



Roj: **SAP GI 949/2018 - ECLI:ES:APGI:2018:949**

Id Cendoj: **17079370012018100359**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2018**

Nº de Recurso: **328/2018**

Nº de Resolución: **394/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)**

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120168163599

### **Recurso de apelación 328/2018 -1**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Girona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1091/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Nazario

Procurador/a: Lluís Martínez Ferrer

Abogado/a: Joaquim Garrigolas Clota

Parte recurrida: Pelayo , Remigio

Procurador/a: Rosa Maria Triola Vila

Abogado/a: XAVIER BONET PERPINYA

### **SENTENCIA N° 394/2018**

Magistrados:

Fernando Lacaba Sánchez

Fernando Ferrero Hidalgo

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 17 de septiembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** . En fecha 22 de marzo de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1091/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Lluís Martínez Ferrer, en nombre y representación de Nazario contra la sentencia 22/01/2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Rosa Maria Triola Vila, en nombre y representación de Pelayo y Remigio .



**Segundo** . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"FALLO

*Que, estimando la demanda presentada por la representación procesal de Remigio y Pelayo contra Nazario , debo declarar y declaro nulo de pleno derecho el **testamento** otorgado por Consuelo en fecha 4 de abril , ante el notario que fuera de Salt, Antonio Garcia Caballer, al número 752 de su protocolo.*

*Declaro nulos todos los actos de disposición realizados por el demandado en atención o ejecución de ese **testamento**, en especial la escritura de manifiestacion de **herencia** , debiendo el demandado reintegrar a la masa hereditaria todos aquellos importes y bienes de los que haya dispuesto en su condición de heredero o cualquier otro titulo, y en consecuencia, declaro la nulidad del cualquier inscripción practicada a consecuencia del **testamento** que se declara nulo.*

*Se declara la vigencia del **testamento** otorgado por la Sra. Consuelo en fecha 6 de abril del 2004, ante el notario de Santa Coloma de Farnes, Jose Maria Chiner Vives, al número 132 de su protocolo.*

*Se declara indigno para suceder a la Sra. Consuelo a su hijo Nazario con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento.*

*Condeno en costas a la parte demandada."*

**Tercero**. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 05/09/2018.

**Cuarto**. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.- Acciones ejercitadas.**

Se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D. Nazario , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Girona de fecha 22 de enero del 2.018 , en la que se estimó la demanda interpuesta por D. Pelayo y D. Remigio contra dicho recurrente y en la que se ejercitaba acumuladamente la nulidad del **testamento** de fecha 4 de abril del 2.006 otorgado por Dña. Consuelo por falta de capacidad, declarándose vigente y válido el anterior, otorgado el día 6 de abril del 2.004 y la declaración de indignidad del demandado para suceder a Dña. Consuelo .

La sentencia estimó ambas acciones al considerar acreditada la falta de capacidad de la Sra. Consuelo para otorgar el **testamento** impugnado y la existencia de la causa de indignidad al considerar acreditado que el demandado era perfecto conocedor del estado de la testadora, haciéndola otorgar **testamento** a su favor en tal estado y presentado testigos que no conocían a la testadora, realizando una administración inadecuada de los bienes de su madre habiéndose tenido que acordar medidas cautelares para apartarlo de tal administración, tanto en el procedimiento de incapacitación como en este procedimiento.

Los motivos del recurso se fundamentan en error en la apreciación y valoración de la prueba al haber estimado ambas acciones.

**TERCERO.- Sobre la acción de nulidad del **testamento** por falta de capacidad.**

El día 4 de abril del 2006, a las diecinueve horas y cuarenta minutos, Dña. Consuelo otorgó **testamento** abierto ante el Notario de Salt, D. Antonio García Caballer, en el que instituyó heredero de todos su bienes, derechos, acciones y obligaciones a su hijo D. Nazario , quedando revocado el anterior **testamento** otorgado el día 6 de abril del 2.004 a favor de los tres hijos, demandantes y demandado.

