con Memantina, la pregunta es que si la demencia era grave en el momento que se la dan, lo suyo es que sería leve en un momento anterior. Dice que la Memantina era para la demencia grave y moderada. Se le pregunta si en el 2003 el medicamento estaba prescrito solo para demencias graves y a partir del 2006 se admite para las demencias moderadas, dice que el Letrado lo sabrá mejor. Insiste en que se podía emplear en moderadas pero las fechas exactas no las sabe, la indicación es cierto lo que dice el Letrado.

Que Don Oscar no recibió otros medicamentos para la demencia como la familia de los anticolinesterásicos, que llevaban ocho o diez años en el mercado antes que la Memantina, y se usaba para el tratamiento del Alzheimer.

Respecto a las ideas delirantes y alucinaciones refiere que parece que cuando se le retiró la medicación mejoró.

Tercer CD, día 13 de septiembre de 2010, duración 39:52 minutos.

Se continúa con la declaración del perito Don Augusto .

Preguntado por el Letrado de la parte demandada sobre la paciente Doña Virginia , manifiesta que la vio en junio y en noviembre de 2005 como neurólogo.

El motivo de consulta fue por un trastorno depresivo relacionado con la enfermedad de su marido, así como algunos olvidos como perder las llaves, no llevar conjuntados zapatos y bolso, aunque no había interferencia en las actividades de la vida diaria.

El examen neurológico era básicamente normal, con una puntuación en el test cognitivo de 31 sobre 35. Asumimos un punto de coste para la demencia de 26. Buen rendimiento intelectual una justificación para estar torpe con el ánimo. La conclusión fue trastorno depresivo sin evidencias suficientes de deterioro cognitivo en el momento en que fue vista.

Al letrado de la parte actora sobre el escáner que se le realizó y su resultado, que lee en alta voz, y responde que sí.

Preguntado si a esta señora en el año 2005 se le está tratando con Ebixa, dice que el Ebixa es Memantina, y está indicado para demencias moderadas o graves, pero que a él no le consta que tomara esa medicación. Que él depende de lo que le cuentan, que él lo que recomendó fue seguir con los antidepresivos, él no cambió la medicación. No ha vuelto a ver a esta señora.

Minuto 5:45, declaración del perito Don Plácido (informe documento 46 de la contestación, y copia de certificado de defunción, Tomo IV, folios 1014 y siguientes).

Conoce a Gonzalo de la consulta, pero únicamente por relación profesional, no tiene amistad. Es médico internista. Trabaja en el Hospital San Roque desde el año 1999, antes trabajó en la sanidad pública, el Hospital del Pino, el Hospital Gregorio Marañón, y otros. El año que viene hace veinticinco años como internista.

Conoció a Don Oscar en diciembre de 2003. Estaba en un estado avanzado la enfermedad que él tenía. Lo conoció después de haber ingresado en la unidad de intensivos de la clínica, y venía en el contexto de un cuadro severo de insuficiencia respiratoria y luego fue diagnosticado de una cardiopatía isquémica y un infarto, del corazón.

Que cuando llegó a la clínica los antecedentes personales del paciente venían en las notas que le mandó el neurólogo que lo llevaba, el doctor Pablo . Cuando lo vieron en planta el estado general respiratorio era tan malo que decidieron ingresarlo en la UVI. Él tenía una enfermedad de Parkinson muy avanzada en ese momento, y ellos le restablecieron la medicación antiparkinsoniana que tenía, añadido a un EPOC tipo enfisema, parece ser que había sido un gran fumador, y eran secuelas. En la época que lo ve estaba con secuelas importantes motoras, y teniendo en cuenta que estaba grave desde el punto de vista respiratorio y cardíaco, la expresión que utilizan es de mutismo cinético, vigil y con muchísima carga de secreciones.

Que en junio de 2005 la situación en la que ingresa era extremadamente avanzada. La causa de la muerte que certifica es insuficiencia cardíaca congestiva. La insuficiencia cardíaca era la fase terminal de una serie de enfermedades que tenía anteriormente.

Al Letrado de la parte actora, el Letrado da lectura de parte de su informe, y preguntado cuándo le facilitaron esas notas del señor Pablo a las que alude en su informe, manifiesta que eso es un resumen de sus informes clínicos, en sus informes clínicos de planta no viene nada del doctor Pablo , los informes médicos que tenemos en nuestro poder en la clínica. Que estas notas al ingreso en la UVI ya se aportan, creo que ya tenemos entonces un pequeño resumen de los antecedentes previos del paciente. Cree que las notas las facilitó la familia de Don Oscar , remitieron una fotocopia.



Preguntado por qué no reflejó otros antecedentes que figuran en las notas del neurólogo, manifiesta que él ve al paciente en diciembre de 2003 y de los antecedentes previos si no se los facilitan él los ignora. Él tenía notas de los antecedentes personales desde el año 1996, le parece que era, y hasta el año, bueno la fotocopias si eran hasta el año 2000, hasta el año 2000. Que también tiene documentos en la historia muy anteriores en que consta que está operado de un cáncer gástrico.

Que en 2004 estuvo ingresado en neumo con otro doctor, y eso fue entre los dos ingresos que ellos tuvieron de 2003 y 2005.

Que si le preguntan por el deterioro cognitivo él tiene que basarse en las notas de otros compañeros puesto que él le ve en diciembre de 2003. Este primer ingreso fue cardiológico, tenía un arritmia cardíaca. El segundo ingreso fue por una anemia importante, ya había tenido antes una rectorragia y se le había realizado una colonoscopia. El tercer ingreso fue por una bacteria en la sangre, y el cuarto ingreso que fue cuando falleció. Que ha habido ingresos en otros centros que él no recoge en su informe.

Ellos parten de una enfermedad de Parkinson en una fase muy avanzada, según los antecedentes médicos.

Minuto 17:41, declaración de la perito Doña Guillerma (informe documento 57 de la contestación, Tomo IV, folios 1057 y siguientes). Conoce a los hijos exclusivamente desde el punto de vista profesional.

Es neuróloga y trabaja en el Hospital Doctor Negrín, es encargada de la unidad de demencia desde el año 2003, y empezó a trabajar en el Hospital en el año 1997 como residente en neurología, y desde el año 2001 como neuróloga.

Vio por primera vez a la señora Virginia en el año 2008. Reconoce el informe que se le exhibe.

La enfermedad de Alzheimer es un continuo en la cual hay una fase pre-demencial en que la persona puede ser consciente a veces de una forma subjetiva de fallos de memoria pero no se detecta ningún tipo de anomalía y de hecho la persona no está diagnosticada de demencia ni tiene demencia, ni clínicamente ni con los hallazgos de los test neuropsicológicos, después hay una fase que es la fase inicial, la demencia tipo Alzheimer en fase leve, que según todos los documentos, el documento Sitges, y desde el punto de vista médico, que la persona a pesar de tener eso está perfectamente capacitada para realizar cualquier tipo de actividad, los problemas suelen comenzar en la mitad de la fase moderada en los cuales ya la capacidad de juicio puede verse alterada. Se recomienda decirle al enfermo en la fase leve que tiene la enfermedad para que vaya previniendo, pues de hecho el enfermo puede conducir y está capacitado para llevar su vida totalmente normal, porque es en la fase moderada cuando pierden las capacidades instrumentales, las capacidades complejas.

En la fase leve lo único que se objetiva son pequeños fallos de memoria aislados, y también la pérdida de capacidad manual, actividades manuales relativamente complejas o que requieren una planificación les puede costar, pero el resto de las capacidades de juicio y razonamiento abstracto están conservadas.

En julio de 2007 no tenía Alzheimer grado 5. La persona en la fase 4 se considera deterioro cognitivo leve, que lo único que se objetiva son pequeños fallos de memoria sin perjuicio de la capacidad funcional del sujeto. El GDS 5 ya es un deterioro cognitivo leve, la persona está capacitada pero con distintos fallos de capacidad de memoria y de manejo manual. El GDS 6 ya es una demencia en un estadio muy grave.

Que ella la vio en el 2008 y ya estaba en un GDS 5, pero en el 2007 estaba en el GDS 4, en una demencia en una fase muy, muy inicial.

Se trata de una demencia primaria degenerativa progresiva. Si hablamos de GDS 6 estamos hablando de un paciente que tiene muy poca capacidad funcional, es un paciente con alucinaciones, con una incapacidad para comunicarse, con un trastorno afásico, trastornos de lenguaje, con una incapacidad para relatar los hechos de una manera coherente, con problemas motores, ya es una demencia tipo Alzheimer moderada. Lo que se basa en ese estadio es una dependencia funcional. Lo que me digan también nos influye, si una persona me dice que se baña sola, y otra que no se baña sola, están dando escalas de valoración totalmente diferentes, porque nosotros lo basamos en la entrevista al cuidador. Tenemos que preguntar su escala funcional porque en la consulta no lo vemos. Se viste solo, es capaz de salir a la calle solo, gestionar sus propios asuntos, en el sentido de gestionar su comunidad doméstica, hacerse la comida, etc.

Que una persona en GDS 4 o GDS 5 pueden incluso estar trabajando, si no son de responsabilidad.

En el año 2005 tiene un SPECT cerebral que es normal, es una prueba de función cerebral. Los infartos subclínicos no son indicativos de patología. En el año 2005 y 2006 tenía capacidad plena.

A preguntas del Letrado de la parte actora si realiza este análisis del 2006 y 2007 sin ver a la paciente porque la primera vez que la examina es el año 2008, responde que en el año 2008 cuando la ve tiene una capacidad de juicio conservado de una manera muy aceptable, de manera que si en el 2008 está con una capacidad de



juicio aceptable, infiero que en el 2007, sobre todo por unos test que le pasa su compañero, en octubre de 2007 y que da deterioro cognitivo leve que puedo inferir que sí.

Preguntada si se hizo cargo de los pacientes del señor Pablo cuando él se marchó, dice que lo ha entendido mal, que empezó a trabajar en el mismo despacho pero no los mismos días en el año 2002, cuando el doctor Pablo todavía estaba aquí.

Ella vio a la paciente en el año 2008, y el doctor Pablo se marchó en el año 2004. Que la petición de informe por sus familiares no fue ni en la primera visita, ni en la segunda, fue en la tercera cree.

Preguntada por la documentación que cita no la ha aportado a su informe, responde que no pero que los tiene y los puede aportar sobre la marcha.

Sobre la crítica del informe del señor Bruno, le pregunta el Letrado si no puede ser meramente una errata el haber dicho 6 en vez de 5, dice que podría ser.

Preguntada si la paciente hubiera ido sola a la consulta le habría recetado la medicación y la habría enviado a su casa, contesta que sí.

Le dice el letrado si no le consta que ya en el año 2005 esta señora tenía tratamiento con Ebixa, responde que tiene una explicación, dice que en el año 2005 y también ahora, el Ebixa no se está utilizando por los neurólogos para deterioro cognitivo grave tal como viene en las indicaciones que casi ningún neurólogo estamos de acuerdo, sino que lo estamos utilizando incluso en fases muy muy leves porque la memantina es un inhibidor del glutamato y por tanto sirve como neuroprotector, por lo tanto los neurólogos que tratamos demencias lo estamos usando en fases iniciales.

No le consta por qué los familiares llevaron a la señora Virginia al doctor Bruno.

A preguntas de Ss^a manifiesta que hace mes y medio o dos meses vio a su paciente y estaba en una fase avanzada de la enfermedad, en fase GS 7, no estaba en situación de tomar decisiones. En estos momentos la paciente puede cuidar de algunos aspectos de su cuidados cotidiano pero no tiene capacidad de juicio para decidir ningún tipo de actividad ni jurídica ni económica.

Por Ss^a se pone de relieve la necesidad de nombrar defensor judicial a Doña Virginia, después de la declaración de la doctora, entendiéndose revocados los poderes otorgados a su hijo. También deducir testimonio al Ministerio Fiscal, aunque ya se remitió en su momento, por si considera oportuno instar la incapacidad. Por lo tanto manifiesta que no es posible la continuación del juicio hasta que se provea de defensor judicial a la referida demandada, de acuerdo con los artículos 6, 7 y 8 de la LEC.

SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES DEL JUICIO, semana del 4 al 8 de julio de 2011

Cuarto CD del juicio, día 4 de julio de 2011, duración 18:53 minutos.

Se renuncia a las pruebas periciales de D. Carlos Manuel, Doña Cristina, y la Doctora Isidora.

Se aportan por la parte actora copia de la demanda del Ministerio Fiscal para la declaración de incapacidad de Doña Virginia (Tomo X, folios 2526 y siguientes), y copia del Auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 6 de Las Palmas de Gran Canaria de transformación de las Diligencias Previas 746/2009 a Procedimiento Abreviado en el que figura imputado por receptación Gonzalo.

El Juez admite la copia de la demanda pero no admite la copia del Auto de 23 de febrero de 2011.

Quinto CD, día 5 de julio de 2011, duración 1:34:23 h.

- Declaración del perito Don Alexander, informe obra unido al Tomo II, folios 426 a 441, sobre valoración de la Farmacia.

Es de las primeras Farmacias de Las Palmas de Gran Canaria en cuanto a volumen de negocio.

El valor de existencias en 250.000 euros es una cifra razonable. La Tesorería de la actividad debería también sumarse, pues no se está valorando en el informe. En total podría ser superior a cinco millones.

La cifra que da es una cifra moderada y ajustada.

Amortización de fondo de comercio, se refiere a la legislación vigente a la fecha de la pericia sobre descuento del 5%, es una ventaja fiscal del comprador. No lo incluye como mayor valor porque esa sinergia es del comprador, aunque normalmente el vendedor tiene en cuenta ese beneficio fiscal del comprador para elevar el precio. En la pericia no lo cuantifica.

Respecto de la RIC es una enorme ventaja fiscal, pero obliga a realizar la inversión, y eventualmente a endeudarse.



Ubicación, a juicio del perito es una ventaja porque da mucha estabilidad, pero no debe sumarse ninguna cantidad por tal circunstancia. Y ello porque la cercanía al centro de salud es hoy pero mañana puede no serlo, y ello no depende del titular de la Farmacia. La expectativa de la proximidad al Palacio de justicia, dice el perito que no lo valoró en su día porque no conocía la noticia, realizó la pericia en el año 2006. A pregunta de Ss^a dice que sí que la pericia es del 2008, pero empezó a tasar antes.

En 2005 no había crisis. Quien gestiona el negocio corre con los riesgos de la crisis. Una Farmacia es un buen negocio en tiempos de crisis. Es un sector refugio para inversores.

Él utiliza unos márgenes del 28% (Anexo 3). El perito señor Arturo entiende que el porcentaje medio de margen está en torno al 24%, en tanto que el declarante calcula en relación a los datos que proporcionaba el señor Oscar a la administración tributaria, y le añade un incremento y se detiene en el 28%.

Habla del margen de todos los ingresos, de una cuenta de pérdidas y ganancias. Determina un margen analítico derivado de las declaraciones a Hacienda del señor Oscar. Solo tuvo esta documentación.

La gestión le pareció inconveniente. El efecto que podría producir la reducción del margen se podría ver compensado con el incremento de población consumidora de productos sanitarios.

Lo que él valora es un negocio en funcionamiento, pero como no dispone de balances no sabe qué patrimonio puede tener, ni qué interés en desgravarse fiscalmente. Por eso no incluye en el valor los aspectos antes examinados.

Dice que como no tiene patrimonio afecto y tiene caja no hay depreciaciones, amortizaciones ni gastos financieros, y los métodos dan resultados muy parecidos la valoración de los flujos y el EBITDA.

Dice que valor y precio no deben confundirse, valorar es algo complejo y debe basarse en métodos razonables.

Valora el 100% y no el 80-20.

Dice que reconoce que si se vende a un tercero hay un coste tributario de los vendedores por el incremento de valor, ese coste no existe si se adjudica a un heredero, por lo tanto es un ahorro para todos.

Su informe está referido a junio de 2005, cree. Su pericia era de 2006 o 2007 para las partes, y después la judicial la firma en 2008.

Él realiza una valoración del negocio de Farmacia, sin tener en cuenta los locales ni otros datos.

Ss^a le pregunta cuál es la razón de la diferencia de valoración con los demás peritos, dice que el efecto que en los cálculos producen los datos que él maneja, en relación con los datos que manejan los otros peritos. Que él intenta ser preciso. Considera que el valor de los demás peritos está por debajo del valor de la Farmacia. Le da valor 0 a la ubicación, porque ya está incluido en lo que él valora, él tiene en cuenta lo que la Farmacia vende, y la Farmacia vende porque está ahí.

- Minuto 1:02:00, Don Luis Pedro, informe Tomo IX, folios 2951 a 2971. La magnitud que utiliza el señor Alexander se calcula antes de impuestos, y por ello no afecta la RIC a su valoración.

En cuanto a la ubicación reitera que no afecta al resultado de valoración que realiza el señor Alexander, en razón a la magnitud de la que parte. Sí se hubiera adoptado otro método u otra, magnitud para la valoración sí que afectarían esas cuestiones al resultado final.

Dice el perito que no se puede añadir una reducción de impuestos a un método de valoración que es antes de impuestos.

Reconoce que influirían en el precio los factores a los que alude el Letrado, pero lo que no influyen es en la valoración del fondo de comercio teniendo en cuenta el método utilizado por el señor Alexander.

Reconoce que no ha revisado la pericia de Don Anton, se limitó a hacerse eco de las incidencias que destaca dicho perito.

Él no entra en la valoración del señor Alexander, sino que se limita a examinar si existen factores adicionales que deben añadirse a lo valorado por el señor Alexander. Él no ha entrado en el margen si es el 28% o el 24%, aunque le parece que las cifras que maneja el señor Alexander son bastante razonables.

Reitera que los temas fiscales al valor del EBITDA no le afectan. Como factor únicamente relevante de la ubicación que no se haya tenido en cuenta en las valoraciones que se han hecho sería el nuevo Palacio de Justicia, que puede incidir positivamente en los ingresos de la Farmacia, sobre todo en venta libre, no de receta, pero cree que en el año 2005 no se sabía este dato. Además tampoco se sabe a fecha del juicio en qué fecha va a estar operativo el edificio.



Reconoce que el valor que se intenta fijar del Fondo de Comercio es a los efectos de intentar fijar un precio.

El precio de arrendamiento es un precio de mercado, y el precio de opción de compra es un precio que está soportado por una tasación de TINSA, que es una empresa de reconocido prestigio.

Dice que entró en la Farmacia, que el mobiliario y activos intangibles, como un programa de ordenador, tendrán un valor neto contable. Que es cierto que es un valor intrínseco, pero tienen un valor contable, aunque no cree que sea una cifra muy significativa.

Considera correcto el sistema que utiliza el señor Alexander para valorar la Farmacia, el sistema EBITDA. Entiende que las proyecciones que realiza el señor Alexander son razonables y lógicas. Ha visto los demás informes de valoración de la Farmacia.

El Juez le indica que hay una horquilla de diferencia, y le pregunta cuál es el motivo de esa diferencia, dice que el margen bruto, puesto que el señor Alexander llega casi al 31%, en tanto que el señor Arturo llega al 23%. Se utilizan los históricos, pero la proyección que hacen de expectativas de futuro son distintas. El señor Alexander realiza una proyección mayor de la venta libre, en tanto que el señor Arturo se ajusta más al histórico de la Farmacia.

El informe del señor Alexander es más optimista en la proyección. Él considera que ambos entran en la razonabilidad pero quizá debería contemplarse un punto medio, porque el señor Arturo no tiene en cuenta una mejora del negocio, está basada en el histórico. Hay un cambio normativo en el año 2004 que quizá no está del todo ajustado en la valoración que hace el señor Alexander .

El Letrado dice que con el dato del señor Anton pone de manifiesto que puede haber partidas que han quedado fuera de lo que recoge la contabilidad en la cifra de negocio. Que habría por tanto que ver el margen, que en lugar del 23 es un 25, un 26 o 27, es decir una cifra intermedia.

Sexto CD, día 5 de julio de 2011, duración 1:40:37 h. Don Arturo (Tomo IV, folios 1096 a 1114, doc. 65 de la contestación a la demanda). Se afirma y ratifica.

Licenciado en Económicas Censor Jurado de Cuentas. Trabaja profesionalmente en el sector de la Farmacia, asesora regularmente a unas 12 Farmacias, a la Cooperativa COFARCA, y puntualmente ha realizado trabajos profesionales para otras ocho.

Analizaron por un lado los datos que aparecían en el informe del señor Alexander sobre todo los datos históricos. El tercer método utilizado por el señor Alexander es un método adecuado y analizando partida por partida realizaba un incremento de ventas que les pareció razonable, aunque después no se ha correspondido con la realidad de los años 2006 a 2009, pues ha habido unas circunstancias ajenas a todo que no se tuvieron en cuenta. También les parecía razonable las magnitudes de gastos, y otras, pero no estaban de acuerdo con el margen bruto con el que el trabajaba. Empieza con un margen bruto de un 28% y va subiendo hasta que el año 2008 llega al 31%. A su juicio el margen no va incrementando y es un margen fijo, que ellos fijan en un 25 o 26% anual, y porque no tuvo en cuenta el efecto del Real Decreto de 2004, que viene a reducir en un 5% el margen.

La propia AEAT elaboró un plan de inspección de Farmacias y en las 30 del año pasada el margen que se ha fijado oficialmente está entre el 29% y el 30% y ahí hay que descontar el Real Decreto, y en función de que tuviera muchas ventas al Servicio Canario de Salud, el margen queda en el 25%, y sólo en algunas Farmacias que tienen mucha venta a terceros, como las de zonas turísticas, han recogido un margen del 28%.

Él como asesor llevó la defensa de cinco Farmacias de las inspeccionadas, y en este año de otras tantas.

El Real Decreto nace en 2004 y lo que hace el Servicio Canario de Salud para reducir el gasto sanitario es que en función de las ventas mensuales que hace una Farmacia con recetas del Servicio Canario de Salud, aunque es a nivel nacional, hace un descuento. Si una Farmacia vende mucho a través de este tipo de recetas, el descuento es más grande. Se da la paradoja de que en el caso de recetas con productos caros, el margen oficial hace que pierdan dinero. Es un descuento progresivo. Se hace mensual, si una farmacia vende 10.000 euros en un mes le descuentan un 1%, si vende 30.000 euros, le hacen un 2%, por ejemplo.

En las operaciones que él ha intervenido han llevado el mismo sistema que en la pericia, que es en definitiva el mismo que acoge el señor Alexander , pero con la diferencia del margen bruto, por tratarse de una Farmacia que tiene mucho volumen de Servicio Canario de Salud, al estar muy cerca de un centro de salud.

Al descontar los flujos de caja tienen en cuenta el beneficio antes de interés e impuestos, y no afecta a la hora de valorar la farmacia ni la RIC, ni los impuestos, ni los gastos financieros, son factores que no se tienen en cuenta en este sistema de valoración. Ninguno de esos aspectos va a influir en la valoración de la Farmacia. Estamos valorando la Farmacia en función de las ventas, y realmente esas ventas las tiene porque está en

el sitio en el que está, y en función de donde esté se tiene también en cuenta a la hora de aplicar un margen bruto u otro.

Considera que los elementos de futuro no se pueden tener en cuenta, como por ejemplo el nuevo edificio del Palacio de Justicia, como tampoco se ha tenido en cuenta el tema de los genéricos, que también ha afectado. Se valora la Farmacia en el momento que debe valorarse, y con los elementos que existían, por eso se tiene en cuenta el ambulatorio porque ya estaba, ello implica mayor volumen de ventas, pero inferior margen bruto.

Conoce a las empresas que han hecho las pericias.

Él ha valorado el 100% de la Farmacia. Puede ser que el valor de venta a un tercero bajara por el motivo de existir varios socios, pero lo que es el valor de la Farmacia no se altera por este motivo. Si se vende a un tercero la ganancia de los herederos tributaria mucho más que en el caso de herencia, porque el impuesto de sucesiones tiene en Canarias una bonificación del 99,9 y prácticamente no paga.

Habría que ver en cuanto se declaró la Farmacia en el declaratorio de herencia ante la Consejería de Hacienda. El perito expone los cálculos conforme a su experiencia.

Al Letrado de la actora, si se vende la Farmacia por el mismo valor declarado en la herencia, no existe incremento patrimonial y por lo tanto no se pagaría por el impuesto.

Reconoce que al valor del Fondo de Comercio habría que añadirle las existencias y la tesorería, también habría que sumar los créditos pendientes de cobro y restar los pagos pendientes a proveedores. Reconoce que hay que distinguir el fondo de comercio y el precio de la Farmacia, que tendría que incluir las existencias, el mobiliario, etc.

El Letrado le pregunta si no es cierto que el valor y el precio de venta sería algo distinto, pues el vendedor probablemente le añada las expectativas, como por ejemplo el que se vaya a abrir el Palacio de Justicia. Dice el perito que el vendedor puede pedir lo que quiera.

El Letrado le pregunta si el vendedor puede pedir más dinero por las ventajas fiscales, el perito dice que el vendedor lo haría pero que el comprador no tiene por qué aceptar, porque tiene otros inconvenientes.

Él no utiliza el método de multiplicación de ventas por un porcentaje, lo considera poco técnico. Y lo que él dice en su informe es que el rango suele ser entre 1 y 2,5. Dice que en una Farmacia cuanto mayor es el volumen de ventas menor es el porcentaje que se aplica.

Él utiliza el método de descuento de los flujos de caja. Es correcto que es necesario partir de datos reales de contabilidad. Sobre los datos de 2006 y 2007 en su informe dice que han venido a confirmar su hipótesis a la baja de la del señor Alexander, el Letrado le pregunta sobre el informe del auditor que no reflejar la cifra real.

Que si lo que dice el auditor fuera así, se vendría a confirmar el valor de su pericia. Dice que él valora la Farmacia en función de unas ventas y unos consumos previstos. En su estimación a quince años él valoró 3, resultó 2,4 si el dato de 2,4 es incorrecto y lo que fue fueron 600 (según dice el auditor), entonces su estimación ha resultado plenamente correcta, y se reafirma en el valor.

No ha utilizado la ubicación para sus cálculos, aunque ha expuesto la situación en su informe, pero lo que expone no se ha tenido en cuenta para la valoración.

Preguntado si la dependencia de las recetas aunque limite los márgenes da una estabilidad extraordinaria, responde que sí. Dice que estas Farmacias pegadas o cercanas a un centro de salud la proporción de las ventas de Servicio Canario de Salud, respecto de las ventas libres o de parafarmacia no tiene nada que ver con otras Farmacias. El mayor volumen de ventas compensa el menor margen.

Preguntado por el pesimismo de sus proyecciones, dice que su margen es del 25 y algo, y el señor Alexander empieza en el 28% y llega hasta el 31%. Dice que el margen que él da (Anexo V) es de un 25%. Alexander, sube el margen al 31%.

Dice que no ha disminuido las ventas los genéricos pero el efecto ha sido que las ventas no han subido más de lo que se esperaba. Él no ha dicho que la Farmacia tenga pérdidas, la Farmacia gana dinero, y eso no tiene nada que ver con el valor de la Farmacia.

Preguntado si es un negocio refugio en época de crisis, dice que sí, que es un negocio bueno pero menos bueno de lo que era hace cinco años.

Entre el 29 al 31 como margen bruto y en función del volumen de ventas a la Seguridad Social le descuentan al margen de ese 29 al 31 el descuento del Real Decreto, y ese descuento es de un 4 a un 7%, por lo que el margen está de un 24% a un 27% como mucho en Farmacias muy turísticas.



A preguntas de Ss^a reitera que está de acuerdo con el método utilizado por el señor Alexander , que la discrepancia está en las proyecciones de futuro, que él da unos márgenes inferiores.

Dice que el valor de la Farmacia no depende de dónde está, depende del volumen de ventas que tiene, pero ese volumen de ventas sí depende de dónde está. Que en la variable de ventas ya está incluido dónde está la Farmacia, y hay que tener en cuenta qué volumen de ventas se hace al Servicio Canario de Salud, en razón del descuento del Real Decreto. Todas las Farmacias se mueven en un margen del 29 al 31%, pero después hay que restar el descuento en el margen del efecto del Real Decreto. Que considera que el señor Alexander lo que no ha hecho es calcular el impacto del Real Decreto de 2004 en el margen.

