



Roj: **SAP C 3078/2013 - ECLI:ES:APC:2013:3078**

Id Cendoj: **15030370042013100398**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **22/11/2013**

Nº de Recurso: **577/2011**

Nº de Resolución: **400/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS FUENTES CANDELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Coruña (A), núm. 4, 14-06-2004,
SAP C 3078/2013**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00400/2013

CORUÑA Nº 4

ROLLO 577/11

S E N T E N C I A

Nº 400/13

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.

En A Coruña, a veintidós de noviembre de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001592 /2008, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000577 /2011, en los que aparece como parte demandante-apelante, DOÑA Leticia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CAROLINA MORE NO VÁZQUEZ, asistido por el Letrado D. ENCARNACIÓN PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, y como parte demandada-apelada, DOÑA María Luisa DOÑA Elisabeth , representada por el Procurador de los Tribunales SR. CAMBA MENDEZ y con la dirección del Letrado SR. ARDAVÍN GARCIA, DON Gerardo , DOÑA Sofía , DOÑA Cecilia representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. LUIS SÁNCHEZ GONZÁLEZ, asistido por el Letrado D. GERMAN RODRIGUEZ CONCHADO y DDOÑA Sofía , representado por el Procurador de los Tribunales SR. UÑA PIÑEIRO y con la dirección del Letrado SR. FERRERO FERRERO sobre NULIDAD DE TESTAMENTO OTORGADO POR DOÑA Paloma .

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE A CORUÑA de fecha 14-6-11. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que desestimando la demanda presentada por la procuradora SRA. MORENO VAZQUEZ en nombre y representación de DOÑA Leticia , debo absolver y absuelvo de la misma a los demandados DOÑA María Luisa , DOÑA Cecilia , DOÑA Sofía , DOÑA Elisabeth , DOÑA Sofía y DON Gerardo . Con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por la demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal. La presente apelación no pudo deliberarse y sentenciarse con anterioridad debido al ritmo de ponencias y recursos a resolver por el Tribunal, así como la extensión y complejidad de éste y otros muchos, especialmente los mercantiles.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. CARLOS FUENTES CANDELAS.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamentos de derecho

PRIMERO .- La ahora apelante, Doña Leticia , pretendió en su demanda la declaración de nulidad del testamento notarial otorgado el 16 de mayo de 2008 por su madre ("la testadora" o "Doña Paloma -madre"), por un lado porque ésta carecería de la necesaria capacidad en el momento del otorgamiento, y por otro lado por falta de formalidades legales pues no habría podido identificarse realmente a la testadora mediante su DNI y faltarían los testigos al no estar en condiciones de poder leer. Subsidiariamente, pretendió la nulidad del legado de la cláusula cuarta del testamento, sobre la casa de la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 de A Coruña ("el chalet"), vivienda habitual de la causante, dado que se trataría de un legado de cosa ajena en que la testadora ignoraría que no le pertenecía.

Asimismo pretendió el cumplimiento de los contratos privados de compraventa de 18 de mayo de 2005, 27 de noviembre de 2005 y 27 de diciembre de 2006, mediante su elevación a escritura pública y la entrega de los inmuebles que habría vendido Doña Paloma -madre a la demandante Doña Leticia : en el primero de ellos, se trataría de una participación del 58% sobre el solar de la CALLE001 nº NUM002 ("el solar") y sobre el chalet ya aludido y enseres; en el segundo, los pisos NUM003 NUM006 y NUM003 NUM007 , NUM004 NUM006 y NUM004 NUM007 , y NUM005 NUM007 de la PLAZA000 nº NUM008 ("los pisos"); y en el tercero, el local comercial de la planta baja del mismo edificio ("el local"). O subsidiariamente, para el caso de que la entrega del objeto no resultase posible, la condena a la entrega del equivalente pecuniario de la prestación no satisfecha, según el valor de los inmuebles el día en que se exigió su cumplimiento, o sino su valor a la fecha de los contratos, o sino por el precio abonado, más los intereses legales. O subsidiariamente, para el caso de que el cumplimiento de los contratos en cualquier caso resultase imposible, su resolución con devolución de las cantidades que se habrían abonado en concepto de precio, y abono de daños y perjuicios, valorados según diversas alternativas escalonadas.

La sentencia de primera instancia desestimó todas las pretensiones de la demandante. La capacidad se presume y habría sido apreciada por el notario y los testigos, sin que resultase demostrada la alegada insuficiente capacidad de la testadora, no obstante sus padecimientos, su hospitalización desde varios días antes, y su fallecimiento apenas dos días después del otorgamiento en el mismo centro sanitario. El fedatario habría cumplido con las formalidades legales sobre la identificación de aquélla a través de su DNI, además de conocerla ya con anterioridad, y saber ella leer y poder hacerlo. Y en cuanto a los contratos de compraventa, la valoración en conjunto y no aisladamente de una pluralidad de indicios, recogidos en once apartados de la sentencia, llevaría a la presumir lógicamente según reglas de la experiencia, normalidad y causalidad en una simulación absoluta ya por que se habrían obtenido con aprovechamiento de firma en blanco, o en cualquier caso por inexistencia de precio y por tanto de causa (onerosa), con la consecuente nulidad o inexistencia de los contratos.

En su recurso de apelación insiste la parte actora en su tesis y pretensiones, todo ello por los motivos que expondremos y resolveremos a continuación, a los que se oponen los alegados desde el lado contrario en apoyo de la sentencia del Juzgado.

SEGUNDO .- La cuestión de la nulidad del testamento por la alegada falta de la necesaria capacidad de la testadora en el momento de su otorgamiento.

2.1- La sentencia apelada, declaró probado que la testadora, de 79 años de edad, con hipertensión arterial, cardiopatía y enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), fue ingresada el 9 de mayo de 2008 en la UCI del Hospital Modelo por una descompensación de su estado, con diagnóstico de insuficiencia respiratoria crónica reagudizada, insuficiencia cardíaca congestiva y edema agudo de pulmón, siendo trasladada a planta



el 13 de mayo para continuar con el mismo tratamiento (que incluía ventilación mecánica no invasiva en la modalidad de BIPAP), otorgando testamento notarial en la habitación del centro el 16 de mayo, y falleciendo el día 18.

Sobre esta base, y tras poner de relieve la regla general de presunción de capacidad, salvo prueba directa concluyente en contrario, según los artículos 662 y 663 del Código Civil y la jurisprudencia, la sentencia consideró que la única prueba de la alegada nulidad por incapacidad sería la pericial de los doctores Don Borja y Don Geronimo , a instancia de la parte actora, que habrían llegado a la conclusión de que la paciente el día 16 de mayo no estaba en condiciones de otorgar testamento, pues estaría confusa, con sensación de ahogo severa, realizando un trabajo respiratorio muy intenso, y grave sensación de angustia, lo que afectaría marcadamente tanto su capacidad de juicio como su voluntad, y no habría podido en esas circunstancias mantener una conversación, pues la falta de aire le impediría hablar fluido, y tampoco leer un documento escrito con tamaño de letra normal y la extensión de un testamento.

Sin embargo, existirían para el juzgador de instancia una serie de circunstancias o elementos que suscitarían dudas racionales y fundadas sobre tal falta de capacidad, lo que impondría la desestimación de la pretensión de nulidad al corresponder la carga de la prueba sobre este trascendental hecho a la parte demandante (art. 217 LEC).

Y es que los autores de ese informe no habrían explorado ni conocido personalmente a Doña Paloma -madre, basándose en un historial médico o clínico incompleto, más una entrevista con la demandante. Sus conclusiones se apoyarían en datos teóricos y abstractos, tratándose en realidad de conjeturas, hipótesis y probabilidades no suficientemente contrastadas. Se le opondría también el juicio de capacidad expresado por el Sr. notario en el acto del otorgamiento del testamento, presunción iuris tantum aunque revestida de una especial fortaleza y certidumbre. Así como las declaraciones de las hijas, nietos, amigas y conocidos de la difunta (algunos profesionales de la medicina), en orden a que durante su estancia hospitalaria estaría lúcida y razonaría perfectamente, sin problemas para hablar, consciente, orientada y en su sano juicio; o las manifestaciones del propio notario de que hablaba con normalidad; y las del comisario contador partidario designado en el testamento, de haberle comentado Doña Paloma unos días antes de morir su voluntad testamentaria, luego coincidente con el testamento. Mientras que la pericial del doctor Don Roberto , a instancia de parte demandada, provendría de un profesional suficientemente cualificado, que por su condición de jefe clínico de la UCI donde estuvo internada Doña Paloma -madre hasta su pase a planta, la habría explorado y tenido un conocimiento personal del caso, así como accedido de primera mano a su historial médico-clínico, y contactado con otros profesionales que también la atendieron, habiendo concluido este perito que la situación médica, insuficiencia cardíaca congestiva y EPOC y el tratamiento aplicado a Doña Paloma , no afectarían a su capacidad mental para expresar su voluntad testamentaria el día 16 de mayo de 2008, además de declarar en el juicio oral que el informe contrario se ajustaría a la realidad desde el punto de vista teórico, pero no al caso concreto, pues la literatura médica revelaría que los enfermos crónicos (como aquella) toleran y soportan mejor los niveles de insuficiencia respiratoria.

2.2.- Se alega en el recurso de apelación (páginas 12ss) error en la valoración de las pruebas practicadas sobre la capacidad de la testadora, incluido no haber tenido en cuenta la sentencia datos o elementos trascendentes como los de la historia clínica.

Se realizan unas consideraciones jurídicas introductorias sobre la capacidad para otorgar testamento, el juicio de capacidad notarial, y ciertas recomendaciones sobre los otorgados por ancianos hospitalizados.

En este sentido se argumenta acerca de la innecesariedad de una previa declaración de incapacidad, al bastar un mero trastorno mental transitorio, pues se requiere que el testador actúe de forma deliberada y consciente en dicho momento, libremente, conociendo la trascendencia de las disposiciones que efectúa, así como dar a conocer su voluntad de manera clara y exacta. Debe por ello conocer, entender y querer el contenido de la disposición de última voluntad, lo que ha valorarse en función de la mayor o menor complejidad de ésta y de las circunstancias a las que se enfrente el testador. Una capacidad suficiente y equilibrada para una intensa atención mental para comprender su sentido.

El juicio de capacidad notarial se trataría de una calificación subjetiva de un lego en materia médico-psiquiátrica y la dación de fe no le alcanzaría, teniendo valor de presunción iuris tantum, máxime ante situaciones complicadas, como el de personas ancianas hospitalizadas, lo que justificaría, entre otras recomendaciones prácticas, una previa conversación y algún sencillo test psicológico.

También se destaca la importancia en estos casos de las pruebas de historial y pericial médica, por encima de declaraciones de parientes y allegados, ya que el deterioro podría no ser apreciable de forma inmediata al poder resultar compatible con actos cotidianos u ordinarios de su vida. La sentencia habría silenciado la



historia clínica y sus valiosas anotaciones, valorando sesgadamente la prueba practicada, especialmente la pericial de la parte actora.

