



Roj: **SAP C 2215/2019 - ECLI:ES:APC:2019:2215**

Id Cendoj: **15030370032019100363**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **22/10/2019**

Nº de Recurso: **359/2019**

Nº de Resolución: **373/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ PENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2215/2019,**
STSJ GAL 5801/2020

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00373/2019

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

BP

N.I.G. 15030 42 1 2017 0001676

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000359 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 9 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000103 /2017

Recurrente: Casilda

Procurador: AMALIA MOSQUERA HERRERO

Abogado: MARIA ASUNCION LOPEZ DOPICO

Recurrido: Roque , Constanza

Procurador: MARIA DEL MAR RODRIGUEZ GONZALEZ, MARIA DEL MAR RODRIGUEZ GONZALEZ

Abogado: JUAN JOSE RODRIGUEZ MALLO

SENTENCIA

Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª María Josefa Ruiz Tovar, presidenta.

Dª María José Pérez Pena.



D. Rafael Jesús Fernández Porto García.

En A Coruña, a 22 de octubre de 2019.

Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores magistrados que anteriormente se relacionan, el presente **recurso de apelación tramitado bajo el número 359-2019**, interpuesto contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2019 por el **jugado de primera instancia** núm. **9 de A Coruña**, en los autos de **juicio ordinario** núm. **103/2017**, siendo partes como **apelante**, la demandante, DOÑA Casilda, provista del documento nacional de identidad nº NUM000, con domicilio en DIRECCION000, núm. NUM001 - NUM002, A Coruña, representada por la procuradora doña Amalia Mosquera Herrero, bajo la dirección de la abogada doña Asunción López Dopico; y como **apelados**, los demandados, DON Roque, provisto del documento nacional de identidad nº NUM003, con domicilio en Lugar de DIRECCION001, DIRECCION002, núm. NUM004, Arteixo y DOÑA Estefanía, provista del documento nacional de identidad nº NUM005, con domicilio en CALLE000, núm. NUM006, Arteixo, representados por la procuradora doña María del Mar Rodríguez González, bajo la dirección del abogado don Juan-José Rodríguez Mallo; versando los autos sobre impugnación de testamento notarial.

Y siendo magistrada ponente la Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena.

ANTECEDENTES DE HECHO

Aceptando los de la sentencia de fecha 15 de mayo de 2019, dictada por el juzgado de primera instancia núm. 9 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Fallo:** Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por Dª Casilda contra D. Roque y Dª Estefanía, absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas".

Primero.- Interpuesta la apelación por doña Casilda, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso la procuradora Sra. Mosquera Herrero.

Segundo.- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 31 de julio de 2019, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente. Se tiene por parte a la procuradora Sra. Mosquera Herrero, en nombre y representación de doña Casilda en calidad de apelante y se tiene por parte a la procuradora Sra. Rodríguez González, en nombre y representación de don Roque y de doña Estefanía, en calidad de apelada. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

Tercero.- Por providencia de fecha 3 de octubre de 2019 se señaló para deliberación, votación y fallo el día de hoy, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

Primero.- La resolución dictada en la instancia concluye con la desestimación de la demanda, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas. Alzándose contra la citada resolución la demandante por entender que la misma ha incurrido en error en la interposición de la prueba practicada acerca de la capacidad del testador a la hora de testar, por lo que solicita sea estimado el recurso y revocada la sentencia apelada a fin de que se estimen las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la demandada; a lo que se opone la misma solicitando su confirmación.

Segundo.- Para resolver la cuestión judicial aquí planteada han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: 1) el art. 662 del Código Civil establece que pueden testar todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíba expresamente; según la cual la regla general es la capacidad para testar y la incapacidad la excepción; 2) las condiciones que han de tenerse en cuenta del causante, tanto físicas como psíquicas, son aquellas en el momento de otorgar testamento; por ello la declaración de incapacidad posterior al otorgamiento de testamento no es prueba suficiente dado que no tiene efectos "ex tunc". 3) la capacidad de las personas se presume siempre, por lo que, quien alegue la incapacidad está obligado a probarla (STS, entre otras: 27-11-1985, 18-5-1998 y 15-2-2001) art. 217 de la LEC; 4) y esta falta de capacidad ha de demostrarse de manera "inequívoca y concluyente" no son suficientes las simples conjeturas (STS, entre otras 12-mayo-1988 y 27-junio-2005); 5) la declaración de capacidad realizada por un notario, tiene una especial relevancia por



el prestigio y seriedad de la institución notarial (STS, entre otras: 22-enero-2015; 10-septiembre-2016 y 7-julio-2018), para destruir la afirmación del notario acerca de la capacidad del testador, ha de hacerse por medio de pruebas muy cumplidas y convincentes.