Se pone de relieve el nivel tan elevado de gastos, es decir, la inadecuada gestión de la Farmacia, que destacan otros peritos, a lo que dice el declarante que con una mejor gestión de la Farmacia él no cree que se vaya a compensar el efecto del Real Decreto.

Preguntado si cree que el fondo de comercio de la primera Farmacia de 1950 se trasladó a la última, dice que no, que es imposible desde el punto de vista económico. Dice que desde el punto de vista contable y económico serían dos Farmacias distintas, aunque es una única Farmacia porque la anterior ya no la tiene porque ya ha desaparecido.

Él no tuvo en cuenta el valor de tesorería. Lo que ocurrió en este caso por lo que él sabe es que el dinero que estaba en Bancos se trasladó a otra cuenta de herederos, y dejó de estar en la cuenta de la Farmacia. Que tampoco lo computa el señor Alexander , ni ningún perito lo hace.

Minuto 59:50, Don Íñigo , testigo perito, realizó una tasación a instancia de Don Pio (Documento 15 de la contestación de D. Pio , Tomo V, folios 1263 a 1272).

Preguntado si cuando D. Pio llamó a la oficina AFILCO en el año 2005 tenía alguna relación con alguno de ellos, responde que ninguna. Tienen una sección en el despacho exclusivamente para temas de Farmacias, hacen tareas de intermediario en ventas, y tasaciones de Farmacias. Se le exhibe su tasación y se ratifica.

Dice que se parte de la base de que es una Farmacia situada al lado de un Centro de Salud y es complicado porque no se sabe si va a permanecer allí el Fondo de Salud.

Se le pregunta si el Fondo de comercio de la primera Farmacia que tuvo el señor Oscar en el año 1950 en la plaza de Santa Ana, y después en la calle Granadera en los años setenta, se puede haber trasladado a la actual que se abrió en los años 90 en la calle Alicante, responde: No, no puede, son tipologías distintas, clientelas distintas y ubicación distinta.

No conoce a Don Gonzalo . Don Gonzalo es Farmacéutico y tasador. Llevan asesoramiento de unas ocho farmacias, llevan 31 años.

Dice que hay un margen que recoge la legislación vigente de un 27,99%, y se analiza la ubicación, la cercanía, la clientela, la tipología de la clientela, la potencialidad de los compradores, se analiza muchos variables y al final sale un valor, que dividido por precio de venta da un ratio. La influencia del Real Decreto hace que baje el valor porque influye en los márgenes.

Preguntado si debe añadirse algo al valor que dio, dice que el valor de tasación es el que es, y sólo habría que añadir el valor de las existencias. La RIC no tiene nada que ver en esta operación.

Dice que valora la Farmacia al 100% y después se proporciona a lo que le pide el cliente. Reconoce que fiscalmente la herencia es más favorable que la venta, porque es una continuidad del negocio.

Entiende que en este caso únicamente debería sumarse existencias a su valoración. En cuanto a su método no hay ninguno de multiplicador. Su método es evaluar la cuenta de explotación, hacer una proyección de cara al futuro, y llegar a una conclusión. No existe como tal método, lo que él hace es un análisis. Dice que es una Farmacia muy complicada de vender. Dice que a nivel de rentabilidad no es una buena Farmacia, aunque a nivel de venta es una gran Farmacia.

En cuanto al elevado nivel de gastos generales, le pregunta el Letrado si podría mejorarse la gestión para dar un rendimiento mayor, dice que cree que no, que no tiene recorrido de gestión, que por su ubicación tiene que tener personal y tiene que tener medicamentos. Tiene un 6,34% de venta libre, y el resto es venta a un único cliente que es el Servicio Canario de Salud. Dice que la tipología de esta Farmacia no tiene porcentaje de venta libre. El barrio es de nivel bajo y no va a tener crecimiento.

No recibió ninguna sugerencia, y no conocía previamente a Don Gonzalo . Dice que el valor que tasó sigue siendo el que sostiene, e incluso si lo hiciera en ese momento lo reduciría un poco.

Minuto 1:14:40, Don Anton , perito judicial (informe al Tomo IX, folios 2892 a 2907).



Inicia su actividad el 16 de julio de 2005, con unas partidas en el activo y otras en el pasivo. La diferencia que él computa, balance inicial o asiento de apertura, es de setecientos y pico mil euros. El balance de él a día 25 no tenía ese capital. Aporta un esquema explicativo (folio 2546 y 2547 de las actuaciones). Explica el esquema.

Situación neta patrimonial de la Farmacia Juan Mendoza Sociedad Civil Particular, al 25 de julio la situación neta era de 719,938,69 €, eso está en el libro de contabilidad de la sociedad civil particular.

Después don Oscar, en su libro, decía que el capital eran 811.264,89 eso no se corresponde con el 80% del anterior. Después analiza el Libro del señor Gonzalo.

Sin embargo, al día siguiente, el 26 de julio de 2005, el señor Gonzalo dice que su capital son 735,262,79 €, una RIC, y unas pérdidas de ganancias. Ese salto es considerable en la partida exclusivamente de capital pasa de 85.228,58 € a 735.262,79 €. Eso está en los libros de contabilidad que le ha facilitado el señor Gonzalo.

Se le pregunta al perito si esta diferencia implica que el señor Gonzalo ha tomado para sí esa cantidad.

La contabilidad está bien llevada, pero hay algunas cosas en que no se ajusta. En el año 2005 la contabilidad se realiza por asiento mensual, es decir un solo asiento de cargos en banco del mes, y un solo asiento de abonos. Eso lo permite el Código de Comercio si se llevan libros auxiliares pero en este caso no se llevaban.

Rectifica su informe en un punto que ha podido tener un error involuntario al no haber tenido los tiques de caja. Cuando se revisa una operación de venta al Servicio Canario de Salud la parte que tiene que aportar el enfermo puede que la aporte con tarjeta, y esas operaciones de venta de contado que se cobran con tarjeta son pequeñas cantidades, 8 euros, 10 euros, etc. Son cantidades irrelevantes. El Servicio Canario de Salud una venta que se hace en enero la liquida en abril. Entonces cuando le llega la liquidación ve que no le coincide las ventas con lo que le ingresa. Pero claro esa diferencia es la aportación del enfermo, que si lo hace por caja, bien, pero si es con tarjeta, que tiene otra fecha de liquidación, es muy difícil de seguir. Sin embargo esas cantidades que echó en falta le aparecen en otra contabilidad. La incidencia que está en el punto 1 debe desaparecer (folio 6 del informe, 2898 de las actuaciones) y tenerse por no puesta.

En la página 13 está la conclusión 4ª que va aparejada y tampoco tiene que tenerse por puesta.

Preguntado si mantiene la conclusión quinta (folio 14 del informe), dice que sí que la mantiene por completo.

Preguntado si influye el que la contabilidad no refleje la cifra real en la valoración del fondo de comercio de la Farmacia, responde que sin duda, que tiene su repercusión. Explica el perito que en el año 2006, 2007 y 2008 había unas determinadas ventas que se contabilizaban por el neto. Pone un ejemplo, tiras reactivas, no se contabiliza por diez, se contabiliza por la venta menos el descuento, si el descuento es de 2, se contabilizaba por el neto de 8, es decir, por lo que recibía y no por lo que se vendía. Lo correcto es contabilizar 10 que vendió y llevar 2 a gasto, y le entra en el Banco 8 que es el neto. Lo que se hizo fue una contabilización por el neto, a efectos de la cuenta de resultados no modifica el tema, pero a efectos de una valoración del negocio sí afecta, porque la cifra total del negocio está alterada, está tomando unas cifras que está disminuida en esos 600.439,88 €.

Preguntado si es difícil saber en una Farmacia el dinero de caja, dice que se puede saber con un cierto grado de certeza. Preguntado por los retornos de las cooperativas, dice que él no ha reparado en ese tema, y por lo que ha visto no hay grandes liquidaciones que se reflejen.

En cuanto a los gastos, dice que la Farmacia está situada a 50 m de un Centro de Salud en un barrio con gran cantidad de población, y ello le obliga a tener más personal para atender esa afluencia de población que otras farmacias. Pero ello se compensa con el mayor volumen de ventas.

Dice que en la Farmacia habían dos cajas registradoras, y puede ser que en una caja se registren unas operaciones y en otra otra, puede, pero no lo afirma. El 85 o 90% de las ventas son recetas del Servicio Canario de Salud, por lo tanto el grueso de sus ventas está controlado. El resto es posible que exista alguna venta que no está controlada, de alguna crema, etc, pues en esas ventas no existe el control del Servicio Canario de Salud.

Deuda a largo plazo que se registro a favor de la viuda, y otra a favor de los herederos (página 11 del informe), preguntado si ha visto estas cuentas, dice que No, que no ha tenido acceso.

Dice que ha visto los asientos contables pero no ha visto las cuentas bancarias ni a nombre de quienes están. En el extracto del banco ha visto que pone "Cuenta Herederos", pero no sabe quien ha hecho el contrato con el Banco. Él ha visto unos apuntes a una cuenta pero no sabe quién la abrió.

El Letrado afirma que no existe ninguna cuenta a nombre ni a disposición de los herederos, que no están constituidos en comunidad.

Séptimo CD, día 5 de julio de 2011, duración 18:52 minutos. Continúa declarando el perito señor Anton.



Preguntado si la pericia era para saber si se estaba cumpliendo el testamento, y no se da respuesta a dicho objeto, el perito dice que se sitúa en la página 2 de la pericia y que ese era el objeto de su informe, y que él el testamento no cree haberlo leído.

La parte actora refiere que la pericia se ha realizado en los mismos términos que se propuso y se admitió.

El señor Gonzalo colaboró con él para realizar la pericia y le facilitó casi toda la documentación que le pidió.

Dice el perito que le facilitaron todos los documentos que solicitó excepto los tiques de caja. Dice el perito que no sabe en qué fechas fue, reconoce que firmó recibo diciendo que recibía documentación, y como consideró que con lo que le daban no le era suficiente para hacer la pericia entonces pide los tiques de caja. El Letrado pone de relieve que los tiques de caja se pidieron el 20 de agosto en que Don Gonzalo estaba de vacaciones, el informático estaba de vacaciones y el letrado de vacaciones. Dice que el señor Gonzalo le dijo que se iba al sur de vacaciones pero que estaba a su disposición. Que él intentó no molestarle pero se dio cuenta que necesitaba los tiques de caja, que es una pericia de cinco años, y que necesita un tiempo de estudio previo y es cuando se da cuenta que precisa los tiques de caja. Entonces llama al señor Gonzalo, no sabe si el 19 o el 20 de agosto, y le dice que necesita los tiques de caja, y el señor Gonzalo le dice que no se los puede dar porque cuando los contabiliza los destruye. Le dice si es seguro, fírmemelo, y él le dijo que no, que no firmaba nada antes de consultar con su abogado. Y se negó a firmar el documento, en que le dice verbalmente que destruye los tiques de caja y él pidió que se lo dijera por escrito, y el señor Gonzalo se negó. El 31 de agosto le llama y le dice que su informático puede rescatar los tiques de caja, y él le dijo que como se comprometió con el Juzgado a entregar su informe el uno de septiembre, y fue el día 31 de agosto por la tarde, a las cuatro de la tarde, cuando le llaman y le dicen que pueden rescatar los tiques de caja. Entonces él le dijo que ahora no le servía porque no puede mirar 1.500 y pico rollos diarios de tiques de caja en un día. No les dijo que los tenía, le dijo que el informático los iba a recuperar.

No le ofrecieron un pen-drive con el contenido de los tiques. El letrado dice que se aportaron los tiques de caja en un pen-drive y que después se suspendió el juicio y que Ss^a acordó que se ampliara la pericia, pero no se ha ampliado.

Él no ha entrado a la valoración de la Farmacia, no era objeto de su pericia.

Si la pericia se hace teniendo en cuenta la cuenta de explotación, es decir, ingresos y gastos, sí afecta a la pericia. Dice que una cosa es el beneficio y otra cosa son las ventas. Si las ventas las disminuyo y tomo como criterio de valoración las ventas multiplicadas por un coeficiente entonces claramente sí afecta a la valoración. Eso no afecta al resultado de la actividad, pero si el número de ventas se toma como criterio para la valoración sí puede afectar a la valoración de la Farmacia.

El letrado explica que la partición se parte el 21 de marzo del año 2006, y que el día anterior se hicieron unas transferencias a las cuentas de Doña Virginia de más de 600.000 euros. Dice el perito que eso en la contabilidad no está.

Dice el Letrado que el salto que se advierte en julio de 2005, se regulariza en marzo de 2006 cuando se realiza la partición.

Octavo CD, día 6 de julio de 2011, duración 59:01 minutos. Se continúa con la declaración del perito Don Anton .

Continúa el interrogatorio por el Letrado del demandado Don Gonzalo .

Preguntado por el porcentaje de ventas a Servicio Canario de Salud, si es el 94%, dice el perito que en el año 2009 era el 86,86%. Que en el 2006, 2007 y 2008 y según la contabilidad es de un 95%, pero que a él esa regularidad le extraña. Sólo el 5% es venta libre.

Dice que si todas las ventas están contabilizadas, sí, pero que si hay promociones de si compra 8 le doy 10. Dice el perito que desconoce el extremo de que las bonificaciones en compras de medicamentos está prohibido por Ley. Dice el Letrado que es la Ley del Medicamento.

Sobre la existencia de dos cajas registradoras, y si ello es normal con tanto personal, dice que sí que se entiende. Que lo comentó porque ya no serían 1.500 tiques de caja, sino unos 3.000.

Preguntado sobre la imposibilidad de retrotraerse para hacer un recuento de existencias a la fecha de fallecimiento del señor Oscar, dice que es cierto, pero podría haber un recuento de existencias a fecha 31 de diciembre de cada año son 10 o 15 la cuenta de resultados puede variar. Dice que él no pudo verificar las existencias, porque en la contabilidad figuran unas existencias finales pero él no sabe si eran esas o eran más.

Conoce a Don Juan y dice que es un gran profesional, que él fue el que le dio el Libro de Contabilidad del año 2009 el 2 de agosto de 2010, que él no tenía el 21 de mayo.



Preguntado por el cuadro que ha realizado el perito, sobre a qué se refiere con el término capital, refiere que en la contabilidad aparecen esas cifras que están ahí, en los libros originales. En la SSP el capital tenía 501 a 21 de julio, y resulta que el señor Oscar tenía un capital de 801 y el señor Gonzalo que tenía el 20% tenía 85 mil.

Preguntado si pueden ser ahorros no retirados dice que sí.

Letrado dice que no consta que el 28 de marzo se hicieron dos traspasos en total de 605.000 euros (259.000 aprox. de D. Oscar a D. Gonzalo y 346.984,81 euros remitidos a un cuenta de la viuda por alquileres).

En la contabilidad no lo ha visto del año 2006. Revisa en ese momento el libro y ve el primero pero no el segundo. Hay un apunte al debe de la cuenta de capital de 259 mil y pico. Es el Libro de Gonzalo a título personal que es el único que hay en el año 2006.

En los años 2006, 2007 y 2008 los descuentos del Servicio Canario de Salud de las tiras reactivas se computaron como menor venta y no a gastos, reitera que no afecta a resultados.

Preguntado si la Farmacia se valora con la cuenta de explotación este tipo de apuntes contables no afectan a la valoración y es simplemente fiscal, responde que es correcto.

El día 2 de enero de 2006 se hace constar en el debe el exceso de adjudicación tanto a favor de la viuda, como a favor de los herederos. Dice el perito que ese apunte se podía haber realizado el mismo día de marzo en que se firmó la escritura de partición, pero el apunte es de 2 de enero de 2006. Opina el perito que se podía haber contabilizado el 26 de julio de 2005.

No le consta que hubiera una comprobación de inventario.

Hay un apunte de doscientos y pico que pone cuenta alquileres, el señor Oscar cobraba un alquiler a la sociedad civil, posiblemente el apunte de doscientos cincuenta mil euros a cuenta de alquileres lo sea a cuenta de alquileres del local, pues los alquileres no se iban pagando mes a mes, puede ser un pago para regularizar alquileres atrasados. Que la sociedad civil le pagaba alquiler al señor Oscar, cuando falleció el señor Oscar el hijo señor Gonzalo se subroga en el contrato de arrendamiento.

Dice el Letrado que no ve que después de pagar esa deuda baje el capital. El perito sostiene en base a los libros que el apunte de 735.262,79 euros de capital el día 26 de julio en su Libro, ese apunte vemos que el capital del señor Gonzalo el día 25 es de 85.000 euros, él entiende que ese saldo obedece a que el señor Gonzalo lo que hace es coge todo el inmovilizado de la Farmacia y se lo pone en su contabilidad, coge las existencias las del padre y el de él y se las pone en su contabilidad, y coge los saldos del Servicio Canario de Salud, y lo pone en su activo. Y en el pasivo pone lo que tenía él. Es decir, se pone en el activo todo lo que tenía el padre, como si fuera una continuación de empresa, y en el pasivo deja el que tenía, y no se reconoce deuda alguna.

Después ya al año siguiente el día 2 de enero se hace el apunte del fondo de comercio, y ahí sí reconoce deuda. Una parte se la pone a él para su capital, otra para la madre y otra para lo que él llama herederos.

Pregunta el Letrado si su capital no baja de dónde salen esos 500.000 euros de los que se habla que se transfieren a cuentas de alquileres. Dice que el capital baja al final del año en diciembre porque va retirando determinadas cantidades y queda en unos quinientos mil.

El perito dice que al fallecer el padre todo el activo de la Farmacia se lo incorpora a su activo, pero no reconoce ninguna deuda. Si la hubiera incorporado su capital habría sido el mismo. Eso es absolutamente anormal y está en los libros de contabilidad.

El letrado actor pregunta al perito si al fondo de comercio habría que incorporar las existencias y la tesorería que son en definitiva el capital que dice de 735.000 euros, dice el perito que debe restarse los 85.000 que tenía en su cuenta.

Preguntado de dónde salen esos quinientos mil euros que dicen que salen en marzo, responde que en contabilidad se ve únicamente doscientos y pico mil euros y a cuenta de alquileres.

El Letrado de la parte demandada dice que el significado de "a cuenta de alquileres" lo único que significa es que el traspaso se hace a una cuenta corriente que el matrimonio tenía en el que se ingresaban los alquileres de otros bienes del matrimonio, y que el pago es para la viuda, identificándose así por el nombre de la cuenta bancaria de destino no por el concepto del traslado.

El perito dice que a él no le consta.

Preguntado el perito si la renta se pagaba mes a mes, responde que no lo sabe.

A preguntas de Ss^a sobre si en este punto del capital afecta algo la polémica de los tiques de caja, responde que no.



Dice que el señor Gonzalo incorpora el activo pero no el pasivo, por lo tanto no reconoce que tenga obligaciones derivadas del activo que ha incorporado, en su libro contable el día 26 de julio, no incorpora un balance, sólo incorpora el activo.

Preguntado por Ss^a por la conclusión quinta, dice que es la minoración de ventas por haber contabilizado por el neto. Se refiere a los descuentos que aplica el Servicio Canario de Salud, y ya dijo que tenían que contabilizar una venta de diez y un gasto de dos, y ellos contabilizaron una venta de ocho.

Minuto 42,20 declaración de Doña Antonia , perito. Se le exhibe el informe (Documento 27 de la demanda, Tomo III, folio 443 a 457) en el que se afirma y ratifica.

Preguntada por el Letrado de la actora si el valor individual de los cuatro locales sin ser tomados en conjunto sería superior, responde que sí.

Preguntada por el Letrado de la parte demandada, responde que ella valoró los locales a la fecha de su informe, enero del año 2008. No los valoró al año 2005, no se lo pidieron.

Preguntada si aplicó algún coeficiente reductor o depreciación por tratarse de locales en arrendamiento, al estar alquilados los locales en la Farmacia. Responde que sabía que había un arrendamiento, que lo valoró como cuatro locales teniendo en cuenta el uso que se le daba en ese momento, pero no depreció por arrendamiento.

Cuando lo vio a ver funcionaba como un solo local, pero son cuatro locales independientes, cuatro fincas. No hay locales comerciales pero hay un hospital, un centro de salud, no es una zona comercial para otro tipo de comercios.

Da un valor total de los cuatro locales juntos, puso el valor del metro cuadrado.

Minuto 49:45, Doña Inocencia . Realizó varios informes para TINSA a efectos de la partición, no para aportarlos a un procedimiento, declara como testigo perito. (Tomo V documentos 18 a 28 de la contestación de Don Pio , folios 1311 a 1790).

Es Arquitecta, suele trabajar con TINSA. TINSA es una sociedad de tasaciones y tiene varios tasadores externos. Una vez realizado el informe se remite a la sociedad de tasación y se valida por los tasadores de control que ven que no se ha cometido ningún error y que es conforme a la base de datos que tiene TINSA.

Valoraron los inmuebles a fecha diciembre de 2005, porque se pidió así, aunque realizan la tasación en marzo de 2007.

Preguntada por el documento 20, valoración de los locales comerciales, los valora sin arrendamiento en 305.505,00 euros, y con el arrendamiento en 272,842,88 euros. El valor de mercado a fecha de tasación sin alquilar es de 396.025,00 euros.

No recibió ninguna instrucción para hacer la valoración, y no conocía al solicitante.

Preguntado si valoran como un solo local o si han tenido en cuenta que se trata cuatro locales diferentes que pueden venderse de forma individualizada, dice que como un solo local.

Preguntada si distingue al depreciar si se trata de un alquiler que se hace el dueño a sí mismo por motivos fiscales, de cuando es a un tercero, responde que ella no ha tenido en cuenta ese dato.

Noveno CD, día 6 de julio de 2011, duración 01:35 minutos, se reproducen las pruebas audiovisuales aportadas. No se practica prueba.

Décimo CD, día 7 de julio de 2011, duración 1:47:49 horas. Declaración del Notario Don Julián .

El Notario presentó un escrito (folios 2558 a 2566), el Juez considera que el deber de secreto debe aducirse ante preguntas concretas por el testigo y exponiendo las razones, resolviendo el Tribunal. El Juez cita literalmente las Sentencias del Tribunal Supremo de 24-7-1995 , de 19-09- 1998 y de 5-11-2009 .

Al Letrado de la parte demandada, recuerda al testamento más por el testamento en sí por los acontecimientos habidos con posterioridad. Es un testamento singular de los que no se suelen hacer mucho. No conocía de antes al causante ni a su esposa. Fueron con Pio el abogado, que no es amigo pero sí cliente habitual del despacho, o introductor de clientes. Tampoco es amigo de los hijos.

Preguntado si ha estado alguna vez en cenas, celebraciones o comidas, con alguno de ellos, responde que nunca.



Lo que le da la sensación es que el causante lo que quería asegurarse era que la Farmacia iba al hijo al que quería dársela, con una serie de compensaciones a la familia. Son bienes indivisibles que únicamente pueden tener un destino determinado. O se deja a un hijo Farmacéutico, o se vende.

Si él no hubiera tenido la seguridad que se puede tener con medios profanos, pues él no es técnico, no le habría hecho el testamento. Si tiene alguna duda él lo que hace es pedir informes o certificado médicos. Si una persona no tiene capacidad no otorga el documento.

Él habla con el testador. En este testamento no fue un documento presentado el día de la firma, sino que hubo varios borradores, es un testamento no habitual y con una redacción compleja. Por lo que él sabe el testador tenía puntual conocimiento porque él le daba los borradores al abogado y el abogado se los llevaba al señor para luego corregirlos. El abogado traía los borradores corregidos, lo que está claro es que él quería dejar la farmacia a su hijo. Que hace ya diez años, que en este momento no recuerda, pero si en el testamento dice que lo vio bien, es que él lo vio bien.

Su actuación por principio es que si una persona no tiene capacidad él no autoriza el documento, y si tiene duda pide un informe médico. Y si lo autoriza es que él lo considera con plena capacidad. En aquella fecha hacían falta testigos. En la actualidad no es obligatorio pero cuando el testador es de edad avanzada y modificando las condiciones de un testamento previo para desheredar solemos pedir la comparecencia de testigos para reforzar el juicio de capacidad del Notario.

Preguntado si recuerda este testamento en particular manifiesta que recuerda que se trataba de proteger a la viuda de una manera bastante fuerte, se trataba de que la viuda siguiera teniendo rentas durante todo el tiempo, y luego en el resto se instituía a los herederos por igual, el padre le mejoraba un poco a la Farmacia pero le obligaba a pagarlo.

La cláusula es correcta, para él la voluntad del testador es Ley, siempre que no contravenga una normativa imperativa, lo que quiere el testador él lo refleja, pero él no influye nada, únicamente si se quiere hacer algo que la ley no lo permite él lo dice.

Dice que lo normal es que lo hicieran juntos porque la voluntad era concorde, querían lo mismo. Si fue así lo normal es que el protocolo sea correlativo, pero él no lo recuerda.

Estaba el borrador de la escritura preparada con el contador partidador y no aparecieron dice, que cree que sí, estaba preparada y no se firmó. Le dice el Letrado si no se hizo en marzo una partición parcial, dice que cree que sí.

En cuanto al estado de capacidad de Doña Virginia reitera que si él no hace constar nada y aceptó la firma es porque su juicio tenía capacidad suficiente para firmar.

Dice que en su momento habló con el testador. Él normalmente no mecanografía el testamento son sus empleados, y se puede colar una fórmula de estilo donde dice instrucciones verbales que sea minuta, pero él cree que eran del testador.

Preguntado si en la escritura de entrega de legado y en la escritura de partición hubo también varios borradores, dice que sí que también.

Al Letrado de la actora, preguntado si aparecía el señor Oscar por la Notaría, dice que aparecía normalmente el Letrado, traía los borradores, se redactaban se los llevaba, se corregían, y al final apareció el testador, Don Oscar , evidentemente.

Preguntado si recuerda cómo procedió ese día, si le leyó el testamento, dice que claro, que por supuesto, pero que él ya lo tenía leído. Dice que si hicieron el testamento los dos, como parece que así fue, iba acompañado de su esposa, y también del Letrado.

Preguntado si hay un momento en que él como notario decide que intervengan testigos, dice el Notario declarante que en esa época eran obligatorios. El Letrado dice que no lo eran, entonces el Notario dice que este es un testamento en el que por su complejidad puede haber problemas en un momento determinado, y entonces, como ha indicado, él busca que testigos refuercen sus juicios de capacidad. Dice que es por edad, es una práctica habitual, cuando el testador tiene más de setenta años. Preguntado por qué entonces Doña Virginia otorga con el número de protocolo siguiente y no aparecen testigos. Dice el Notario que no lo recuerda.

Dice el Notario que las instrucciones del causante venían por escrito. Que lo que venían eran minutas. Dice que la complejidad del testamento es que no es habitual la serie de disposiciones para compensar la entrega de la farmacia, porque se variaron los porcentajes, los porcentajes de la forma de pago, los porcentajes de reintegración, en los borradores que recibía se variaban porque se podía considerar poco o mucho en relación con el heredero, con el legatario. Preguntado si se iba modificando la forma en que tenía que pagar el legatario,



dice que sí, efectivamente. Preguntado si considera que las instrucciones las iba dando Don Oscar en su casa. En cuanto a los testigos dice que conoce a Don Adolfo , y otro estaba en la Notaría.

Preguntado si los testigos pasaron, él leyó el testamento y se firmó, responde que sí.

Preguntado si seguidamente se otorga el testamento de Doña Virginia , dice que sí, le lee una cláusula y el Notario dice que ella estaba presente cuando el marido otorgó el testamento, y que es práctica habitual que cuando otorgan testamento los matrimonios pasen juntos a su despacho.

Pregunta el Letrado si la complejidad de la cláusula es la fórmula de compensación que se contiene, absolutamente precisa, y con referencias fiscales y responde que sí.

Preguntado cómo se reproduce en el testamento de Doña Virginia la misma cláusula del testamento del padre, que es Farmacéutico, en el de la madre que no era farmacéutica, dice que se limitó a cumplir las instrucciones de los causantes. Que se copiaría informáticamente el testamento sin intención ulterior ninguna.