Si bien los doctores Borja ya indicaron que no dispusieron de la historia completa sino parcial para elaborar su informe escrito, sí tuvieron acceso una vez aportada al proceso por la parte contraria, lo que les permitió en el juicio corroborar sus conclusiones, especialmente a la vista de las páginas de los últimos días de la paciente. Que no le asistiesen daría mayor objetividad o valor a su dictamen, a lo que se añadiría la especial cualificación de ambos por sus especializaciones y amplia experiencia para dictaminar sobre la capacidad de la testadora, frente al perito contrario. Sus declaraciones y las de la doctora Constanza acreditarían el estado de la testadora y las circunstancias que rodearon el otorgamiento en situación preterminal. Y se destacan sus enfermedades entonces, especialmente la pulmonar (EPOC), con sus bajos niveles de oxígeno (hipoxia) y elevados de anhídrido carbónico detectados (hipercapnia), con sus efectos, como la somnolencia, la fatiga o esfuerzos y angustia para poder respirar, y la confusión mental, olvidos y menoscabo de las facultades cognitivas. A partir del día 15 se produciría un cuadro de deterioro progresivo hasta su sedación terminal y fallecimiento. La testadora no tendría la necesaria capacidad para testar, pues estaría consciente y orientada pero no lúcida, podría realizar labores cognitivas sencillas pero no superiores, realizado en un estado de confusión mental, como resultaría de la historia médica y de Doña Constanza que atendió a la paciente en planta. Y menos unido a las otras enfermedades, complicaciones surgidas y edad. Mereciendo especial atención las órdenes médicas y las anotaciones de enfermería de los últimos días que demostrarían la gravedad de la situación. Además de otras complicaciones, los niveles de CO₂ del 16 de mayo serían muy superiores a los del 17 (en que la paciente llegó un estado agónico, con sufrimiento intenso, estupor o desconexión con el medio, y se le aplicó la sedación terminal con autorización informada de la familia), y, a la una de la tarde (tiempo del testamento), constaría una hipoxia objetivada y que se informó a la familia de la gravedad de la situación, falleciendo el día 18 a las 6 horas. Se razona por qué no sería una anotación de las 10 de la noche, como defiende la parte contraria, sino de la 1 de la tarde, entre otras cosas por la secuencia temporal de las anotaciones y el contraste de datos. Todo ello y la mascarilla BIPAP también le impediría hablar. Y la paciente solo podría hacer un manejo de datos muy sencillo, con respuestas más o menos automáticas, pero no el del testamento litigioso con pluralidad de datos y disposiciones, aunque para un profano en la materia la cuestión pudiese pasar desapercibida.

Se critica a continuación en el recurso la valoración sentenciada sobre las restantes pruebas.

La presunción del juicio de capacidad del notario se trata de destruir con base en las especiales circunstancias en que se produjo el testamento, según lo ya antes apuntado, y por resultar sospechosa la llamada al notario en esas condiciones y la presencia a su llegada de dos hijas especialmente favorecidas, así como de una amiga, madrina y con predilección por una de ellas, cuando las cosas estarían arregladas ya en un testamento anterior más otros dos ológrafos hallados posteriormente. La entrevista del notario con la testadora sería corta teniendo en cuenta el poco tiempo empleado entre que llegó y se firmó el documento, tras ir a redactarlo a su despacho; el tenor de las preguntas se desconoce al ampararse en el secreto profesional; no le sometió a pequeñas operaciones aritméticas ni recabó el parecer médico; y la hipoxemia objetivada de la una de la tarde pudo producirse en el intervalo de ir a redactarlo, lo que avalaría que Doña Paloma no estaría en condiciones de testar, sino solo contestar a presuntas más o menos mecánicas o fáciles.

De las declaraciones de hijas, nietos, amigas y conocidos, se reprochan las mayores simpatías hacia las tesis de los demandados, máxime transcurrido el tiempo, no habiendo querido la contraparte que la demandante diese su versión al interrogatorio. Estas declaraciones, además de las ciertas evasivas y escasa memoria sobre momentos clave, serían inconsistentes frente a la contundencia de los datos de la historia clínica y la pericial psiquiátrica. Que estuviera consciente y orientada o los actos más o menos automáticos o mecánicos no serían indicativos de capacidad para otorgar testamento, por lo que tampoco pudieron tener lugar las conversaciones previas de Doña Paloma con algunas de estas personas adelantándoles el contenido del testamento ni con de la extensión pretendida.

Se critica la pericial del Dr. Roberto porque estar consciente no es estar lúcido; su cualificación profesional de internista- intensivista no sería la más adecuada respecto de la capacidad intelectual y volitiva de una persona, a diferencia de los otros dos peritos que entre otras cosas son psiquiatras; su relación profesional con la paciente le inhabilitaría para ser perito y restaría objetividad; además de no haber visto directamente a ésta desde que pasó de la UCI a la planta el 13 de mayo; y tampoco se habría entrevistado con los médicos que la atendieron a partir de entonces. Su informe sería teórico y genérico, pero no aplicado al caso concreto de la testadora, cuando refiere en los enfermos pulmonares crónicos una mayor tolerancia y menores efectos a los bajos niveles de O₂ y altos de CO₂; y no sería correcto su parecer de una recuperación inmediata una vez corregida la descompensación, además de que en esta paciente no llegó a controlarse y tuvo otras complicaciones añadidas. El "estar bien" para un internista o intensivista, consciente y orientada en base a varias sencillas preguntas, no significaría que estuviese en condiciones de hacer una actividad



cognitiva compleja para ordenar un testamento como el litigioso. La conclusión de este perito chocaría con la grave situación descrita en la historia médica, y habría respondido con imprecisión y sin recordar datos de importancia.

2.3- Nuestra respuesta desestimatoria del motivo del recurso.

2.3.1) El punto de partida de la sentencia es importante pues determina una doble presunción favorable a la capacidad y por ello a favor del mantenimiento del testamento, de donde que corresponda a la parte demandante pechar con el peso de la demostración de lo contrario, perjudicando a ésta y no a la parte demandada las dudas u oscuridades e insuficiencias.

En efecto, abundando en la doctrina expuesta en la sentencia apelada, debemos remarcar que, salvo casos puntuales especiales, la mayoría de edad otorga a la persona plena capacidad de obrar para contratar o disponer de sus propiedades y derechos inter vivos o mortis causa (arts. 12 Constitución , 315 , 322 , 662 y siguientes, 1263 del Código Civil , y concordantes), por lo cual la jurisprudencia ha reiterado desde antiguo y en distintos campos jurídicos la presunción de capacidad mental y de obrar de toda persona mayor de edad no incapacitada judicialmente, salvo prueba concluyente en contrario (STS de 20/5/1911 , 21/1/1972 , 7/10/1982 , 10/4/1987 , 13/10/1990 , 30/11/1991 , 22/6/1992 , 10/2/1994 , 27/11/1995 , 4/5/1998 , o más recientemente la de 29/4/2009 , y las que en ellas se citan, entre otras).

Las consecuencias procesales son claras: la carga de la prueba corresponde a quien sostenga la existencia de la incapacidad (STS de 13/10/1990 , 10/2/1994 , etc), perjudicándole las dudas ("en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad": STS de 24/9/1997).

En relación a la capacidad para testar pueden hacerlo "todos aquéllos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente" (art. 662 del Código Civil), como sería la persona que "habitual o accidentalmente no se hallare su cabal juicio" (art. 663-2º), aunque "para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento" (art. 666), y el "hecho antes de la enajenación mental es válido" (art. 664).

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2007 , la capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. En el mismo sentido la sentencia de 19/9/1998 . Y añade la primera citada: "Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC , no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982). Y es indudable que esta voluntad no puede ser atrapada en un documento notarial en un momento de la vida de una persona que ni desea dejar patente su última voluntad ni podía expresarla de forma consciente y libre".

Por todo ello debe reputarse que la persona está en su "cabal juicio" como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo (STS de 25/4/1959 , 7/10/1982 , 10/4/1987 , 26/9/1988 , 13/10/1990 , 30/11/1991 , 22/6/1992 , 10/2/1994 , 8/6/1994 , 26/4 , 24/7 y 27/11/1995 , 18/5/1998 , 15/2/2001 , 26/4/2008). Tal presunción es pues una manifestación del principio "pro capacitate", emanación a su vez del general del "favor testamentii". La carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento decisivo del otorgamiento de su última disposición, corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad, que es a quien compete su cumplida y concluyente justificación (STS de 27/9/1988 , 13/10/1990 , 10/2 y 8/6/1994 , 26/4 y 27/11/1995 , 27/1 y 19/9/1998 , 31/3/2004 entre otras muchas).

Y otro tanto en lo que atañe al juicio o apreciación notarial sobre la capacidad de los otorgantes hecha constar en los testamentos y escrituras por autorizados por el fedatario por cuanto, si bien se trata de una presunción "iuris tantum" que admite prueba en contrario (STS de 19/9/1998 , 31/3/2004 , 5/11/2009 , etc), no lo es menos que, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, constituyen otra presunción a sumar, incluso calificada en ocasiones como "enérgica" y revestida de "especial relevancia de certidumbre" (entre otras: STS de 7/10/1982 , 10/4/1987 , 27/11/1995 , sobre testamento; y 4/5/1998 sobre compraventa). En consecuencia no cabe minusvalorar la importancia probatoria en el tema que nos ocupa de este juicio de capacidad inicial, pues la misma Ley se lo impone al fedatario cuando en el artículo 685 del Código Civil dice que "deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar", lo que también ha de hacerse constar así (art. 696).



Por otro lado, las limitaciones normales de una edad avanzada no prueban forzosamente la incapacidad mental, sino un estado acorde a las personas de tal edad, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/1998 (en línea con otras de 25/10/1928, 27/11/1995, 27/1 y 12/5/1998) "la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico", aunque la expresión "cabal juicio" del art. 663-2º del Código Civil, "no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental".

Añadir que los padecimientos o enfermedades físicas, en principio, carecen de repercusión en la capacidad de obrar y en el estado civil de las personas, salvo afectación suficiente en lo psíquico o cuando le impidan comunicar su voluntad, y sin perjuicio de determinadas particularidades e incapacidades especiales como en el caso de los testamentos de los ciegos o sordomudos. La Ley fija una edad mínima de adquisición de la plena capacidad de obrar, pero no una máxima para su pérdida.

2.3.2) La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1998 reproduce el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que a su vez contiene la sentencia de 27 de enero de 1998 :

"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 25-IV 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 25-X-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 18-IV-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 esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia 25-XI-1928).

2) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia 25-X-1928).

e) 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 28-XII-1918).

f) La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia 25-IV-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" (Sentencia 8-V- 1922; 3-II-1951), "muy cumplida y convincente" (Sentencia 10-IV-1944 ; 16-II-1945), " de fuerza inequívoca" (Sentencia 20-II-1975 EDJ1975/105), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia 25-IV-1959), pues ante la dificultad de conocer donde 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-II-1944; 1-II-1956).

g) 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" (Sentencia 23-III-1894 ; 22-I-1913; 10-IV-1944 ; 16-II-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 23-III-1944).



h) 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 (Sentencia 18-IV-1916 ; 16-XI-1918)– pues el artículo 665 del Código Civil , no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia 27-VI-1908)".

