



Roj: **SAP GC 172/2017 - ECLI:ES:APGC:2017:172**

Id Cendoj: **35016370052017100017**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **5**

Fecha: **05/01/2017**

Nº de Recurso: **364/2015**

Nº de Resolución: **4/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **VICTOR MANUEL MARTIN CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000364/2015

NIG: 3500441120100006210

Resolución: Sentencia 000004/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000720/2010-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Arrecife

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Carina Armando Curbelo Ortega

Apelante Juana Maria De Las Mercedes Ramirez Jimenez

### **SENTENCIA**

Il'tmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Caba Villarejo

MAGISTRADOS: Don Carlos Augusto García van Isschot

Don Víctor Manuel Martín Calvo

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a cinco de enero de dos mil diecisiete;

VISTAS por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arrecife en los autos referenciados (Juicio Ordinario 720/2010) seguidos a instancia de doña Juana , parte apelante, representada en esta alzada por la Procuradora doña María Mercedes Ramírez Jiménez y asistida por el Letrado don Josué Medina Hernández, contra doña Carina , parte apelada, representada en esta alzada por el Procurador don Armando Curbelo Ortega y asistida por el Letrado don Félix Manuel Cabrera de la Cruz, siendo ponente el Sr. Magistrado Don Víctor Manuel Martín Calvo, quien expresa el parecer de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Arrecife, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

«Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por Juana representada por la Procuradora JOAQUÍN GONZÁLEZ DÍAZ contra Carina y en consecuencia NO HA LUGAR A DECLARAR la nulidad de pleno derecho de la escritura pública de testamento otorgada en fecha 11 de abril de 2005 ante el Notario de Arrecife DON PEDRO EUGENIO BOTELLA TORRES con número de protocolo 1.584.

Se imponen las costas procesales a la parte actora»

SEGUNDO.- La referida Sentencia, de fecha 10 de febrero de 2015, se recurrió en apelación por la parte actora, interponiéndose el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para discusión, votación y fallo el día 28 de noviembre de 2016.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos pendientes resolución en esta Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se pretende atacar en el presente recurso la sentencia que desestima en su integridad la demanda por la que pretende la nulidad de un testamento otorgado por sordomudo analfabeto.

Don Bruno falleció en Arrecife el 9 de febrero de 2006, soltero y sin descendencia, habiendo otorgado dos testamentos, siendo el segundo el objeto de la impugnación en la demanda.

El primer testamento fue otorgado el 18 de julio de 2001 ante el Notario de La Laguna don Francisco García-Arquimbau Ayuso y en él se instituyó como heredera universal a su sobrina doña Juana. En dicho instrumento se hizo constar que "Por ser el testador sordomudo y no saber leer, se halla presente en este acto, a requerimiento de éste, como intérprete especial, y traductora titulada Doña Carlota, que es mayor de edad, la cual declara bajo su responsabilidad, que entiende perfectamente al testador mediante signos; y como testigos instrumentales a los efectos previstos en el artículo 697 del Código Civil, que considero idóneos, Don Sixto y Doña Leonor, los cuales declaran bajo su responsabilidad después de leer por si mismos el testamento, que entienden a la intérprete y que la traducción realizada coincide con la voluntad manifestada por el testador". (documento n.º 4 de la demanda; folios 34 y 35 de las actuaciones).

El segundo, objeto de impugnación, fue otorgado en fecha 11 de abril de 2005 ante el Notario de Arrecife don Pedro Eugenio Botella Torres bajo el n.º de protocolo 1584. Al otorgamiento comparecieron, además del testador, don Sixto y don Jose Ángel los cuales "manifiestan conocer el lenguaje de signos de manera suficiente para comunicarse con el testador". En dicho instrumento, según expresa, el testador manifestó a través de los testigos que instituía "único heredero a don Alejo, quien e las últimas fechas viene haciéndose cargo de él en cuanto a alimentos, ropa, cuidados, sustento y manutención" (documento n.º 5 - incompleto - de la demanda; folios 36 y 37 de las actuaciones).

La base de la demanda es que, además de ser falsa la afirmación realizada por los testigos instrumentales de que el designado heredero se estuviese ocupando del testador, tales testigos no entienden el lenguaje de signos al carecer de formación académica y no haber realizado aprendizaje práctico de dicho lenguaje que les habilite para interpretar los signos y gestos del testador a la par de no haber mantenido relación previa con el testador, por lo que considera que no pudo trasladarse al fedatario autorizante la auténtica voluntad del testador al ser los testigos ineptos para tal fin.