Tal **testamento** se impugna y se interesa la nulidad del mismo por no reunir el testador la capacidad necesaria e idónea para tal otorgamiento, siendo requisito para su otorgamiento, de acuerdo con el artículo 421-4, con relación al artículo 422-1, del Código Civil de Cataluña , que el testador sea mayor de catorce años y tenga capacidad natural en el momento de su otorgamiento. Aunque los demandante basan su acción en dichas normas, en realidad, la legislación aplicable es el Código de Sucesiones de 30 de diciembre del 2.001, que era el vigente en el momento del otorgamiento del **testamento**, aunque ello no tiene especial trascendencia, pues ambas legislaciones son iguales en cuanto al requisito de la capacidad.



Como puede apreciarse, la legislación catalana regula de forma muy amplia la capacidad para testar, llevándola más allá de la normal capacidad exigible para obrar. Dice la doctrina que el testador debe tener conciencia completa de lo que significa, desde el punto de vista material y legal, el acto testamentario, poseer una noción clara de la trascendencia de las disposiciones que formula, tanto para él mismo como para los interesados, y disponer, al mismo tiempo, de los medios para conocer su voluntad de una manera clara y limpia, ya sea oralmente o por escrito. La manifestación de la voluntad del testador ha de ser libre, es decir que no haya sido inducida a error por violencias físicas o morales, o, en fin, por trastornos patológicos de su actividad mental. El testador precisa saber qué es un **testamento** y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, recordar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y persona, siguiendo finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla.

Señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1962, con relación al concepto de capacidad en los términos en los que se expresa el Código civil en su artículo 663.2º del Código civil, que:

*" El principio general de capacidad para testar que establece el artículo 662 tiene como una de sus excepciones la del número segundo del artículo siguiente, en que se incapacita para otorgarlo al que habitual o accidentalmente no se hallare en su "cabal juicio" expresión legal empleada sin pretensión científica, pero con amplia comprensión práctica y aún cuando el término cabal es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto y en tal sentido no aparece que pueda predicarse de la salud mental que, como la física es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la ley, en este caso, la emplea refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido, por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o demencia impide al testador hallarse en ese cabal juicio ...; y, por tanto, afirmado en la sentencia que se recurre la falta de aptitud de la testadora para elaborar pensamientos y decisiones propios, por carecer de discernimiento, conciencia y voluntad, es indudable que no se encontraba en su cabal juicio "*

Por otro lado, resume con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998 los requisitos que deben concurrir para poder declarar que el testador no era capaz para otorgar **testamento**:

a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos ( Sentencia de 25 abril 1959 ); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un **testamento** por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte ( Sentencia de 25 octubre 1928 ); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido ( Sentencia de 18 abril 1916 ); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...», ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho ( Sentencia de 25 noviembre 1928 ); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón ( Sentencia de 25 octubre 1928 ); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el **testamento** se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos ( Sentencia de 28 diciembre 1918 ); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada ( Sentencia de 1 febrero 1956 ) pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser ( Sentencia de 25 abril 1959 ); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción «iuris tantum» que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» ( Sentencias de 8 mayo 1922 ; 3 febrero 1951 ), «muy cumplida y convincente» ( Sentencias de 10 abril 1944 ; 16 febrero 1945 ), « de fuerza inequívoca» ( Sentencia de 20 febrero 1975 ), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto ( Sentencia de 25 abril 1959 ), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración ( 23 febrero 1944 ; 1 enero 1956 ); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria,



y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción "iuris tantum"» ( Sentencias de 23 marzo 1894 ; 22 enero 1913 ; 10 abril 1944 ; 16 febrero 1945 ), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario ( Sentencia de 23 marzo 1944 ); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de **testamento** por quien no se halle judicialmente declarado incapaz -lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante ( Sentencias de 18 abril 1916 ; 16 octubre 1918 )- pues el artículo 665 del Código Civil , no es aplicable al caso de quien otorga **testamento** sin estar judicialmente incapacitado ( Sentencia de 27 junio 1908 ).