Preguntado qué hubiera pasado si Doña Virginia habría fallecido antes de Don Oscar dice que se le pregunta sobre un hipótesis que no ha ocurrido.

A preguntas de Ssª dice que mantuvo una conversación con Don Oscar en su momento, y que cree que lo que él quería era que llegara la Farmacia al hijo y que temía que por alguna razón no se respetara esa voluntad. Que lo que hacía era legal que no quería perjudicar a ninguno de los demás hijos pero sí quería mejorar a un hijo que había convivido con él o tenido más cercanía. Aunque lógicamente si beneficia a uno, los demás reciben menos.

A preguntas concretas de Ssª sobre si tuvo algún indicio de que el testador estuviera desorientado, de que no supiera que estaba otorgando su última voluntad, dice que no.

Que no tenía interés ninguno, su intervención fue la propia profesional. En cuanto a la entrega de legado le consta que se intentó que se otorgara por todos los herederos.

Minuto 38:50 testigo Don Justino , dice que Don Oscar era primo hermano de su padre. Se lleva bien con los hijos. Que por un motivo musical ha tratado más a Don Oscar , pero no tiene ningún roce con ninguno. Dice que este primo de su padre, Don Oscar , le conoció desde que nació y que fue albacea de su padre.

Es industrial, Preside la empresa La Isleña, es Licenciado en Políticas y Sociólogo. Ha tenido relación con Oscar de toda la vida, cuando Oscar acaba la carrera en el año 1945, viene a ver a su madre que él acababa de nacer. Oscar tenía habitación en casa de sus abuelos en Arucas. La familia de Doña Virginia eran íntimos amigos de sus abuelos, tanto Jose Daniel como Penélope , la relación era muy grande por las dos partes y había emparentamientos colaterales. Que ha estado en celebraciones, y en la clínica cuando nacieron estos niños.

Que Don Oscar además de ser albacea de su padre también cree que lo fue en la herencia de su abuelo, o al menos la resolvió.

Preguntado si Don Oscar le nombró a él albacea en un testamento del 12-3-1990, dice que él le dijo que le había nombrado albacea pero pensó que era una broma.

Preguntado si tiene amistad íntima con D. Gonzalo o Oscar , dice que la normal, que se ven de festival de música en festival de música, pero se tienen afecto.

Conoce a Don Armando , ginecólogo, es pariente suyo. No le consta cuál era la relación con ellos, aunque supone que estaría en los actos familiares que era primo hermano.

Él tuvo un infarto a primeros de noviembre de 2000. Es el único que ha tenido en su vida, y fue de diagnóstico tardía. Preguntado si a partir de ese infarto Don Oscar habló con él, dice que sí, que claro, que habló con él por teléfono. Preguntado por cómo se desarrolló la conversación si lo recuerda, dice que un poco en broma eso es el cigarro, él fumaba mucho, lo normal, le llamó Doña Virginia y él se puso, habló con los dos, la conversación fue larguita, de broma, hablaron del susto y de esas cosas que se dicen.

Preguntado si pensó que estaba hablando con una persona que desvariaba dice que no, que no, para nada.

Que lo volvió a ver en el año 2001 en el Festival de Música de Canarias y no sintió que desvariaba para nada, en el auditoria Alfredo Krauss, y a lo mejor en el 2002 pero ya no se lo puede asegurar. Fue seguro en el 2001 porque él tenía dificultad en subir escaleras y también Oscar con cierto trabajo, por sus problemas motrices de Parkinson.

La fecha suele ser enero o febrero. También le acompañó a la Notaría de Jesús María a renunciar al cargo de albacea de su padre, a finales de los 90.



Dice que hablaban en los entreactos, que lo encontró bien aunque con su problema motriz, que tenía cierta dificultad, que se acuerda porque él por primera vez tenía esa dificultad, que hombre no era el Luis Enrique de los años 50.

Es más amigo de Jaime , porque con él va a los festivales de música.

Preguntado si sabe que en esa época tenía incontinencia urinaria, y que tenía una persona con él que por la mañana le ayudaba a levantarse. Dice que no tenía ni idea de la incontinencia, que sí le vio por la calle con un acompañante. Preguntado si sabe que los hijos habían ya hecho turnos para estar con él, dice que no. Que dice que él lo único que le notó fueron esas dificultades motrices.

Preguntado si sabe que había tenido alucinaciones, dice que no, que ni idea, que interioridades de casa no las conoce.

Preguntado si este señor fue albacea y conocía cómo funcionaba y cómo se partía una herencia, dice que sí, que arregló la herencia de su abuelo, arregló a todos los hermanos de su padre, y los puso en orden. Se reunió con ellos muchísimo, era un buen diplomático. No sabe quién era el abogado de Don Oscar .

Que le vio por última vez poco antes de morir en la casa, no sabe si le reconoció, no le dijo nada. En el año 2001 no estaba desorientado, que lo que estaba era torpe de movimientos, que con sus bromas. Le dijo al subir la escalera "¡te está costando trabajo!".

Minuto 52:50, testigo Don Nicanor , conoce a alguno de los hermanos Victoria Rita Eloy Gonzalo Jaime Mercedes Josefa . Con don Gonzalo le asesora fiscalmente, asesoraba al padre y ahora continúa asesorando al hijo en la Farmacia.

Asesoraba también a Doña Virginia , a los dos, tema fiscal de la Farmacia, declaraciones de IRPF, en su momento todo el tema de la Sociedad Civil Particular. No el tema contable, sino el tema fiscal. Es abogado especializado en Derecho Tributario. Es Doctor y profesor titular de Derecho Financiero y Tributario.

Cree que les lleva los temas fiscales desde el año 1978. Él era amigo de Don Oscar . Le cobraba sus servicios, tenían una relación cordial pero dentro del campo profesional, no iba a los actos familiares.

Se le exhibe el documento 37 de la contestación a la demanda de Don Gonzalo y Don Jaime (Tomo IV, folio 960). Preguntado dice que sí en el año 1990 recuerda que compró los locales y que el hijo Don Gonzalo puso el 25% del dinero, pero se puso a nombre de Don Oscar por el tema de la RIC, antes era el Fondo de Previsión para Inversión. Lo que está claro es que él tenía que materializar la RIC, porque él era

empresario y su hijo no, que si está en el documento privado posiblemente sería con esa intención.

Él recuerda que efectivamente había la intención de meter a Don Gonzalo e irlo incorporando a la Farmacia, porque es normal, con una parte alícuota del negocio. De ahí primero el 10%, después el 20%. Se acuerda incluso los problemas que tenían con el propietario del local de la calle Granadera que le quería subir la renta, él se negaba.

Ellos siempre partieron de la base que la Farmacia era ganancial, cuando se hacía la declaración de patrimonio se ponía el 50% a cada uno, la titularidad de la Oficina, con independencia de que el rendimiento se lo atribuyera sólo Don Oscar conforme a la norma tributaria.

El cambio de ubicación fiscalmente no tiene trascendencia, se comunica a los efectos del domicilio fiscal. Recuerda que la inspección la tuvo cuando estaba en Granadera Canaria.

Se le pregunta por la clientela, dice que podría ser distinta, al no ser la misma ubicación, y que es verdad que no es lo mismo una farmacia para particulares que una farmacia con proximidad al Centro de Salud.

Recuerda que intervino asesorando fiscalmente cuando se hace la donación del 10% al hijo, y cuando se crea la sociedad civil particular, que se hizo en el Notario Jesús María . Él recuerda que intervino en la operación, porque a partir de ese momento, sobre todo si se dota la RIC, la Ley exige que cada comunero tiene que llevar su contabilidad independiente porque es cada comunero el que tributa en renta y cada comunero tiene que dotar la RIC.

Recuerda también la operación de venta del 10% de la SCP, dando lugar a un cambio en las participaciones, Dice el Letrado: 80% ganancial de Don Oscar y esposa, 10% privativo de Don Gonzalo , y 10% ganancial de Don Gonzalo y esposa. Que fue una compraventa y que tributó como compraventa. Se le pregunta pero dice que no recuerda el precio, hace muchos años. Recuerda que se les preguntó y cree que hubo una especie de muestreo para ver el valor de la Farmacia, porque tampoco fiscalmente se podían hacer las cosas a lo loco porque Hacienda cobra en función del valor que se declare.



Dice que él en el testamento no participó para nada. Él sólo intervenía en todo lo que pudiera afectar a la cuestión fiscal. Que tuvieron un contencioso, que la inspección les levantó un acta en Granadera, fue bastante dura, pusieron un contencioso y lo ganaron.

Preguntado si asesoró en 2002 la compra de dos pisos a la empresa Fadesa. Dice que no lo recuerda, que Don Luis Enrique tenía su carácter y las decisiones las tomaba él.

Ha visto la pericia de Don Anton . Recuerda el dato de las observaciones al informe en relación a los pagos de los ciudadanos con compras realizadas con datáfono. Le pregunta el Letrado de la incidencia de la partida de los seiscientos mil euros que son descuentos, dice el declarante que recuerda que él hizo la observación de que se estaba contabilizando las ventas por el neto, pero se trata de una cuestión de tipo contable formal porque el resultado es el mismo, fiscalmente no tiene trascendencia ninguna.

El cálculo que ellos han hecho teniendo en cuenta la disposición sexta del testamento les sale que él estaba pagando de más. Dice que hay dos partidas, el 25% que le pertenecía a él, 20% en propiedad y 5% por legado, y después lo que estatuyó el padre de 700.000 euros.

Dice que han visto una transferencia de 259 mil y pico que es en concepto de beneficios acumulados en años anteriores pero que él no había retirado. En un momento determinado aparece una transferencia en el que desde la Farmacia se envía esa cantidad a la cuenta de la madre. Después hay una partida de trescientas cuarenta mil y pico que se pasa a la cuenta de alquileres, que es ajena a la Farmacia y está a nombre de los herederos.

Letrado dice si Doña Virginia tenía una cuenta corriente en la que ingresaba todos los alquileres, de los pisos de Fadesa, etc, y que la llaman cuenta de alquileres. Que la transferencia que se hace es a cuenta de los beneficios de Don Oscar acumulados, pero no por el concepto de alquileres.

Al letrado de la parte codemandada D. Pio , que la venta del 10% de la farmacia en 23 de noviembre de 2000 cree que la llevó él, porque tenía connotaciones fiscales. Recuerda que el Letrado le preguntó por el valor de las existencias a la fecha del fallecimiento, pero no recuerda la cifra.

Preguntado si se tratan al cambiar la ubicación de negocios distintos, responde que no, que la farmacia continúa su actividad, lo único que hay que comunicarlo a Hacienda, y puede ser que tenga una clientela distinta. Dice que el concepto de fondo de comercio referido a la clientela no tiene un reflejo automático por el cambio de ubicación.

Supone que la primera farmacia tendría un volumen inferior de venta. Dice que cuanto más cerca a la seguridad social más volumen de ventas tiene una farmacia, normalmente. Dice que aunque él llevaba la contabilidad él ahora no se puede acordar del año 1979. Pero hay que pensar que si el farmacéutico se cambia es para tener una mejor ubicación.

Dice que se están haciendo retenciones mensualmente, cada vez que se paga el alquiler, y trimestralmente se tienen que ingresar en Hacienda.

A la parte actora.- Sobre si la farmacia de la que están hablando es la misma farmacia que se le concedió al señor Oscar en el año 1950, si es la misma licencia, dice que es correcto.

Preguntado si el valor del negocio de farmacia es precisamente la licencia, dice que se paga la licencia, el sitio, la clientela, etc. Dice que siempre compra una autorización administrativa y después otras cosas.

El Letrado le hace preguntas sobre si es más ventajoso la consideración como ganancial de la farmacia a efectos fiscales, contesta que lo que hay es que cumplir la norma.

Preguntado si no fue en 1996 el año de la norma que cedía la competencia a las CCAA y cuando la Ley de Extremadura restringió el traslado mortis causa de las farmacias, y si no es por esta normativa la razón por la cual se dona en dicho año al hijo parte de la Farmacia. Responde que él no sabe los motivos, que él intervino en la operación pero no sabe las razones.

En cuanto a la compraventa de los locales preguntado concretamente dice que él no sabe si se pagó precio, que lo que se le ha preguntado es sobre si pudiera ser que por la RIC no se reflejara la titularidad.

Preguntado por el precio, dice que lo que la norma dice es el valor de mercado, y Hacienda lo puede comprobar. Que incluso está establecido un sistema de consultas a Hacienda para saber en cuánto valora algo Hacienda.

La venta la prepararon en su despacho del año 2000 y fue indicación de Don Oscar personalmente, lo hablo con él, y le dio las instrucciones para eso. Las decisiones finales siempre las tomaba Don Oscar , era un hombre muy expeditivo, seguía conservando el carácter, físicamente estaba más flaco pero seguía conservando el carácter. En las reuniones al principio iba solo y después en algunas ocasiones vendría acompañado de su hijo.



Que desde luego las instrucciones se las dio él, ellos fueron los que escogieron la Notaría pues normalmente trabajaban con el señor Jesús María .

En cuanto a la contabilidad tenían que llevar tres cuentas, la de la Sociedad civil particular y las de cada uno de los socios. Habla de la RIC como ventaja fiscal importante. El Letrado le pregunta por los datos de las cuentas que ha puesto de manifiesto el perito señor Anton , en el que añadió más de seiscientos cincuenta mil euros a su capital. Dice que no es así, que como al día siguiente de fallecer su padre la farmacia sigue abierta, él incorpora las existencias que ya estaba al negocio que él ya tenía en marcha al morir su padre, y de esos seiscientos y pico mil salen doscientos cincuenta y nueve mil de beneficios acumulados, y salen también trescientos cincuenta mil a la cuenta de alquiler. Por lo tanto incorpora eso pero consciente de que tiene que devolverlo a los herederos. Dice que no existía ningún apunte a favor de los herederos hasta que en el 2006 ya se hace la valoración de la farmacia y ya se sabe el valor que debe darse.

El Letrado le pregunta por la cuenta del señor Oscar , y le dice que siguen faltando capital del que figuraba en la cuenta del señor Oscar .

Hay dos órdenes de transferencia que él ha visto la documentación: 259.000 y 347.000.

Undécimo CD, día 7 de julio de 2011, duración 09:01 minutos. Continúa la declaración del testigo Don Nicanor .

Le pregunta por la diferencia entre 1.022.882 euros que aparecen en la cuenta del señor Oscar , total un 80%, y los 735.262,69 euros que aparecen a día 26 de julio en la cuenta del señor Gonzalo , faltarían 372.848 euros que no se sabe dónde están, a lo que el testigo dice que no lo sabe.

El Letrado dice que lo pretenden justificar con las dos transferencias, lo que sostiene el Letrado es que si el negocio es privativo y se transfiere a una cuenta ganancial a los herederos se les sustrae el 50% del cuaderno. El Juez dice que lo que está pidiendo el Letrado al testigo es una opinión.

Dice que si se transfieren 636.247, siguen faltando más de trescientos mil, dice el testigo que habría que buscar la explicación pero en ese momento no la puede dar.

A preguntas de Ss^a dice que cuando hacían el impuesto sobre el patrimonio la farmacia se consideraba ganancial, él era asesor fiscal no era abogado, el abogado era más bien Don Pio .

Él era un hombre con personalidad, que preguntaba, se asesoraba y después tomaba sus decisiones. Dice que cuando hizo las operaciones de la donación y venta estaba bien físicamente, pero ya después no sabe, él se fue deteriorando y a él se lo decían. Él mientras habló con Don Oscar tenía lucidez, luego si ya no la perdió él no sabe.

Ss^a le pregunta por la inspección y dice que fue contra Don Oscar y su esposa, y recurrieron los dos, los inspeccionados eran los dos, está casi seguro. En el económico no lo ganaron pero lo ganaron después en la Sala.

Dice que Don Gonzalo ha continuado en la Farmacia y con la relación de asesoría fiscal con el despacho. Ellos lo que han observado es que en determinado momento, si tenemos en cuenta el 25% que le corresponde, más la cantidad que el padre le asigna por la gestión de la farmacia, han observado que en algunos años está dando más de lo que le correspondería percibir.

Décimo segundo CD, día 7 de julio de 2011, duración 1:36:34 horas. Interrogatorio de las partes.

Interrogatorio de Don Gonzalo .

Refiere que su madre no estaba al margen de la marcha de los negocios de la farmacia, estaba presente en las conversaciones en la comida. El personal doméstico lo contrataba la madre.

Su padre era persona de criterio pero se asesoraba bastante sobre todo con su hermano Jaime y con él. Por ejemplo en los traslados de la Farmacia que han dependido prácticamente de su hermano Jaime . Incluso la presentación de la solicitud. Su hermano es arquitecto. Por ejemplo en el traslado a Granadera Canaria, iban juntos a hablar con el dueño a las cinco de la mañana al mercado, porque trabajaba en el mercado. Igualmente el cambio desde Granadera partió más de su hermano Jaime .

Su padre decía que él vivía con lo que daba la finca y con la Farmacia lo que hacía era invertir.

Que él y su hermano Jaime permanecieron en la casa de la familia. No hacían vida independiente, tenía un cuarto y estar y una cocina que no usaba, pero desayunaban juntos y comían juntos y la vida era en común.

El letrado quiere señalar que tenían unas dependencias que tenían una independencia dentro de la casa, dice que la independencia no era tal pero que físicamente había una puerta.

Que él se muda en julio de 2004 y su padre fallece en julio de 2005. Su madre estaba entonces perfectamente.



Él trabajó siempre con su padre en la farmacia. Él tenía un poder mercantil desde el año 1988 que es el que figura en autos. Preguntado si el único poder general fue el que le otorgó su madre el 19-12-2002, y de su padre sólo el antes mencionado, dice que sí.

Le donaron el 10% de la farmacia en 1996, dice que sí. Preguntado si por las normativas aprobadas en dicho año era un momento de especial inquietud en el sector, dice que puede ser.

Preguntado si consultan entonces con el despacho documento 34 (folio 954), responde que sí que era el despacho González Pérez.

A instancia de él les plantea a su padre y a su madre que tiene un dinero ahorrado y que en lugar de invertir en otra cosa le gustaría invertir en la Farmacia. Que se planteó y hubo una discusión entre todos y de eso salió que sus hermanos no tenían ninguna intención de que a él se le vendiera una parte de la Farmacia.

Preguntado si el padre en el año 2000 intervino en la discusión o quedó callado, dice que no lo recuerda, su padre estaba con Parkinson.

Que quien se opuso fue su hermana Mercedes .

Se trató en la mesa antes de hacer la venta. La familia sabía que se iba a hacer la venta, su madre y su padre dijeron que independientemente de lo que opinaran se iba a hacer. Su padre era muy reservado y que con quien comentaba las cosas era con su hermano Jaime , con él y con su madre. Que no sabe si se comunicó la realización de la venta, pero supone que sí.

Preguntado si en el año 1995 él le plantea a sus hermanos que su padre tenía problemas de salud y necesitaba cuidados especiales, dice que no lo recuerda que sería más bien en el año 1996 en que su padre empieza con el Parkinson.

Dice que a raíz de la caída de su padre en el año 1997 ellos se reúnen cuando su padre salió del Hospital y acuerdan los turnos entre los hermanos.

Dice que no es cierto que los siete hijos se ocuparan. Dice que Agustín estaba contratado desde antes de caerse su padre desde 1996, para que su padre pudiera salir por las mañanas, le servía de chófer.

Que Alfonso se encargaba por las noches de asistir a su padre, vino posteriormente. Que por las tardes se encargaban los hijos.

Preguntado si en mayo de 2000 su padre sufrió un bajón, dice que el empeoramiento fue una evolución, pero que el Doctor Pablo reflejaba en sus notas todo lo que ellos le decían.

Todo era como consecuencia de los medicamentos antiparkinsonianos que le estaban dando, la somnolencia, el decaimiento eran efectos secundarios de la medicación, por eso se iban graduando para evitar todos esos síntomas.

Preguntado por las notas del Doctor Pablo en enero de 2001, dice tenía en algunas ocasiones alucinaciones y delirios como consecuencia de la levodopa y dopamina una medicación que le daban que se llamaba SINEMET, era en ciertos momentos que eran muy puntuales empezaban a las siete de la tarde, el médico le decía que era como consecuencia de que le estaban dando poca agua, aumentaban el ritmo del agua y desaparecían completamente, o le disminuían el medicamento y le disminuía, no eran alucinaciones diarias. Era como consecuencia principalmente de que no se le daba el agua suficiente.

Que el testamento y la venta son el año 2000.

Preguntado que si en el año 2002 estaba ya muy delicado y tenían que cubrirse determinados actos que estaban en marcha de la familia, como una compra de unos apartamentos, y entonces le otorga un poder a la madre, a Doña Virginia , responde que sí.

Que recuerda que quien compra fue su padre.

Que él siempre firma los cheques referentes a la farmacia.

Preguntado si su padre fallece y él se hace con el control de la familia, y responde que es correcto. Dice que hicieron un inventario por el programa informático, dándole una tecla al ordenador, no fue un inventario físico, habría sido al día siguiente de la muerte de su padre.

Letrado pregunta si había en ese momento un saldo en la cuenta de su padre de 1.022,882,30 y en su cuenta hay un capital de 85.228,58 euros, y si al día siguiente contabiliza contablemente en su cuenta por 735.262,79 euros. Dice que él no sabe de dónde sale la cifra de 1.022.882,30.



Le repite la pregunta desglosando las cantidades que el perito auditor presentó en su escrito, dice que los 650.000 euros efectivamente son la diferencia entre lo que se computa el día 26 y lo que tenía el día 25.

Dice que esos 811.000 euros de su padre eran beneficios acumulados que su padre tenía en una cuenta, no estaban en la Farmacia. Dice que como dijo el auditor no se podía hacer el asiento contable hasta que Don Pio hizo valorar la farmacia, cuando se valora es cuando él le dice al asesor contable y se hace el apunte.

Dice que el asiento contable de asignarle 650.000 eran los bienes que estaban en la Farmacia de su padre a la muerte de su padre. Dice que en marzo de 2006 se transfieren 259.000 a la cuenta de su madre, y se pasan 346.000 a la cuenta de alquiler. Que sus padres tenían tres actividades, farmacia, alquileres y finca. Que cuando se transfieren los 346.000 euros salen de la farmacia y van a la cuenta de alquiler.

Que esas tres actividades de su padre tenían cada uno su contabilidad separada. Que no es "concepto" de alquileres, sino a la cuenta de alquileres, es decir, a otra actividad, cuando se traspasa el dinero se hace solo contablemente, el dinero sigue en una cuenta corriente, pero contablemente se hace un asiento desafectando la suma de la cuenta de la farmacia, y afectándola a la cuenta de alquileres. Pero los 259.000 euros sí se transfieren a una cuenta corriente de su madre, y es el pago que él hace de los beneficios no retirados por su padre. Que al morir su padre su madre sigue manteniendo la RIC y cumpliendo las obligaciones de la RIC.

Dice que la suma de 259 y 346 vienen a ser los 650.000 que se hizo el apunte al día siguiente de la muerte de su padre.

Que él sepa no hay ninguna otra cantidad que se haya transferido de la cuenta de la Farmacia a la familia.

Pregunta el Letrado sobre los pagos que dice que se hacen a "cuenta de herederos", y si hay cuenta a nombre de los herederos, dice que no, que sus hermanos no tienen una cuenta. Que como no están de acuerdo y su madre es la usufructuaria de ese dinero, él pasa el dinero a una cuenta abierta a nombre de su madre que lleva como nombre "cuenta herederos".

Preguntado por los documentos aportados que su madre reconoce recibir dinero: Dice que su madre en junio y diciembre de 2005 estaba en perfectas condiciones. Que los documentos también los firma su hermano Jaime. Que es dinero que le va dando en efectivo para sus gastos, que de ahí su madre paga al personal de la casa, compras, El Corte Inglés, etc.

Preguntado si su madre tenía ya medicación en agosto de 2005 de Ebixa por la mañana y por la noche, dice que no le consta. El Juez le recuerda que él es farmacéutico. Dice que su madre en el 2005 no tomaba ese medicamento. Que antes de morir su padre sí estaba depresiva.

A preguntas del Letrado explica el motivo de la donación.

Dice que el alzheimer de su madre lo detectan en abril de 2008. Que la demencia empezó con el estado depresivo, al perder a su padre, empieza a reflejar ciertos olvidos que son esporádicos. Ellos se empiezan a extrañar y empiezan a consultar, la llevan a un psiquiatra que les dice que no es alzheimer sino depresión y le mandan una medicación para la depresión, que no le va bien. Que cuando empieza realmente a estar peor es un año después de que le detectan el alzheimer. Preguntado dice que nadie planteó incapacitar a su madre.

Dice Ss^a que ellos lo pusieron en conocimiento del fiscal.

Dice que hay una empleada del hogar de su madre, que también va a su casa, pero él le paga las dos horas que hace en su casa. Que él se encarga de pagar las cosas de su madre, y ese dinero en efectivo él lo lleva de la Farmacia y lo va apuntando en una libreta y lo va computando. Y los pagos de fincas y alquileres los va haciendo por transferencias bancarias. Que su madre tiene cuatro alquileres más la farmacia, que recibe rentas de todos ellos, y ahora la finca que la está llevando su hermano Jaime está dando dinero. Que su madre tiene dos chicas fijas y otra tercera que va media jornada. Las dos chicas viven en la casa, son internas, y tienen sus horas libres. También tiene un jardinero. Dice que ella tiene dinero suficiente para vivir, no se está comiendo el patrimonio sino que se está engrosando. Que tiene acciones de Telefónica, y otras. Su madre ha quedado garantizada después de la partición.

Él se casó en noviembre de 1986, se iban a ir a vivir a un piso que les ofrecía la madre de su mujer, y que fue su padre el que le dijo a su mujer que vivieran con ellos en la casa. Que por lo tanto siguió viviendo en la casa de sus padres después de casado y hasta el 2004. Sus padres no querían estar solos. El apartamento dentro de la casa está en la misma planta que sus padres.

Que su padre se cayó en 1997 pero después de recuperarse de la caída siguió yendo a la farmacia.

Se le exhibe el documento 37 Tomo IV, folio 960, en el que reconocen sus padres que él había pagado un cuarto de los locales. Dice que él aportó la cuarta parte de ese dinero y después se lo reconocen. Que fue



en el año 1990 que su padre fue quien se lo propuso, llevaba ya trabajando cinco años en la farmacia. Que su mujer trabaja y vendió una serie de acciones para poder comprar ese local. Pero que la compra del local estaba afecta a la RIC y por eso no le interesaba a su padre que figurara a nombre de él una parte.

Que dice que eso se regularizó en el testamento, que en realidad no es un legado sino el reconocimiento de esa venta.

Dice que como tenían problemas con el propietario del local de Granadera Canaria pues no les permitía constituir una sociedad, él le dijo a su padre que él se iba a montar una farmacia por su cuenta, pero su padre no quería que él se fuera. Estaban pillados con el dueño del local, que pretendía subir la renta muchísimo si se constituía una sociedad, por esa razón no se hizo antes la sociedad civil.

Que su hermana cuando se casa se va a vivir a Lanzarote y solicita una farmacia de nueva apertura y se la conceden.

A raíz de que arreglaron lo del contrato de alquiler se constituye la sociedad civil. Y su padre le dona el 10% de la farmacia. Sus padres toda la vida han considerado la farmacia ganancial, y los dos constituyen la sociedad civil particular y los dos le hacen la donación.

Ese tema lo comenta él en una comida familiar que tienen en Mogán, sería en el año 1997, verano siguiente a la donación y la constitución de la sociedad. Su padre era partidario de no decir nada, decía yo con lo mío hago lo que quiero. Él lo comentó en el verano de 1997 y se armó un revuelo, y su padre contundentemente dijo que él con lo de él hace lo que quiere, y que siempre había sido su ilusión que un hijo heredara la Farmacia.