2.3.3) Con base en lo expuesto, en el presente caso además del principio del "favor testameti" concurren no una sino dos presunciones (la de capacidad de las personas y la del juicio de capacidad notarial), a las que la Ley otorga una especial fortaleza, según confirma la doctrina y jurisprudencia interpretadora de la misma, por lo que su destrucción por parte de la actora-apelante, a quien corresponde la carga probatoria (art. 385.1 Código Civil y jurisprudencia vista), inexcusablemente requiere de un resultado probatorio muy completo o convincente a favor de su tesis de la incapacidad de la testadora en el momento del otorgamiento de las últimas voluntades cuya nulidad pretende por esta causa, lo que no ha conseguido tampoco para el Tribunal de apelación.

Pero es que la sentencia de primera instancia no basó su decisión sobre la cuestión solo en la aplicación de ambas presunciones, ni exclusivamente en la pericial del Dr. Freire (folios 250ss y CD 8), o por las declaraciones de las hijas de la testadora a su vez hermanas de la demandante (Doña Sofía , Doña Elisabeth , Doña María Luisa y Doña Cecilia), y nietos (Don Gerardo y Doña Gloria), sometidos en su mayoría a largos interrogatorios (grabaciones CD 2 y 3), sino por todo ello en unión de lo testificado también largamente por el notario en persona (Sr. Jurjo, CD 4), así como por la íntima amiga de toda la vida de aquella (Doña Juliana , " Peliteñida ", CD 6), la ahijada (Doña Agustina , " Perversa ", CD 5), sobrinos (hijos de primo, Don Daniel y Don Isidoro , CD 6) uno de ellos el contador partididor testamentario y el otro médico del mismo Sanatorio, y una empleada del hogar (Doña Marcelina , CD 5), además de lo que resulta de lo también manifestado por los testigos que atendieron médicamente a la paciente en planta (Doña. Constanza , CD 4 y 5) o en la UCI (Dr. Teodoro , CD 5, junto al mismo perito Dr. Roberto , CD 8).

Es verdad que la otra hija, la demandante Doña Leticia , no pudo dar su versión de los hechos porque los demandados renunciaron a su interrogatorio, pero estaban en su derecho de hacerlo y se practicaron pruebas bastantes favorables a la tesis de éstos para extraer la conclusión sentenciada, mientras que aquella realmente no pudo lograr aportar ningún testimonio de persona que hubiese estado con Doña Paloma -madre durante su hospitalización y dijese que a la hora de testar no estuviera en su cabal juicio.

2.3.4) Llegados a este punto conviene hacer un paréntesis para añadir algunas consideraciones procesales más a las ya efectuadas sobre las presunciones y carga de la prueba, lo que igualmente será predicable respecto de las pruebas de los hechos atinentes a las restantes cuestiones objeto de esta apelación:

En primer lugar recordar que el Tribunal de apelación, a diferencia de las limitaciones y mayores formalismos de los recursos extraordinarios ante el Tribunal Supremo, puede valorar con plenitud de facultades las pruebas practicadas en la primera instancia (máxime con el sistema de grabación de los juicios). Dentro de los límites de la congruencia, el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos y cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se encontró el de la primera instancia (STS de 23/10/2010 , 21/12/2009). Incluye pues la valoración de la prueba, sin que quede limitada al control de racionalidad que opera en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal (STS de 14/6/2011). Aunque el principio de inmediación tenga una presencia más limitada en la segunda instancia (lógicamente referida a la práctica de nuevas pruebas y celebración de vista), el Tribunal examina las pruebas practicadas ante el Juzgado, sin plena inmediación, pero disponiendo de la grabación de las mismas (STS de 14/10/2009 desestimando el recurso extraordinario por infracción de la inmediación por parte del Tribunal de apelación).

En segundo lugar, decir que la lógica importancia de las pruebas documental y pericial médicas en materia de capacidad mental de las personas, no significa ni una limitación de las fuentes probatorias, pudiendo demostrarse los hechos en cuestión mediante cualquier medio admitido en derecho (arts. 281 , 299 LEC), ni que carezcan de fuerza probatoria las demás practicadas, máxime combinándolas con las de tipo médico, como sucede en el presente caso. Otra cosa será en cada supuesto examinado su calidad y si tendrán poder de convicción suficiente para el tribunal sentenciador.

En tercer lugar, respecto de la fuerza probatoria. La prueba de interrogatorio de las partes en el juicio no solo puede valorarse en lo que confiesen o digan los litigantes en su contra, sino que las manifestaciones que no deban perjudicarles pueden también valorarse por el tribunal según sana crítica (art. 316 LEC). La testifical es de libre valoración racional (art. 376). Para la prueba documental nos remitimos a los artículos 319 y 326. En el particular de la prueba pericial, aparte de ser valorable según las reglas de la sana crítica (art. 348), decir que cuando los diversos expertos discrepan en sus conclusiones sobre extremos trascendentes para la resolución del litigio, son criterios lógico valorativos la ponderación de factores tales como la cualificación de los peritos sobre el tema a informar, el método aplicado, la mayor o menor fundamentación y razón de ciencia,



las condiciones de observación o reconocimiento por parte de los peritos, sus relaciones con los litigantes, en especial respecto de quien le propone, o el criterio auxiliar de la mayoría coincidente.

2.3.5) Pues bien, es cierto que en materia de capacidad como la que nos ocupa las pruebas periciales y documentales médicas suelen tener un papel destacado, pero eso no significa desprestigiar las restantes o que no puedan las personas que no sean profesionales ni tengan conocimientos de medicina darse cuenta directamente de si otra está consciente y orientada, así como también si habla y es capaz de mantener una conversación razonada, coherente y en definitiva lúcida para tomar sus propias decisiones sin la realización de test o protocolos de preguntas más o menos técnicas. La Ley incluso impone a los notarios, hasta con la fuerza probatoria reforzada comentada más arriba, el deber de cerciorarse de que el testador, a su juicio, tiene la capacidad legal necesaria para testar, no obstante ser el legislador consciente de tratarse de un lego en materia médica, sin tener por tanto que auxiliarse de facultativo alguno, aunque tampoco lo prohíba. El propio Sr. Fabio testificó en el juicio que así lo tiene hecho en algunas ocasiones, aunque no en el presente caso al resultar personalmente evidente la capacidad para testar de Doña Paloma durante todo el tiempo que estuvo con ella, por la conversación mantenida, no limitada a monosílabos ni nada por el estilo, y el hecho de haber expresado ésta de viva voz y detalladamente sus últimas voluntades plasmadas en el testamento litigioso.

La EPOC y demás dolencias de la testadora, así como el cumplimiento de sus 80 años de edad en el hospital, y su ingreso el día 9 de mayo y posterior fallecimiento el 18 al no poder superar las complicaciones, son ciertamente valorables racionalmente con la correspondiente fuerza por parte del tribunal para sentenciar sobre el objeto en cuestión, lo mismo que las demás pruebas practicadas, pero todo aquello en principio no significa que la persona tuviese legalmente prohibido otorgar testamento o que no pudiese hacerlo válidamente, como tampoco alterar las presunciones a favor de su capacidad con sus consecuencias en el tema probatorio. El Código incluso admite testamentos en situaciones de extrema gravedad, epidemia o inminente peligro de muerte.

2.3.6) Por otro lado, si bien la cualificación profesional de los peritos Don Borja y Don Geronimo se ajuste más al objeto de valorar los aspectos mentales de la testadora, dada su especialización en psiquiatría y medicina legal, aparte de alguna otra y su experiencia o su condición de profesores universitarios, y que son dos peritos conformes frente a uno discrepante, habiendo razonado y explicado su dictamen de manera detallada, incluyendo como veremos el conocimiento de los datos de la historia clínica, sino inicialmente sí durante el procedimiento, no lo es menos que la preparación y experiencia del Dr. Roberto, especialista en medicina interna e intensiva y desde 1993 jefe clínico de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Modelo, es tanto o más adecuada respecto de la EPOC de la paciente, cuya descompensación le llevó a la hospitalización de que tratamos, habiéndola reconocido y tratado no en planta pero sí en la UCI entre el 9 y 13 de mayo, pudiendo comprobar directamente por sí mismo entonces como reaccionaba a la situación respiratoria y demás en que se encontraba, así como su mejor tolerancia o adaptación a los niveles de oxígeno y anhídrido carbónico, a los que ya estaba más acostumbrada desde hacía años por su condición de paciente pulmonar crónica, al igual que verificar desde una mejor posición su estado de conciencia, modo de expresarse y de razonar aquellos días, habiendo además contrastado los datos de la historia médica completa y obtenido información adicional en la etapa de hospitalización, aparte de familiares a través Don Teodoro (UCI) y de Doña Constanza (estancia en planta), lo que encaja dentro de la lógica, pues Doña Paloma era paciente de todos ellos, aunque no hablara con éstos más adelante o para redactar el informe pericial (en este sentido Doña Constanza reconoció conversaciones con el Dr. Roberto durante el ingreso, pero no posteriormente), a diferencia de aquellos otros peritos.

Es verdad que los peritos Sr. Vidal y Sr. Borja ya advirtieron lealmente en su informe escrito de sus reservas por no disponer a su redacción del historial clínico completo de la hospitalización de Doña Paloma -madre; y también lo es que después en el juicio manifestaron y demostraron conocerlo ya en su integridad, así como el informe del perito Sr. Roberto, una vez aportados al proceso en el trámite de contestación a la demanda, habiéndose pronunciado en el sentido de confirmar sus conclusiones iniciales de que: a) al haber sufrido en los días anteriores un episodio de desorientación por insuficiencia respiratoria, probablemente no estuviera totalmente recuperada; b) sus enfermedades de base, como insuficiencia cardíaca, EPOC con disnea de pequeño esfuerzo-reposo e hipertensión arterial, justificarían un deterioro mental superior al de su edad y, por tanto, era más sensible a la afectación por una insuficiencia respiratoria aguda; c) el día 16 continuaba con un trastorno respiratorio importante, pues el día 18 fallece por insuficiencia respiratoria aguda; d) en esas condiciones la paciente estaría confusa, con una sensación de ahogo severa, realizando un trabajo respiratorio muy intenso, y con una grave sensación de angustia, lo que afectaría marcadamente tanto su capacidad de juicio como su voluntad; e) en esas circunstancias no podría mantener una conversación, pues la falta de aire le impediría hablar fluido, y tampoco leer un documento escrito con tamaño de letra normal y de la extensión de un testamento; y por todo lo anterior, salvo que la documentación médica que se aportase posteriormente contradijese que la paciente estuviera en situación de insuficiencia respiratoria cuando otorgó



el testamento, todos los datos disponibles conducirían a que tanto su capacidad de juicio como su voluntad estaban afectadas el día 16.