Y la Sentencia del TS de 7 de julio del 2.016 indica que:

" Más bien, y en atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el **testamento**.

Esta carga de la prueba deriva del principio de favor testamenti, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del **testamento** otorgado ( SSTS de 26 de abril de 2008 , núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012 , núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 y de 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015 ). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del **testamento** debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del **testamento** objeto de impugnación y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción iuris tantum de validez testamentaria.

Prueba concluyente que, por lo demás, no requiere en sede civil, concorde con la duda razonable que suelen presentar estos casos, que revele una seguridad o certeza absoluta respecto del hecho de la falta de capacidad del testador, sino una determinación suficiente que puede extraerse de la aplicación de criterios de probabilidad cualificada con relación al relato de hechos acreditados en la base fáctica.

También nuestro Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sentado la siguiente jurisprudencia: La sentencia de 21 de junio 1990 señala que:

" Ajustándose a la idea tradicional del "favor testamenti" toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario; la aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción "iuris tantum" de aptitud sólo destruible por una evidente prueba en contrario; la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia que valora libremente la prueba pericial sin más pauta que las reglas de la sana crítica; y la prueba pericial no es instrumental aun cuando aparezca reflejada en un instrumento público sin encaje casacional por la vía del núm. 4 art. 1692 LEC .". La sentencia de 1 de octubre 1991 , dice que "el notario que autorizó el **testamento** da fe de conocer al compareciente y hace constar que, a su juicio, tiene la capacidad legal necesaria para testar, conforme a lo dispuesto en el art. 685 CC . La capacidad del testador ha de presumirse siempre en tanto no se demuestre que tenía enervadas las potencias de raciocinio y voluntad. Ciertamente, se trata de una presunción "iuris tantum" pero en la jurisprudencia ("ad exemplum" STS 7 octubre 1982 ) en aplicación del principio tradicional del "favor testamenti" considera reforzada cuando se trata de **testamentos** notariales." Y la reciente sentencia de 4 de febrero de 2002 , en la que se citan las ya reseñadas, afirma que "no se trata, en consecuencia, de que el juicio del Notario autorizante constituya una prueba absoluta de capacidad del testador, sino de dar contenido y extensión tanto al art. 106 del Codi de Successions de Catalunya, a cuyo tenor: "el notari ha d'indenficar el testador i apreciar la seva capacitat legal en la forma i pels mitjans establerts en la legislació notarial" como al 167 del Reglamento Notarial , según el cual "el notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate". Se trata, pues, de un juicio de valor con la autoridad de quien lo emite, que cumple función de prima facie de credibilidad, pero que, como es obvio, puede ser destruido por pruebas o evidencias de signo contrario". Concluye la indicada sentencia que "debe partirse siempre de la capacidad del testador (principio de conservación del **testamento** o favor testamenti), de forma que la regla es la capacidad y la excepción -que, como tal debe ser probada, desplazando con ello la carga probatoria- es la incapacidad ".

Y en la de 27 de septiembre del 2.007 indica que:

Que la capacitat del testador declarada pel Notari que autoritza el testament té el valor de presumpció " iuris tantum", la qual cosa no vol dir que sigui inqüestionable, sinó que pot ésser destruïda amb proves fefaents i de signe contrari.