Frente a la sentencia que desestima la demanda al no acreditarse que los testigos pudieran trasladar al notario la voluntad del testador se alza la parte actora insistiendo en su pretensión anulatoria alegando, dicho sea en síntesis, error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Se aceptan los acertados razonamientos de la sentencia apelada que aquí se dan por reproducidos a fin de evitar inútiles reiteraciones debiendo coincidir esta Sala con la valoración probatoria realizada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia apelada en la que con todo acierto y rigor describe el tema litigioso basándose en las pruebas practicadas cuya valoración objetiva, contrastada por la Sala tras la visualización completa del soporte magnético (DVD) en quedó registrado el acto del juicio, no puede verse



menoscabada por la subjetiva e interesada apreciación que sobre las mismas realiza la parte apelante. De dicha revisión probatoria no apreciamos error de valoración alguno siendo conveniente precisar que el proceso valorativo de las pruebas incumbe a los órganos judiciales exclusivamente y no a las partes que litigan, a las que les está vedado toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, dado la mayor subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses debiendo quedar claro, por tanto, que dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales podemos conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso, optar entre ellos por el que se estime más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos. Las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba ( STS 25-1-93 ), en valoración conjunta (STS 30- 3-88) con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia ( SSTS 22-1-86 , 18-11-87 , 30-3-88 ).

TERCERO.- Que el designado heredero testamentario en el segundo de los testamentos aquí impugnado, don Alejo (sobrino del testador e hijo de la demandada, que es heredera del mismo), "en las últimas fechas" venía haciéndose cargo del testador en cuanto a alimentos, ropa, cuidados, sustento y manutención no es un hecho que pueda ser contradicho a través de la documental aportada por la actora. No entrará la Sala a valorar si en fechas pretéritas fue la actora quien se ocupó del bienestar de su tío pero lo cierto es que el sobrino Alejo ya cuidaba de él en fecha 18 de abril de 2005 como resulta de la historia clínica aportada bajo la documental n.º 6 de la demanda (vid. pág. 7 de 9; folio 45 de las actuaciones). Si a ello añadimos que la testigo doña Covadonga (cuyo testimonio se registró en el DVD del acto del juicio al min. 47:23) que como auxiliar de los servicios sociales del Ayuntamiento de San Bartolomé atendió al testador reconoció que conocía a Alejo , que cuando iban a prestar servicio estaba por allí, que compraba los productos y los ponía a su disposición, obvio es que don Alejo "en las últimas fechas" al otorgamiento del testamento se venía haciendo cargo del testador. La mencionada testigo afirmó que don Bruno en ningún momento estuvo desatendido y que incluso Alejo contrató a un chico "de piel morena" para las noches y que acondicionó un poco la vivienda tras sufrir su tío una caída [que no tiene por qué ser la última, como se intenta reconducir en el recurso tal testifical para privarla de eficacia, pues tras dicha última caída don Bruno no regresó a su casa], sin que las reticencias puestas de manifiesto en el recurso puedan tener favorable acogida habida cuenta de que, como consta en la referida historia clínica, el paciente caminaba mal y que lo hacía con dos bastones.

En definitiva, no resulta extraña la afirmación vertida en el testamento abierto impugnado.

CUARTO.- No se discute ni la capacidad del testador ni la posibilidad de que, aun siendo sordomudo y no saber leer ni escribir, pudiera otorgar testamento sino, solamente, si realmente expresó ante el Notario como su última voluntad lo que expresa el testamento impugnado. El thema decidendi se centra pues en valorar a través de la prueba practicada si la actora ha logrado justificar que el testador no pudo manifestar al Notario su última voluntad en cuanto los testigos no conocían un lenguaje de signos suficiente para tal propósito.

Ninguna duda existe en que el testador aunque desconocía el lenguaje "oficial" de signos podía comunicarse por medio de signos propios, a través de mímica, utilizando gestos y movimientos corporales. La propia actora, como esta Sala ha tenido oportunidad de analizar tras la visualización del soporte en que se registró su interrogatorio (min. 13:40), reconoce que se entendía con él "perfectamente" y "muy bien", aunque afirmó que los que no trataban habitualmente a su tío no le entendían. Que podía comunicarse incluso con extraños se justifica a través de la tan mencionada documental de historial clínico en el que se constata (vid. visita del 11/05/2005) que "el paciente dice que prefiere las muletas". El testigo don Inocencio (min. 20:47), que durante tiempo estuvo cultivando tierras de don Bruno , también podía comunicarse con él hasta el punto de poderle transmitir que Alejo se había personado en las viñas y le había echado de ellas sin que nada objetara don Bruno (lo que es ya revelador de que su intención era ya en ese momento dejar las tierras a su sobrino). Dicho testigo al referirse a Alejo y decir que Bruno se refería a él como "el grande" gesticuló levantando la mano derecha, signo que, como se verá seguidamente, fue el que utilizó don Bruno en el acto del otorgamiento del testamento impugnado.