Sus conclusiones en esencia se basan en los efectos en las facultades mentales superiores de la insuficiencia respiratoria por los bajos niveles de oxígeno e hipoxemia (normal entre 90 y 100 mm de Hg en sangre) y altos de anhídrido carbónico e hipercapnia (normal entre 35 y 45 mm), objetivados mediante las gasometrías que se le realizaron a la paciente a lo largo de su estancia hospitalaria, y muy en especial por la tercera anotación médica de la página 34 de la historia clínica correspondiente al 16 de mayo (folio 287 de las actuaciones), que la parte actora-apelante interpreta como de la una de la tarde, dentro de la franja horaria del testamento, en que se avisa al médico de guardia por una hipoxemia objetivada en gasometría, además de estar mal perfundida, y se llega a informar a la familia de la situación de gravedad, cuando ya la primera anotación de ese día había marcado un pCO₂ considerable de 72 (pO₂ de 62), superior incluso a la del día siguiente 17 en que se dejó anotada a las 12 horas una hipercapnia muy severa refractaria al BIPAP (pO₂ 42 y pCO₂ 60), disnea, taquipnea y trabajo respiratorio muy severo, habiéndose informado a la familia de la extrema gravedad y muy mal pronóstico inminente, dando lugar a las 13:45 del mismo día 17 a un estado agónico con sufrimiento intenso y desconexión del medio (estupor), teniendo que autorizar los familiares la sedación y suspensión de medidas terapéuticas especiales, produciéndose la muerte a las 6 horas del día 18.

Los referidos peritos explicaron ampliamente en el juicio su parecer (todo el CD 7 e inicio del 8). A su modo de ver, en la situación apuntada la paciente estaría consciente y orientada pero no lúcida, podría hacer sencillas labores cognitivas pero no cerebrales superiores, estaría somnolienta, incapaz de mantenerse despierta, atontada como si le hubiesen dado dos ampollas de valium, y habría que estimularla con preguntas, respondiendo o colaborando solo sencillamente. Al ahogarse por falta de oxígeno y los esfuerzos realizados (necesidad de ventilar a un ritmo por minuto superior al normal) tampoco podría mantener una conversación. Al quitar la máscara se ahogaría más y sería técnica o físicamente imposible haber dictado (verbalizado) un testamento complejo como el de litis, ni sería capaz de realizar un manejo de datos como ese sino solo uno muy sencillo; no podría estar hablando ni cinco ni tres minutos seguidos, a los 2-3 minutos se asfixiaría, se atontaría, y habría que volver a poner el oxígeno otra vez. A ello se añadirían los otros factores en contra (edad, mal perfundida, dieta absoluta, fiebre, cardíaca). Estaría muy grave, preterminal, lo que llevó al día siguiente a su sedación terminal, consentida por los familiares al carecer de facultades la paciente.

No estamos de acuerdo con esa falta de lucidez o capacidad testatoria en el momento del otorgamiento, pues resulta contradicho por otras pruebas.

Los nombrados peritos reconocieron el hecho informado por el Dr. Roberto acerca de la tolerancia o adaptación de los enfermos crónicos de este tipo a niveles anormales de oxígeno y de anhídrido carbónico, aunque lo entendieron en términos generales y sin que el informe de aquél se refiriese al caso concreto de Doña Paloma, no estando tampoco conformes con una recuperación tan rápida cuando son sometidos a oxigenación. Pero el Dr. Roberto sí lo consideró aplicable a esta concreta paciente y lo confirmó en su declaración en el juicio. También Doña. Constanza, pues aunque dijo que a veces estaba somnolienta, toleraba esos niveles relativamente bien, añadiendo a preguntas posteriores (a caballo del CD 4 y 5) que ello era así por desarrollar una tolerancia progresiva, como todos los pacientes crónicos, a diferencia de otras personas que fueran puestas en esa situación repentinamente.

En gran medida las conclusiones de la falta de capacidad de la testadora las basan los peritos de la parte actora en la situación reflejada en la anotación médica tercera de la historia clínica (página 34) correspondiente al mismo día 16 en que se otorgó el testamento. Sin embargo, no nos convence que se refiera a la 1 de la tarde y no a otra hora distinta en especial nocturna:

El perito Dr. Roberto no debió de entender lo mismo que aquéllos, tras haber examinado el mismo historial y con la demás información adicional, pues su conclusión es que la situación médica, insuficiencia cardíaca y EPOC y el tratamiento aplicado a Doña Paloma no afectaban a su capacidad mental para expresar su voluntad testamentaria ese día.

Aquella interpretación resulta también contradictoria con el estado de raciocinio normal presenciado claramente por el notario, a cuyas declaraciones nos referiremos más abajo, a su vez acorde con lo apreciado por otras personas que estuvieron allí ese mismo día y en otras fechas, visitando y acompañando en la habitación a la enferma largas horas, diríamos que las 24 horas, a turnos más o menos casuales, conversando con ella con naturalidad y sin notarle diferencias en su modo de entender, expresar su voluntad y de razonar respecto de lo que le conocían con anterioridad, desde siempre, sin perjuicio de la gravedad de su ingreso o de otros aspectos. Y así lo no solo lo declarado sobre ese día por las hijas Doña Paloma y Doña Elisabeth, o el nieto Don Gerardo y por la ahijada Doña Agustina ("Perversa"), sino también por Doña Juliana ("Peliteñida"), amiga íntima de la testadora.



Y la hora de la anotación tampoco es clara, pues lo manuscrito pone un 1 seguido de una especie de W desleída y puede ser otra hora, como las 10 horas de la noche sugerida por la parte demandada; o también la 1 hora de la noche del 16 al 17 (1 de la mañana o madrugada recién del 17), sin que fuera extraño que estuviera consignado en la hoja del día 16 (y no del 17), pues era el sistema seguido en otras anotaciones: véanse las notas de enfermería de los días 14 a 17, inclusive, sobre hechos sucedidos en horarios de madrugada del día siguiente, pero incluidos dentro del periodo nocturno del día anterior (entre ellos, por ejemplo, la muerte o "exitus"). En la hoja de enfermería de ese día 16, además de otras notas posteriores de las "3 de la mañana" y las "7:30", consta un comentario en la franja nocturna a las "10 horas", en que se hace gasometría y sube el médico de guardia, y otro a la "1 de la mañana", en que se avisa a médico de guardia. La saturación no es del todo coincidente, pero se mencionan las intervenciones del médico de guardia y en el primer caso también la gasometría.

El argumento de la determinación de la 1 de la tarde por la secuencia temporal sería aceptable para situar esa controvertida anotación médica respecto de las demás escritas anteriormente en la misma página 34 del 16 de mayo o las correspondientes a los días previos. Y también respecto de lo escrito en los días siguientes (17 y 18). Pero no puede decirse lo mismo cuando se trata de deducir tal momento por el hecho de que la anotación cierre la página 34 y a continuación la 35 comience por la tarde, dado que el sistema empleado es el de doble hoja, de manera que en una (o las varias que sean precisas) se consignan las órdenes o apreciaciones de los médicos (en nuestro caso la página 34), y en la otra del mismo día que se une a continuación se recogen los comentarios o notas de enfermería (página 35).

También se opone a la tesis horaria defendida por la parte apelante el hecho de que tercera anotación en cuestión no venga firmada por el Dr. Guillermo (que hizo las dos primeras del día 16) como tampoco de Doña. Constanza, encargados de la paciente en planta, sino de un médico de guardia con firma distinta a las de aquél, lo que hace presumir que no es de la 1 de la tarde sino de un momento posterior a finalizar aquéllos sobre las dos y media-tres de la tarde su jornada normal de trabajo.

Además, el notario interviniente atestiguó que mientras estuvo en la habitación con la testadora, tras salir sus acompañantes a su llegada, no entró médico o enfermera ni estuvo nadie más. Es verdad que hubo un intervalo de aproximadamente casi una hora entre que salió a redactar a su despacho el testamento y regresó para su lectura y firma. Pero de su testimonio (para no hablar de otras pruebas) nada hace pensar que en ese espacio temporal se hubiese agravado de tal modo la situación de la paciente, pues cuando aquél volvió no apreció alteraciones sino una capacidad de juicio como la de antes.

Es otro hecho apreciado por este testigo, entre otras personas, que ese día la enferma materialmente hablaba o conversaba y no solo a base de monosílabos o medias frases sino durante mucho más tiempo que el considerado por los peritos Sres. Borja y Vidal. Otra cosa es el día 17.

2.3.7) En cuanto a la pericial del Dr. Roberto, ya hemos comentado su conclusión profesional en el sentido de que la testadora conservadas sus facultades cognitivas y volitivas con base en las dolencias concretas que le afectaban, los datos del historial y la demás información adicional apuntada más arriba, especialmente por la tolerancia de esta enferma crónica a los malos niveles de oxígeno y anhídrido carbónico, no solo porque lo diga la literatura científica (cosa igualmente admitida por los otros peritos, aunque en abstracto) sino por haberlo comprobado personalmente durante la estancia de la paciente en la UCI (aparte de otros casos de su vida profesional), además de la posterior información recabada al menos de Doña. Constanza, contrastado con los diversos niveles y demás contenido de la historia de aquel ingreso hospitalario. Todo ello sin negar, pues así lo informó, que la Insuficiencia Respiratoria se manifiesta como incapacidad para realizar esfuerzos físicos, disnea o sensación subjetiva de falta de aire, y que si no se corrige el déficit de oxígeno podría producir alteraciones de la función cerebral, como la falta de atención o concentración o la descoordinación motora, y hasta si el déficit es intenso la pérdida de conciencia e incluso la muerte; mientras que la retención de anhídrido carbónico podría producir dolor de cabeza, torpeza mental, somnolencia, confusión y hasta el coma; se corregiría con el tratamiento, incluida en su caso ventilación mecánica no invasiva (BIPAP) en que el paciente ha de estar consciente y orientado para colaborar (en casos extremos, ventilación invasiva con intubación y conexión a un respirador); pero cuando es crónica (EPOC), el organismo y el cerebro tolera cifras de oxígeno y anhídrido carbónico anormales, adaptándose de forma progresiva sin alteración de las funciones cerebrales superiores o la capacidad para concentrarse o tomar decisiones importantes y de responsabilidad. Para el Dr. Roberto éste era caso de Doña Paloma -madre el día del otorgamiento del testamento.

En el juicio insistió y explicó su conclusión: soportaba suficientemente bien los niveles detectados para tener una conciencia normal, entendida como ser capaz de entender y decidir por uno mismo, e incluso leer, como para hacer testamento, aunque otra cosa es la sensación de fatiga o limitación física o que el habla pueda ser entrecortada. El informe de los otros dos peritos sería a su juicio teórico para personas no crónicas puestas en condiciones agudas de poco oxígeno y mucho CO₂, pero no para una crónica como Doña Paloma y la tolerancia ya comentada, según lo que han visto y vivido como médicos, lo que significaría una conciencia



normal y dueña de sus actos, pese a la sensación de "hambre de aire" o la posible habla entrecortada o dificultosa. Aunque el protocolo fue simple, no incluyendo operaciones matemáticas o pruebas de memoria, le preguntaban y ella contestaba bien, estando en planta estable y con conciencia normal, orientada y colaboraba para podersele aplicar la BIPAP, creyendo que también podría efectuar operaciones aritméticas como antes.