Fue él el que planteó comprar otro 10% porque tenía un dinero ahorrado. Se hizo una valoración que llamaron a 20 o 30 sitios, llamando a distintos farmacéuticos, a asesores fiscales, de modo que sacaron una media 255 millones de pesetas que valía la farmacia, y el 10% era 25 millones y medio. Que sus padres hacían un reparto a todos los hijos para evitar que a un hermano por adelantarle un dinero hubiera un conflicto familiar, y a raíz de ahí cada Navidad sus padres repartían cada Navidad. Explica como instrumentó la compra del 10%.

Que entonces pasó del 10 al 20% en la sociedad, pero de ese 20%, un 10% era ganancial con su mujer. 1:05:00

A la fecha del testamento y de la compraventa el estado de su padre de cabeza estaba perfecto, tenía un Parkinson que tenía que tener cuidado con él porque se podía caer, era un Parkinson paralizante no tembloroso.

Que con posterioridad pidió dos avales e hicieron un contra-aval en el corredor para el contencioso administrativo. Y en julio de 2002 hicieron una compraventa de dos pisos, que él sepa fue su padre el que firmó.

Que su padre tenía principalmente la rigidez en las piernas, ni en los brazos ni en la cabeza, que quizá hablaba más lento, era una persona muy culta con mucha conversación, y quizá eso lo fue perdiendo, pero de cabeza regía perfectamente.

Hablan de una escena del vídeo que han presentado como prueba en que está bailando su madre y le dice que tenga cuidado con el corazón. Hablan de otras escenas.

Recuerda haber ido una vez al testamento con su padre y con su hermano Jaime , no recuerda si fue también su hermana Nieves , o ella fue en otra ocasión.

La voluntad de su padre era manifiesta y dicha ante sus hermanos de toda la vida, desde que él estaba estudiando. Que él iba a estudiar veterinaria y que fue su padre el que le convence para que estudie farmacia.

Le exhibe el documento 36 de la contestación a la demanda, Tomo IV, folio 959, y si la conoce, dice que surge como consecuencia de que él desde el año 1997 está diciendo que él quiere irse de la casa de sus padres, por la incomodidad que le hacen sentir sus hermanos. Que tienen una reunión en la Farmacia con sus hermanas Nieves , Soledad y Victoria , donde él manifiesta que se va a ir de su casa porque la situación era ya insostenible y él no podía tener a su familia sometida a eso.

Esa carta se la enseñó su madre, ya firmada, donde ella le dice lo que ella piensa, la carta la hace su madre con su hermano Jaime .

Dice que Don Pio tras la muerte de su padre, instó a las partes para intentar llegar a un acuerdo. Que había que cumplir con la norma de los 18 meses, y antes de que venciera se prepara la escritura y ellos no comparecieron, compareció el abogado que ellos tenían en ese momento para decir que no iban a comparecer, que no estaban de acuerdo con la partición ni con el testamento. El abogado era Ricardo Seco. Su madre reaccionó indignada y llamó a su hermana Nieves . En aquella fecha su madre estaba bien.

Explica de nuevo el medicamento Sinemet, que hay que ver agua, y que como efecto secundario da alucinaciones. Que no se le daba todo el agua que había que darle.



Preguntado por el testamento por Ss^a dice que él no vio la minuta ni nada, sí que es verdad que hablaba con su padre, y que él decía lo hacemos así o lo hacemos así.

Que la fórmula del testamento era que se le establecía un sueldo y el resto de los beneficios netos estaba destinado a pagar.

Dice que el dinero lo ingresa en una cuenta de su madre porque su madre es la usufructuaria, para que ella disfrute de los intereses de ese dinero.

El testamento pone que él detraiga 700.000 pesetas, actualizables conforme al IPC, más su 25%. Que el contador partidario le dijo que ese dinero lo tenía que poner en una cuenta corriente de la que él no puede disponer, y para que le renten los intereses a su madre, que es la usufructuaria.

Minuto 1:20:40, Interrogatorio de Don Jaime . Vive con su madre, han ido poco a poco montando una especie de residencia de ancianos. Temas médicos, de cuidados personal, de entretenimiento. Hay dos chicas fijas, cada una se queda a dormir una noche alterna. Otra chica que viene por la mañana. Después tenemos un jardinero que se encargaba de cuidar a su padre y que también se ocupa de su madre, pasea con ella por el jardín.

Su hermano le trae dinero y él se encarga por la noche todas las noches le pone dinero en la cartera. Que hay una caja para darle dinero a las muchachas, que todo eso está anotado en un libro. Su hermano saca el dinero y él lo mete en un libro, en ese libro él va anotando todas las facturas de la casa, compras supermercado, pintura, arreglos, todos los gastos menudos. Las chicas las paga su hermano con transferencias. Todas las necesidades de su madre, por ejemplo tiene problemas de estómago, él lleva a su madre al homeópata, etc. Por las noches él duerme en una habitación al lado de su madre y tiene el sueño ligero y la atiende.

Dice que cuando su padre murió su madre sufrió una depresión, que es lo que dijo el psiquiatra. Superada esa etapa volvió su madre a una etapa tranquila. Que en el 2008, desde que le comunicaron a su hermana que su madre tenía algún síntoma, ellos ya presentaron la demanda a los dos meses, así que pensaron que ellos ya iban a actuar, que estaban esperando a que su madre estaba enferma para presentar la demanda.

Que el tema económico siempre lo ha llevado su hermano pero que la atención personal de su madre se ocupa él. No puede decir que esté perfectamente atendida porque los cuidados de sus hermanos son bastante deficientes pero él hace todo lo posible por compensarlo.

Que ella tiene suficientes ingresos para cubrir sus gastos. Que máxime ahora cuando la finca renunció su hermana a llevarla y la está llevando él y han duplicado la producción y ahora está dando otra vez rentas.

Dice que él ha sido el primogénito y su padre siempre le ha llevado a todos lados, en todos los notarios, todo lo que él ha hecho en su vida, él ha ido con él a todos los testamentos que otorgó.

Él sabe que aportó el 25% de los locales su hermano en el año 1990, que comían siempre juntos y que a la hora de comer era cuando comentaban las cosas. Su padre tenía un carácter resolutivo pero todo lo consultaba con ellos.

Dice que desde que su hermano se incorporó a la farmacia la voluntad de su padre era que entrara en la farmacia, pero que se retrasó mucho por lo del arrendamiento. Que su padre era muy duro para la peseta, y se resistió mucho porque era pasar de pagar 70.000 pesetas a 300.000 pesetas, más o menos.

Que a raíz de la caída de su padre en noviembre de 1997, ahí es cuando descubren que existía un problema familiar que hasta entonces se llevaba de forma oculta, que su hermana Rita y su hermano Eloy principalmente dicen que su hermano Gonzalo y él eran unos aprovechados que vivían de gratis, e inmediatamente su hermano dijo me voy de casa.

Su padre tiene unos meses de convalecencia porque fue una caída muy grave, y cuando se recupera al cien por cien es cuando decide modificar el testamento porque ha surgido una circunstancia que él no imaginaba en su momento. Esa es la génesis de ese nuevo testamento.

Su padre partía de la base de que la farmacia sería el valor mayor, que el ideal sería que se lo quedaran los dos hijos farmacéuticos pero que como su hermana ya tenía su farmacia en Lanzarote no iba a poder ser. Que la idea de su hermano Eloy era que la farmacia se la quedara el mejor postor, que se vendiera a alguien ajeno, pero esa no era la idea de su padre, su padre quería que se la quedara su hermano, a un precio razonable con un cierto descuento por el tiempo que le ha dedicado.

Dice que no motivo mayores donaciones por el retraso producido por que no se aprovechara el arrendador.

Dice que cuando surge la idea de comprar porque su hermano tiene dinero ahorrado...(el Juez declara impertinente la pregunta por ser hechos personales de otro litigante).



Intervino en la evaluación de la Farmacia él y su hermana Nieves , empezaron a llamar a varios farmacéuticos para saber el valor, y llegaron a esa conclusión.

Dice que su padre el único problema que tenía con el Parkinson era de caminar, que daba pasos cortos y que podía caerse para atrás, pero la cabeza la tenía bien, salvo en los casos de las alucinaciones por el Sinemet.

En cuanto a la carta él no la redacta, aunque sí la escribe a máquina. Cuando en el año 1997 se cae su padre y descubren que todos sus hermanos, primero Rita y Eloy , estaban disgustados con que ellos vivieran en la casa, y al decidir su hermano Gonzalo el marcharse, él se enfada muchísimo porque era el deseo de sus padres, sus padres querían vivir con Gonzalo y su mujer porque se llevaban muy bien, y él ha chantajeado a su hermano durante muchos años para evitar que se fuera, desde el 1997 hasta el 2004, diciéndole prácticamente de todo.

Que cuando su madre se entera que sus hermanos le estaban haciendo la vida imposible, incluso les prohibió la entrada a alguno de sus hermano a la casa, porque su madre quería quedarse con ellos. Que tardaron varios días en redactarla, ellos hablaban y después él lo redactaba a máquina porque su madre no sabe escribir a máquina. Que intentaron recopilar todas las circunstancias.

Dice que él ha heredado lo mismo que los demás hermanos, y que la única diferencia de su hermano Gonzalo es el 5% del legado, y que se le adjudica la farmacia y tiene que pagar el exceso de adjudicación.

Que su madre estaba bien hasta unos meses antes de presentarse la demanda de este pleito.

Décimo tercero CD, día 8 de julio de 2011, duración 1:18:45 horas.

Interrogatorio de Doña Josefa .

Preguntada si su padre se encargaba de gestionar el patrimonio, y la finca de plataneras era productiva y la familia vivía de la finca, responde que no, que eso se ha dicho pero que vivían de la farmacia, que la finca de plataneras era el hobby de su padre, que siempre ha estado en producción.

Que su padre hasta la última semana que murió siempre ha ido a la finca con ella. Que ella se hizo cargo de la finca en el año 1996, se hizo cargo entre comillas porque ella ni pagaba ni tramitaba nada de gestión económica. La llevaba su hermano Gonzalo . A la vista del decaimiento de su padre su madre le pidió que ella se encargara de la finca, que no creía que fuera la persona más indicada porque ella es funcionaria y sale a las tres.

Que su padre iba con Agustín , su madre y su tía Sandra y Josefa , que lo de la finca lo hacía ella pero para sus padres era una distracción. Que ellos más o menos sitúan que su padre empieza a estar con decaimientos en el año 1992 o 1993. Que ya en el año 1996 ya se ocupaban ellos, que ella se ocupaba de la finca y su hermano Gonzalo de la farmacia, pero sin que ella dispusiera de nada porque no tenía capacidad económica.

Preguntada por la comida en Mogán en que informaron de la creación de la sociedad civil particular y la donación del 10% de la farmacia, dice que sí que fue a toda carrera por la reforma de la legislación.

Que dice que sí que su padre quería que su hermano se quedara con la Farmacia y que ellos también quieren que su hermano continúe con la Farmacia, que el problema del pleito es la cuestión económico, que su hermano les liquide el valor. Que es indiscutible que el deseo de su padre, de su madre y de los demás hijos era que su hermano continuara con la farmacia, pero que eso era sin perjudicar a los demás, que su padre lo ha dicho siempre. Que sí que decía que no había ni que cambiar la J del letrado.

Que su hermana montó la Farmacia con su dinero sin tener ayuda ninguna.

Sobre la caída de su padre en el año 1997 le pregunta el Letrado si a raíz de ahí hubo tensiones, se le exhibe la carta, dice que conoce la carta perfectamente. Que ella cuando leyó la carta casi se cayó al suelo de lo que le habían hecho firmar. Que su madre era muy apegada a ellas, a las niñas, y que su madre nunca habría firmado eso. Que ellas nunca han puesto problema de que vivieran allí. Que ellas encantadas.

Que a ella le dio pena a la pobre mujer que firmara eso, que tiene la firma temblona.

Dice que en la comida de Mogán nadie se molestó por la donación.

Dice que ella no sabía que su hermano había pagado los locales, pero su hermano le enseñó esa carta después de varios años, pero la vio en vida de su padre. Que si era decisión de su padre perfecto. Niega que Eloy quisiera que la farmacia se vendiera al mejor postor.

Dice que la cuestión médica era con Gonzalo . Que la nefróloga les tuvo que llamar para decirles que su madre estaba muy grave y que habría que hacerle diálisis, y su hermano no lo compartía con ellas.



Dice que en el año 2000 su padre tenía incapacidad total. Preguntada por qué no lo incapacitaron si lo creía así, dice que era muy fuerte, que les costó tomar la decisión, con su madre igual, era como si estuvieran haciendo algo mal. Cargaron con las consecuencias prefirieron renunciar a lo que estaban haciendo, porque sabían que para su madre iba a ser un disgusto.

Es verdad que su padre iba con sus hermanos, a corredores y a notarios, y era normal que firmara. Que los pisos que compró en el año 2002 se los enseñaron. Que también vendieron un piso de Granadera Canaria que se quedaron pasmados.

Que entre sus padres siempre la Farmacia ha sido de su padre. Que si firmaban los dos sería por razones tributarias, también ella hacía la renta con su marido porque le salía mejor.

Ella sabe y recuerda a su padre oír algo de eso de que tenían problemas con la renta del arrendamiento cuando su padre quiso cambiar eso, cuando constituyeron la sociedad.

Dice que se equivocaron de vídeo que era del 99.

Preguntado por las alucinaciones y el medicamento Sinemet, dice que ella no sabe de medicina que no entiende. Preguntada por las indicaciones del médico, dice que siempre han tenido la instrucción y la jarra de agua allí.

Que su madre no leyó la carta esa de 2002, que la leyó su hermano, que a su madre le tuvo que poner una pastilla debajo de la lengua, que le había dado un infarto un año antes en el 2001.

Dice que en una única reunión que tuvo el contador partidario con ellos les dijo que la Farmacia había que tramitarla porque había sólo tres meses. Que ellos decían que no era tres meses que eran dieciocho meses, y que además se le entregó antes, su padre murió en julio y se la entregaron en marzo de 2006.

Que le hicieron unas consultas sobre el tema del testamento al Abogado Don Ricardo Seco, porque el contador Don Pio no les había explicado todo. Que a ella le llamaron el día anterior para ir a firmar al día siguiente, que ellos dijeron que no porque no les habían dado información previa ninguna y no iban a firmar sin saber. Que no sólo era la adjudicación de la farmacia era también un usufructo.

Dice que desde el 1996 hasta el 2006 o 2007 se encargó de la finca, y cobraba 300 euros todos los meses por esas gestiones. Que ella le rellenaba los talones y le ponía el dedo y su padre o su madre lo firmaban, para pagar las facturas y las cosas de la finca, que después toda la contabilidad se llevaba en la farmacia. Que es licenciada en Derecho.

Preguntada si cree que su padre quería que a su madre se le diera el usufructo de la farmacia, dice que sí, que de todos sus bienes.

Preguntada si su madre acompañaba también a su padre a la notaría, dice que sí que en algunos iría su madre, pero ella no sabe, ella no estaba en esos actos. Que ella no iba a eso no puede contestar.

A partir de un determinado momento de la presión que ellos ejercían ya al final con su padre, que las decisiones las tomaban sus hermanos a través de su madre, y lo que ellos decían hacía. Ella dependía de sus hermanos y ella tenía puesta toda su confianza en ellos. En temas económicos ella ya después con ella no compartía, ella se lo criticó a sus hermanos.

Al letrado actor, los turnos establecidos por escrito fueron en el año 1995, y se mantuvieron sin introducción. Que si su padre hubiera estado bien la carta de 2002 no habría existido, su madre les habría puesto firmes.

A Ssª, dice que el abogado de su padre era Don Ignacio , que después cuando falleció Don Pio le llevaba muchos temas, para la finca Don Victoriano en Gáldar, y

Don Nicanor para temas fiscales. Que cuando estaba ya malo Don Teodoro le llevó algún tema.

Que su padre decidía, en la familia mandaba él, que ya le dijo el asesor que él le informaba y que su padre tomaba las decisiones. Que cuando donó el 10% la han mencionado a ella, a Nieves , que es ella, sobre el valor de la farmacia, pero eso no es cierto. Su padre tenía los asesores.

Las alucinaciones no tenían algún momento concreto, pero por la tarde solía tener más. Que empezó a cambiar el ritmo de vida ya en esa época, en el año 2000, pasaba mucho tiempo durmiendo se levantaba muy tarde, llevaba una vida muy apagada, la mañana se le iba en levantarse, desayunar, ducharse y dar una vueltita. Ella piensa que los datos del día en que vivía no tenía conciencia.

Dice que él era sencillito en sus conversaciones como un niño, poquitas palabras, no podías hablar con él. Reconoce que seguía yendo al Festival de Música, porque le gustaba la música.



Que lo de comprar los pisos en 2002, dice que su padre no decidió nada, que era imposible, que se hizo para cubrir el tema de la RIC, y que se lo dijo su madre.

Minuto 32:50, interrogatorio de Doña Mercedes . Manifiesta que es farmacéutica y tiene farmacia en Lanzarote. Estudió en La Laguna con su hermano Gonzalo , que es un poco más pequeño que él. Que su padre estaba ya en la Farmacia de Granadera.

Que ella ya durante su carrera ya tenía de novio al que después fue su marido, y sabían que se iban a marchar de la isla. Que terminó su carrera en febrero y se casó en diciembre, y empezó un par de meses a ir a la Farmacia de su padre, sin cobrar ni nada.

Que solicitó una Farmacia en Lanzarote y se la concedieron, que ella no podía tener dos farmacias.

Que cuando empiezan los supuestos problemas familiares su hermano la llamó y le dijo que se iba a tener que ir de la farmacia de su padre y que iba a pedir por su cuenta una farmacia. Que eso fue después de la donación del 10% y antes de que comprara el otro 10%. Que ella le dijo a su hermano que era un disparate porque nunca iba a tener una farmacia tan buena como la de su padre.

Cuando su hermano le dice que quería solicitar otra farmacia fue en el año 2000. Ella desconoce que su hermano hubiera pagado una cuarta parte de los locales de la calle Alicante.

Su padre no tenía duda de que la Farmacia iba a ser para su hijo Gonzalo , pero a cambio de una compensación justa para los demás hermanos. Ellos impugnan el testamento porque no creen que esa fuera la voluntad de su padre.

Que la voluntad de su padre en el testamento anterior era que todos los hijos heredarían por igual. Que después con los cambios legislativos de Extremadura y con la posibilidad de que no pudiera transmitir la farmacia de padres a hijos fue cuando hace la donación del 10% en previsión de que se hicieran cambios legislativos en Canarias.

Preguntada por el almuerzo de agosto de 1997 en Mogán en que se informó de la donación, dice que su hermano comentó que había hecho una sociedad con su padre, y su padre no hace ningún comentario al respecto, su hermano empezó a darles unas explicaciones y ella ni se acuerda. Lo que ella recuerda no fue que ellos se negaran, sino que expresaron la sorpresa porque no lo conocían, que su padre no dijo nada al respecto.

Dice que su padre en esa fecha ya no era la persona que fue siempre.

Preguntado si su hermano Carlos querían que la farmacia se vendiera al mejor postor, dice que no, que ella no recuerda eso.

Que los temas de médicos los gestionaba siempre con su hermano Gonzalo . Los traslados de farmacia el primero fue su padre, no sabe si su hermano Jaime le ayudaría. El traslado de la calle Granadera a la calle Alicante se solicitó en el año 1990, pero tardaron en que se autorizara porque tuvieron algún contencioso con otro farmacéutico de la zona. Que ya cuando se trasladaron en el año 1997 ya el traslado lo hizo su hermano.

Que su padre no temblaba, tenía rigidez.

Que del tema de la finca sabe que en el año 1997 su madre le encarga a su hermana mayor Nieves , que se haga cargo de la finca porque su padre ya no es capaz de llevar él las cuentas de la finca. Que entonces su hermana empezó a ir todos los jueves con sus padres a la finca a gestionar o a llevar la finca, las cuentas.

Sabe que al constituirse la sociedad al ser otro titular el contrato de arrendamiento podía subir. Como consecuencia de eso compra un nuevo local en Granadera, pero también pidió el traslado a la calle Alicante que le interesaba más porque estaba al lado del centro de salud.

Dice que de todas las compras se entera luego con los papeles. Que su padre desde el año 1996 o 1997 ya su padre era un anciano, en los viajes que hacían tenían que ayudarlo a caminar, tenía incontinencia. Dice que ella de medicina no sabe decir la patología que tenía su padre, pero desde el punto de vista personal, su padre era una persona de mucho carácter para bien o para mal, y ese carácter lo perdió con su enfermedad, y a partir del año 1996 era un ancianito, no llevaba la conversación en muchos temas, no llevaba la voz cantante.

Hubo una reunión en septiembre de 2002 en la farmacia, estuvo su madre. En ese verano su madre de forma independiente a su hermana Josefa , a Victoria y a ella, les comenta que se quiere ir a vivir a una casa más pequeña que esa casa es muy grande. Que por eso se lo dicen a su hermano Jaime y monta en cólera y su hermano Gonzalo mota en cólera, y dice que si es así él se va de la casa.

Que en el año 2002 ella estaba angustiada por la situación de su padre, que estaba muy mal.



Que ella vio la carta porque se la enseñó su hermana Nieves . Pero esa no era la voluntad de su madre, y ella no reconoce la voluntad de su madre en eso. Que hay un tema muy curioso en la carta, que dicen que sólo se podía ocupar de los temas médicos Gonzalo , y ellas le dijeron a su madre que no lo entendían que siempre cuatro pensaban mejor que uno.

Que ella venía los fines de semana que venía y en vacaciones, y que ella no puede hablar del tema médico porque estaba en Lanzarote.

Que su padre decía que su problema era que el patrimonio mayor estaba en la farmacia y que tenía siete hijos, que de qué forma se podía solucionar para que ninguno de sus hijos se viera perjudicado y que no tenía una forma óptima para solucionar ese problema.

Su padre siempre les contó que compró su farmacia con una herencia de su tío Romulo , y siempre decía "mi farmacia". Ella desconoce los tipos de movimientos que le dan carácter ganancial o privativo a un bien. Ella nunca entendió que lo considerara ganancial, él hablaba de su farmacia.

Que en la reunión que propusieron para hablar del tema, ella expresó que no estaba de acuerdo en eso porque su padre toda su vida era "no me desheredo en vida" y ella le decía a su hermano que sus padres no tenían ninguna necesidad de desprenderse de ninguna propiedad en vida.

Que su hermano la iba a tener, la farmacia, pagando lo que vale, como cualquier propiedad.

Que ella se ha enterado posteriormente de la venta del 10% de la Farmacia, que no tenía ni idea ni cómo se obtuvo el precio ni cómo se pagó.

No sabe si las alucinaciones eran sólo por la medicación, que si el médico lo ha dicho ella lo da por válido. Que no eran todo el día.

Preguntada si la idea de sus padres era que la farmacia pasara a su hermano y se compensara, responde que sí.

Dice que son dieciocho meses los plazos para trasladar la farmacia después de la muerte de su padre. Que a ellos les llama su hermana mayor, Josefa , que su madre la llama para decirle que ese día tienen que ir a la Notaría a pasarle la farmacia a Gonzalo , sin tener noticia del contador partidos ni de cómo se iba a hacer eso, y su Letrado les aconseja no ir.

El contador partidador les llamó individualmente para reunirse con ellos y ellos deciden reunirse juntos con el contador partidador, que Don Pio les dijo que lo más urgente era el traspaso de la farmacia, que él les dijo que tenía duda del plazo, pero ella le dijo que eran dieciocho meses, que no les contestó ninguna duda que ellos tenían del testamento y que le plantearon, sólo les dijo que tenía prisa para traspasar la farmacia. En esa única reunión le preguntaron si ellos también podían aportar alguna empresa que hiciera una valoración, les dijo que sí, pero pasados unos días su hermana le llamó para eso y Don Pio les dijo que ya estaba encomendada la valoración.

Hablaron con su madre y le dijeron el motivo por el cual no habían acudido a la notaría, y su madre estaba disgustada porque estaban enfrentados entre ellos.

Que antes de morir su padre tenía problemas para tragar, y fue su hermana la que tuvo que tomar la iniciativa con la cocinera y comprar los taperwear para los purés, porque su madre no se pudo ocupar. Que su madre ha ido para atrás desde ese entonces, y desde la muerte de su padre fue a peor, incluso olvidó la muerte de su padre. Estaba triste y depresiva.

Si su madre tenía que acompañar a su padre lo desconoce, sí sabe que si ella tenía que ir a la notaría a firmar lo hacía siempre con su madre, y jamás hizo un movimiento sola, como era normal en las mujeres de su época, su padre llevaba la administración familiar.

Preguntada si su madre dejó de tener confianza con ellos en temas económicos, dice que su madre estaba muy unida a ellos, lo tomaban como un temor de ella de que lo que les contara pudiera después tener fricción con sus hermanos.

Estuvieron valorando si ir o no a la Notaría y su abogado les aconsejó que no fueran que él iría y hablaría con el Notario.

Preguntada si ellas nunca han puesto pegas de que sus hermanos vivieran con sus padres, dice que no. Nunca se opusieron a que vivieran allí, porque eran una compañía para sus padres, pero sí que es verdad que en muchas ocasiones se aprovecharon de sus padres. Sus padres depositaron mucha confianza en ellos.



Desde que su padre murió y un año antes o así, su madre ya no era la misma. Preguntada si en el año 2006, a pesar de tener una depresión aguda, si su madre estaba ubicada socio temporalmente, dice que en algunas cosas sí pero otras no, que ya no era el ama de casa que antes era.

Con el tema de la incapacitación ha sido muy duro hacerlo, su abogado se lo dijo, pero a ellos les contaba dar ese paso. Que es lógico pensar así, pero en los problemas personales interviene el corazón y los sentimientos que no les permiten dar los pasos que deberían haber dado.

Que le llamó su hermano Gonzalo y se lo dijo, tuvieron una reunión en el comedor y su padre no intervino, que es más, cogió una revista y se puso a mirarla. A su juicio no estaba en condiciones.

Su madre desde el año 2004 tampoco estaba en condiciones, ya fallaba en muchas cosas.

A preguntas de Ss^a sobre si llegaron a hacer la valoración de la farmacia, dice que no. Preguntada que entonces por qué estaban en desacuerdo con la realizada por D. Pío, dice que lo que pasó es que no sabían los términos de la valoración y nunca se la proporcionaron.

Que ella sabía que la farmacia de su padre era una potentísima farmacia de las mejores de Las Palmas, que él presumía de eso, pero ella no llegó nunca a ver cuentas.

Que el abogado de su padre era Ignacio, y cuando éste murió tuvo varios, Teodoro, por ejemplo.

A su padre le preocupaba que los hijos se pudieran ver perjudicados por esa circunstancia de que el mayor valor de su herencia era la farmacia. Preguntada que si su padre quería que la farmacia pasara a uno de sus hijos, responde que sí.

Décimo cuarto CD, día 8 de julio de 2011, duración 1:49:46 horas.

Conclusiones de las partes.

1.- Letrado de la parte actora.

2.- Minuto 41:30 Letrado de Don Gonzalo y Don Jaime. Solicita como diligencia final la pericial de Don Eladio que se practicó por exhorto, y el perito Don Olegario que pertenece a AFILCO y es Farmacéutico.

3.- Hora 1:08:32 Letrado Don Pío.

4.- Hora 1:36:45 Defensor judicial de Doña Virginia.

Décimo quinto CD, día 8 de julio de 2011, duración 12:52 minutos.

Continúa el informe de conclusiones del Defensor judicial de Doña Virginia.

SEXTO.- Además de las pruebas en soporte audiovisual son documentos relevantes para la valoración de la capacidad del testador aportados a las actuaciones, los siguientes:

De la documentación aportada con la demanda:

- Documento 5 (Tomo I, folio 163), copia de nota manuscrita del doctor Enrique (psiquiatra) de fecha 2/5/96, interesando estudios neurológicos para descartar demencia, incluyendo pruebas neuropsicológicas y neuroimagen.