*Que dels articles 103, 104 105 i 106 del Codi de successions se'n pot extreure que el principi del favor testamenti o de conservació del testament hom n'ha de deduir que la norma és la capacitat i l'excepció la incapacitat del testador, de manera que qui l'afirmi haurà de fer prova suficient en sentit contrari.*

*Que es doctrina reiterada del TS, i també d'aquesta mateixa Sala que l'enllaç precís i directe segons les regles del criteri humà, que constitueix la base de la prova de presumpcions, és un judici reservat a la sentència de primera instància i també a la d'apel·lació, a saber: principi tantum appellatum quantum devolutum, del que hom en pot afirmar que els Magistrats de l'Audiència es troben en front dels motius d'apel·lació en la mateixa situació en que es trobava el Jutge de Primera Instància essent totalment possible que la sentència de l'Audiència discrepi de forma raonada de la valoració de la prova realitzada en la Primera Instància.*

*Que les conclusions valoratives efectuades ja en primera ja en segona instància han d'ésser respectades a menys que apareguin com a totalment irraonables, insostenibles, arbitràries, il·lògiques, disparatades o absurdes.*

Y más adelante señala que:

*Davant de la lletra de la Llei, que evidència la postura del legislador, els Notaris i, conseqüentment els òrgans jurisdiccionals no poden restar impassibles. Doctrina autoritzada ha dit que per a testar o, per tal de tenir capacitat de testamentifacció activa es necessari capacitat per a entendre i voler lliurament les disposicions que s'ordenen, que s'han d'inferir de motius apreciats pel testador, no essent suficient un ombrat de coneixement, quan a aquest estat el precedia un estat de desorientació, que, malgrat tot, li permet assentir i signar, ja que perquè el judici de qui ordena la successió sigui cabal, no hi han d'haver dubtes del fet que no hi incideixen perturbacions que limitin o eliminin la claredat de judici i la llibertat de decisió.*

*Al fil de l'exposat, es també doctrina reconeguda la que per a disposar mortis causa es necessari un major grau de consciència que per a la realització de negocis jurídics inter vivos, doncs aquesta circumstància es fa patent d'una simple lectura i comparació dels articles 663.2 i 1263 del CC.*

*A judici de la Sala el testament, segons les previsions del Codi civil, i, encara en major mesura segons el previst en l'article 116 del Codi de successions català, es un acte tan transcendental i personalíssim, que la postura mantinguda per l'Audiència es massa oberta i laxa, donat que com és sabut l'article tercer del Codi civil obliga a interpretar el sentit de les paraules contingudes en una norma jurídica, tenint en compte, entre d'altres factors, la realitat social del temps en que han d'ésser aplicades, i en la realitat actual de les societats avançades es un fet notori i inqüestionable que la major longevitat de les persones degut als avenços de la medicina, a la millora de l'alimentació i de la qualitat de vida, produeixen que moltes persones que aparentment gaudeixen d'una bona salut física i psíquica, en canvi no tinguin capacitat plena per a fer negocis jurídics de la transcendència d'un testament, sobretot en els últims dies de la seva vida.*

*Per aquest fet, encara que la jurisprudència del TS i del TSJC, hagi donat un gran valor al judici de capacitat del Notari, degut al prestigi de la Institució, i a la credibilitat que mereix, en casos com el que ara s'estudia escau exigir la intervenció de dos facultatius experts en la salut mental de les persones (art. 116 del CS), de manera que la fe pública Notarial, i el principi "favor testamenti", no justifiquen que els Notaris, en supòsits de persones que habitualment estan mancats de cabal judici, amb un simple examen del testador i una sèrie de preguntes més o menys rutinàries, obviïn la intervenció dels experts i autoritzin testaments, sobre els quals sempre planejarà el dubte de si realment contenen la lliure expressió d'una voluntat volguda, conseqüència de raons humanament comprensibles i lògiques, màxim quan el Notari no coneixia el testador amb anterioritat a emetre les seves darreres voluntats.*

**CUARTO.- Valoración de la prueba sobre la capacidad de la testadora para otorgar el **testamento** de 4 de abril del 2.006.**

Con base a dicha jurisprudencia, al no existir ningún reconocimiento médico realizado en un momento inmediatamente anterior al otorgamiento del **testamento**, no podemos más que acudir a la prueba de las presunciones para decidir si en dicho momento la causante tenía suficiente capacidad para otorgarlo y sin que su ausencia sea impedimento para declarar si tenía o no suficiente capacidad. Y aunque la valoración de la falta de capacidad debe referirse al momento de su otorgamiento, la decisión puede efectuarse, como se ha dicho, con base a las presunciones, en atención a las circunstancias en las que se encontraba la causante con anterioridad y posterioridad al otorgamiento del **testamento**.