2.3.8) Ya dijimos que la sentencia de primera instancia no basó su decisión sobre la capacidad en las presunciones, ni exclusivamente en la pericial del Dr. Roberto , sino todo ello en unión de lo percibido por otra pluralidad de personas.

Aparte del juicio de capacidad que consta en el testamento, es importante la testifical Don. Fabio , pues a su condición de tercero, notario, con una innegable preparación jurídica y experiencia profesional, se une la claridad, firmeza y en definitiva el poder de convicción de su declaración en el Juzgado de Primera Instancia, según ha podido comprobar este Tribunal de apelación a través de la grabación del juicio (CD 4). Pese a la cierta queja de las partes al echar a faltar en alguna medida otros posibles datos que no pudo decir el testigo por secreto profesional, lo cierto es que su testimonio no fue breve que digamos sino que a lo largo de los casi 40 minutos que duró dejó suficientemente clara la situación tanto en cuanto a la capacidad de juicio de la testadora como a la expresión de su voluntad. Además, el secreto se refirió a interioridades notario-cliente y mayormente a otros posibles actos notariales por los que una de las defensas insistía en preguntarle, pese a ser distintos del testamento, y que tampoco tendrían interés en el presente proceso (ni siquiera si el objeto era la identificación por conocimiento profesional previo de la testadora, hecho además reconocido por el testigo). Y, entre otras cosas, manifestó que llegó sobre las 12 horas, previamente avisado por alguien distinto de la testadora, hizo salir de la habitación a las otras personas que allí estaban, y ya a solas con ella, a puerta cerrada, procedió a su identificación y toma de sus datos del DNI original, no obstante conocerla de antes por motivos profesionales (si bien no todas sus concretas circunstancias personales). Mientras estuvo con ella no llevaba puesta ninguna mascarilla u objeto en la cara, boca o nariz visible. Estuvo de 20 a 30 minutos, apreciando de la conversación que "estaba normal" mentalmente. Más aún, le expresó su testamento "de forma clara y perceptible", sin consultar notas, "de viva voz", sin dudar en ningún momento, y así lo recogió el testigo en el documento. Fue ella quien facilitó los datos, incluidos los nombres y apellidos de hijas, nietos, contador y dirección de éste y del sustituto, y después los repitieron comprobatoriamente antes de salir el testigo para su notaría para redactarlo. Apuntó que la cuantía de la carga dineraria impuesta a la hija Doña Elisabeth , dentro de la cláusula 3ª, se la expresó la testadora en pesetas y él la escribió en euros. Si bien no le hizo ningún test o cálculos aritméticos por no creerlo necesario (incluso para testar puede ser uno analfabeto), sí le efectuó preguntas para asegurarse de su capacidad, además de lo que ella expresó. Dijo que si él hubiese tenido algún tipo de duda de capacidad no hubiese autorizado el testamento. No pudo juzgar el grado de insuficiencia respiratoria, pero aclaró que "sí puedo afirmar que ella se expresó correctamente y claramente", así como con rotundidad. Habló con mayor dificultad que nosotros, algo agitadamente, pero normalmente en el rato que estuvo con ella. Fue a su estudio profesional, redactó el documento y regresó al hospital aproximadamente hacia las 13 horas, y aunque Doña Paloma podía leer, se lo leyó el testigo en alta voz, después de advertirle de su derecho a leerlo y no querer hacerlo por sí misma, firmándolo (en el documento consta a las 13 horas y 40 minutos de ese día 16). Mientras habló con ella, no estuvo nadie más ni entró médico o enfermera en la habitación. Y no pidió el parecer de éstos por no serle necesario en la situación ya hablada para extraer el juicio de capacidad que hizo constar en el documento testamentario. Finalmente también dejó claro que nadie le dio minuta y que lo manifestado por la testadora no se trató de monosílabos sino algo mucho más amplio porque sino no hubiese redactado el testamento.

De las demás personas que estuvieron el día 16 con la enferma destaca el testimonio de Doña Juliana ("Peliteñida "). Respondió con naturalidad y claridad a todas las preguntas de manera totalmente convincente para el Tribunal. No hay porqué restarle valor por el hecho de ser la madrina de la demandada Doña Elisabeth , pues bien pudo tocarle cualquiera otra hija. Y es que se trata de una señora que era la mejor amiga de Doña Paloma desde niñas, hacía más de 70 años, y su principal confidente, manifestando querer y llevarse bien con todas las hijas de ésta, aunque a algunas las vea menos. Excepto el del ingreso, visitó los restantes días a su amiga. El día 16 relevó por la mañana temprano a " Perversa " (que había pasado la noche), y aunque apreció que Doña Paloma respiraba peor, estaba mal, o no podía hablar como siempre, aseguró que hablaba, conocía y entendía perfectamente, tanto antes de llegar el notario como después de marcharse, teniendo sus facultades mentales perfectas. Su amiga le encargó el día antes avisar al notario para testar. La testigo estaba presente cuando vino el notario y fue a la cafetería mientras éste estuvo en la habitación con la testadora. Después de irse volvió a hablar con ella y la vio mejor, más tranquila, diciéndole que había incluido en el testamento a su hija Leticia .

La hija Doña Elisabeth estuvo siempre a lo largo de la hospitalización. El 16 llegó por la mañana y fue con " Peliteñida " a tomar un café mientras estuvo el notario a solas con su madre en la habitación. Negó que a la 1 de la tarde se les informara de la hipoxemia y gravedad, sino que estaba perfectamente y consciente, su



madre hablaba, respondía y razonaba perfectamente. El empeoramiento fue a partir de la noche del 16 al 17. Confirmó que su madre había pedido a " Peliteñida " llamar al notario para hacer testamento y al no poder ésta localizarle lo hizo después la hija Doña Paloma . Más aún: el día 13 o 14, estando también ésta, le dijo a la declarante que le iba a dejar un piso y la farmacia (el local), que prometiese no venderla, y que ayudara con la renta a su hermana Paloma (en silla de ruedas), como así sucedió.

La hija Doña Paloma fue todos los días. Confirmó haber avisado al notario porque su madre se lo había pedido a " Peliteñida " para hacer testamento y no conseguirlo ésta. También que el notario estuvo a solas con su madre, y que estaba lúcida completamente. Aunque sabían que estaba grave, hablaba y conversaba con la declarante y el resto de la gente. Se quitaba la mascarilla. Incluso rezaba oraciones y le manifestó que le diesen una moneda de oro a varios sobrinos como recuerdo de su tía. Igualmente coincidió con su hermana en lo que oyó decir a su madre el día 13 o 14 sobre dejarle a Doña Elisabeth la farmacia, no venderla y velar por su hermana Doña Paloma .

La hija Doña Sofía estuvo varias veces el día 16, entre otras ocasiones, pero no cuando el notario. Afirmó que, aparte de la información de "pasillo" que recibía como matrona, su madre hablaba normalmente con las personas que le visitaban, salvo ratos en que tenía tratamiento de aerosoles, estaba totalmente lúcida, y no llevaba la mascarilla BIPAP todo el tiempo, teniendo que decirle que se la pusiese.

La hija Doña Cecilia , aunque fue todos los días bastantes horas, ya se había marchado el día 16 cuando lo del notario. Hablaba de las cosas normales entre madre e hija y con la demás gente. No especificó mucho. E incluso relató que ingresó el 9 de mayo, por recomendación de su primo médico del Modelo (Don Isidoro), si bien no fue en ambulancia sino en silla de ruedas, cruzando la calle (vivía enfrente), y lo hizo también hablando normalmente con la declarante.

El nieto Don Gerardo , estuvo todos los días en planta, y dice que hablaba normalmente y le preguntaba por su vida y como iban sus estudios. El día 16 estuvo un par de horas por la mañana y su abuela se interesó por sus clases, etc, hablaba y se la entendía perfectamente, quitándose la mascarilla. Ningún día notó ningún desequilibrio mental, aunque el 17 al principio de la mañana hablaba menos, no fluido, algo decía, e hizo un chiste.

La sobrina Doña Agustina (Perversa ") la visitó una vez en la UCI, otra en la habitación y pasó con ella la noche del 15 al 16 por la mañana en que la relevaron algunas hijas y " Peliteñida ". Recuerda que Doña Paloma pasó bien la noche y el detalle de lo que hablaron con ocasión de dar siempre las gracias y haberse interesado por una medicación que le dieron para la fiebre. A la pregunta de si todas las veces hablaba y entendía perfectamente dijo que exactamente igual que siempre.

El sobrino Don Daniel (hijo de un primo de Doña Paloma -madre muy querido), que dijo haber mantenido siempre una relación familiar de profunda cercanía y afecto, aconsejándola en los asuntos jurídicos que le preguntaba, y fue designado en el testamento contador partidor, la visitó una vez en la UCI y dos en la planta. Importante es su narración de lo sucedido unos 4 días antes de morir (probablemente el 13 o 14) en que su tía le comentó su voluntad de hacer testamento y todas las disposiciones que luego plasmó, aunque no le dijo que iba a ser el contador, ni especificó la cuantía de la carga dineraria que quería imponer en una de las cláusulas. En cuanto a su capacidad mental en ese momento: "plenamente consciente, razonable y sabiendo lo que decía". La siguiente vez estaba igual. Se quitaba y ponía la mascarilla. No limitándose a monosílabos, pues le decían que no hablase demasiado, recordando incluso en la UCI reírse juntos.

Don Isidoro , hermano del anterior testigo, y neuroradiólogo del Hospital, aunque no trató a su tía, contestó sobre la tolerancia que él ni siquiera se había percatado nunca de los problemas respiratorios. Por trabajar en el mismo Centro la visitó todos o casi todos los días y hablaba coherente, con tendencia a quitarse la mascarilla para hablar, no con monosílabos sino conversación, y absolutamente en su sano juicio. Añadió que era una mujer muy habladora y le contaba anécdotas y cosas del pasado.

Doña Marcelina , empleada del hogar, no dijo mucho al respecto, pero sí que visitó a Doña Paloma 2 o 3 veces, hablaba pero poquito, y le pidió que le rezara, estando de cabeza como siempre, aunque más bajito la voz, y "estaba muy malita".

La nieta Doña Gloria no especificó más que vio bien a su abuela y hablaba sacándose la mascarilla la única vez que la visitó (día 14).

Don. Teodoro (anestesiología y reanimación del Hospital), trató a la paciente en la UCI y no la vio en planta. Poco aclaró, aunque dijo que respondía a las preguntas, cree que comprendía y en su opinión estaba en su sano juicio.