- Documento 6 (Tomo I, folio 164), copia de nota mecanografiada Don Enrique (psiquiatra) de fecha 7/5/96, dirigida Don Pablo, en que le comunica que concuerda con su punto de vista y la alarma familiar respecto a su cambio de hábitos que motiva la consulta podría tener que ver con un descenso de la actividad propio de la involución o, al inicio de un parkinson. Añade que conserva interés por distintos aspectos de la realidad que no tendría de estar deprimido.

- Documentos 7, 8 y 9 cartas y fax dirigidas por correo certificado por el Letrado de la parte demandante al doctor Pablo de 23/11/2006, 15/1/2007 y 9/2/2007 solicitándole copia de los antecedentes y de la historia clínica, así como del informe final del paciente Oscar (Tomo I, folios 165 a 175).

- Documento 10 (Tomo I, folios 176 y 177), contestación del doctor Pablo de 15/2/2007 manifestando que remitiría la documentación a petición conjunta de la viuda y todos los herederos.

- Documento 11 (Tomo I, folios 178 y siguientes), nuevo requerimiento por burofax dirigido por el Letrado de la parte demandante al doctor Pablo el 21/2/2007 a los mismos fines.

- Documento 12 (Tomo I, folios 185 a 198), copia de notas manuscritas del Doctor Don Pablo de la Historia de Don Oscar (Historia N° NUM002). Se inicia el 3/5/96, y finaliza el 11/6/05.



- Documento 12 bis (Tomo I, folio 199), certificado médico oficial original emitido y firmado por el doctor Don Pablo el 24/7/03 en el que certifica que Don Oscar tiene una "ENFERMEDAD DE PARKINSON + DEMENCIA + APRAXIA" por lo que precisa ayuda mantenida y continuada todo el día para tanto sus tareas de autocuidado como las otras aún más elementales de vestirse, comer y caminar, precisando la asistencia de una tercera persona permanentemente.

- Documento 13 (Tomo II, folios 200 a 330).- Informe clínico de Don Oscar elaborado el 3 de febrero de 2006 por Don Jose Daniel .

Aparece diversa documentación de la Historia Clínica de Don Oscar obrante en el Hospital insular, la Fundación Jiménez Díaz (le intervienen de un adeno carcinoma mucrosecretor gástrico en diciembre de 1979), el Hospital Nuestra Señora del Pino (le intervienen de un hematoma subdural agudo tras caída casual ingresa el 19/11/1997), Hospital Doctor Negrín (neumonía, ingreso 29/11/2003; nuevo ingreso 7/6/2004) y Clínica San Roque (ingresos 31/3/2005 y 24/7/2005). Consta informe de defunción a los folios 316 y 317 del doctor Plácido . Finalmente obra documentación médica relativa a Don Oscar del servicio oftalmológico del Hospital Universitario materno infantil (folios 319 a 330).

En la documentación consta el resultado de distintas pruebas realizadas en los Centros hospitalarios indicados. Cabe destacar de Diagnóstico por imagen:

1.- Al folio 224 informe de CT DE CRANEO SIN CONTRASTE de fecha 19/2/1998, en el que consta "Signos de encefalopatía por enfermedad de pequeño vaso en fase avanzada".

2.- Al folio 238 informe de RX CT CRANEO S/C, en el que consta "Atrofia cerebral córtico-subcortical. Leucoencefalopatía. Infartos lacunares en sustancia gris profunda y en corteza cerebelosa de forma bilateral. No aprecio lesiones isquémicas agudas."

- Documento 14 (Tomo II, folios 331 a 341).- Informe pericial médico de Don Ignacio , especialista en Geriatria. El perito concluye: Que Don Oscar sufrió una demencia vascular subcortical que le condujo a un deterioro grave y finalmente condicionó su fallecimiento; Que la enfermedad alteró gravemente sus capacidades cognitivas; y Que el curso temporal de la enfermedad hace altamente probable que en el momento de testar (14/11/2000) dichas capacidades cognitivas estuvieran significativamente afectadas.

- Documento 16 (Tomo II, folio 342), partida de defunción de Don Oscar .

De la documentación aportada con la contestación a la demanda presentada por el Procurador Don Félix Esteva Navarro en representación de Don Gonzalo y Don Jaime :

- Documento 43 (Tomo IV, folio 993), informe sobre Don Oscar , realizado por Don Pablo el 11 de junio de 2005 a petición de Doña Virginia , en el que resumidamente se considera que tiene una enfermedad de Parkinson desde 1996 sobre la que se ha insertado una Demencia degenerativa subcortical primaria asociada desde la primavera del 2003, en estado vegetativo desde primeros de 2005 y con un pronóstico fatal a corto plazo.

- Documento 44 (Tomo IV, folios 994 a 1005), informe sobre el estado de salud de Don Oscar realizado por el Profesor Dr. Don Jose Daniel el 11 de diciembre de 2008 en el que concluye que Don Oscar padeció una enfermedad de Parkinson, con casi todos los trastornos no motores propios de la misma y que evolucionó en el tiempo hacia una demencia, con componente vascular. Descarta totalmente el diagnóstico de demencia vascular subcortical como diagnóstico primario o principal, aunque admite que existía enfermedad vascular cerebral de pequeño vaso que, probablemente, evolucionó en el tiempo hacia una demencia asociada a la enfermedad de Parkinson. Asimismo se puede asegurar, con elevado nivel de seguridad, que en el año 2000 no estaba afecto de demencia.

- Documento 45 (Tomo IV, folios 1006 a 1013), informe médico pericial de Don Oscar elaborado por Don. Augusto , especialista en neurología, el 10 de diciembre de 2008, en el que concluye:

1.- El paciente está afecto a un cuadro de trastorno de la marcha con características de síndrome rígido-hipocinético y respuesta a levodopa sugestivo de síndrome parkinsoniano de inicio en 1994.

2.- Desde el punto de vista etiológico se plantea el papel causal de una enfermedad vascular isquémica, no descartando que se trate de una enfermedad de Parkinson idiopática; la ausencia de un estudio anatomopatológico no permite un diagnóstico causal definitivo.

3.- No hay datos objetivos de deterioro cognitivo durante los primeros años de la enfermedad parkinsoniana, no hay evidencias inequívocas de una limitación a la libre disposición del patrimonio en Noviembre de 2000. Los primeros elementos que plantean el inicio de un deterioro intelectual aparecen de forma objetiva en julio de 2001. No obstante hay que señalar que en un informe del Dr. Pablo se recoge que el paciente estaba en una situación cognitiva aceptable hasta Diciembre de 2.002.



- Documento 46 (Tomo IV, folios 1014 y 1015), informe médico realizado por Don. Plácido , especialista en medicina interna, sobre Don Oscar a instancia de Gonzalo , sobre la atención recibida por el paciente en la Clínica San Roque en la que estuvo ingresado en cuatro ocasiones, la primera el 17/12/2003, la segunda el 22/2/2005, la tercera el 31/3/2005 y la cuarta y última el 24/7/2005, falleciendo al siguiente día 25/7/2005.

Informa que el paciente D. Oscar sufrió una Enfermedad de Parkinson, iniciada en 1994 y muy evolucionada ya cuando fue atendido por nuestro Servicio, y un deterioro cognitivo iniciado en Julio de 2001, progresivo, añadido a su pluripatología (EPOC tipo enfisema, cardiopatía isquémica, miocardiopatía HTA, leucoaraiosis, rectorragia y anemia secundaria, arritmia cardíaca con fibrilación auricular) y a diversos trastornos metabólicos (hiponatremia en posible relación a un SiADH).

Como documentos 46A y 46B (folios 1016 y 1017), se aporta copia del certificado médico de defunción de Don Oscar emitido por el doctor Plácido , y del Boletín Estadístico de Defunción del referido paciente.

- Documento 47 (Tomo IV, folio 1018), informe médico realizado por el Dr. Jesús Luis en fecha 15 de diciembre de 2008, relativo al estado de Don Oscar cuando fue tratado por rectorragia en agosto de 2002, en el que refiere que no realizó una evolución objetiva de su estado mental en ese momento ya que no era este el motivo de la consulta, aunque puede afirmar que el estado mental del paciente era el suficiente para hacerle la historia clínica y que diese su consentimiento para realizarle la exploración endoscópica.

- Documento 48 (Tomo IV, folio 1019), informe médico oftalmológico realizado por el Dr. Carlos Manuel , Clínica Oftalmológica Gran Canaria, el día 9 de diciembre de 2008, sobre el paciente Oscar , examinado el dos de abril de 2001, en el que afirma que "El paciente no presentaba síntomas de déficit cognitivo significativo, conservando su capacidad de juicio y raciocinio así como su capacidad volitiva.

De la documentación aportada con la contestación a la demanda presentada por el Procurador Don Tomás Ramírez Hernández en representación de Don Pio , no existen documentos médicos aportados para la valoración de la capacidad del testador.

Tampoco se aporta documento alguno en la contestación a la demanda de la litisconsorte Doña Petra .

Finalmente también se han examinado a la hora de valorar la capacidad de Don Oscar , además de las escrituras de los negocios jurídicos cuya nulidad se insta en la demanda por esta causa, la existencia de otros negocios jurídicos celebrados por el mismo en fechas previas pero cercanas a los actos impugnados, y en fechas posteriores. A saber:

- Documento 18 de la demanda (Tomo II, folios 344 a 351), copia auténtica de la escritura de testamento abierto otorgada por Don Oscar el 14 de noviembre de 2000, ante el Notario de esta ciudad Don Julián , número 3568 de protocolo. La parte codemandada representada por el Procurador señor Esteva Navarro aporta como documento 40 copia simple de esta escritura (Tomo IV folios 977 a 982).

- Documento 22 de la demanda (Tomo II, folios 363 a 366), fotocopia de copia simple de la escritura otorgada el 22 de noviembre de 2000 ante el Notario de esta ciudad Don Jesús María como sustituto y para el protocolo de su compañero Don Doroteo , por Don Oscar y su esposa Doña Virginia , y Don Gonzalo y su esposa Doña Petra , sobre modificación de otra de constitución de Sociedad Civil Particular. La parte codemandada representada por el Procurador señor Esteva Navarro aporta como documento 41 copia auténtica de esta escritura (Tomo IV folios 983 a 990).

- Documento 52 de la contestación presentada por el Procurador señor Esteva Navarro, contrato privado de arrendamiento suscrito el 1 de marzo de 2000 entre Don Oscar y su esposa Doña Virginia , y Don Amadeo , sobre el local de la calle Granadera Canaria número 12 de esta ciudad, propiedad de los primeros (Tomo IV, folios 1020 a 1030).

- Documento 53 de la contestación presentada por el Procurador señor Esteva Navarro, resguardo bancario original de la entidad Caja de Canarias de operación de formalización de aval por 14.550.697 pesetas y cobro de la comisión de apertura, realizada por Don Oscar a favor de la AEAT el 24 de mayo de 2000. Cobro de corretaje de intervención en póliza, y contrato de afianzamiento mercantil de 16 de mayo de 2000, por el referido importe, otorgado por Don Oscar y Doña Virginia a favor de la AEAT para apelación de deuda tributaria, intervenido por el Corredor de Comercio Don Francisco (Tomo IV, folios 1031 a 1033).

- Documento 54 de la contestación presentada por el Procurador señor Esteva Navarro, resguardo bancario original de la entidad Caja de Canarias de operación de formalización de aval por 20.795.903 pesetas y cobro de la comisión de apertura, realizada por Don Oscar a favor de la AEAT el 24 de mayo de 2000. Cobro de corretaje de intervención en póliza, y contrato de afianzamiento mercantil de 16 de mayo de 2000, por el referido importe, otorgado por Don Oscar y Doña Virginia a favor de la AEAT para apelación de deuda tributaria, intervenido por el Corredor de Comercio Don Francisco (Tomo IV, folios 1034 a 1036).



- Documento 55 de la contestación presentada por el Procurador señor Esteva Navarro, escritura de compraventa otorgada ante la Notario de esta ciudad Doña María del Pilar del Rey y Fernández en fecha 13 de diciembre de 2002 por la que Don Oscar , en su propio nombre y derecho, adquiere de la entidad FADESA INMOBILIARIA, dos viviendas con plaza de garaje y trastero en el Conjunto Residencial Villa del Pino en Las Palmas de Gran Canaria (Tomo IV, folios 1037 a 1053).

SÉPTIMO.- Capacidad de Don Jaime al momento de otorgar el testamento y la escritura pública de modificación de la escritura de constitución de sociedad civil particular.

Antes de descender al concreto análisis de la prueba practicada y detallada en anteriores fundamentos, conviene recordar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, con mayor rigor que en otros negocios jurídicos, exige la prueba plena de la falta de capacidad a quien sostenga por esta causa la nulidad del testamento, cuando el testador no haya sido previamente incapacitado.

Entre otras muchas cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 26-4-2008, nº 289/2008, rec. 388/2001 , cuando indica: <<La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre "inequívoca y concluyentemente" la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (sentencia de 27 de noviembre de 1995) y que "la incapacidad o afección mental ha de ser grave... no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas" (sentencias de 27 de enero de 1998 , 12 de mayo de 1998 , 27 de junio de 2005); asimismo, que la presunción de capacidad , favor testamenti, "cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario" (sentencia de 19 de septiembre de 1998).>>

Entre las más recientes en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 26-6-2015, nº 386/2015, rec. 185/2014 , conforme a la cual: <<Indicaba la Sala en sentencia de 22 de enero de 2015, Rc. 1249/2013), con cita de las sentencias de 26 de abril de 2008 , la doctrina sobre la materia, a saber: a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) 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.>>

Y referido asimismo específicamente al testamento abierto notarial, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18-5- 1998, nº 459/1998, rec. 3195/1995 , cuando señala: <<En efecto, como recoge la referida sentencia, si el testador no ha sido incapacitado por resolución judicial, jugará la presunción de capacidad para testar "ex" artículo 662 del Código civil (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988), que en el supuesto de otorgarse el testamento ante Notario, como ocurre en el presente litigio, viene sujeta a un cierto control no judicial, pues según el artículo 685-I del Código civil , el notario autorizante y los testigos instrumentales procurarán asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. El giro "procurarán asegurarse", que sustituye la expresión "deberán asegurarse", que aparecía en la redacción original del artículo, se interpreta en el sentido de que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención de facultativos (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1966). Y, por tanto, este juicio favorable a la capacidad del testador , no puede tener otro alcance que el de originar una presunción "iuris tantum" de capacidad en el otorgante, que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.251 del Código civil , podrá destruirse mediante prueba en contrario>>

Esta misma Sec. 5ª de esta Audiencia Provincial de Las Palmas en nuestra Sentencia de 27-2-2009, nº 69/2009, rec. 264/2008 , realiza un recorrido sobre la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta materia, que transcribimos parcialmente a continuación, destacando ahora en letra negrita determinados pasajes: <<Debe advertirse con carácter previo que, como dijera la STS de 31 de marzo de 2004 (núm. 280/2004), «La capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas (Sentencia de 8-6-1994), ya que juega a su favor la presunción de capacidad establecida en el artículo 662 (del Código Civil), presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la sentencia de 22 de junio de 1992 , no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio (...). Las sentencias mas recientes se mantienen en la misma línea doctrinal (10-2 y 8-6-1994 , 26-4-1995 , 27-11-1995 , 27-1-1998 y 19-9-1998), insistiendo en que la prueba de incapacidad mental del testador es de cargo del que promueve la nulidad del testamento. Tampoco ha de dejarse de lado que se trata de un testamento abierto otorgado ante Notario y a tales efectos el artículo 685 del Código Civil (reformado por Ley de 20 de diciembre de 1991) obliga al fedatario «asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», toda vez que la aseveración notarial revista relevancia



ya que le impone observar una extremada atención, consecuente del contacto directo y personal con el otorgante, pues el artículo 685 resulta imperativo en cuanto declara «deberá el Notario asegurarse» y el juicio de capacidad que emite es propio y personal, que no se apoye en especialistas como es el supuesto del artículo 665 (Sentencia de 19-9-1998). La referida constatación de capacidad conforma presunción «iuris tantum», susceptible de destruir mediante prueba en contrario, prueba que ha de suministrar la parte que interesa la nulidad del testamento y aquí, aunque sea repitiendo (...) conforme a la doctrina de las sentencias de 24-7-1995 , 27-11-1995 , 27-1-1998 y 12-5-1998 ».

Igualmente debe reseñarse que conforme proclama la STS 27 de enero de 1998 (núm. 54/1998) «es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido: a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 abril 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 octubre 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 abril 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador , «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...», ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 diciembre 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 febrero 1956) pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 abril 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción «iuris tantum» que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (Sentencias de 8 mayo 1922 ; 3 febrero 1951), «muy cumplida y convincente» (Sentencias de 10 abril 1944 ; 16 febrero 1945), « de fuerza inequívoca» (Sentencia de 20 febrero 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 abril 1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 febrero 1944; 1 enero 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción "iuris tantum"» (Sentencias de 23 marzo 1894 ; 22 enero 1913 ; 10 abril 1944 ; 16 febrero 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 marzo 1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz -lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 abril 1916 ; 16 octubre 1918)- pues el artículo 665 del Código Civil , no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 junio 1908).»>>

Sentado lo anterior la Sala, revisado el material probatorio, considera que el Juez a quo se ajusta en su valoración a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la lógica del criterio humano y las reglas de la sana crítica, por lo que dicha valoración, que se comparte por el tribunal, debe mantenerse.

La parte actora no prueba de forma concluyente que Don Oscar , en el momento mismo del otorgamiento del testamento, y de la firma de la escritura de modificación de la sociedad civil particular, ambos de noviembre de 2000, careciera de capacidad para entender y querer la realización de dichos actos jurídicos.

Ciertamente existe abundante prueba de la situación médica y padecimientos físicos del causante, anteriores a esa fecha, antecedentes que constan en las historias clínicas aportadas, y que relatan y tienen en cuenta los peritos en sus informes, particularmente el doctor Ignacio . Y así padecía una Enfermedad Obstructiva



Pulmonar Crónica, como gran fumador, tipo enfisema, con rinitis crónica y dificultades respiratorias. Había sido diagnosticado de Parkinson ya desde el año 1996 y tenía una severa afectación motora, y estaba medicado con medicamentos antiparkinsonianos. Era una persona anciana a la fecha de estos actos jurídicos, pues nació el NUM004 de 1917, por lo que en noviembre de 2000 contaba con 83 años de edad.

Coincidimos con el Juez de instancia en que en el presente caso no aparece como especialmente relevante la determinación precisa de la etiología de la demencia que efectivamente padeció Don Oscar, si la misma era o no principalmente vascular, degenerativa, asociada o vinculada al Parkinson, pseudo-bulbar, etc, máxime cuando los peritos reiteran que la certeza únicamente se habría determinado con la realización de la autopsia, y se mueven siempre en términos de alta o baja probabilidad, ya que la medicina no es una ciencia exacta. Lo decisivo a los efectos de este procedimiento es la afectación que pudiera tener Don Oscar de sus facultades cognitivas y volitivas, al momento de la realización de los actos jurídicos litigiosos.

La parte apelante destaca los datos clínicos que figuran en la Historia y afectan o pueden afectar a las capacidades mentales. Entre otros destaca los antecedentes por depresión, que se inician en 1993, y el propio doctor Jose Daniel que trataba al causante por su EPOC remitió en esa época al paciente al psiquiatra, doctor Enrique .

El doctor Enrique remite en el año 1996 al enfermo al neurólogo doctor Pablo, para descartar demencia, momento en que éste le diagnostica la Enfermedad de Parkinson.

A este respecto debe destacarse que pese a que efectivamente el doctor Pablo reconoce en el acto del juicio que mantiene una amistad íntima con el demandado Don Gonzalo, el mismo refiere que esa amistad íntima no existía, sin embargo, cuando empezó a ver como paciente a Don Oscar, que fue precisamente cuando remitido por el doctor Enrique, en mayo de 1996, le diagnostica la Enfermedad de Parkinson, e inicia el tratamiento con levodopa. De hecho esta primera ocasión le visita en su consulta médica, y cobra la visita, pues era simplemente un conocido.

Entiende la Sala que no existen elementos para dudar del diagnóstico inicial, máxime cuando, como informa el doctor Augusto los síntomas mejoraron con el tratamiento antiparkinsoniano, y desde luego, por mucha amistad que hubieran llegado a tener con posterioridad el neurólogo doctor Pablo y el demandado hijo del causante, no resulta razonable ni lógico el considerar ninguna influencia de tal circunstancia posterior en la exploración y diagnóstico inicial, en las pruebas realizadas o en el tratamiento prescrito.

Es más, precisamente la relación de amistad posterior lo que favoreció fue una atención más personalizada y celeridad del paciente, especialmente además por la razón de proximidad de los domicilios del neurólogo y del propio Oscar. Ello, a juicio de la Sala, tampoco resta rigor a las notas clínicas aportadas. Y desde luego la hipotética eventualidad de la elaboración por el paciente de un testamento posterior que favoreciera a Don Gonzalo, para que éste pudiera continuar en la explotación de la farmacia, y que este después fuera impugnado por los hermanos por considerar al testador no capaz, no puede en absoluto considerarse como una idea (maquiavélica) que dirigiera la conducta médica del doctor Pablo respecto de este paciente en las anotaciones de su historia clínica, y sobre todo en cuanto a los fármacos que le prescribió.

Pues bien, no existe tratamiento farmacológico alguno específico para la "demencia", o para el deterioro cognitivo ni con fecha anterior ni con fecha próxima, aunque posterior, a noviembre de 2000, ni tampoco diagnóstico de la demencia. La mayoría de los peritos coinciden en considerar el inicio de la demencia en julio de 2001 a partir de las notas del neurólogo doctor Pablo .

La parte apelante muestra su extrañeza por la ausencia de notas clínicas desde mayo de 2000 hasta enero de 2001, pero tal circunstancia puede ser lo que pretende la parte, esto es, un indicio de una supresión voluntaria o no aportación de las notas médicas de la Historia en el período intermedio, o simplemente una casualidad, y no cabe obtener mayores conclusiones de la misma.

Respecto de otros antecedentes la caída sufrida por el causante en noviembre de 1997 tampoco es elemento relevante desde el punto de vista del diagnóstico y del estadio del Parkinson, puesto que no hace falta tener ninguna enfermedad para sufrir una caída casual, desconociéndose los pormenores del suceso. Por lo tanto aunque hubiera sido diagnosticado de Parkinson recientemente, en mayo de 1996, la caída tomada de forma aislada no implica que el diagnóstico fuera tardío, o que la enfermedad tuviera un progreso mayor que el señalado por el neurólogo que le trataba, sin perjuicio de que la torpeza motora que sufría el paciente, sobre todo en la marcha, contribuyera a la caída.

No entiende por ello el Tribunal que diga el Letrado apelante que uno no pasa de ser diagnosticado de Parkinson a caerse en unos meses, como si uno no pudiera caerse en el estadio inicial, cuando la experiencia nos demuestra que no hace falta tener ninguna enfermedad para sufrir una caída casual.



La caída provoca un hematoma subdural del que fue intervenido quirúrgicamente el señor Oscar , con total remisión. La parte demandada ubica el inicio de los turnos de los hijos para cuidar y hacer compañía al padre, precisamente desde esta caída.

Con independencia de el momento inicial en que efectivamente los hijos del causante hacen unos turnos de cuidados y visitas a sus padres, y del momento en el que se contrata a una persona para que asista a Don Oscar por las mañanas, para sus salidas, y para ayudarle a vestirse, etc, no es hecho controvertido que en el momento de otorgamiento del testamento y de la escritura pública litigiosos, existían los turnos y Don Oscar tenía asistencia de una tercera persona.

Tampoco es hecho controvertido de que ya en esa época la hija mayor Virginia , se venía ocupando de auxiliar a sus padres en la llevanza de los asuntos de la finca. Entiende el Tribunal que eran tareas de auxilio y gestión, pero sin sustitución plena, ya que carecía de poder, y acompañaba a sus padres a la finca todas las semanas -no iba ella sola-, gestionaba la administración económica, le preparaba los cheques - ella no tenía firma-, etc.

No obstante la asistencia y el auxilio en una persona anciana, enferma, con problemas respiratorios y enfermedad de Parkinson, y con una afectación motora severa, sobre todo para la deambulación, no implica que la persona no tuviera conservadas sus capacidades cognitivas ni su sano juicio.

Es importante valorar que tanto los médicos que por esta u otra causa (internista, gastroenterólogo, oftalmólogo, etc) trataron al paciente en fechas cercanas a las debatidas, como los testigos que han declarado, en todos los casos sostienen la conversación normal y coherente del paciente. Por lo tanto no se evidencia deterioro en la comunicación ni en la transmisión del pensamiento, a pesar de que exista detectado un enlentecimiento del pensamiento (bradipsiquia).

También se ofrecen explicaciones médicas razonables para otros síntomas, como estar "alicaído", u otros cercanos a la depresión, ya que los peritos coinciden en que el Parkinson incrementa la depresión, y no puede confundirse a una persona desmotivada o triste, con una persona incapaz para tomar decisiones sobre su persona o bienes.

Finalmente los infartos lacunares que se objetivaban en las pruebas de escáner cerebral no son elementos que puedan tomarse en cuenta a los efectos de este procedimiento, puesto que todos los peritos coinciden en señalar que un alto porcentaje de la población mayor de 40 años presenta estos infartos lacunares, en mayor o menor medida, sin sintomatología alguna.

La evaluación de la capacidad debe necesariamente partir de un análisis individual y circunstancial. Por lo tanto ha de darse mayor relevancia al testimonio y análisis de los facultativos y personas que efectivamente trataron a Don Oscar en la época debatida, respecto de un análisis teórico de proyección retrospectiva de los datos de la historia clínica del paciente para hacer un diagnóstico probable de su estado en un momento anterior en el tiempo, en base a los datos estadísticos de progresión de una determinada enfermedad y de las fases de la misma.

Ya ha dicho esta Sala en otras ocasiones que los datos estadísticos y las teorías de los grandes números, resultan esenciales y útiles en tareas de planificación global de recursos, investigación y desarrollo, pero no son suficientes en el análisis de un caso concreto. El caso puede ser precisamente ese uno entre cien que la estadística desprecia como dato relevante para adoptar decisiones estratégicas o políticas. Lo cierto es que uno no puede estar en un 99% vivo y en un 1% muerto, o estás vivo, o estás muerto, aunque seas precisamente ese uno entre cien del dato estadístico.

De la misma manera puede existir una alta probabilidad de que, en general, un paciente que en un momento determinado tiene un diagnóstico de "Enfermedad de Parkinson + Demencia + Apraxia", el que tres años antes ya tuviera seriamente afectadas las capacidades cognitivas y volitivas. Y sin embargo es posible que esta probabilidad no se ajuste al estado real de una concreta persona en tales circunstancias. Y ello máxime en enfermedades o afecciones de tipo degenerativo, en las que puede existir una gradación en el curso de las mismas, de tal manera que en estados iniciales e incluso previos al diagnóstico, o al tratamiento, existan fallos de la memoria reciente, o un entorpecimiento en las tareas de cálculo mental, por ejemplo, y no se vean afectadas otras áreas, de tal manera que la capacidad cognitiva o volitiva relevante para la toma de decisiones de autogobierno de la persona y el patrimonio se encuentre plenamente conservada.

Por lo tanto la proyección abstracta que realiza el perito doctor Ignacio puede ser un elemento a tener en cuenta, pero no es suficiente.

Y en el presente caso todos los demás elementos apuntan a la conservación por parte del causante de la lucidez mental, y la capacidad de querer, la capacidad de evaluar y analizar los pros y los contras, y la capacidad para tomar decisiones por sí mismo, sin perjuicio de poder asesorarse técnicamente con personas de su



confianza, o de recibir auxilio en las tareas físicas incluso cotidianas, por las limitaciones en su movilidad y su afección respiratoria.

A ello debe añadirse como dato significativo para este Tribunal la conservación del sentido del humor por parte de Don Oscar , que se evidencia en el comentario que se observa al inicio del documento audiovisual de grabación de la celebración familiar de la Navidad del año 2000 (posterior a los actos impugnados), cuando se observa al causante tomar a su nieto echándole el brazo por el hombro, mientras están siendo grabados con la cámara, y comentar con expresión rotunda: "Está con una persona seria".