Tercero.- Examinando las pruebas aportadas a autos resulta que ha quedado probado que: D. Jose Manuel , falleció el 3 de enero de 2016; habiendo otorgado testamento el 15 de abril de 2009, ante el notario de Narón D. Juan de la Riva López Rioboo (doc. nº 4 unido con la demanda) en el que instituye herederos a su hermano D. Carlos María y a su esposa D^a Estefanía , firmando los testigos vecinos de Narón y San Sadurniño por no saber firmar el testador plasmando su huella digital; D. Jose Manuel había sido declarado incapaz por sentencia firme dictada el 2 de mayo de 1985 por el juzgado de primera instancia nº 2 de A Coruña, por padecer una oligofrenia profunda que le impedía de manera total y permanente el gobierno de su persona y la administración de sus bienes; habiéndose realizado previamente un reconocimiento judicial del mismo y un examen del médico forense en donde se informa de que padece una oligofrenia profunda; se nombra tutor a su hermano D. Carlos María y por su fallecimiento se nombra tutora a su esposa D^a Estefanía ; el 21-octubre-2009, es reconocida por la Xunta de Galicia una minusvalía del 87% desde 13-3-2009.

El 19-enero-2017, se emite un informe por un especialista en psiquiatría Sr. Argimiro , el cual concluye considerando que D. Jose Manuel padeció un retraso mental entre moderado y profundo. Cumple a su entender los criterios de retraso mental grave. Dicho trastorno es permanente e irreversible; por dicho trastorno fue incapacitado el 2-mayo-1985, entendiéndose que le impide atender a la administración de sus bienes y le priva en general de toda capacidad de obrar. Desde el punto de vista del citado facultativo, las personas incapaces por retraso mental no tienen capacidad para testar.

Cuarto.- Dispone el art. 665 del Código Civil "siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad"; el art. 697 del citado texto legal refiere la necesidad de concurrir al otorgamiento de testamento dos testigos idóneos, cuando el testador no supiese o no pudiese firmar (lo que aquí ha ocurrido); pero también añade el art. 698 Código Civil "al otorgamiento también deberá concurrir: los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado. Requisitos del que se ha prescindido en este caso, al entender el Sr. notario que el testador se hallaba con capacidad legal necesaria para otorgar testamento, cuando ya había sido declarado incapaz el 2 de mayo de 1985 y aun cuando en dicha resolución judicial expresamente no se le reconocía la incapacidad para testar, al otorgamiento del testamento dado que había sido declarado previamente incapaz, deberían haber concurrido dos facultativos que lo hubiesen reconocido (art. 698 en relación con el art. 665, ambos del Código Civil); del conjunto de pruebas practicadas a lo largo del proceso se llega a la conclusión de que el testador no tenía capacidad para testar por lo que el testamento ha de ser declarado nulo (STS, entre otras: 15- marzo-2018; 15-2-2001; 5-mayo-2011; 21-11-2007; 27-junio-2005 y 31-marzo-2004).

En consecuencia el recurso de apelación interpuesto ha de ser estimado, debiendo revocarse la sentencia apelada.

Quinto.- La estimación del recurso de apelación conlleva la no expresa imposición de costas de esta alzada (art. 394 y 398 LEC) y al ser estimada la demanda las costas de la instancia son de preceptiva imposición a la parte demandada (art. 394 LEC).

FALLO

Por lo expuesto, la **Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña**, resuelve: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 15-mayo-2019 por el juzgado de 1^a instancia nº 9 de A Coruña, resolviendo el juicio ordinario nº 103/2017, debemos revocar la citada resolución, estimando la demanda formulada por D^a Casilda contra D. Roque y D^a Estefanía , se declara nulo el testamento de D. Jose Manuel , otorgado el 15-abril-2009 ante el notario de Narón D. Juan de la Riva López Rioboo por falta de capacidad del otorgante, con todas las consecuencias legales inherentes a esta declaración y en consecuencia se decreta la apertura de la sucesión intestada o legítima por el fallecimiento de D. Jose Manuel .

Se declara la nulidad de actos jurídicos ejecutados por los herederos del impugnado testamento con la consiguiente devolución por estos a la masa hereditaria del equivalente económico dispuesto e intereses de estas cantidades.

Con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandada y sin hacer expresa imposición en cuanto a las causadas en esta alzada.



Contra esta sentencia cabe recurso de casación, por interés casacional, a interponer ante este mismo Tribunal, en el plazo de 20 días, a contar desde la notificación de esta resolución y, en tal caso, igualmente recurso extraordinario por infracción procesal, ambos para su decisión por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Así se acuerda y firma.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Señores magistrados que la firman, y leída por la magistrada ponente doña María José Pérez Pena, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la letrada de la Administración de Justicia por sustitución en la sección tercera, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