Finalmente decir que Doña. Constanza , neumóloga del Hospital y encargada con Don. Guillermo de la paciente en planta, reconoció lo elevado de un pCO2 de 72 y que tenía otras afecciones y que a veces estaba somnolienta, pero que lo toleraba relativamente bien, añadiendo más adelante que había desarrollado una tolerancia progresiva, como todos los pacientes crónicos, a diferencia de otras personas puestas en esa situación repentinamente. No pasó visita el día 16, pero de lo que sabe y las veces que estuvo con la paciente podía hablar sin el BIPAP, estaba consciente, orientada, y respondía coherentemente, no teniendo afectadas las facultades superiores, aunque sí momentos de somnolencia, aclarando que no tuvo conversaciones sino que le preguntaba cosas concretas por razones médicas acerca del dolor, fatiga etc, y respondía adecuadamente. El empeoramiento más manifiesto se produjo la noche del 16 al 17. El día 17 ya estaba muy mal, y aunque al principio le retiró el BIPAP, porque no lo quería al no poder aguantarlo más, pareciéndole que estaba en condiciones, a lo largo de la mañana ya no, hablaba con monosílabos y desconectó con el medio (estupor).

Con todo lo dicho no creemos sinceramente que todos se hubiesen equivocado en sus apreciaciones ni mucho menos que hayan mentido o estuvieran confabulados en contra de la demandante.

2.4- Por todo lo razonado, y pese a los esfuerzos de la defensa de la parte actora-apelante exprimiendo al máximo los argumentos a favor de su tesis, la conclusión debe ser la ya adelantada, al no poder considerar el Tribunal errónea la valoración probatoria y decisión sentenciada en primera instancia sobre la cuestión analizada.

TERCERO .- La cuestión relativa a la nulidad del testamento por la alegada falta de formalidades legales en su otorgamiento.

3.1- La sentencia apelada consideró respetadas las formalidades sobre la identificación de la testadora (art. 685 Código Civil), al haberse efectuado mediante su Documento Nacional de Identidad, además de que el notario actuante ya la conocía personalmente con anterioridad, sin que la aportación del DNI con la demanda o lo sostenido en la misma significase que lo tuviera en su poder la demandante y no la testadora al testar ni sobreponerlo a la fe pública notarial e incluso a lo manifestado en el juicio por el propio notario.

También rechazó el alegato basado en la infracción del artículo 184 de la Ley de Derecho Civil de Galicia por falta de testigos ante la situación de una testadora que no podría leer en las condiciones en las que se encontraba. Ese presupuesto de hecho no habría sido acreditado en forma alguna, ni siquiera por los peritos de la parte actora. El BIPAP, con el consiguiente uso de mascarilla, no significaría que no pudiera quitársela y leer normalmente, colocándose si fuera preciso las gafas. Y en el testamento se habría hecho constar haberlo leído el fedatario íntegramente y en alta voz a la testadora, y que ésta, declarando saber y poder leerlo, renunció a este derecho advertida de ello y manifestando ser enteramente conforme con su voluntad, firmándolo así. A lo que se añadiría la testifical del mismo notario al respecto.

3.2- En su recurso (páginas 66 a 68), la parte apelante no impugna lo resuelto en la sentencia de primera instancia sobre la identificación de la testadora mediante su DNI y conocimiento personal, pero insiste en la otra infracción alegada, por errónea valoración de la prueba. Las condiciones físicas tan precarias no permitirían a la testadora poder leer por sí misma las disposiciones testamentarias, lo que legalmente exigía la presencia de testigos so pena de nulidad, conforme al artículo 184 LDCG, al igual que el 697 del Código Civil y la jurisprudencia, resultando indiferente la declaración del testador sobre su capacidad para leer o firmar (así la STS de 16/6/1997).

3.3- Se desestima el motivo.

3.3.1) En el Derecho Civil de Galicia no es necesaria la presencia de testigos en el testamento notarial abierto ordinario, salvo que lo solicite el testador o el notario, o el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir (arts. 183 y 184). Bajo el régimen del Código Civil igualmente deberán concurrir, entre otros supuestos, cuando el testador declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento (art. 697-2º).

3.3.2) Si una persona sabe leer, entonces hemos lógicamente de presumir que también puede hacerlo, salvo impedimento probado. La carga de la prueba de lo contrario recae entonces en la demandante que se apoya en ello para lograr la nulidad por infracción de formalidades testamentarias al respecto.

En el presente caso, Doña Paloma -madre era una persona instruida, por lo que hay que presumir que podía también hacerlo cuando otorgó el testamento, no obstante hallarse hospitalizada desde días antes. La prueba pericial contraria en que se basa la tesis de la apelante sobre la cuestión no tuvo éxito, según lo ya explicado ampliamente en el anterior Fundamento de Derecho; el fedatario hizo constar expresamente en el testamento, y lo corroboró como testigo, que la testadora declaró saber y poder leerlo, aunque renunció a hacerlo por sí misma, haciéndolo en su lugar aquél, y que lo leído era enteramente conforme con su voluntad; también testificó que a su presencia no llevaba puesta mascarilla ni nada en la cara; lo que concuerda con el sistema de ventilación mecánica no invasiva (BIPAP) de mascarilla facial dos horas a la mañana y a la tarde, más lo que



aguantara por la noche, que se le estaba aplicando a la paciente (así en las dos primeras anotaciones médicas del día 16 de mayo del historial, página 34 obrante al folio 287 del procedimiento judicial; o lo testificado por la neumóloga, Doña. Constanza , al respecto), y que ella misma se podía quitar; como resulta igualmente de lo manifestado en el juicio por otras personas que la visitaron o que la trataron profesionalmente y también conversaron con ella; por lo que es igualmente lógico y convincente el razonamiento de la sentencia apelada en orden a poder quitarse la máscara y leer normalmente, colocándose si fuera preciso las gafas, si hubiese querido.

CUARTO .- La pretensión subsidiaria de nulidad del legado de la cláusula testamentaria cuarta en relación al chalet por desconocer la testadora que no le pertenecía.

4.1- La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión por cuanto no se habría acreditado tal ignorancia y por tanto el presupuesto de hecho para la aplicación de la norma, sino que la testadora sería consciente de que el objeto del legado no le pertenecía, al menos en su totalidad, y prueba de ello sería la escritura de compraventa de 8/8/1980 en la que la demandante vendería a su madre la participación de 8,333 % en los solares de las CALLE000 n° NUM000 y NUM001 , en el que se ha construido el chalet, y CALLE001 . No estaríamos ante un legado de cosa ajena en que la testadora ignorase esa circunstancia, al recaer al menos parcialmente sobre un bien ganancial, válido conforme a los artículos 205 a 207 LDCG , o ante un legado de cosa parcialmente ajena, sabiendo la testadora que lo era, o de cosa ganancial, o ante un legado en que la testadora solo tenía una parte o un derecho en la cosa legada, o ante un legado de valor, en cualquier caso válido, según los artículos 861 y 864 del Código Civil .

4.2- En el recurso de apelación (páginas 68ss) se alega errónea valoración de la prueba y en la aplicación del Derecho, pues el chalet habría sido construido constante matrimonio sobre dos fincas registrales pertenecientes privativamente a Don Sabino , padre de la demandante y esposo de la testadora, fallecido en 1971, sin testamento y cuya herencia permanecería sin dividir, por lo que el chalet tendría igual carácter privativo, conforme al artículo 1359 del Código Civil , y Doña Paloma -madre no tendría participación alguna en ese bien sino la cuota legal usufructuaria, como tampoco Doña Leticia le habría vendido su derecho hereditario, por lo que no podría transmitirle la participación sobre el inmueble que dijo ostentar en la referida escritura, al estar indivisa la herencia del padre, formando parte de la comunidad hereditaria. Estaríamos por todo ello ante un legado de cosa ajena en que la testadora desconocería al ordenarlo que el bien no le pertenecía, siendo nulo conforme al artículo 862 del Código Civil , como también resultaría de lo testificado por el Sr. notario cuando dijo que habría redactado la cláusula de otra manera si le hubiese dicho que no le pertenecían los bienes.

4.3- Se desestima el motivo, porque a las razones del juzgador de instancia, y al margen del tratamiento que merezca el contrato de la escritura de 8/8/1980 antes mencionada, debemos añadir lo siguiente:

La tesis de la parte apelante se construye sobre el artículo 1359 cuando en su párrafo 1º dispone: "Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho."

Pero se trata de una norma vigente a partir del 8/6/1981, pues con anterioridad a la Ley de reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 su equivalente era el artículo 1404 en su versión original, el cual asentaba un principio de accesión opuesto al actual: "Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca".

En consecuencia, si el chalet incluido en el legado en cuestión había sido construido constante matrimonio, y por tanto con dinero presuntivamente ganancial, sobre finca privativa de Don Sabino , padre de la actora y esposo de la testadora, habiendo aquél fallecido en 1971, el chalet tendría carácter ganancial, conforme al artículo 1404 del Código Civil en su versión anterior a la reforma de 1981 entonces vigente.

QUINTO .- La cuestión sobre la validez y eficacia o no de los contratos de compraventa de 18 de mayo de 2005 (participación del 58% sobre el solar de la CALLE001 , chalet y enseres), 27 de noviembre de 2005 (pisos de la PLAZA000), y 27 de diciembre de 2006 (local de la planta baja).

5.1- La sentencia de primera instancia, tras considerar el contenido de los tres contratos en relación a la doctrina y jurisprudencia sobre la simulación, especialmente por inexistencia de precio real de la compraventa, apreció indicios suficientes que, apreciados en su conjunto, llevarían necesariamente a la conclusión de que los documentos privados de compraventa litigiosos serían simulados, obtenidos con aprovechamiento de firma



en blanco o, en cualquier caso, carentes de precio real y efectivo, con su consecuente nulidad o inexistencia de los contratos por faltar la causa onerosa propia de la compraventa.

Tales indicios fueron los siguientes: 1) La relación de parentesco entre las otorgantes de tales contratos, madre e hija, las cuales no guardaban una buena relación. 2) Que el precio es confesado recibido, sin constancia o rastro alguno de su existencia real. 3) El escaso periodo de tiempo entre los contratos, sin constancia de la necesidad o utilidad de esos importantes desplazamientos patrimoniales. 4) Que Doña Paloma -madre no tenía necesidad económica de realizar esas transmisiones al disponer de medios suficientes para vivir holgadamente y con comodidad. 5) Falta de justificación de la capacidad económica de la demandante para pagar las importantes cuantías fijadas como precio de las compraventas, al no haber efectuado la declaración del IRPF ni del patrimonio en los ejercicios 2000 a 2007, y no bastaría con la testifical de su socio abogado. 6) La ausencia de huella o rastro alguno, ni de salida del patrimonio de la compradora ni de entrada en el de la vendedora, de tan importantes cantidades de dinero. 7) El carácter vil o irrisorio del precio de las tres compraventas, según ambas periciales al respecto y las máximas de la experiencia para inmuebles en zonas céntricas y altamente cotizadas de esta ciudad. 8) La falta de constancia alguna de esos contratos ni conocimiento de los mismos por parte de familiares o amigos hasta después del fallecimiento de Doña Paloma -madre, habiéndose liquidado también posteriormente el impuesto de transmisiones patrimoniales. 9) El otorgamiento de esos contratos privados es contrario al carácter y forma de ser de la difunta Doña Paloma , que tendía a conservar unido el patrimonio familiar. 10) Que el testamento un año y medio después es contrario al tenor de esas transmisiones. 11) El sospechoso formato de los tres documentos privados de compraventa, idénticos en su texto, formato, grafía, ubicación de las firmas, contenido contractual..., de donde pudieran haberse realizado en unidad de acto.