El recurrente basa su argumentación sobre la capacidad de la testadora en la apreciación notarial, en la insuficiencia de la pericial aportada por la parte demandante y en la posibilidad de que hubiera tenido un deterioro cognoscitivo importante tras haber hecho el **testamento**.

En cuanto a la capacidad del notario que autorizó el **testamento**, evidentemente, no la vamos a poner en duda, pero tampoco podemos afirmar la corrección sobre las apreciaciones que se hace por el recurrente



de tal capacidad del notario, aunque no deja de sorprender que en el otorgamiento del **testamento**, como se desprende del interrogatorio del demandado y de la prueba testifical, aquél estuvo presente, incluso, en el control previo sobre la capacidad que realizó el Notario. Es claro que el Sr. Nazario, como hijo y como beneficiario del **testamento**, no podía estar presente en el acto de su otorgamiento. Incluso los testigos tampoco deberían estar presentes en el momento previo de su otorgamiento cuando el notario debe apreciar la capacidad del testador. Y tal apreciación de capacidad no puede consistir simplemente en que el testador o testador le indique a favor de quien desea otorgar **testamento**, sobre todo si el beneficiario está presente, sino de apercebirse de que tienen suficiente capacidad para comprender la trascendencia que tiene tal acto jurídico. El recurrente se equivoca al incidir que es suficiente con que el testador manifieste a favor de quien otorga **testamento**, sin que el notario le dirija su voluntad, pues ello es claramente insuficiente. Es cierto, que el notario no declaró y que no podemos asegurar en los términos exacto en los que el notario apreció la capacidad de la Sra. Consuelo, pero a la vista de la declaración testifical parecería que tal apreciación la realizó en presencia del hijo y de los testigos, circunstancia que no se estima acorde con un correcto proceder.

Por lo que se refiere a la prueba pericial, ciertamente, en una decisión como la de valorar si en un momento pasado una persona tenía o no capacidad para otorgar un testamento, no es más que un valoración, cuyo análisis crítico debe efectuarse sobre todo en atención a la información médica que se haya aportado al procedimiento y que el perito haya utilizado en su dictamen, siendo mucho más relevante tales informes que la pericial misma. Por lo tanto, que el perito no sea especialista en neurología o en psiquiatría, no invalida su dictamen, aunque si hubiera tenido tales especialidades, podría haber sido más relevante, pero lo realmente relevante son dichos informes médicos, lo mismo que tampoco tiene relevancia que tal perito no hubiera examinado a la testadora o que no pueda afirmar de forma rotunda que no tenía capacidad, pues como se ha razonado y aprecian el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la falta de capacidad puede determinarse en atención a todos los informes médicos anteriores y posteriores al otorgamiento del **testamento**.

Dicho ello, no puede aceptarse que no existan informes médicos próximos a la fecha del **testamento** sobre la capacidad mental de la testadora, pues si el **testamento** fue otorgado el 4 de abril del 2.016, 20 días después, tenemos un informe médico, en el que se indica, a parte de todos sus problemas de salud física, que presenta un deterioro cognitivo de posible origen vascular, dos días después -26/04/2006- se le realizó una valoración geriátrica para confirmar grado de dependencia y existencia de deterioro cognitivo, siendo sometida a varios test, entre ellos el de "pfeiffer" en el que se constató un deterioro cognitivo grave. Es decir, 22 días después de otorgar **testamento** se apreció tal deterioro, siendo claro que en este momento no estaría capacitada para otorgar **testamento**, ni ningún acto jurídico.