Finalmente no cabe despreciar el hecho evidente de que Don Oscar otorgó las escrituras ante dos fedatarios distintos, el testamento ante el Notario Don Julián , y la modificación de la escritura de constitución de la sociedad civil particular, ocho días más tarde, ante el Notario Don Jesús María , ninguno de los cuales tuvo dudas sobre su capacidad de juicio. También se han aportado otros negocios jurídicos en los que intervino Don Oscar antes y después de los debatidos en autos, como el contrato de arrendamiento del local de la calle Granadera, firmado nueve meses antes, las pólizas de aval ante la AEAT otorgadas seis meses antes, con intervención de corredor de comercio Don Francisco , e incluso la compraventa celebrada dos años después de los pisos de FADESA ante la Notario Doña María del Pilar del Rey y Fernández, ninguno de los cuales ha sido impugnado, y en dos de los cuales intervino también fedatario público.

No es argumento el hecho de que precisamente a instancia del Notario Don Julián concurrieran en el otorgamiento de testamento dos testigos, para constatar la capacidad del testador, y que no intervinieran en el testamento otorgado seguidamente y con número de protocolo correlativo por su esposa, Doña Virginia .

De la documentación obrante en autos resulta acreditado y no es hecho discutido que Doña Virginia nació el NUM003 de 1928, por lo que en noviembre de 2000 contaba con 72 años de edad. En tanto que Don Oscar nació el NUM004 de 1917, por lo que en noviembre de 2000 contaba con 83 años de edad.

Por lo tanto resulta atendible lo que el Notario señor Julián declara en el acto de la vista, y es que tiene por costumbre cuando el testador tiene una determinada edad y el testamento es desigual entre los hijos (habla el fedatario de desheredar) el asistirse de estos testigos para reforzar el juicio de capacidad del Notario. Y quizá esa determinada edad a la que se refiere Don Julián sea a partir de 75 años, en lugar de los setenta que dice de memoria en el acto de la vista, que Doña Virginia no tenía todavía en esa fecha. En esas edades una diferencia de 11 años no resulta baladí y justifica razonablemente la diferencia de tratamiento por el Notario de uno y otro otorgante.

Concluye de esta forma el Tribunal que no se ha acreditado la falta de capacidad del testador ni en el momento de otorgar el testamento, ni en el momento de firmar la escritura de 22 de noviembre de 2000, siendo correcta la valoración probatoria del Juez a quo, y debiendo desestimarse el recurso de apelación formulado por la representación de la parte demandante, también en este punto.

OCTAVO.- Nulidad del testamento y de la escritura de modificación de otra de constitución de la sociedad civil por captación de la voluntad.

En este motivo del recurso la parte apelante se reitera en las alegaciones de su demanda para sostener la nulidad de estos actos jurídicos al considerar que fueron otorgados por Don Oscar con maniobras dolosas con captación de voluntad por parte de los demandados Jaime y Gonzalo , con la connivencia del abogado Pio .

La Sala comparte íntegramente el razonamiento del Juez a quo para desestimar esta causa de nulidad, que no es otra que la ausencia total de prueba.

La buena fe se presume siempre, en tanto que las maquinaciones y actuaciones dolosas deben estar cumplidamente acreditadas.

La parte demandante y recurrente, frente a un testamento en el que no se trata exactamente por igual a todos los hijos, imputa la desigualdad a unas maniobras dolosas de aquellos hijos que convivieron y estuvieron más próximos al causante, sin aceptar simple y llanamente que esa hubiera sido la voluntad del testador, posibilidad que, desde luego, es la que debe presumirse.

Como afirma el Juez a quo, el testador tiene un amplio margen de libertad a la hora de disponer de su patrimonio. Si su criterio es el de favorecer a unos herederos en perjuicio de otros, lo puede hacer sin otro límite que el respeto a la legítima.

Y añade la sentencia apelada, en cuanto al resultado de un lectura imparcial del testamento, que, <<En lo esencial, late en el mismo la voluntad de que sus hijos reciban el mismo patrimonio, al igual que en los testamentos anteriores (f. 355-362) aunque existen disposiciones particulares derivadas de la propiedad de la Farmacia. La mera complejidad de un testamento no es indicio alguno de manipulación o alteración de



la voluntad del testador. La solicitud de consejo o asesoramiento a letrados o al Notario, para dar forma jurídicamente coherente a su voluntad testamentaria es algo normal y perfectamente legítimo. En última instancia, es el testador quien elige las personas que le asesoren.>>

El causante quería que su hijo Gonzalo , farmacéutico, que trabajaba con él desde el año 1985 en que el causante regentaba la farmacia ubicada en la calle Granadera Canaria (documento 32 de la contestación de D. Gonzalo y D. Jaime , Tomo IV, folio 951), y a favor del cual había otorgado poder precisamente para la llevanza de sus asuntos mercantiles (documento 2 de la contestación de D. Gonzalo y D. Jaime , Tomo IV, folios 692 y 693), heredara la farmacia, es decir, que siguiera regentándola a su fallecimiento.

Se trata de un deseo reiteradamente expresado por el causante en vida, lo que reconocen las hermanas demandantes en el interrogatorio que les fue recibido en la primera instancia, y que implica una dificultad añadida a cualquier acto de transmisión, particularmente en este caso el testamento como acto de transmisión mortis causa, por dos razones fundamentales:

- La primera, por tratarse del bien de mayor valor de la herencia, concurriendo siete hijos como legitimarios a la misma, además de la viuda.

- Y la segunda, por las restricciones administrativas, que ya anteriormente se han señalado, sobre la titularidad de las farmacias, que debe recaer siempre en licenciados en farmacia que no tengan otro establecimiento ya abierto.

El único hijo farmacéutico y sin farmacia propia abierta al público era Don Gonzalo . La hija Mercedes , también farmacéutica, regenta una farmacia en Lanzarote.

Este deseo del causante no solamente lo fue como una expresión verbal manifestada en vida a los miembros de su familia y amigos, sino que también constan realizados por parte de Don Oscar actos jurídicos previos y posteriores al testamento dirigidos a facilitar el cambio de titularidad de la farmacia a favor de su hijo Gonzalo para el momento de su fallecimiento.

Y así la donación efectuada en 1996 y la constitución de la sociedad civil particular (documentos 38 y 39 de la contestación de D. Gonzalo y D. Jaime , Tomo IV, folios 961 a 976), por parte de Don Oscar y de su esposa Doña Virginia , actos jurídicos otorgados ante el Notario Jesús María el 13 de noviembre de 1996 y con número correlativo de protocolo, 2.147 y 2.148.

De estos actos tuvieron conocimiento los demás hermanos en una comida familiar sobre la que han declarado los litigantes en los interrogatorios recibidos en el acto del juicio.

Por lo tanto la transmisión onerosa de un porcentaje del 10% de estos derechos sobre la farmacia que ostentaban los cónyuges a favor de su hijo Don Gonzalo , y la esposa de éste al estar casado en régimen de sociedad de gananciales, mediante la escritura impugnada de 22 de noviembre de 2000, no aparece sino como la continuación de ese pensamiento inicial, sin ulterior perjuicio -en principio- en este caso de los demás hijos, al transmitirse por precio, existiendo constancia de la transferencia bancaria de la suma contenida en la escritura (documento 42 de la contestación de D. Gonzalo y D. Jaime , Tomo IV, folios 991 y 992).

También afirma la representación del adquirente que el precio real fue de 25.500.000 pesetas, pues la farmacia entonces (noviembre de 2000) se valoró en 255.000.000 pesetas, y de dicho precio 7.000.000 pesetas se aduce que se pagaron en efectivo metálico además del precio contenido en la escritura, y que precisamente aquella Navidad repartieron Don Oscar y su mujer Doña Virginia ese dinero en efectivo entre sus hijos, un aguinaldo de 1.000.000 pesetas a cada uno de los siete hermanos (existen vídeos familiares sobre el reparto de dinero en efectivo como regalo navideño).

No existe prueba completa o certeza de tales alegaciones, pero tampoco ha resultado necesaria puesto que el negocio jurídico fue únicamente objeto de impugnación por falta de capacidad, o de consentimiento libre (captación de voluntad por maniobras dolosas), y por simulación absoluta, causa de nulidad, esta última, que fue descartada por el Juez de instancia y no se reitera en esta alzada.

El testamento busca por ello, como indica el Juez de instancia, favorecer a la viuda, dejar la farmacia al único heredero que puede regentarla, y que dicho heredero compense en metálico a los demás hijos por el exceso de adjudicación, pero ello, añadimos nosotros, en una forma que no estrangule económicamente al hijo farmacéutico mejorado con la deuda a favor de sus hermanos y su madre.

De ello deriva efectivamente un testamento largo y complejo que estructura una fórmula complicada para llevar a efecto esa voluntad, en primer lugar asegurando una cantidad mínima mensual de ingresos derivados de la explotación de la farmacia a ese hijo, en segundo lugar evitando comprometer el patrimonio propio del



mejorado al ordenar que el pago se realice con cargo únicamente a beneficios, y por último, permitiendo la dilación temporal indefinida del pago de dicha compensación.

Opina la Sala que la voluntad del causante, que fue la que comunicó al Notario verbalmente, según la declaración del fedatario público, es sencilla, lo complejo es la fórmula estructurada para llevarla a cabo, para lo cual el testador se valió de su Letrado, y del propio Notario, como asesores jurídicos. En dicha labor no aprecia el Tribunal maniobras dolosas, connivencias insidiosas, ni captaciones de la voluntad del causante, sin perjuicio del mayor o menor acierto jurídico de la solución final, como más adelante se expone.

Es más, no consta en forma alguna, y es un hecho expresamente negado por los interesados, que existiera amistad previa o enemistad entre el Notario o el Letrado señor Pío, designado albacea, y alguno o algunos de sus hijos. El letrado señor Pío es hijo del Letrado de siempre de Don Oscar, Don Ignacio, y además, continuador de los asuntos de su despacho. Cuando falleció Don Ignacio su hijo Don Pío comenzó a llevar el asesoramiento jurídico en diversos asuntos a Don Oscar, entre otros, la reclamación contencioso-administrativa por la sanción tributaria. Sin embargo no consta que Don Pío haya sido letrado de ninguno de los hijos de éste.

Resulta por ello razonable que a la hora de estructurar el testamento y darle forma jurídica a su voluntad, al concurrir las circunstancias especiales en los bienes antes indicadas, Don Oscar haya acudido al Letrado señor Pío, e igualmente que designara a dicho Letrado como albacea.

Nada de ello implica, presupone ni es indicio de maniobra dolosa o fraudulenta.

Y respecto al Notario manifiesta que ni conocía al testador ni a su esposa, ni tenía amistad alguna con los hijos de éste, y tampoco guarda relación de amistad, salvo la profesional de ser cliente habitual, con el Letrado Don Pío, y amén de que no existe ninguna prueba en contrario, la Sala no ve razón alguna para dudar de su testimonio. Es más, no consta que fuera un fedatario en el que habitualmente se documentaran los negocios del causante, pues las escrituras previas aportadas no lo fueron a su presencia, con inclusión de los anteriores testamentos del mismo causante (documentos 19, 20 y 21 de la demanda, Tomo II, folios 352 y siguientes), y la escritura también impugnada de modificación de la de constitución de la sociedad civil particular, se otorgó, como ya se ha mencionado ante fedatario distinto.

El que tanto el Notario señor Jesús María, como el Notario señor Julián, como el Letrado señor Pío, sin vínculo ni relación previa, conspiraran con dos de los hijos de Don Oscar, Gonzalo y Jaime, o se aquietaran a las maniobras dolosas de éstos para captar la voluntad del referido causante para la redacción y firma de las escrituras de testamento abierto y de modificación señaladas, arriesgando su trayectoria profesional (¿y a cambio de qué?) resulta una hipótesis no sólo carente de prueba, sino también alejada de la lógica del criterio humano y que no supera el tamiz de la sana crítica.

La parte apelante presume que, por el hecho de que los hijos Gonzalo y Jaime convivieran desde siempre y al menos hasta la fecha del testamento con el padre, anciano y limitado por su enfermedad o de forma más precisa, sus enfermedades, implicaba una situación de dependencia absoluta de éstos, y ello favorecía la captación de su voluntad.

Sin embargo, esta presunción no tiene respaldo probatorio, es más, de la prueba practicada resulta, por el contrario, que Don Oscar fue una persona de carácter, que siempre había gestionado personalmente sus asuntos, y despachado con los letrados y asesores jurídicos y fiscales; que además, contaba con patrimonio suficiente para asegurar que otros ejecutaran materialmente su voluntad, si se veía impedido o en una situación de limitación física (tenía asistentes personales, y en la casa había servicio doméstico en todo momento); a ello debe añadirse que mantenía una relación continuada y buena con todos sus hijos (no en vano tenían turnos para atenderle, y todos ellos se comunicaban con ambos progenitores y tenían abierta su casa); y finalmente que si sus hijos vivían con él era por el deseo y decisión del propio Don Oscar manifestados desde antiguo, pues no en vano tal situación no fue nueva ni se alteró por razón de sus padecimientos o enfermedades, sino que particularmente Don Gonzalo vivió con sus padres desde que nació (y hasta el año 2004) y fueron sus padres los que le ofrecieron quedarse en la casa familiar después de contraer matrimonio.

Se pregunta el Tribunal por qué no se ha traído a declarar en el juicio a ninguna persona del servicio doméstico o que en su momento asistiera personalmente a Don Oscar para acompañarle a sus paseos o ayudarle en su aseo personal, vestido, y atenciones cotidianas, pues singularmente dichas personas serían testigos cualificados de la conservación de su voluntad y de las riendas en la toma de las decisiones que le afectaban, o por el contrario de ese deterioro de su libre albedrío y sano juicio que sostiene la demandante, en la época del testamento y de la escritura otorgados en noviembre de 2000.

Procede por lo expuesto desestimar el recurso de apelación de la parte demandante, también en el extremo ahora examinado, confirmando en cuanto al mismo, la sentencia de primera instancia.



NOVENO.- Nulidad del testamento derivada de la infracción de las solemnidades testamentarias.

Alegaciones de la parte recurrente.

Impugna en este punto la parte demandante la sentencia de instancia pues entiende que no resulta admisible que las solemnidades testamentarias se interpreten, como las ha interpretado el Juzgado, como meros formulismos.

A juicio de esta apelante el testamento es el negocio formal por excelencia y la forma es garantía de la voluntad y de libertad del testador. Estructura la parte recurrente su impugnación en tres extremos distintos: en primer lugar, la falta de expresión de la voluntad del testador; en segundo lugar, la defectuosa intervención de testigos; y por último, la declaración del Notario señor Julián .

Respecto al primer extremo cita la parte el artículo 679 CC y la STS de 25 de noviembre de 1902 . Afirma la apelante que el hecho de haber recibido el Notario las instrucciones previas sin la presencia de los testigos no es óbice para que el testamento sea válido (STS de 31 de mayo de 1961), mas es necesario que de algún modo y previamente, el testador y el notario hayan puesto en antecedentes a los testigos, de tal modo que si éstos sólo asisten a la lectura, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del testamento (STS de 8 de abril de 1965).

Aduce esta apelante que el testamento otorgado ante el notario Julián dice que se otorga "previas instrucciones verbales" del testador, y, sin embargo, el Notario declaró que los redactó tras diversas minutas que le presentaba Pío (abogado y autodesignado contador). Y declaró también que el hecho que dijera el testamento "previas instrucciones verbales" del testador seguramente se debía a que el oficial se había limitado a copiar una frase o un modelo prerredactado.

Señala la representación de esta parte que la contestación a la demanda y la declaración del Notario han puesto de manifiesto que primero se otorgó el testamento de Don Oscar , para el que el Notario requirió dos testigos, y seguidamente se otorgó el testamento de doña Virginia , para el que ya no consideró necesaria dicha presencia de testigos, lo que a su juicio habla por sí solo de la capacidad de Don Oscar .

Continúa la parte señalando que en dicho testamento de Don Oscar se disponía a favor de su hijo Gonzalo de la Oficina de Farmacia, se establecían otras disposiciones a favor de Jaime , se contemplaba una arbitraria y minuciosa forma de pago del exceso, etc. Y ese supuestamente estudiado y pensado testamento fue seguidamente copiado íntegramente y convertido también en testamento de doña Virginia , con número siguiente de protocolo. Pone de relieve la parte que se da la paradoja de que si hubiera fallecido Doña Virginia antes que su esposo hubiera privado a su propio esposo de los derechos sobre la farmacia.

Añade la parte que el Notario afirmó que Don Oscar consistió su testamento en presencia no sólo de los testigos, sino de su esposa y del abogado Pío , cuando el testamento es un acto personalísimo, en nuestro Derecho común está prohibido el testamento mancomunado, la esposa estaba interesada directamente en las disposiciones testamentarias, y el abogado presente estaba directamente incumbido por el testamento, lo había preparado y era designado partididor con funciones de arbitrador.

Sobre la defectuosa intervención de testigos, con cita del artículo 697 CC , relata la representación de los actores recurrentes que en el testamento actuaron como testigos Don Cosme y Doña Verónica , personas desconocidas para sus representados y también para el testador. El Notario tampoco supo explicar quiénes eran.

Considera esta parte que si el Notario es quien solicita la presencia de testigos, conforme al artículo 697,3º CC , debe explicar la razón de su decisión, los criterios de selección de los testigos y las circunstancias personales de los mismos.

En cuanto a la razón de la presencia de los testigos indica la apelante que el Notario dijo que lo habría hecho para reforzar su juicio de capacidad, y que lo solía hacer con personas mayores, testadores mayores de 70 años, pero, seguidamente no supo responder a la pregunta de por qué no requirió la intervención de testigos en el testamento de doña Virginia , idéntico y otorgado inmediatamente después. Añade finalmente esta representación que no consta que los testigos los fueran de la "expresión de la voluntad testamentaria de Don Oscar ", ya que se limitaron a escuchar, junto a don Oscar , su esposa y el abogado, la lectura del texto ya preparado.

Por último estima la parte que debe traerse a colación la declaración del Notario señor Julián que lo hizo a instancia de la parte demandada pues, a su juicio, da cuenta de las circunstancias absolutamente irregulares en que se preparó y otorgó el testamento de Don Oscar , transcribiendo a continuación parcialmente la declaración del mismo.



Al entender de esta parte el testimonio del Notario señor Julián constituye la mejor prueba posible del incumplimiento de las solemnidades testamentarias denunciadas en la demanda.

DÉCIMO.- Nulidad del testamento derivada de la infracción de las solemnidades testamentarias.

En este punto la Sala comparte íntegramente el razonamiento de la sentencia de instancia, que la parte recurrente no desvirtúa con sus alegaciones.

El Juez a quo, con transcripción literal de los artículos del CC relativos a las formalidades testamentarias, razona la desestimación de la nulidad del testamento por infracción de las solemnidades testamentarias con los argumentos siguientes:

<<Las objeciones que se hacen al otorgamiento no tienen relación con ninguna exigencia del Código Civil. En cuanto a los testigos, basta con que cumplan los requisitos que a la fecha de otorgamiento exigía el Código Civil. (...)

Dado que no estamos ante el testamento en peligro inminente de muerte ni en caso de epidemia, los testigos no tienen la obligación de conocer al testador, consta en el testamento que los testigos se presentan "a solicitud del Notario Autorizante" (f. 349 vuelto), que estuvieron presentes en la lectura del testamento y están debidamente identificados. Es una potestad del Notario solicitar su presencia, que no exige justificación. (...)

El carácter formal del acto no implica que deba someterse a requisitos que la ley no exige. La ley no exige que se refleje la hora final del otorgamiento, y que no se haga no implica que falte el requisito de la unidad de acto, pues consta expresamente que así se hizo (en eso consiste la fe pública).

Tampoco exige que los testigos estén presentes en el momento de consultar con el Notario o emitir oralmente las instrucciones, sino en el del otorgamiento, "Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 noviembre 1991, Recurso núm. 2518/1989 .

Respecto al asesoramiento de letrado para dar un cauce jurídico adecuado a la voluntad del testador ya se ha razonado.>>

Se centra la parte recurrente en el escrito del recurso en tres extremos que se han expuesto en el fundamento precedente. En cuanto a la expresión, o falta de expresión de voluntad del testador, argumenta la parte que si los testigos sólo asisten a la lectura, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del testamento (STS de 8 de abril de 1965). En esta cita olvida la parte que el Código Civil fue modificado en cuanto a la intervención de testigos con fecha anterior a la de otorgamiento del testamento objeto de estos autos, por lo que la jurisprudencia que cita no resulta aplicable al presente caso.

Por el contrario, la propia sentencia de instancia cita una mucho más moderna Sentencia del Tribunal Supremo en la que se indica que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de testigos, sentencia que sin embargo tampoco aplica la redacción vigente del CC a la fecha del otorgamiento, que deriva de la reforma operada por la Ley 30/1991 de 20 de diciembre.

Como refiere el Juez a quo los testigos intervienen a requerimiento del propio Notario, sin ser preceptiva su presencia, y éste en su declaración aclara que este es un testamento en el que por su complejidad podía haber problemas en un momento determinado, y entonces busca que testigos refuercen sus juicios de capacidad. Añade que la razón de hacerlo es por edad, y que es una práctica habitual cuando el testador tiene más de setenta años.

El Notario sí conocía a uno de los testigos, en tanto que el otro era una persona que se encontraba en la Notaría, y los testigos se encuentran debidamente identificados, sin que concurra en ellos ninguna circunstancia que afecte a la validez del testamento.

Conviene reseñar sucintamente la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, que se ocupa de recoger la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 20-3-2012, nº 170/2012, rec. 987/2009 , cuando indica:

<<Lo cual guarda relación con el criterio para estimar la nulidad de un testamento, que no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante. El artículo 687 del Código civil declara la nulidad cuando no se observan las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo, que es el dedicado a los testamentos y efectivamente, el testamento es un negocio jurídico solemne que requiere una forma ad solemnitatem para su validez, como elemento esencial, pero la jurisprudencia ha destacado dos puntos: el criterio restrictivo y la concreción a las solemnidades impuestas en el Código civil. En todo caso, no se imponen nulidades por razón de supuestas "fórmulas sacramentales".



En este sentido, la sentencia de 26 de abril de 1995 dice:

"sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (S.s. del 13 de mayo de 1980, 7 de julio de 1981, 7 de abril de 1982, y 17 de octubre de 1987) sino que, siendo doctrina constante la que atribuye al juzgador la tarea interpretativa tendente a precisar si habida cuenta de que el principio de nulidad del acto contrario a la ley no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino flexible".

Y la de 16 de junio de 1997, añade:

"el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal -imperativamente impuesto- predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código."

Y la de 11 de diciembre de 2009 concluye:

"Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio favor testamenti, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia".>>

Asimismo la más reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 20-3-2013, nº 140/2013, rec. 1499/2010, indica:

<<3. A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal - que encierra el presente caso -, debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de "favor testamenti". En efecto, en esta línea, debe resaltarse que en el particular ámbito de la ineficacia testamentaria la aplicación de dicho principio, como criterio tendente a flexibilizar las solemnidades testamentarias, ha sido seguido desde antiguo por nuestra Doctrina jurisprudencial de forma que, "según regla de buen criterio", y dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su transcendencia, el límite dentro del cual puedan conceptuarse cumplidas dichas finalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión (STS de 30 de abril de 1909). 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 cualquier otro modo o con locución distinta expresa 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 (conformidad con lo dispuesto en el testamento) 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.

4. Este criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias, sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada, tampoco debe ponerse en tela de juicio por la modificación del artículo 685 operada tras la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, por la que la formulación: "También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar" se cambia por la actual: "También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar", pues como señala la Sentencia de esta Sala que cita el recurrido, de 19 de septiembre de 1998, "la reforma operada llevó a un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del Código Civil" que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigido en el artículo sexto de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874, con lo que aparte de zanjar la controversia doctrinal sobre quién debe apreciar la capacidad del testador en favor del Notario que, como declara la Sentencia citada, "se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal", la reforma operada nada cambia en el plano sustantivo y formal del juicio de capacidad, en donde el grado de certeza exigible en la comprobación sigue siendo "a su juicio", como antes de la reforma, en la edición primera del Código a la que ahora se vuelve, y en donde, con idéntico fundamento, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma.



5. En suma, a mayor abundamiento de la fundamentación vertida, también conviene destacar que, recientemente, Sentencia de Pleno de 15 de enero de 2013, esta Sala ha profundizado en la revitalización del principio de "favor contractus" no sólo en su concepción tradicional de canon interpretativo sino también en su propia configuración como principio general de Derecho declarando: "Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o "favor contractus". Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 junio y 10 septiembre de 2012 , precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica ".

De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de "favor testamenti", como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos mortis causa, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua Sentencia de 24 de abril de 1896 , descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad .>>

Claramente no cabe exigir formalidades que el Código Civil no contempla, ni basar en su infracción la nulidad del testamento, y como acertadamente señala el Juez a quo el Código Civil no exige en momento alguno que los testigos que intervienen a solicitud del Notario deban estar presentes cuando el testador transmite verbalmente las instrucciones previas a la redacción final del testamento, bastando con que éstos sean idóneos y se encuentren presentes en el acto del otorgamiento.

Asimismo, no observa la Sala irregularidad alguna que pueda desprenderse de la declaración del Notario prestada en el acto del juicio, ni del hecho de que el testamento definitivo, de carácter complejo por las especiales características del bien patrimonial de mayor valor de la herencia, la oficina de farmacia, y la voluntad de transmitírselo al hijo farmacéutico que podía continuar su explotación y de mejorarle, se haya obtenido después de un proceso de reflexión, estudio, y correcciones sucesivas, para llevar a efecto la voluntad del testador.

El testador comparece inicialmente en la Notaría acompañado de su Letrado y mantiene una entrevista con el Notario en la que le comunica lo que quiere hacer, lo que a grandes rasgos ya hemos expuestos con anterioridad, es decir, dejar protegida a la viuda, dejarle la farmacia al hijo farmacéutico Gonzalo , a quien se mejora, y arbitrar un sistema de compensación del exceso a favor de los demás hijos por igual, sin ahogar económicamente al referido Gonzalo , y con ciertas particularidades a favor del hijo mayor Don Jaime que con él convive. A partir de ahí se elaboran unos borradores que retira el Letrado de la Notaría, y después de consultado con el testador los vuelve a llevar a la Notaría corregidos. Este proceso se repite hasta llegar al texto final.

Ciertamente el Notario no es testigo presencial de la dación de cuenta por el Letrado al testador de cada borrador, su análisis por éste, y la elaboración de las correcciones, pero es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que no existe óbice alguno para la naturaleza personalísima y solemne del testamento en que el testador se valga de un nuncio para transmitir al Notario en forma previa su voluntad. En este caso es plenamente razonable que, dada la edad y las limitaciones físicas y motoras de Don Oscar , las visitas intermedias a la Notaría para recoger los borradores o llevarlos corregidos, con entrega de las minutas correspondientes, se realicen por el Letrado del que se valió Don Oscar para asesorarse en la plasmación efectiva de su voluntad en el otorgamiento del testamento.

En sentencia de esta Audiencia Provincial de Las Palmas, y esta misma sec. 5ª, de 14-9-2012, nº 400/2012, rec. 983/2011 , ya nos pronunciamos respecto a una alegación análoga sobre la presentación de minuta, intervención de nuncio, y unidad en el acto del otorgamiento, señalando:



<<Por último se imputa de forma confusa por la parte recurrente un defecto de unidad de acto en el otorgamiento del testamento pues se dice que el Notario no recibió la voluntad del testador sino que la llevó redactada, en contra de lo que dice la propia acta y no se hace mención de aportación de minuta por escrito.

Subsidiariamente se dice que existió dolo y fraude en el otorgamiento del testamento pues con artimañas se ha sustituido la voluntad del testador por la de la heredera mejorada, que es realmente la que, a través de su abogado presente en el acto del otorgamiento, suple la voluntad del testador.