Ciertamente el testador, dada su limitación sensorial, era incapaz de expresar una voluntad jurídicamente compleja. Sin embargo, no alberga duda la Sala de que sí fue capaz de comprender el significado de su acto y expresar su voluntad ante el Notario debidamente traducida, al menos, por uno de los testigos. No en vano ya había previamente otorgado un testamento tan simple como el aquí impugnado e incluso realizado negocios jurídicos más complejos (la propia actora reconoce que demandó a su primo, como heredero de su tío, por una compraventa que éste alegaba había efectuado). La disposición testamentaria litigiosa es muy simple; en ella se establece solamente que "instituye único heredero", por tanto que deja todos sus bienes, a su sobrino Alejo y para ello la Sala considera que los gestos utilizados por los testigos testamentarios a que se refiere la pericial judicial practicada a instancia de la parte actora son bastantes para manifestar dicha voluntad. Según la pericia judicial, el testigo testamentario don Jose Ángel se refirió al sobrino designado heredero levantando



la mano derecha, al igual que así lo hizo en el juicio - como se ha dicho - el testigo don Inocencio . No hay duda, pues, que don Bruno en dicho acto, al levantar la mano, designó a su sobrino Alejo . Si a ello añadimos que las expresiones efectuadas por el referido testigo testamentario Sr. Jose Ángel como realizadas por el testador en relación a la entrega de todo el patrimonio efectuando un círculo horizontal para representar "todo lo mio", gesto de comer para referirse a "viña", gesto de excavar para referirse a "las tierras" y un círculo vertical junto al gesto de dormir y el de abrir con llave una puerta para representar la casa donde dormía, son de fácil comprensión y de uso corriente, no puede sino concluirse que el testador expresó la voluntad recogida en el testamento y que fue perfectamente observada, comprendida y traducida al Notario por el mencionado testigo Sr. Jose Ángel .

Poco importa que el testador no pudiera expresar conceptos jurídicos (v.g., "instituyo", "único heredero") pues lo relevante fue que el testador pudo expresar su voluntad a la que el Notario dio la forma legal correspondiente.

Por lo demás, el hecho de que el otro testigo, Sr. Sixto , no hubiera participado como "traductor" en la declaración del testador, aunque interviniera como testigo precisamente por poderse comunicar por signos con dicho testador y expresar la conformidad del testamento con la voluntad declarada (y traducida por el otro testigo-traductor) no afecta en modo alguno a la validez del testamento y la circunstancia de que haya manifestado al perito judicial que presumía que antes del acto ya estaba todo tratado entre el testador y el heredero en nada invalida tampoco su posición como testigo instrumental (y ello aunque, insistimos, no interviniera de hecho en el acto como traductor de la última voluntad del testador).

ÚLTIMO.- Mejor suerte ha de correr el último de los motivos relativo a la condena en costas efectuada en la primera instancia al apreciar la Sala que el caso presenta serias dudas de hecho en relación a la capacidad de los testigos de ejercer bidireccionalmente la comunicación de la última voluntad entre el testador y el Notario habida cuenta precisamente de la falta de conocimiento de la lengua de signos "oficial" por parte de dichos testigos (y del testador) lo que podía hacer razonablemente considerar a la actora, como así incluso interpretó el perito judicial, que no pudiera recogerse adecuadamente dicha última voluntad, lo que, aunque así no haya quedado probado sí determina que, de conformidad con lo previsto en el art. 394 LEC , no proceda hacer especial declaración sobre las costas de la primera instancia por lo que, estimándose en este aspecto el recurso, tampoco procede hacer especial declaración respecto a las costas del recurso en los términos previstos en el art. 398 LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Juana contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arrecife de fecha 10 de febrero de 2015 en los autos de Juicio Ordinario 720/2010, en el único particular relativo a la condena en costas procesales, que se deja sin efecto, manteniendo el pronunciamiento desestimatorio de la demanda y sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso. Firme que sea esta resolución procedase a la devolución del depósito constituido.

Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y a los autos de su razón y notifíquese a las partes haciéndolas saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación exclusivamente por interés casacional ( art. 4772.3º LEC ), al haberse seguido el procedimiento por razón de la materia y/o por cuantía inferior a 600.000,00 € y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el art. 469 LEC ). Deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiéndose cumplir los requisitos previstos en el Capítulo IV -en relación con la Disposición Final decimosexta- y en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Al tiempo de interponerse será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de los recursos interpuestos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.