Poco tiempo después se inician los trámites de incapacitación y antes de interponer la demanda, el Ministerio Fiscal solicita un informe médico forense que es emitido el día 28 de junio del 2.016, previo reconocimiento el día 22 de junio, (dos meses después de dichos informes) en el que se dictamina un déficit sensorial y un deterioro cognitivo grave, que la incapacitaba para gobernarse por sí misma y sus bienes, teniendo una total dependencia. Tal deterioro grave se confirma en la tramitación del procedimiento de incapacitación por el nuevo reconocimiento médico realizado y por la exploración judicial, que hizo inevitable una sentencia que declaró a la Sra. Consuelo incapaz para regir su persona y bienes. Incluso ante la situación existente se adoptó la medida cautelar de protección de la presunta incapaz, siendo nombrada administradora de su bienes la Fundació Tutelar de les Comarques Gironines, 8 días después de ser admitida la demanda.

A la vista de dicha prueba no existe duda que veinte días después de otorgar **testamento** la Sra. Consuelo se encontraba totalmente incapaz para regir su persona y sus bienes, sin que desde finales de abril del año 2.016 hasta que fue declarada incapaz el día 24 de noviembre del 2.016 existan elementos probatorios que demuestren que hubiera podido tener intervalos lúcidos o de capacidad. Por lo tanto, resulta difícil argumentar que el día 4 de abril, veinte días antes de que se confirme un deterioro cognitivo grave, pudiera tener capacidad suficiente, en los términos exigidos por la jurisprudencia que hemos relacionado, para otorgar **testamento**.

Las enfermedades más graves que padecía la Sra. Consuelo se iniciaron en el año 2.000 al sufrir el primer infarto cerebral y, sin que sea necesario analizar todo el proceso de enfermedades que sufrió la causante, sí que debe destacarse que el 25 de septiembre del 2.005 se le diagnostica ya un trastorno cognitivo de probable origen vascular, su ingreso se produce por presentar un cuadro de deterioro de las funciones superiores, indicando la familia que no colabora, está desorientada y con trastorno de comportamiento desde el día anterior. El 29 de septiembre vuelve a ingresar con el diagnóstico de trastorno cognitivo y depresión, remitida por el médico de cabecera por negación completa desde hacía cuatro días, no quiere comer, beber, no quiere hablar, no va al lavabo, defeca y micciona en la cama. Examinados todos los informes médicos emitidos desde el día 24 al 29 de septiembre del 2.005 se puede apreciar un deterioro importante de su capacidad cognitiva. Y el



7 de diciembre del 2.005 se le vuelve a diagnosticar síndrome depresivo, resistencia a las curas, alucinaciones visuales y auditivas y delirios, precisando tratamiento con "ziprosidona" por su cuadro psicótico.

Aunque no se ha aportado ningún otro informe desde el 7 de diciembre del 2.005 a los del 24 y 26 de abril del 2.006, visto el estado de incapacidad total demostrada a partir de estas fechas y el deterioro grave tanto físico como mental sufrido en septiembre del 2.005 que se mantenía en diciembre del mismo año, la conclusión no puede ser otra que la falta de capacidad para entender la trascendencia que tenía para otorgar el **testamento** impugnado. Por lo tanto, la valoración que realiza el perito se ajusta plenamente a la valoración que esta Sala realiza de la documentación médica emitidas con anterioridad y posterioridad al otorgamiento del **testamento**. La argumentación del recurrente de un deterioro aún más grave tras ser otorgado **testamento** no se sustenta, ni en prueba alguna, ni en la lógica.

Por lo tanto, la apreciación que de la prueba realiza la Juzgadora se ajusta plenamente a Derecho y sin que la testifical desvirtúe el análisis que se ha hecho de la documentación médica y de la prueba pericial, testigos, que salvo la cuidadora de la Sra. Consuelo , no conocían su situación, y su cuidadora reconoció, aunque con poca precisión, que en lo últimos días, con anterioridad a que hubiera cesado en su cuidado, había sufrido un deterioro importante, desde el otorgamiento del **testamento** hasta los informes médicos de abril transcurrió sólo veinte días, por lo que ante la falta de precisión que mostró la testigo, bien pudo ser dicho supuesto deterioro importante anterior al otorgamiento del **testamento**.