Tampoco puede prosperar ninguna de estas alegaciones. La Sala comparte la argumentación de la sentencia de instancia en el sentido de que el hecho de que el causante se haya valido de mensajero o nuncio para hacer llegar al notario notas previas para la confección de una minuta en momento anterior al del otorgamiento, lo que autoriza el artículo 696, no implica en modo alguno que no se haya respetado la unidad de acto que exige el artículo 695 del Código Civil, ni que se haya suplantado la voluntad del testador por la de un tercero. El causante expresó su voluntad de otorgar testamento valiéndose de su letrado para comunicar al Notario previamente su voluntad al estar ingresado en el hospital y no poder desplazarse a la Notaría, acudiendo el fedatario al centro hospitalario en el que, en unidad de acto, el causante de forma lúcida y consciente afirmó ser esa su voluntad para después de su muerte, dando lectura el Notario párrafo por párrafo al testamento y asintiendo el testador ante éste y los tres testigos, en un único acto otorgado sin interrupciones, como certifica el Notario y asegura el testigo>>

En este proceso que se ha expuesto, ambos cónyuges Don Oscar y Doña Virginia, quisieron mantener una voluntad concorde, aunque cada uno de los esposos, conforme a nuestro Derecho común, debiera otorgar individualizadamente su testamento (en instrumento diferenciado conforme al artículo 669 del CC), y por tanto con posibilidad individual de modificarlo en cualquier tiempo antes de su fallecimiento (como por otro lado así efectuó Doña Virginia, fallecida después de la sentencia dictada en la instancia, habiéndose aportado en el rollo el último testamento de la finada, otorgado en el año 2002).

Tal voluntad concorde de los esposos es habitual, máxime cuando el matrimonio ha durado más de cuarenta y cinco años cuando se otorga el testamento, en régimen de sociedad de gananciales, y toda la descendencia es común. En este contexto, la presencia en el despacho del Notario de la esposa al momento de otorgamiento del testamento por Don Oscar, además de los testigos, no infringe ningún aspecto esencial ni formalidad de las previstas en el Código Civil, cuando además, se trata de un testamento abierto, y voluntariamente ambos esposos han solicitado del Notario otorgar testamento en idéntico sentido, por ser ese su deseo, que por resultar conforme no deja de ser consciente y voluntariamente aceptado de forma individual por cada uno de ellos.

Es correcto que el Código Civil no considera testigo idóneo al cónyuge (artículo 682 CC), lo cual no implica que no puede estar presente en el despacho del Notario, sin actuar como testigo del acto. Tampoco afecta a la validez ni a las formalidades del testamento abierto la presencia del Letrado en la Notaría, quien tampoco interviene formalmente en el acto.

Ya hemos expuesto con anterioridad las razones por las que el Tribunal no da importancia al extremo de que en el testamento otorgado por Don Oscar el Notario solicitara la intervención de testigos, y no así en el otorgado a continuación por su esposa, en razón a la diferencia de edad entre ambos. Y respecto al dato de que el testamento de Doña Virginia es copia del de su esposo, sin atender a la posibilidad de que fuera ella la que le premuriera, lo cierto es que efectivamente en algún momento advirtió la testadora el error puesto que no fue su última voluntad, otorgando nuevo testamento en el año 2002 que en lo sustancial mantiene lo anterior, si bien en éste último se corrigen precisamente las incongruencias que pone de manifiesto el letrado de la parte actora recurrente.

En definitiva y por lo expuesto, la Sala confirma la sentencia de instancia también en este punto, desestimando la nulidad del testamento por esta causa, habiéndose respetado las formalidades que el CC establece para el otorgamiento de testamento abierto notarial.

DÉCIMO PRIMERO.- Nulidad de la escritura de entrega de legado de 29 de marzo de 2006 en lo que se refiere al legado del 5% de la Oficina de Farmacia. Alegaciones de la parte.

La sentencia de instancia declara la nulidad de esta escritura pero deja a salvo la validez de la entrega del legado del 5% a Don Gonzalo, pronunciamiento que es objeto de este motivo del recurso de apelación formulado por la parte demandante.

Aduce la parte apelante que en la propia tesis de la sentencia de instancia se trataría de un legado de cosa ganancial de los regulados en el artículo 1380 del CC. Entiende la recurrente que la aplicación de este precepto implica que antes de la división de la sociedad de gananciales y antes de la partición de la herencia, no se



puede entregar, ya que antes de tales operaciones no se sabe si el bien va a ser adjudicado a la herencia del testador, o si habrá de transformarse en legado de valor.

Entiende la parte que esta entrega de legado es nula por falta de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición de la herencia, actos que necesariamente deben realizarse con anterioridad, con cita de la STS de 2 de abril de 1996 .

Recuerda la recurrente que en sede de legados rigen dos reglas, la prohibición de que el legatario tome posesión por sí mismo de la cosa legada, y la prohibición de que sean entregados por el albacea o contador-partidor que no esté expresamente autorizado para ello por el testamento.

Aduce la representación de esta parte recurrente la necesidad de preservar la unidad del patrimonio en tanto se desconozca su suficiencia para el pago de acreedores y legitimarios, por lo que a la entrega del legado deberán preceder el conjunto de operaciones destinadas a conocer tal suficiencia, esto es, la previa liquidación de la sociedad de gananciales, y la liquidación contable de la herencia, y el cálculo de la cuota legitimaria y de libre disposición, operaciones todas ellas inscritas en la partición que el contador-partidor debe realizar. Cita en su apoyo diversas resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

Finalmente alega la parte la nulidad porque ni el legatario puede tomar posesión por sí, ni el contador partidor realizar entrega alguna, por no estar autorizado. Cita la parte el artículo 885 del CC , y concluye que en el presente caso el testamento no autoriza al contador-partidor para la entrega de legados, razón por la cual la supuesta entrega es, a su entender, radicalmente nula.

A este respecto estima la parte que el artículo 81 del Reglamento Hipotecario no modifica ni altera lo que establece el artículo 885 del CC al no ser posible oponer al referido Código un precepto reglamentario.

?

DÉCIMO SEGUNDO.- Nulidad de la escritura de entrega de legado de 29 de marzo de 2006 en lo que se refiere al legado del 5% de la Oficina de Farmacia.

Dos son los reproches principales que se realizan a la validez de la entrega de legado del 5% que el Juez a quo deja subsistente en la sentencia de instancia. El primero por cuanto se realiza sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales, y sin haber realizado las operaciones de partición y liquidación de la herencia. El segundo que el contador partidor no se encontraba autorizado por el testador en el testamento para la entrega de legados, conforme exige el artículo 885 del CC .

Ninguno de los reproches puede prosperar, pues el Tribunal entiende que el contador partidor designado en el testamento tiene, además de las facultades propias para la valoración de los bienes, la liquidación y partición de la herencia, las contenidas en el Código Civil para el albacea, incluyendo por tanto la posibilidad de realizar con la viuda la liquidación de la sociedad legal de gananciales. A ello debe añadirse que concurriendo la viuda al otorgamiento, y consintiendo la partición y adjudicación parcial y la entrega de legado, ha de considerarse que existe una aceptación expresa por su parte de tales operaciones asimismo como anticipación de la liquidación definitiva de la sociedad legal de gananciales. No existe ninguna previsión legal ni aparece como necesario que se haya verificado la total liquidación y partición de la herencia con anterioridad a la entrega de los legados. Y, finalmente, estima este Tribunal que el artículo 885 del CC no exige que la autorización para realizar la entrega de legados por parte del albacea sea "expresa" como argumenta la parte recurrente, sino que basta con que la misma resulte del contenido del propio testamento, por derivarse necesariamente el otorgamiento de dicha facultad al albacea contador-partidor de lo dispuesto por el testador, circunstancia que, sin duda alguna se da en el presente caso.

A estos efectos conviene citar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 8-3-1995, nº 194/1995, rec. 3529/1991 , cuando dice:

<<La siguiente andadura casacional se proyecta sobre las facultades de dichos albaceas-contadores -partidores en orden a la liquidación del haber hereditario del testador D. Luis Enrique , a cuyos efectos es importante tener en cuenta, que indicándose en su testamento que estaba casado en segundas nupcias con la actora-recurrente y teniendo hijos de ambos matrimonios, la liquidación del "as" hereditario implicaba la de la sociedad ganancial del primero de dichos matrimonios.

Es preciso a tales efectos dejar sentado, que tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al contador -partidor como un albacea, y consiguientemente a este con facultades de contador partidor (sentencias, entre otras, desde la de 4 de febrero de 1902 y 24 de febrero de 1905, hasta la de 5 de julio de 1947); igualmente es de señalar, que cual ha quedado expuesto en el fundamento segundo de esta sentencia, los designados por el testador como albaceas, contadores -partidores, lo fueron a título universal, ya que a ellos se otorgaba la ejecución de la totalidad del testamento; por último, es también de tener en



cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas- contadores -partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (sentencia de 18 de abril de 1928 , 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1947 , además de Ress. D.G.R.N. de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes -herederos- de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado.>>

En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 2-4-1996, rec. 2891/1992 , cuando establece:

<<La doctrina de esta Sala ha sido reiterada y concorde en admitir que la facultad de hacer la partición que el testador puede encomendar a un tercero (art. 1057) o al albacea, integrando entonces una de las facultades de su cargo (art. 901), se extiende a practicar con el cónyuge viudo las operaciones de liquidación y división de la sociedad de gananciales, que son necesarias y previas a la liquidación y división de la herencia del testador. Si el cónyuge viudo no colabora con el contador -partidor y éste por lo tanto no cumple su encargo dentro del plazo legal, no hay duda de que, acabado éste, se extingue el cargo, por finalización del plazo o por imposibilidad de cumplir su encargo (art. 910).>>

Y respecto a la falta de necesidad de realizar de forma previa la totalidad de las operaciones particionales antes de proceder a la entrega del legado, la Sala comparte el criterio de la AP León, sec. 2ª, en su sentencia de 30-9-2011, nº 282/2011, rec. 309/2011 , cuando dice:

<<En definitiva, lo que resulta claro es que la entrega de legado no está condicionada a la previa partición, y por eso no se ha de incluir en la misma, lo que no impide, obviamente, que llevaba a cabo aquélla e incluso antes y constatado que los legados son inoficiosos se permita a los herederos forzosos el ejercicio de la acción de reducción ex art. 817 del C.C .>>

Para el análisis de la voluntad del testador, y concretamente la atribución al contador de la facultad de entrega del legado debatido, esto es del 5% de los derechos sobre la Oficina de Farmacia de la calle Alicante número 6, debe partirse del propio testamento, particularmente de la cláusula cuarta en la que se establece el referido legado, y su cláusula sexta, que a continuación se transcribe parcialmente:

<<SEXTA.-Con carácter de partición parcial de su herencia, es deseo del testador, al igual que de su esposa, que la séptima parte que en la herencia del mismo corresponda a su hijo Gonzalo se concrete en primer lugar adjudicando a éste la totalidad de los derechos que el otorgante y su cónyuge ostentan en la oficina de farmacia sita en calle Alicante, número 6, de esta ciudad, o en el local a que se traslade, en su caso, incluidos la autorización administrativa, el mobiliario, los enseres y las instalaciones y las existencias, y una vez deducidos los legados instituidos en la cláusula cuarta del presente.

En cuanto fuere preciso, la adjudicación prevista en el párrafo inmediato anterior se realizará, por tratarse de un establecimiento indivisible o que desmerecería con la división, teniendo en cuenta el artículo 1056 del Código Civil , y por su carácter ganancial, como legado de cosa en parte ajena, al amparo del artículo 861 y siguientes. De forma que su prenombrado hijo Gonzalo sea el único titular de tales derechos en la oficina de farmacia, sin gravamen usufructuario alguno, aún antes de que se lleve a cabo la partición del resto de la herencia, a fin de que la transmisión se produzca dentro del plazo reglamentariamente previsto para que la oficina de farmacia deje de pertenecer en parte a la comunidad hereditaria y sea de la titularidad de persona que ostente el título de Licenciado en Farmacia. [...] >>

De esta voluntad testamentaria de que el hijo legatario pueda ser titular de la totalidad de los derechos de la Oficina de Farmacia, sin incluir el local, dentro del plazo reglamentariamente previsto para que la titularidad de la misma recaiga en una persona que ostente el título de Licenciado en Farmacia, por las circunstancias administrativas especiales que rodean estos establecimientos, deriva necesariamente, como consecuencia lógica, la atribución al contador partidor designado de la facultad de entregar el legado.

Debe tenerse en cuenta que viene encomendada al contador partidor la partición y liquidación de la herencia, con el expreso mandato de efectuar incluso una partición parcial previa que asegure el cumplimiento de los requisitos administrativos necesarios para que el hijo farmacéutico quede en la titularidad de la Oficina de Farmacia, fin que no puede obtenerse sin que, a un mismo tiempo, se efectúe la adjudicación en su haber de los derechos que se le transmiten como heredero -el 75% de los derechos sobre la Oficina de Farmacia-, y la entrega del legado del 5% restante, todo ello para completar el 100% de la titularidad que exige la normativa debe recaer en un Licenciado en Farmacia que no mantenga otra Oficina de Farmacia abierta.

Por todo lo expuesto desestimamos también el recurso de apelación que se viene examinando en cuanto a este punto.



DÉCIMO TERCERO.- Condena en costas de la codemandada Doña Petra . Alegaciones de la parte.

Por último la parte demandante recurre el pronunciamiento de la sentencia de instancia en el particular por el cual se condena a la parte demandante al pago de las costas de la codemandada absuelta, Doña Petra , esposa del demandado Don Gonzalo .

Manifiesta la recurrente que esta condena resulta absolutamente injusta, si se atiende a las circunstancias en que Doña Petra fue traída al pleito, a instancia de su propio esposo.

Relata la apelante que no fue inicialmente demandada por considerar que su intervención en la escritura pública de 22 de noviembre de 2000 fue para consentir o asentir a los actos de su esposo, pero no como parte del negocio.

Fue el demandado Don Gonzalo quien opuso la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, excepción a la que esta parte se opuso en la audiencia previa, por considerar que se alegó con carácter dilatorio y abusivo.

El Juez de instancia admitió la excepción y concedió plazo a la parte actora para traer al pleito a Doña Petra , lo que así se hizo, extendiendo a la misma la demanda. Pone de relieve la parte que ésta contestó a la demanda en términos idénticos a como lo había hecho su esposo, agotándose en esa contestación puramente formal la intervención de dicha señora en el pleito.

Concluye la apelante que una demanda que ha sido instada y forzada por su esposo con una abusiva excepción de litisconsorcio, no puede ahora fundar una condena en costas a sus representados.

DÉCIMO CUARTO.- Condena en costas de la codemandada Doña Petra .

El planteamiento que realiza la representación de la parte demandante y recurrente para la impugnación de la condena en costas a sus representados que contiene la sentencia de primera instancia respecto de las devengadas a la demandada que resulta absuelta, no puede acogerse en los términos del recurso, pero sí conviene, estimando en lo necesario éste, realizar determinadas precisiones sobre dicha condena que han de formar parte del fallo de la sentencia.

El Tribunal comparte la necesidad de traer al procedimiento a Doña Petra por ser parte en un negocio jurídico cuya nulidad se pretende en el escrito de demanda, concretamente la compra a Don Oscar y su esposa Doña Virginia , por parte de Don Gonzalo y de su esposa la citada Doña Petra , del 10% de los derechos de la Oficina de Farmacia, y, consecuentemente, la modificación de las participaciones en la sociedad civil particular constituida en su día, todo ello en virtud de la escritura pública de 22 de noviembre de 2000 otorgada ante el Notario Don Jesús María .

Se trata de una adquisición onerosa constante matrimonio celebrado en régimen de sociedad legal de gananciales con cargo a numerario ganancial. Por lo tanto aunque desde el punto de vista administrativo la Farmacia sea, después del negocio, en un 80% de titularidad de Don Oscar , y en el 20%, restante de titularidad de Don Gonzalo , ambos Licenciados en Farmacia, lo cierto es que ad intra los derechos de Don Oscar y de su esposa, tienen carácter ganancial, como se ha argumentado con anterioridad, y de la misma manera, esta participación del 10% adquirida por el instrumento impugnado, también lo tiene en la sociedad legal formada por Don Gonzalo y Doña Petra , no así el otro 10% que fue adquirido a título gratuito únicamente por el esposo Don Gonzalo .

Sentado lo anterior debe precisarse que en la demanda se ejercitan varias acciones acumuladas, entre las cuales se encuentra la acción dirigida a obtener la nulidad de este negocio jurídico, que es la única acción en la que existe litisconsorcio, y, por lo tanto, la única ejercitada frente a Doña Petra , como se dice en el primer folio del escrito de ampliación (Tomo VI, folio 1924). Tal circunstancia no se altera por el hecho de que la parte demandante al ampliar la demanda haya incluido el nombre de la nueva demandada sin modificar en ningún otro punto el escrito inicial que se reproduce íntegramente, cuando ciertamente respecto de la misma la única pretensión que se ejercita y la única declaración que se pretende es la declaración de nulidad de este negocio jurídico. Y tampoco se altera por el hecho de que esta litisconsorte haya contestado a la totalidad de la demanda, y no sólo a la acción ejercitada contra ella, con la misma defensa, representación y alegaciones que las ya efectuadas por los codemandados Don Gonzalo (su esposo), y Don Jaime

Todo lo expuesto tiene trascendencia para fijar la cuantía que debe servir de base para el cálculo de estas costas, que han sido correctamente impuestas en base al principio objetivo del vencimiento, de acuerdo con lo que recoge el artículo 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



Esta cuantía únicamente puede alcanzar a la mitad de la contraprestación que figura como precio en la escritura cuya nulidad se pretende, que es el único interés económico exclusivo en la litis de Doña Petra , es decir, la cuantía de la pretensión contra ella ejercitada.

En consecuencia las costas objeto de condena a la parte demandante deberá en su día calcularse sobre la cuantía de 55.593,62 euros (la mitad del precio contenido en la escritura de 18.500.000 pesetas, equivalente a 111.187,24 ?), y no sobre la cuantía total del procedimiento que se indica en la demanda inicial (folio 70) de 4.685.576,44 euros.

Advierte la Sala que en el Auto inicial de admisión a trámite de la demanda existe el error material - probablemente procedente del modelo informático- de hacerse constar que el actor expresa que la cuantía del procedimiento es indeterminada (antecedente de hecho segundo, Tomo III, folio 497), hecho incierto. Este error no ha sido detectado al parecer ni por el órgano jurisdiccional, ni por ninguna de las partes.

Debe tenerse en cuenta que en la contestación a la demanda formulada por la representación de Don Gonzalo y Don Jaime se acepta expresamente la cuantía expresada por la parte actora en el folio 70 del escrito inicial (Fundamento de Derecha A) I de este escrito, Tomo III, folio 657). Tampoco el codemandado Don Pio impugna la cuantía indicada en la demanda inicial en su escrito de contestación (Tomo V, folios 1148 y siguientes).

Tratándose de un error material manifiesto, que puede corregirse en cualquier tiempo, y no habiendo existido ninguna impugnación de la cuantía indicada en la demanda inicial, ciertamente aquella es la que debería tenerse en cuenta a todos los efectos, incluida la posibilidad de recurrir en casación.

Por esta razón el Tribunal considera que procede estimar en lo necesario el recurso de la parte demandante en cuanto al extremo examinado, acordando rectificar la sentencia dictada en la primera instancia en el sentido de añadir en el pronunciamiento de condena a la demandante al pago de las costas que se le han seguido a la demandada absuelta Doña Petra en la primera instancia, que dichas costas deberán calcularse teniendo en cuenta como cuantía la de la pretensión ejercitada contra la misma, esto es, la de 55.593,62 euros.

En dichas costas no podrán tampoco incluirse ninguna de las devengadas por honorarios de peritos puesto que con su contestación (Tomo VII, folios 2424 y siguiente) no se aporta prueba alguna, ni pericial ni documental, y ninguna de las periciales judiciales practicadas puede imputarse a su limitado interés en el procedimiento.

DÉCIMO QUINTO.- Recurso de los demandados Don Gonzalo y Don Jaime . Nulidad de la cláusula sexta del testamento. Alegaciones de la parte.

Aduce la parte demandada recurrente como motivo primero de su recurso de apelación que los pronunciamientos contenidos de la a) a la c) del apartado I del Fallo son contrarios a los artículos 657 y 658 del Código Civil , en relación con los preceptos que regulan el testamento, la herencia y la partición, así como los artículo 1088 y siguientes sobre las obligaciones y contratos.

Indica esta parte que la sentencia incurre en contradicciones, puesto que aunque reconoce perfectamente cuál fue la última voluntad del testador respecto a su herencia, y muy en concreto, en relación con la farmacia, más tarde, de forma contradictoria, anula totalmente una cláusula del testamento, la sexta, y por lo tanto anula la voluntad del testador, invalidando también, en su totalidad las particiones realizadas en cumplimiento del testamento por el Contador partidor señor Pio .

Comparte esta apelante el análisis de la sentencia sobre la especificidad de la titularidad de la farmacia, y el reconocimiento de la amplia libertad del testador para disponer de su patrimonio con el límite de las legítimas, así como la obligatoriedad de respetar la voluntad del testador y las normas particionales que figuran en su testamento. Sin embargo la sentencia no respeta la voluntad literal y real del testador, al anular totalmente la importante cláusula sexta del testamento ni respeta las particiones que, en cumplimiento del mismo, realizó el contador-partidor.

Pone de relieve la parte que al anular esta cláusula provoca un efecto perverso y totalmente indeseado por el testador, pues conlleva de forma sobrevenida el incumplimiento de la normativa administrativa que obliga a que el propietario de la farmacia sea un farmacéutico y que, en caso de fallecimiento, dicha farmacia se transmita a un heredero farmacéutico o a un tercero, en el plazo de 18 meses, colocando a la farmacia en una situación administrativa totalmente irregular.

A juicio de la parte apelante no existe duda de que la voluntad literal y real del testador fue la que expone, resumidamente que la esposa sea la usufructuaria vitalicia, que sus hijos heredaran prácticamente por séptimas partes iguales, con la única salvedad de que mejoró a su representado Don Gonzalo , con el legado de un 5% de la farmacia, otorgando al hijo Don Oscar un derecho preferente para elegir los bienes que le deberían corresponder en pago de su séptima parte.



Además a favor de su hijo Don Gonzalo y con cargo a la séptima parte de éste en la herencia, con el carácter de partición parcial vía testamento se le adjudicara el 75% de la farmacia perteneciente al matrimonio, pero con la salvedad de que, siendo muy probable de que tal adjudicación produjera un exceso de adjudicación a favor de Don Gonzalo, este último debería compensar a sus hermanos en ese exceso de conformidad con las normas que, a tal respecto, se previeron en la cláusula sexta, cuya finalidad última era que la farmacia pasara a ser propiedad de Don Gonzalo al 100% y que éste pudiera pagar a sus hermanos el exceso de adjudicación de una forma razonable, sin tener que pagar intereses por el pago aplazado y sin tener que acudir a una costosa financiación bancaria externa.

Seguidamente la parte expone extensamente la normativa y jurisprudencia sobre el respeto a la voluntad del testador que considera vulnerada.

Pone de relieve la representación de esta parte que en el Fundamento de Derecho sexto la sentencia de instancia copia el artículo 1056 del CC en la redacción vigente al tiempo del testamento, 14 de noviembre de 2000, y también la vigente a la fecha del fallecimiento de Don Oscar, 25 de julio de 2005, haciendo constar que la modificación del precepto se produjo en virtud de la Ley 7/2003 de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. E indica el Juez de instancia que el testador no cambió el testamento para hacer uso de la nueva posibilidad que le brindaba la modificación del artículo 1056 CC, razón por la cual aplica la redacción vigente al tiempo del testamento en la que no se posibilita al contador-partidor a actuar respecto del pago del exceso de adjudicación, como lo hizo, lo cual sí tendría cobertura con la redacción operada tras la reforma de 2003.

Tal criterio resulta erróneo a juicio de la parte apelante, toda vez que la STS de 9 de diciembre de 2010, y en relación con el artículo 1056 CC, establece que la norma que rige la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento.

Seguidamente razona la parte de forma pormenorizada en contra de los argumentos de la sentencia para anular totalmente la cláusula sexta del testamento y para anular en su totalidad las particiones de la herencia realizadas por el contador-partidor.

Entre otros aspectos destaca la parte apelante que la cláusula del pago del exceso de adjudicación se está cumpliendo a pie juntillas, y que a día de hoy Don Gonzalo ha pagado en total 815,033,24 euros a cuenta de la totalidad de 1.502,479,75 euros que tenía que abonar o compensar a los demás herederos.

Insiste la parte en el principio "favor testamenti" y en la aplicación al supuesto de autos de la redacción del artículo 1056 CC vigente al tiempo del fallecimiento.

A ello añade que, teniendo el caudal hereditario un valor de 5.558.650,26 euros (página 42 de la escritura de protocolización de cuaderno particional de 23 de julio de 2007), el tercio de legítima estricta asciende a 264.697,63 euros para cada uno de los siete hijos. Y como quiera que el haber de la herencia de cada uno de los cinco actores ascendió a 762.131,16 euros, de los cuales se les adjudicó bienes por valor de 500.244,52 euros en tanto que los otros 264.697,63 se recibirían por el pago del exceso de adjudicación por parte de Don Gonzalo, ello implica que no se ven afectadas las legítimas. Y a la fecha del escrito de interposición del recurso teniendo en cuenta que Don Gonzalo ha hecho ingresos en la cuenta de los herederos, únicamente le restaría por compensar a cada uno de sus 5 hermanos actores la suma de 98.879,99 euros.

Considera esta apelante que la partición anulada por la sentencia cumplió con creces el artículo 1056 CC, porque de una parte cumplió con la voluntad del testador de que la farmacia quedara al 100% en la propiedad del único hijo farmacéutico sin farmacia, Don Gonzalo y, de otra, se garantizó no sólo la legítima estricta de cada uno de los 5 actores, sino también sus demás derechos hereditarios, pues a cada uno de ellos se les adjudicó al contado 500.244,52 euros, y, a plazos, 261.886,64 euros, de los que cada heredero ya tiene garantizado el cobro de 163.006,65 euros, quedando solo pendiente de pago 98.879,99 euros a cada uno de ellos.

Expone esta recurrente los motivos por los cuales no está conforme con la afirmación de la sentencia de que la forma de pago del exceso de adjudicación es un sistema impreciso y carece de garantías para los coherederos pues el heredero beneficiario del exceso de adjudicación no resulta obligado personalmente al pago del exceso, ni se le somete a plazo, y no soluciona los problemas caso de que ocurra cualquier hecho que afecta a la Oficina de Farmacia.

Y así, entiende por el contrario que el heredero beneficiado sí está personalmente obligado al pago del exceso porque al firmar las dos escrituras de partición, reconoció la deuda que tiene con los otros herederos deficitarios y se obligó a pagarla en la forma prevista en el testamento y en la partición.



Y en cuanto al plazo estima la parte que sí está sometido a plazo pues se trata de un día que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuándo, puesto que ese plazo cierto resulta de aplicar el sistema de pago previsto en la cláusula sexta del testamento.

Alega esta parte que también yerra la sentencia al decir que el sistema de pago es inconsistente con los propios actos del fallecido y de Don Gonzalo ya que los derechos de la Farmacia ya no son de su titularidad sino de la sociedad civil particular y la sociedad no podría ser sometida a gravamen. Aduce que ello es así porque a la muerte de Don Oscar la sociedad civil particular se tuvo que disolver porque su existencia requería que, como mínimo, hubiera dos socios farmacéuticos, para así cumplir la normativa administrativa aplicable al respecto.

Apunta la recurrente sobre la afirmación de la sentencia de que el pago del exceso está condicionado a cambios que puedan reducir el precio de venta y los rendimientos, y el derecho de crédito de los herederos, que no tiene un sujeto pasivo claro, no puede ser exigido judicialmente y está sometido a los vaivenes del mercado, que ello no es correcto puesto que la cláusula sexta del testamento, además de prever un sistema de pago del exceso de adjudicación, también contempla la eventualidad de que, durante el largo período del pago de este exceso, el valor de la farmacia pueda disminuir considerablemente, pues podría ocurrir que varios años después se diera la eventualidad de que Don Gonzalo continuara siendo deudor de sus hermanos por un exceso de adjudicación de la farmacia en casos en que ésta hubiera sufrido una notable reducción de su valor de mercado por causas sobrevenidas, como el traslado o cierre del Centro de Salud, ya que si no fuera así existiría un empobrecimiento injusto de éste en favor de sus hermanos.