Añade la sentencia que tales indicios pudieran no ser significativos y concluyentes tomados individual y separadamente, pero sí en su conjunto y valorados en relación con las circunstancias familiares, sociales y económicas de las otorgantes, llevando a presunción fundada a través de un proceso de inferencia lógico con arreglo al principio de "normalidad" y criterio de la "oportunidad" entre las varias causas posibles, que los tres documentos privados de compraventa serían simulados o, en cualquier caso, carecerían de precio, debiendo concluirse la nulidad o inexistencia de los mismos por falta la causa onerosa propia de la compraventa.

5.2- Se alega en el recurso de apelación (páginas 73 a 100) errónea valoración de la prueba por prescindir la sentencia de la practicada sobre la realidad del precio y los tres recibos de pago suscritos por Doña Paloma -madre, uno por cada contrato. No se trataría solo de un precio confesado dando la correspondiente carta de pago sino recibido, correspondiendo la carga de la prueba de lo contrario a quien lo niega.

Además se reprocha a la sentencia imprecisión por no decantarse entre la simulación contractual y el abuso de firma en blanco, que serían incompatibles entre sí, no pudiendo apreciarse esta última por el archivo de la causa penal y por no haber sido objeto de prueba directa el dolo o el engaño, no pudiendo serlo mediante presunciones. Se añade la presunción de causa del artículo 1277 del Código Civil . Y no se habría demostrado la causa simulandi para justificar la simulación; la ausencia de buena relación entre madre e hija lo descartaría. No podrían tener causa distinta que la compraventa.

Sobre los indicios de simulación la valoración sería igualmente errónea. Se analizan las pruebas para sostener: que la ausencia de buenas relaciones sería opuesta a la simulación; que la ausencia de rastro del precio real sería solo bancario e insuficiente frente a la prueba de su entrega efectiva expresada en los tres contratos y sus recibís, en relación a su jurisprudencia de resultar perfectamente posible, como en los casos de opacidad fiscal; que existirían suficientes indicios de que Doña Paloma -madre tuvo necesidades económicas para destinar el dinero al sostenimiento de sus muchos gastos antes del traspaso de la farmacia en 2007 y reclamación de contribuciones de su cuñado con suspensión de entregas en 2005; igualmente que era una persona acostumbrada a vivir holgadamente con muchos gastos de considerable importe, y no habría dispuesto de sus fondos de inversión ni cargos de la casa en las cuentas corrientes, habiéndole incluso prestado dinero alguna de sus hijas; que hacía sus pagos en metálico; que por todo ello perfectamente podría querer una importante cantidad de dinero en efectivo que garantizase su independencia y solvencia durante su vejez; que la capacidad económica de la demandante vendría corroborada por el abogado Don Jaime sobre el patrimonio inmobiliario y negocios, además de su 50% de la SL que explota la farmacia, y Doña Paloma -madre le habría comentado tras el traspaso que le había vendido a Doña Leticia alguno de los inmuebles; que un precio inferior al real o de mercado no obstaría a la validez y eficacia de los contratos y tampoco sería un precio insignificante o vil, sino acorde a las circunstancias de pago por adelantado, acceso a la propiedad a la muerte de la vendedora e inmuebles alquilados con rentas antiguas, además de las obras que tuvieron que hacerse en el local; que nada probaría el desconocimiento de los contratos por otra gente y el pago del impuesto tras el fallecimiento demostraría su realidad; que el carácter de Doña Paloma -madre reafirmaría también su existencia y alejaría la tesis del abuso de firma en blanco, hasta seis firmas entre contratos y recibís incluso con pequeñas frases



manuscritas; que a ello se uniría la falta de capacidad de la testadora al testar, si bien realmente serían los contratos los que permitirían sustentar tal incapacidad; y la prueba de la policía científica en las diligencias penales se opondría a las sospechas sobre la similitud u orden de confección de los contratos.

5.3- No se parecían motivos bastantes para considerar errónea la razonada y convincente valoración sentenciada en primera instancia sobre la cuestión, que el Tribunal de apelación comparte.

5.3.1) Es verdad que el abuso de firma en blanco resulta contradictorio con una acurdo simulador entre las partes de un contrato, pero no con la ausencia de precio real.

Además, la extinción de la acción penal no supone la de la civil, como tampoco el archivo de un procedimiento penal o una sentencia penal absolutoria prejuzga la responsabilidad exigible en un posterior proceso civil, excepto que se hubiese declarado expresamente probada la inexistencia del hecho mismo en que se funda la acción civil o que la persona acusada no tuvo participación alguna (art. 116 Lecrim), al no quedar tal acción definitivamente resuelta ni agotada o consumida, a diferencia de la vinculación que produciría si se tratase de una sentencia condenatoria firme. Por otro lado, los principios y reglas de valoración probatoria en el proceso civil no son exactamente los mismos que en el penal, al admitirse entre otras cosas el juego de las presunciones.

En todo caso, basta con la acreditación por cualquier medio (incluida la prueba de presunciones) de la ausencia de precio real de la compraventa para su nulidad por falta de causa.

5.3.2) La simulación es una situación contractual o jurídica anómala que se produce cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia misma del vínculo convencional (simulación absoluta), ya sea de otro tipo de negocio que se trata de encubrir (simulación relativa), suponiendo en definitiva una divergencia o contradicción con la realidad verdadera. Por ello ciertamente no se presume nunca; al revés, lo que se presume legalmente es la existencia y licitud de la causa (art. 1277 Código Civil); que, tratándose de una compraventa, sería una causa onerosa y no gratuita. Como indica la STS de 24/4/2013 : "La simulación absoluta es cuestión atinente a la causa del negocio, que suele encuadrarse en los "contratos sin causa" de que habla el art. 1275 del Código Civil y en la "expresión de una causa falsa" de que habla el art. 1276 del Código Civil cuando no encubre una causa verdadera, supuesto en que se trataría de una simulación relativa".

De lo expuesto en relación a las reglas generales sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC) y en materia de presunciones, ya legales (art. 385) ya judiciales (386), construidas sobre un hecho-base o indiciario demostrado, está claro que corresponde a quien sostiene la nulidad por simulación o falta de causa asumir el peso de su demostración. Así también la jurisprudencia (STS de 30/4/2013 entre las recientes).

Ahora bien, aunque la simulación sea finalista y no surja por azar, el hecho de que no haya podido averiguarse o demostrarse el verdadero propósito, no significa que no pueda ser declarada su nulidad si se prueba la falta de causa real, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 15/3/1995 "en ningún sitio consta dicho por esta Sala que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria".

La jurisprudencia ha destacado la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa por simulación absoluta por la falta del elemento esencial del precio, causa del contrato oneroso (arts. 1261-3 °, 1274 , 1275 , 1445 del Código Civil ; STS de 1/10/1990 , 26/3 y 21/10/1997 , 19/12/1998 , etc).

Es verdad que en el sistema del Código Civil, el precio justo no es requisito esencial de una compraventa, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano y en algunos Derechos forales, por lo que la posible desproporción entre lo vendido y lo pagado, en tanto sea cierto el precio, no invalidaría o haría ineficaz el contrato (STS de 16/10/1965 , 5/2/1971 , 14/6/1973 , 25/4/1981 y 20/7/1993 , entre otras). Pero un precio vil o muy bajo y desproporcionado es un indicio muy importante a valorar con los restantes de la existencia de una simulación absoluta y consecuente nulidad contractual por falta del elemento esencial del precio, causa del contrato oneroso (arts. 1261-3 °, 1274 , 1275 , 1445 del Código Civil ; STS de 25/4/1981 , 1/10/1990 , 20/7/1993 , 4/11/1996 , 26/3 y 21/10/1997 , 19/12/1998 , 6/2/2003).

Aquí correspondería a los compradores la carga de la prueba de la existencia del precio y pago, por tener en su mano los datos y justificaciones (STS de 6/2/2003 y las que en ella se citan).

Y, como es sabido, el convencimiento del tribunal al respecto casi siempre se tiene que lograr mediante pruebas indirectas o de presunciones, dada la habitual imposibilidad de obtención de reconocimientos o de pruebas directas de las maniobras realizadas para aparentar un contrato verdadero o un precio que realmente no lo es y para hacer desaparecer los vestigios comprometedores (STS de 28/2/1991 , 19/10/1993 , 7/2 y 23/7/1994 , 30/7/1996 , 31/12/1999 , 27/11/2000 , entre otras).



Puntualizar también que en el caso enjuiciado no cabría la alternativa de la simulación relativa de la donación remuneratoria porque, además de que no se alega y que los documentos fueron de compraventa y no de donación o de otro tipo, lo cierto es que la jurisprudencia, acallando anteriores polémicas, cambió el criterio interpretativo en relación con la donación encubierta, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 11/1/2007, seguida por otras de 20/11/2007, 4/3 y 5/5/2008, 4 y 27/5/2009, 21/12/2009, 28/11/2011, 30/4/2012, doctrina confirmada por la del Pleno de 16/1/2013, contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, sea pura o remuneratoria, cuando se trata de bienes inmuebles, siendo solamente válida cuando se otorga escritura pública de donación que visualice el "animus donandi", con el requisito "ad solemnitatem" del artículo 633 del Código Civil.

5.3.3) Que la parte demandada, que impugna los contratos de compraventa y que no intervino en los mismos, desconozca sus interioridades y no haya podido demostrar la finalidad simulatoria ya dijimos más arriba que no impide declarar la nulidad cuando, como sucede en el caso enjuiciado, se demuestra que los contratos carecen en todo caso de precio real. Pero es que en las circunstancias contempladas en la sentencia lo extraño es lo contrario, es decir que tuvieran una finalidad verdadera, pues es muy poco creíble y no resulta explicable, como no fuera para encubrir otra cosa que no sabemos (si es que no se trató de un abuso de firma).

5.3.4) Las relaciones entre la demandante y su madre realmente no eran malas, aunque a ésta le disgustase la falta de contacto durante varios años o ciertas actividades o le hubiese decepcionado en ocasiones en el pasado. De hecho la incluyó al mismo nivel que la mayoría de los otros sucesores en su testamento, y hasta según el mismo abogado Don Jaime (CD 4) fue la madre la que sugirió a los otros socios, con ocasión de las negociaciones del traspaso arrendaticio, que su hija Doña Leticia participara en la sociedad explotadora de la farmacia, consiguiéndolo y alegrándose por ello.