Y, por último respecto de la alegación de que existía un motivo o razón para que la Sra. Consuelo quisiera cambiar el **testamento**, no es más que alegación de parte sin base probatoria alguna.

#### QUINTO.- Sobre la declaración de indignidad

El artículo 412-3.g) del Código civil de Cataluña establece que es indigno para suceder *El que ha inducido al causante de forma maliciosa a otorgar, revocar o modificar un **testamento**, un pacto sucesorio o cualquier otra disposición por causa de muerte del causante o le ha impedido hacerlo, así como el que, conociendo estos hechos, se ha aprovechado de los mismos.*

En los mismos términos se establecía en el artículo 11.4º del Código de Sucesiones , que era el vigente en el momento de otorgar **testamento**.

En la demanda sólo se fundamenta la declaración de indignidad en dicha causa legal y no en otras, por lo que debe estarse a los términos legales para declarar o no indigno de suceder al demandado.

A la vista de la prueba practicada sobre la incapacidad de la Sra. Consuelo para otorgar **testamento**, que ha sido analizada en el fundamento jurídico anterior, no puede más que concluirse que el demandado y recurrente era plenamente consciente de las carencias cognitivas que presentaba su madre para otorgar **testamento**. El grave deterioro físico y mental que sufrió en septiembre del 2.005 no podía ser ignorado, pues era su cuidador junto con su esposa y la estuvieron acompañando en el centro sanitario, deterioro que se confirmaba en diciembre de dicho año, por lo que es claro como se ha razonado, que en abril tenía un deterioro de tal gravedad que obviamente debió haber sido comunicado al Notario. Resultando imposible que en la situación en la que se encontraba tuviera capacidad no sólo para otorgar **testamento**, sino también para recordar que hacía dos años había otorgado un poder a favor de los tres hijos y que su deseo era revocarlo y otorgar uno nuevo exclusivamente a favor de su hijo Nazario . Es claro que todo ello no pudo más que ser ideado y preparado por éste, sin comunicar al notario los graves problemas cognitivos que padecía, de tal forma, que, incluso aunque pudiera tener dudas de si estaba en plena facultades mentales, podía haber solicitado del notario los pertinentes reconocimientos médicos. Por lo tanto, no puede más que concluirse en los mismos términos que se razona en la sentencia, esto es, que el otorgamiento del **testamento** y la revocación del anterior lo fue por inducción del demandado.

Y conociéndolo como no podía ser de otro modo, realizar todos los trámites legales encaminados a aceptar la **herencia** y tomar posesión de los bienes debe entenderse suficiente para incardinar dicho comportamiento en el aprovechamiento de los efectos del **testamento** nulo, siendo irrelevante que no hiciera desaparecer el dinero y otros bienes de la **herencia**, pues constatado que realizó los correspondientes traspasos de la cuenta de la causante a una de su propiedad, resulta suficiente para darse el supuesto legal. Sin que el precepto legal exija que exista un requerimiento judicial, notarial o de otra naturaleza para que no se disponga de los bienes de la **herencia**, sino que basta con el conocimiento de la nulidad del **testamento** por haber intervenido en el mismo de forma ilegal, en este caso, induciendo a la testadora a su otorgamiento, para que, si se realizan y se concluyen todas las actuaciones para aceptar la **herencia** y tomar posesión de la misma, se dé el supuesto legal de indignidad.

**SEXTO.-** Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas del recurso al recurrente.



Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

## FALLAMOS

**Desestimar** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Nazario contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 4 DE GIRONA, en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1091/2016, con fecha 22/01/2018, y **CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE** la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los **Magistrados**: D. Fernando Lacaba Sánchez, D. Fernando Ferrero Hidalgo y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

FONDO DOCUMENTAL CENDO