Respecto al usufructo vitalicio de la viuda y la contradicción que pone de relieve la sentencia de instancia de que los beneficios no se entreguen a los coherederos sino que se depositan en el banco para que la viuda disfrute de los rendimientos, cuando la cláusula segunda del testamento excluye del usufructo los derechos del testador sobre la Oficina de Farmacia, dice la parte que no es así, pues la voluntad del testador fue otorgar a la viuda el usufructo vitalicio de su herencia, y si la cláusula segunda excluye del usufructo vitalicio los derechos sobre la oficina de farmacia ello se debió a la aplicación de las normas administrativas sobre ordenación farmacéutica. Estima la parte que una cosa es que la viuda no pueda usufructuar la farmacia y otra distinta que no pueda usufructuar los intereses que genera las cantidades de dinero pagadas y a pagar por Don Gonzalo a sus hermanos por el exceso de adjudicación.

DÉCIMO SEXTO.- Motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de apelación de la parte demandada. Alegaciones de la parte.

En el motivo segundo del recurso de apelación formulado por los demandados recurrentes, se impugna el pronunciamiento de la letra d) del epígrafe I del Fallo de la sentencia, por ser contrario al artículo 1.079 CC, en relación a la jurisprudencia que interpreta dicho precepto.

Este pronunciamiento de la sentencia estima lo pedido en la demanda sobre el inventario, avalúo, partición y adjudicación del ajuar, muebles y demás objetos de valor existentes en el patrimonio de los interesados. Indica la parte que estando acreditado en autos que efectivamente no fueron objeto del inventario, avalúo partición y adjudicación tales bienes, no cabe oponerse a que dichas actuaciones se lleven a cabo en el futuro.

Considera la parte que al tener la viuda el usufructo vitalicio de los mismos resultaba comprensible que no se hubieran partido, porque en el caso de los bienes muebles se corría el riesgo de adjudicarlo a un heredero y que, durante el disfrute del usufructo vitalicio se perdieran, estropearan hurtaran o robaran, y, al final, su nudo propietario no pudiera disponer de ellos al fallecimiento de la usufructuaria, razón por la cual, en caso de partición y para no defraudar los derechos de sus adjudicatarios una vez extinguido el usufructo vitalicio, lo procedente sería contratar una póliza de seguro que garantizara dichos bienes muebles frente a aquellas eventualidades.

Estima por ello correcto dejar que la viuda los disfrute durante su usufructo vitalicio y que, a su muerte, se inventarían los que existan realmente en ese momento y se repartan entre los herederos. El motivo se plantea pues la parte entiende que, una vez declarado que la cláusula sexta del testamento y las particiones son ajustadas al ordenamiento jurídico, no habría lugar a anular y/o rescindirlas por el simple hecho de que en la partición se hayan omitido aquellos bienes muebles, y ello en aplicación del artículo n1079 del Código Civil, que prevé que se complete o adicione la partición con los objetos o valores omitidos.

Como motivo tercero ataca esta parte apelante el pronunciamiento de la letra e) del epígrafe I del fallo, como contrario al artículo 1972 CC.

Estima esta parte recurrente que la acción de rendición de cuentas va contra las personas que ocupan cargos sujetos a la administración de patrimonios de bienes pertenecientes a terceras personas. La sentencia firma que Don Gonzalo y Don Jaime deben rendir cuentas porque han tenido la posesión de los bienes productivos, lo que no se ajusta a la verdad.



La administración de la herencia encomendada por el testador a sus hijos Don Jaime y Doña Josefa no fue posible dada la inexistente relación entre ambos. Se probó en el juicio que durante mucho tiempo la actora Doña Josefa se encargó de administrar la finca de plataneras, por lo que no cabe, a su entender, exigir a los demandados recurrentes que rindan cuenta de una administración que durante varios años llevó su hermana.

Añade esta parte que sus representados no deben rendir cuentas porque no han administrado la herencia, pues todo resultaría del análisis de los extractos bancarios en los que se cobran alquileres y se realizan los pagos de las actividades de la viuda, amén de que la administración de la herencia al ser Doña Josefa la usufructuaria, correspondería a ésta o a su hijo apoderado, o a su actual tutor Don Jaime, la administración de la herencia en orden a dicho usufructo, sin que proceda rendir cuentas a los nudos propietarios.

Tampoco se deberían rendir cuentas hasta el día de hoy ya que, al entender de la parte, la herencia está partida desde el 23 de julio de 2007, y desde dicha fecha no existe herencia objeto de administración.

En última instancia entiende la parte que el único que tendría que rendir cuentas es Don Gonzalo de todo lo relativo al pago de la compensación del exceso de adjudicación de la farmacia, lo que ha realizado en este juicio, aportando los certificados de la Caja Insular de Ahorros de Canarias y de Bankia, acreditativos de que se está pagando dicho exceso mediante el ingreso en una cuenta corriente existente a nombre de la viuda, y que tiene el subtítulo de "cuenta de herederos".

Examina la parte largamente las pruebas periciales económicas practicadas en autos y las vicisitudes habidas con el perito judicial y la petición de los tiques de caja.

Añade esta parte que, en otro orden de cosas, está acreditado en autos que Don Gonzalo también está pagando a su madre, la viuda usufructuaria vitalicia de la herencia, el alquiler correspondiente al arrendamiento de los locales de la farmacia.

Por todo ello concluye que no hay más cuentas que rendir, puesto que se rindieron durante el juicio, ni tampoco procede presentar más rendición de cuentas de clase alguna a los cinco actores, los cuales, por su condición de nudos propietarios de sus respectivos hereditarios que tiene en usufructo vitalicio su madre, carecen de legitimación activa al respecto.

Finalmente como motivo cuarto impugna la parte el pronunciamiento relativo a las costas procesales contenido en el apartado III del Fallo, pues considera la parte que debiendo estimarse en su integridad el recurso, y desestimarse la demanda, las costas procesales de la primera instancia deberán imponerse a los actores por su manifiesta temeridad y mala fe, rayana en la contumacia.

Termina suplicando a la Sala que con estimación del recurso de apelación se revoque la sentencia apelada de tal manera que se desestime totalmente la demanda y se condene a los actores a pagar las costas procesales de la primera instancia.

Subsidiariamente, y para respetar la voluntad real y soberana del testador, aplicando los principios de "favor testamenti" y "favor partitioni", interesa que estimando sólo parcialmente la demanda, en el sentido de anular, en parte, la forma de pago aplazado del exceso de adjudicación contemplada en la cláusula Sexta del testamento (y lo previsto al respecto en las particiones), ordenando que el pago de dicho exceso se deber realizar en el plazo máximo de 5 años del artículo 1056 del Código Civil; respectando, en todo lo demás el testamento y la partición según la última voluntad del testador, y evitando las gravísimas consecuencias que genera al respecto la sentencia apelada, sobre todo respecto a la oficina de farmacia.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Nulidad de la cláusula SEXTA del testamento de Don Oscar .

La Sala comparte parcialmente los razonamientos y decisión del Juez a quo en cuanto a este extremo, y, como se dirá, se acoge también parcialmente el recurso de apelación que formula la parte demandada en cuanto a este punto.

A juicio del Tribunal la cláusula SEXTA del testamento es solo parcialmente nula. Desde el inicio de la cláusula y hasta el párrafo que se inicia con las palabras "Salvo que la totalidad de los herederos", la disposición no puede reputarse nula. En la misma se establece una partición parcial para asegurar la adjudicación de todos los derechos del testador, y de su esposa, en la Oficina de Farmacia de la calle Alicante número 6, a favor del único de los hijos que reúne las condiciones administrativas para ser el titular de la referida Oficina, por ser Licenciado en Farmacia, sin otra farmacia abierta, esto es, Don Gonzalo .

La Sala comparte el análisis del Juez de instancia en cuanto queda clara que esa ha sido siempre la voluntad del testador, y para ello autoriza a realizar de forma anticipada a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición y adjudicación de su herencia, esta adjudicación, con la finalidad de cumplir con los plazos y requisitos de carácter administrativo para que la transmisión mortis causa de la Oficina de



Farmacia en los derechos correspondientes al farmacéutico causante a favor del hijo farmacéutico, que ya era cotitular, se operara sin demora ni obstáculo alguno.

La cláusula es válida incluido el párrafo en el cual el testador establece que "Si el valor resultante de la adjudicación de la oficina de farmacia fuese superior a lo que le correspondiese a su hijo Gonzalo por su parte en la herencia, deberá compensar la diferencia en metálico a los restantes herederos." Y a estos efectos se comparte la afirmación que hace la parte recurrente de que la validez de la misma debe realizarse en atención a la redacción del artículo 1056 del Código Civil a la fecha de fallecimiento del causante, siendo por lo tanto correcta la atribución al contador partidor de las facultades necesarias para llevar a efecto esta partición parcial y adjudicación de estos derechos sobre la Oficina de Farmacia junto con la viuda.

El argumento que hace el Juez sobre el hecho de que el testador no cambió su testamento pese a la reforma operada en 2003 no puede atenderse, máxime cuando en la fecha en que entró en vigor la reforma sí existe prueba en autos para considerar que Don Oscar no tenía ya conservada su capacidad de juicio para otorgar testamento, en atención a los padecimientos que se indican en el certificado médico expedido por su neurólogo.

Debe reputarse nula, no obstante, el resto de la cláusula, en que el testador ordena un determinado sistema para realizar la compensación de la diferencia en metálico a los restantes herederos.

La nulidad resulta clara porque en ella el testador no dispone en esa parte de la cláusula de sus bienes para después de su muerte, es decir, de aquellos bienes que se encuentran en su patrimonio (artículo 667), sino que pretende disponer y normar sobre bienes que no forman parte de su patrimonio, ya que la disposición afecta a rendimientos futuros, y por lo tanto, inexistentes a la fecha de la muerte del causante.

El testador carece de legitimación para ordenar y disponer respecto de bienes que no forman parte de su patrimonio a excepción que tales disposiciones se estructuren como una carga que se impone al heredero.

Como acertadamente expone el Juez a quo, precisamente el causante dispone de bienes que no forman parte de su herencia pero, además, lo hace sin imponer carga alguna al heredero, y evitando expresamente que el pago del exceso de adjudicación a los demás coherederos se verifique con cargo al patrimonio personal del heredero Gonzalo, que recibe el exceso por la adjudicación de la Farmacia.

No es necesario mayor argumento, ni descender a la justicia o injusticia, la cláusula es nula, pero únicamente a partir del párrafo que se ha indicado, es decir, en cuanto a la "forma de llevar a cabo el pago a los demás herederos", pero no en cuanto al pago mismo de la compensación que el testador ordena que se efectúe por el heredero adjudicatario de la farmacia en metálico, disposición que resulta plenamente válida, y por lo tanto debe mantenerse, en virtud del principio de "favor testamenti".

Consecuencia de lo anterior los efectos de la nulidad parcial de la cláusula citada son parcialmente distintos de los que indica el Juez de instancia en su sentencia

En primer lugar, las referencias en la cláusula séptima del testamento a extremos contenidos en la parte de la cláusula sexta declarada nula, se tendrán por no puestas, sin que, por lo demás, se vea afectada ninguna otra de las disposiciones testamentarias.

En cuanto a la escritura pública autorizada por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Julián el día 29 de marzo de 2006, con el número 1035 de su protocolo en la que se realiza además de la entrega del legado, la partición parcial con adjudicación a Don Gonzalo de todos los derechos que tanto el testador como su esposa tenían en la Oficina de Farmacia, el Tribunal, en la medida en que dicha escritura se produce en cumplimiento de la parte de la cláusula SEXTA que se considera válida, y que respeta los preceptos del Código Civil, en particular el artículo 1056 en la redacción vigente a la fecha de fallecimiento del causante, entiende que debe mantenerse, aunque se declare la nulidad de algunos de los extremos de la referida escritura que se derivan de la parte de la cláusula sexta que sí se declara nula.

Debe además incorporarse como definitiva la valoración de la Oficina de Farmacia, con exclusión del local en la que se ubica, a la fecha del fallecimiento del testador que, tanto a juicio del Juez de instancia, como de esta Sala, resulta de la abundante prueba pericial practicada en autos. Considera el Tribunal, conforme a la sana crítica, que esta valoración es la que fija el perito Don Arturo en su informe, doc. 65 de la contestación a la demanda, por aplicar el mismo método que el perito de la parte actora si bien atemperando el margen porcentual de beneficio futuro que se tiene en cuenta como parámetro de cálculo del valor actual, con una explicación razonada, en razón a la incidencia en el volumen de facturación de la farmacia de aquellas ventas que se realizan al Servicio Canario de Salud, por aplicación del Real Decreto 2402/2004.

La valoración del perito es ligeramente superior a la que se reflejó en la escritura de 29 de marzo de 2006, valoración conforme al método de los flujos de caja que asciende a 2.964.332,40 euros, más las existencias, lo



que en total arroja una suma de 3.154.151,40 euros, en lugar del valor indicado en la escritura de 3.110.428,84 euros. Se computa como valor de las existencias el que se refleja en la propia escritura de partición parcial a la que nos venimos refiriendo.

De esta forma, se mantiene la validez de esta escritura en cuanto el contador-partidor Don Pío, con la aquiescencia de Doña Virginia, adjudica a Don Gonzalo el 75% de los derechos que pertenecían a Don Oscar y a la propia Doña Virginia, en la Oficina de Farmacia sita en la calle Alicante número 6 de Las Palmas de Gran Canaria con las siguientes modificaciones:

- Se rectifica el valor estimado de la Oficina de Farmacia contenida en el Antecedente IV de dicha escritura ascendente a 3.110.428,84 €, incluyendo existencias, por el valor peritado en el documento 65 de la contestación de D. Gonzalo y D. Jaime (Tomo IV, folios 1097 y siguientes), que asciende a 3.154.151,40 euros, incluyendo existencias.
- El valor de la adjudicación correspondiente al 75% de la misma asciende a 2.365.613,55 euros.

En fundamento anterior se ha razonado por la Sala la confirmación de la sentencia de instancia en el extremo por el cual mantiene la validez de esta escritura en cuanto el contador-partidor Don Pío, con la aquiescencia de Doña Virginia, hace entrega a Don Gonzalo del legado del 5% de los derechos sobre la referida Oficina de Farmacia. No obstante, conviene dejar constancia, en armonía con lo que se viene razonando, de que el valor del legado del 5% asciende a 157.707,57 euros, salvo error de cuenta, respecto del valor de la oficina a la fecha de la muerte del testador que se fija en esta sentencia.

En cuanto al resto de las estipulaciones de la escritura de 29 de marzo de 2006, procede mantener las cláusulas PRIMERA, QUINTA y SEXTA de la referida escritura, que deberán entenderse referidas a los valores señalados. Procede igualmente mantener la cláusula SEGUNDA de la escritura exclusivamente en cuanto al hecho de que la cuota del 75% de los derechos de la oficina de farmacia que le han sido adjudicados excede en su valor a lo que por tal concepto le corresponde a Don Gonzalo en la herencia conforme al testamento, debiendo compensar a los demás herederos a resultas de la cuantificación que de dicho exceso se efectúe en la partición total de la herencia del causante; y finalmente procede mantener la cláusula CUARTA de esta escritura, exclusivamente en cuanto se especifica que lo acordado lo es a cuenta de la partición total de la herencia y de la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Declaramos la nulidad del resto del clausulado de esta escritura de 29 de marzo de 2006 por venir referido a la cláusula sexta del testamento en la parte que ha sido declarada nula.

Estos pronunciamientos permiten mantener al heredero Gonzalo como titular exclusivo de la Oficina de Farmacia por la transmisión operada mortis causa y a través de esta partición parcial, con el acuerdo y presencia de la viuda, con el cumplimiento de la normativa administrativa que regula estos establecimientos, como era la voluntad del causante. Y ello sin perjuicio de la obligación de este heredero de compensar el exceso en metálico a sus hermanos, extremo del testamento que resulta válido.

Aunque no se ha reproducido en esta alzada por la parte demandante la impugnación que se adujo en la demanda de la capacidad de Doña Virginia a la fecha del otorgamiento de esta escritura, 29 de marzo de 2006, pese a que el Juez de instancia mantuvo la validez de la entrega de legado y tal pronunciamiento sí se impugnó, aunque por otras causas, en el recurso por la parte actora, conviene decir que a juicio de este Tribunal en el año 2006 Doña Virginia conservaba plenamente su capacidad.

A este respecto la Sala valora especialmente la declaración de la perito Doña Guillerma, en relación con las demás pruebas, que fueron extensamente expuestas en anteriores fundamentos.

DÉCIMO OCTAVO.- Otros efectos de la nulidad parcial del testamento.

Sin embargo de lo anterior la Sala comparte la sentencia de instancia en cuanto la nulidad parcial que se ha declarado provoca la nulidad de la escritura de 23 de julio de 2007 otorgada ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria Don Julián, con número 2.133 de protocolización de cuaderno particional, cuya primera copia ha sido aportada como documento 29 de la contestación a la demanda realizada por el contador-partidor Don Pío (Tomo V, folios 1.791 a 1.834).

Tiene razón la parte recurrente en que la omisión del ajuar, los bienes muebles y otros objetos de valor existentes en el patrimonio de los esposos, singularmente en el domicilio, no sería por sí sola bastante para apreciar la nulidad de estas operaciones, a pesar de que entre los bienes pudieran haber cuadros, joyas, o bienes de extraordinario valor, pues bastaría con realizar las operaciones de complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la partición de la herencia que fueren necesarias.



Tal extremo del fallo de la sentencia apartado I d), que debe confirmarse, no es el fundamento de la nulidad de estas operaciones.

Lo cierto es que la liquidación y partición realizada no sólo aplica en su literalidad la porción de la cláusula sexta del testamento que ha sido anulada por la Sala, sino que, además, realiza una interpretación sui generis respecto del usufructo de la viuda sobre las cantidades objeto de compensación a los coherederos por parte del heredero adjudicatario de la Farmacia, que la Sala no comparte, en atención a la expresa exclusión de los derechos sobre la Oficina de Farmacia de este gravamen.

Es indiferente que tal estipulación del testamento tenga como origen la normativa administrativa, pues sea cual sea la razón, no cabe que el heredero adjudicatario reciba libre de cargas la Oficina y que la compensación a los demás por el exceso se vea gravada por un usufructo que no deriva directamente de la cláusula SEGUNDA del testamento, que lo excluye.

En cuanto a las valoraciones, la Sala comparte íntegramente la sentencia de instancia que, en su fundamento sexto, considera correcta la valoración contenida en el cuaderno particional de todos los bienes inventariados, realizada por el contador-partidor después de interesar tasaciones y dictámenes de peritos, que aportó junto con su contestación. Ello a excepción de la propia Oficina de Farmacia que, como anteriormente se ha expresado, de la prueba practicada en las actuaciones resulta un valor parcialmente distinto del contenido en la referida escritura de protocolización del cuaderno particional, derivado de la pericia del Economista y Censor Jurado de Cuentas Don Arturo .

Por otra parte no compartimos el pronunciamiento de la sentencia de instancia en cuanto declara la nulidad del arrendamiento concertado el 23 de julio de 2007 (Tomo V, folios 1826 vuelto y 1827 de las actuaciones), que se incorpora en la protocolización de la escritura de cuaderno particional.

Estima el Tribunal que a la fecha del contrato de arrendamiento no se ha acreditado que la viuda hubiera perdido su capacidad de decisión, a pesar de que ya existiera un inicio de la enfermedad de Alzheimer, que, como la perito neuróloga indica, evoluciona progresivamente y en su momento inicial, aunque existan pérdidas de memoria, el enfermo conserva la capacidad para administrar sus bienes y expresar su voluntad.

Consideramos que la viuda, tanto por ser los locales bienes gananciales, como por venirle atribuido en el testamento el usufructo de todos los bienes de la herencia, con excepción de la Oficina de Farmacia, tenía legitimación bastante para concertar el arrendamiento como parte arrendadora en calidad de dueña y/o usufructuaria, sin necesidad de que se hubiera operado la partición definitiva. De la misma forma Don Gonzalo también ostentaba legitimación suficiente para suscribir el contrato en calidad de arrendatario al haberle sido adjudicada la Oficina de Farmacia en virtud de la escritura de 29 de marzo de 2006 que en este extremo se declara expresamente válida en la presente sentencia.

Dicho contrato no se ve afectado por la declaración de nulidad parcial de la cláusula SEXTA del testamento de Don Oscar . Ello con la única excepción de la cláusula 14ª relativa a la opción de compra, pues se trata de un acto de disposición para el que la usufructuaria no tiene capacidad, y esta capacidad de disponer no puede entenderse completada con la firma de Don Oscar , pues carece de la condición de nudo propietario al haberse declarado la nulidad del cuaderno particional.

Por último, al venir limitada la declaración contenida en el apartado I e) del fallo de la sentencia de instancia a la rendición de cuentas de la administración de la herencia de aquellos bienes que han sido específicamente administrados por Don Gonzalo y Don Jaime , y como quiera que la partición se declara nula, e incluso la parte recurrente afirma que esta rendición se ha hecho ya a lo largo del procedimiento, no entiende la Sala que se impugne este pronunciamiento.

Sí debe precisarse, no obstante, que la condena a Don Gonzalo en relación a los derechos del causante y su esposa sobre la Oficina de Farmacia lo será exclusivamente para rendición de cuentas y entrega de saldos resultantes del período que va desde el fallecimiento de Don Oscar y hasta la fecha de la escritura de 29 de marzo de 2006, en la que al producirse la adjudicación del 75% de los derechos y la entrega del legado, el bien dejó de formar parte del haber hereditario.

Ello además, sin perjuicio de que, como efectivamente indica la parte apelante, Don Jaime fue designado tutor de Doña Virginia en la sentencia de 15 de julio de 2011 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento de Capacidad de las personas 1287/2010, seguido a instancia del Ministerio Fiscal, y en la que se declaró incapaz a la citada Doña Virginia (testimonio de la sentencia obra en el Tomo X, folios 2600 a 2605 de las actuaciones). E igualmente del hecho sobrevenido del fallecimiento de la misma.



Se estima de esta forma parcialmente el recurso de apelación planteado por la parte demandada, en los términos expuestos.

DÉCIMO NOVENO.- Al estimarse parcialmente ambos recursos de apelación no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, conforme establece el artículo 398.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando la restitución de los depósitos que se hubieren constituido de conformidad con lo previsto en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en lo necesario el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dña. Josefa, Dña. Mercedes, Dña. Rita, D. Eloy y Dña. Victoria, y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Gonzalo y Don Jaime, ambos contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos de Juicio Ordinario 1852/2008, REVOCAMOS parcialmente la expresada resolución, y,

PRIMERO.- Modificamos el pronunciamiento contenido en el apartado I a) del fallo de la sentencia de instancia, y, en su lugar, acordamos la nulidad parcial de la estipulación SEXTA del testamento de 14 de noviembre de 2000 otorgado por Don Oscar ante el Notario de esta capital Don Julián con número NUM005 de protocolo, siendo nula a partir del párrafo que comienza con la expresión "Salvo que la totalidad de herederos" y hasta el final de la misma, pero conservando su validez el resto de la cláusula desde su inicio y hasta el señalado párrafo; condenando a los demandados a estar y pasar por esta nulidad y a respetarla en las operaciones particionales, con las consecuencias recogidas en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia de instancia. Las referencias en la cláusula séptima del testamento a extremos contenidos en la parte de la cláusula sexta declarada nula, se tendrán por no puestas.

SEGUNDO.- Dejamos sin efecto el pronunciamiento contenido en el apartado I b) de la sentencia de instancia y acordamos en su lugar:

I b).- Declaramos la nulidad parcial de la escritura pública autorizada por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Julián el día 29 de marzo de 2006, con el número 1035 de su protocolo y,

1.- Mantenemos la validez de la misma en cuanto el contador-partidor Don Pio, con la aquiescencia de Doña Virginia, adjudica a Don Gonzalo el 75% de los derechos que pertenecían a Don Oscar y a la propia Doña Virginia, en la Oficina de Farmacia sita en la calle Alicante número 6 de Las Palmas de Gran Canaria con las siguientes modificaciones:

- Se rectifica el valor estimado de la Oficina de Farmacia contenida en el Antecedente IV de dicha escritura ascendente a 3.110.428,84 €, incluyendo existencias, por el valor peritado en el documento 65 de la contestación de D. Gonzalo y D. Jaime (Tomo IV, folios 1097 y siguientes), que asciende a 3.154.151,40 euros, incluyendo existencias.

- El valor de la adjudicación correspondiente al 75% de la misma asciende a 2.365.613,55 euros.

2.- Mantenemos la validez de la misma en cuanto el contador-partidor Don Pio, con la aquiescencia de Doña Virginia, hace entrega a Don Gonzalo del legado del 5% de los derechos sobre la referida Oficina de Farmacia, si bien el valor del legado asciende a 157.707,57 euros.

3.- Mantenemos las cláusulas PRIMERA, QUINTA y SEXTA de la referida escritura, que deberán entenderse referidas a los valores señalados; mantenemos la cláusula SEGUNDA de la escritura exclusivamente en cuanto al hecho de que la cuota del 75% de los derechos de la oficina de farmacia que le han sido adjudicados excede en su valor a lo que por tal concepto le corresponde a Don Gonzalo en la herencia conforme al testamento, debiendo compensar a los demás herederos a resultas de la cuantificación que de dicho exceso se efectúe en la partición total de la herencia del causante; y mantenemos la cláusula CUARTA de esta escritura, exclusivamente en cuanto se especifica que lo acordado lo es a cuenta de la partición total de la herencia y de la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales.

4.- Se declara la nulidad del resto del clausulado de esta escritura por venir referido a la cláusula sexta del testamento en la parte que ha sido declarada nula.

TERCERO.- Confirmamos los pronunciamientos contenidos en los apartados I c) del fallo de la sentencia de instancia, con excepción de todo lo relativo al contrato de arrendamiento con opción a compra sobre los locales de la calle Alicante número 6 donde se ubica la oficina de farmacia, extremo en el cual se deja sin efecto la sentencia apelada.



Declaramos la validez del señalado contrato de arrendamiento de 23 de julio de 2007 (Tomo V, folios 1826 vuelto y 1827 de las actuaciones) suscrito entre Doña Virginia como arrendadora y Don Gonzalo como arrendatario, con excepción de la cláusula 14ª relativa a la opción de compra, que se declara nula, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

CUARTO.- Confirmamos los pronunciamientos contenidos en el apartado I d) del fallo de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Confirmamos el pronunciamiento contenido en el apartado I e) del fallo de la sentencia de instancia, si bien precisando que la condena a Don Gonzalo en relación a los derechos del causante y su esposa sobre la Oficina de Farmacia lo será exclusivamente para rendición de cuentas y entrega de saldos resultantes del período que va desde el fallecimiento de Don Oscar y hasta la fecha de la escritura de 29 de marzo de 2006, en la que al producirse la adjudicación del 75% de los derechos y la entrega del legado, el bien dejó de formar parte del haber hereditario.

SEXTO.- Confirmamos el pronunciamiento contenido en el apartado II de la sentencia de instancia, y añadimos al mismo que dichas costas deberán calcularse teniendo en cuenta como cuantía de la pretensión ejercitada contra Doña Petra la de 55.593,62 euros, sin que puedan incluirse en su cálculo ninguna partida devengada total o parcialmente por honorarios de peritos.

SÉPTIMO.- Confirmamos el pronunciamiento contenido en el apartado III de la sentencia de instancia.

OCTAVO.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia, y declaramos la restitución de los depósitos que se hubieren constituido.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Frente a la presente resolución cabe interponer los recursos de casación y de infracción procesal regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, mediante escrito presentado ante esta Sala en el plazo de veinte días hábiles contados desde la notificación de esta sentencia, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ .

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

?