Es verdad que en los tres contratos consta que se paga el precio al contado o en metálico a petición de la vendedora, dando carta de pago, y a mayores están los respectivos recibís también firmados por Doña Paloma -madre, pero no puede minusvalorarse el hecho de la innegable ausencia de cualquiera otra prueba o indicio, especialmente vestigios documentales bancarios o similares, no solo de la salida del dinero del patrimonio de la hija sino también de su entrada en el de la madre, pues resulta del todo punto anormal e inhabitual y no se puede aceptar en principio entregas materiales de dinero en cuantías tan elevadas como en el presente caso (suman 672 mil euros), que se suponen pagadas todas ellas a tocateja en las tres veces en un periodo de apenas año y medio (150 mil, 400 mil y 122 mil euros), cuando consta acreditado que ni siquiera se presentó declaración del IRPF y del Patrimonio de la supuesta pagadora durante esos ejercicios y otros más anteriores, ni se aportó la lógica documental que necesariamente debería existir acerca de sus alegadas propiedades, participaciones societarias y negocios, para intentar hacer ver su capacidad económica e intentar contrarrestar los indicios en contra. Si no se aportó esta documental, pese a su disponibilidad y facilidad probatoria por la demandante, hemos de entender que es porque no le interesaba, ya fuera porque no estaba a su nombre, ya porque no generasen rendimientos o ingresos o no serían significativos, ya porque se trataría de una sociedad con personalidad jurídica y patrimonio propio y no exactamente de los socios o de la demandante, ya porque no habría reparto de beneficios o sus resultados no los justificarían, etc. Y es que además hablamos de mucha liquidez y montantes muy elevados, que no es lo mismo que aquellos otros casos contemplados por los tribunales de pago de cuantías pequeñas o razonables para poder creer que el comprador dispone de ellas en metálico en su casa o en otro lugar por el estilo y que el comprador pudo guardar o gastar sin conocerse su destino.

De las pruebas practicadas sí aceptamos que la demandante reside en una vivienda unifamiliar fuera de A Coruña y que es titular del 50% de las participaciones de la SL explotadora de la farmacia ubicada en el bajo del edificio de la PLAZA000. Lo demás es dudoso y en cualquier caso no justifica la importante liquidez de que hablamos. La sola declaración al respecto del abogado don Jaime, que a su vez es socio de la SL de la farmacia, no es suficiente, ni siquiera complementada con lo manifestado por alguna de las hermanas de Doña Leticia de haberle oído hablar genéricamente de ello que no de manera concreta ni frecuente ni constatada ni necesariamente creída.

Tanto o más importante es la absoluta falta de vestigios de la entrada de esas importantes cantidades dinerarias en el patrimonio de Doña Paloma -madre. De las declaraciones escuchadas, no solo de las hijas y nietos demandados, sino también de su íntima amiga " Peliteñida ", así como del contador testamentario y los testimonios de las dos empleadas de bancos o caja de ahorro en que tenía cuentas (Doña Lidia y Doña Pura, CD 5), además de la empleada de la gestoría (Doña Guadalupe, CD 5), extraemos la conclusión de que Doña Paloma era una señora anciana, honrada y de vida y economía ordenadas, que vivía sola en una casa grande en la zona de ciudad jardín (sin perjuicio de los apoyos familiares y domésticos), cuyas cuentas bancarias no reflejan ingreso alguno que pudiese corresponder con el de las supuestas compraventas, ni se le halló en la casa ni en la caja fuerte (abierta por cerrajero tras su muerte a presencia de la demandante y demás



interesados, así como del contador) ni en otro lugar, no siendo creíble ni nadie le vio o supo que se hubiera gastado o dilapidado los más de 600 mil euros en los escasos años que tardó en morir, cuando tampoco era ludópata ni drogadicta ni persona de vida desordenada por el estilo, sino al contrario, y si bien vivía cómoda u holgadamente (más aún con el dinero cobrado por el traspaso y la nueva renta del arriendo del local destinado a farmacia), lo hacía en su ancianidad, sin derroches y sin necesidades económicas especiales (menos aún apremiantes) ni para meterse en líos fiscales.

Es más, según confirmó el testigo Don Alejo (CD 5), que desde hacía años era quien le hacía las reparaciones de albañilería y demás de la casa, no le encargaba grandes trabajos sino pequeñas reparaciones ("gastaba poco", "a tapar solo"), excepto la del tejado en 2006-2007 que le pagó, como siempre, en metálico en tres veces, por un total de 6 mil euros (que también tiene reflejo bancario). El acta de presencia notarial de 15/1/2009 aportada por la parte actora sobre el mal estado de la casa no contradice sino que más bien confirma lo que decimos, pues si la moradora hubiese verdaderamente cobrado el dinero de las compraventas lo lógico es que hubiese arreglado la casa de arriba abajo y todavía le sobraría la mayor parte; a sensu contrario, si no la arregló sería porque no disponía de tanto dinero y no quería gastar el de sus cuentas en tanta reformas. Pero es que además, el testigo Don Alejo dijo que Doña Paloma no usaba las dependencias en peores condiciones, cosa lógica en una casa grande para ella sola.

Que ninguna de las hijas o familiares próximos, como tampoco su íntima amiga y principal confidente, "Peliteñida", supieran una palabra ni del dinero ni de la venta de los contratos en cuestión, hasta que la demandante se lo comunicó tras el fallecimiento de su madre, es otro importante indicio, pues a todos ellos les resulta absolutamente sorpresivo e inconcebible que nada les hubiese consultado ni dicho ni que se hubiesen tampoco enterado por cualquier otro motivo. Por lo que se ve, los únicos que lo sabrían eran la demandante y su socio el abogado Don Jaime, y éste de manera anecdótica y extremadamente imprecisa que bien pudo incluso dar lugar a una confusión, pues reconoció el testigo que tampoco prestaba en eso atención allá hacia el 2007 (pongamos, por ejemplo, con la venta de la hija a la madre de la escritura de 8/8/1980). Otro dato es que no resulta muy lógico que ésta no le hubiera contado ya entonces al abogado-socio que había vendido el local de la farmacia (o nuda propiedad) a su hija Doña Leticia.

Las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia apelada sobre el carácter o forma de ser de Doña Paloma - madre, económicamente conservadora y de fuerte convicción en orden a no vender el patrimonio familiar sino a mantenerlo unido hasta su muerte, entre ellas las testificales de "Peliteñida" y de las dos empleadas de banca y de la gestoría antes nombradas, con su reflejo en los extractos de la cuentas, son indicios también convincentes en el concreto contexto analizado contra la realidad de las compraventas, y más aún cuando si aquélla hubiese tenido realmente necesidad le habría bastado con vender un solo inmueble, mientras que aquí se trata de la casi totalidad de su valioso patrimonio inmobiliario: el 58% sobre el solar de la CALLE001 nº NUM002 y sobre el chalet de CALLE000 y enseres, las viviendas NUM003 NUM006 e NUM007, NUM004 NUM006 e NUM007, y NUM005 NUM007, así como el bajo comercial de la PLAZA000.

Es verdad, y ni en la sentencia apelada ni en la presente se niega, que la suma de los importes consignados como precio en los documentos contractuales en cuestión es cuantitativamente muy importante, y desde este punto de vista podría no ser adecuado hablar de vileza del precio, pero sí comparativamente dada la gran desproporción a la baja en relación a los precios reales de mercado por los inmuebles, todos ellos situados en unas de las más caras zonas de la ciudad. Que el primer contrato se refiera a un 58% y los demás estuviesen arrendados incluso desde antiguo o que los contratos mantuviesen a Doña Paloma en usufructo vitalicio, no altera la conclusión alcanzada, pues aparte de la edad avanzada de la madre, sigue habiendo una gran diferencia económica, tanto tomando los resultados de la tasación pericial de Don Alejo para la parte demandada (informe a los folios 444ss y declaración en CD 9), como la del perito Don Jose Pedro para la parte actora (informe en archivador separado y CD 9): salvo e.u.o.i el valor total de éste, que ya tuvo en cuenta los ajustes por los arriendos, alcanzarían los 2.341.000 euros frente a los 672 mil euros de los documentos privados (aproximadamente solo un 29% del real); si atendemos a Don Alejo, e incluso sustituimos por el Don Jose Pedro el valor que le otorga a aquel 58% en proindiviso, la diferencia es muy superior. Si ya es difícil de creer en el contexto y circunstancias del caso enjuiciado que Doña Paloma hubiese querido vender, más lo es todavía hacerlo malvendiendo manifiestamente la casi totalidad del patrimonio inmobiliario, privando además de ello a las restantes hijas, como mínimo tan queridas como la demandante (incluso se supo en el juicio la cierta predilección de aquélla para con Doña Elisabeth y Doña Paloma), sin tener tampoco una concreta necesidad o razón para una actuación tal.

El testamento desconoce absolutamente las ventas que se supone había efectuado la testadora dos o tres años antes. Y ya dijimos que ésta estaba en su cabal juicio cuando lo otorgó. Coincidimos con el juzgador de instancia en que es otro indicio contrario a la realidad de los contratos. No creemos sinceramente que una buena señora como ella, que se encuentra gravemente hospitalizada y que no sabe si va a volver a salir



(quizás incluso presentía su final), y de la que incluso hemos conocido que rezaba en el Sanatorio y pedía a otras personas que rezasen por ella (obviamente pensamos que más que por temor era por sus convicciones y la necesidad que sentía en esos momentos de ponerse en paz con Dios), no creemos decimos que en esa situación su intención al disponer en el testamento de los inmuebles fuera precisamente la de deshonorar su palabra y actos anteriores (después de supuestamente haberse quedado con el dinero), deshacer unos contratos verdaderos y sustraerle sus derechos a una hija, sino que lo presumible racional y razonablemente es que si lo dispuso así es porque seguía considerándolo suyo y no había vendido los inmuebles en todo ni en parte.

El usufructo vitalicio, la liquidación del impuesto de transmisiones posterior a su muerte, y el que no se formalizaran esos contratos, pese a su importancia, en escritura pública ni para poder inscribir la nuda propiedad, siguiendo como titular en el Registro de la Propiedad la madre, también son indicios a añadir.

Estamos de acuerdo con la sentencia apelada en que no es aisladamente considerados como deben de valorarse los indicios sino en su conjunto. Y en el presente caso, la pluralidad de los examinados y la calidad de algunos de ellos, dotan de rotundidad y racionalidad al resultado finalmente alcanzado, el cual compartimos por lo razonado en la presente sentencia sobre la cuestión.

SEXTO .- Lo dicho es suficiente para la desestimación del recurso, siendo legalmente preceptiva imposición de las costas de la alzada a la parte apelante vencida (artículo 398 LEC) y la pérdida del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español,

fallAMOS

Desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia apelada, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada y pérdida del depósito para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra la misma solo cabe recurso de casación por interés casacional, y en su caso extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 4ª mediante escrito de abogado y procurador en el plazo de 20 días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.