



Roj: **SAP BA 1544/2021 - ECLI:ES:APBA:2021:1544**

Id Cendoj: **06083370032021100418**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **10/11/2021**

Nº de Recurso: **339/2021**

Nº de Resolución: **259/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO BOBADILLA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00259/2021

Modelo: N10250

AVDA. DE LAS COMUNIDADES S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 924310256; 924312470 **Fax:** 924301046

Correo electrónico: audiencia.s3.merida@justicia.es

Equipo/usuario: 001

N.I.G. 06153 41 1 2020 0001107

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000339 /2021

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de VILLANUEVA DE LA SERENA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000534 /2020

Recurrente: Raúl

Procurador: JUAN MANUEL LOPEZ RAMIRO

Abogado: CARLOS LUIS ALONSO BLANCO

Recurrido: Rogelio

Procurador: PABLO CRESPO GUTIERREZ

Abogado: FRANCISCO GOMEZ RODRIGUEZ

SENTENCIA Núm. 259/2021

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

MAGISTRADOS:

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

DON JESÚS SOUTO HERREROS

DON JOSÉ ANTONIO BOBADILLA GONZÁLEZ (PONENTE)



DON FRANCISCO MATÍAS LÁZARO

=====

Rollo: Recurso civil núm. 339/2021

Procedimiento de origen: JUICIO ORDINARIO nº 534/2020

Juzgado procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Villanueva de la Serena

=====

En la ciudad de Mérida, a diez de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO nº 534/2020 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Villanueva de la Serena a los que ha correspondido el rollo de apelación núm. 339/2021, en el que aparecen como parte apelante Don Raúl, representado por el Procurador Don Juan Manuel López Ramiro y asistido por el letrado Don Carlos Luis Alonso Blanco, siendo parte apelada Don Rogelio, representado por el Procurador Don Pablo Crespo Gutiérrez y asistido por el letrado Don Francisco Gómez Rodríguez y Doña Amalia, rebelde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villanueva de la Serena se dictó en los autos de Juicio Ordinario nº 534/2020 sentencia de fecha 26 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva señalaba lo siguiente:

"Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda promovida por el Procurador Sr. Crespo Gutiérrez en nombre y representación de D. Rogelio contra D^a. Amalia Y D. Raúl en los siguientes términos:

*1º.-No ha lugar a DECLARAR la nulidad del **testamento** otorgado por D^a Amalia el día 24 de abril de 2020 ante el Notario de Campanario D. Fernando Alfonso Fernández de Tejadas Bejarano, número 197 de su protocolo.*

2º.- Se declara la NULIDAD de la escritura de aportación de fina urbana a la sociedad de gananciales otorgada el día 14 de abril de 2020 por D^a. Amalia y con la aceptación de D. Ambrosio ante el Notario de Campanario D. Fernando Alfonso Fernández de Tejadas Bejarano número 195 de su protocolo con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. Contra la expresada sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Don Raúl, representado por el Procurador Don Juan Manuel López Ramiro y asistido por el letrado Don Carlos Luis Alonso Blanco.

TERCERO. Admitido que fue el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO. Una vez verificado lo anterior se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo para el día 13 de octubre de 2021, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don José Antonio Bobadilla González quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurso de apelación alega vulneración del art. 666 CC y la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y la jurisprudencia que la desarrolla.

Se vulnera el precepto del Código Civil porque no estaba legalmente incapacitada la otorgante. Sufrió Doña Amalia un ictus que no le impidió realizar los actos cotidianos, sino que incluso pudo firmar el contrato de servicio de ayuda a domicilio que se aporta como documento nº 16 de la demanda en el año 2018. El Notario acudió el día 24 de abril de 2020 al domicilio de los otorgantes por razón del estado de alarma. El Notario realizó el juicio de capacidad, sugiriendo la sentencia que el mismo urdió todo un plan con el hijo y esposo para obviar su falta de capacidad. La SAP de Badajoz, Sección Segunda, que se cita en el recurso, reconoció incluso capacidad para testar a una persona con 70% de discapacidad física y psíquica, aplicando el apartado



segundo del art. 12 que presume la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de modo que es el Notario el que debe cuidar de que se cumpla dicho precepto.

En cuanto al motivo fundado en error en la apreciación de la prueba, se critica el informe aportado con la demanda por la neuróloga Sra. Macarena, pues no tuvo contacto alguno con Doña Amalia desde diciembre de 2017 a noviembre de 2020, exponiendo en juicio casos similares y no la propia exploración de la paciente. Aunque el Notario no acudiera al acto de juicio, no se ha destruido la presunción de capacidad. Sin exploración alguna responde la neuróloga que ya desde 2016 no estaba capacitada. Se llega a cuestionar por la testigo la actuación del Notario injustificadamente. Se trata pues de simples generalidades y presunciones.

Se recoge doctrina del Tribunal Supremo sobre la capacidad de testar que ha de referirse al acto de hacer su declaración. Aunque tenga la juzgadora de instancia la capacidad de valorar las pruebas, en este caso se ha calificado como testigo perito a quien no ha presenciado los hechos. Tampoco es concluyente la declaración de Doña Milagrosa, médico de familia que dijo tratar solo dolencias generales.

-En su oposición al recurso considera en primer lugar la parte demandante que la tesis de la apelante se basa en meras conjeturas y en una cita jurisprudencial que no viene al caso, recogiendo la doctrina reiterada de esta Sala en cuanto a la facultad preponderante del juzgador de instancia al valorar las pruebas, con lo que no se ha demostrado error alguno en el recurso.

Se remite en su alegato segundo el apelado a la sentencia en sus argumentos y al estado de total falta de capacidad para otorgar el acto jurídico de litis. La presunción de capacidad es *iuris tantum* siendo que desde el año 2016 Doña Amalia padece un cuadro de deterioro cognitivo y parkinsoniano con afectación de funciones como anomía, desorientación amnésica, apraxia severa etc. El testimonio de la doctora Macarena, que desde 2016 ha tratado a la paciente, señaló que es imposible que pudiera otorgar un acto como el de litis, siendo un testimonio objetivo y detallado, de modo que el estado de la misma solo pudo empeorar con los años. El testimonio de la Sra. Milagrosa es claro cuando declara que al verla por última vez en marzo de 2020 esta persona no la reconoció siendo incapaz de gobernarse por sí misma. En cuanto al testimonio de Don Raúl falta a la verdad, por cuanto señaló ignorar lo que sus padres habían hecho, cuando fue quien facilitó al actor la documentación de la testamentaría, resultando muy beneficiado de lo otorgado.

En cuanto a la intervención del Notario, acude al domicilio del otorgante en plena pandemia, refiere en un mero modelo que actúa a petición de la otorgante y ni siquiera acudió al acto de julio, solicitando solo la dispensa en el segundo llamamiento. El Notario se limitó a realizar preguntas como si había entendido la otorgante lo que había leído o si estaba de acuerdo con lo que quería hacer, ignorándose las pruebas que sobre la capacidad se hicieron. La recurrente y demandada no ha aportado prueba alguna en contrario, limitándose a criticar la prueba testifical, siendo más que claro el testimonio de ambas testigos que trataron a Doña Amalia.

SEGUNDO. Con carácter previo a cualquier otra consideración, y fundándose el recurso de apelación, aparte de la primera alegación en que se invoca la Convención Internacional de Nueva York en su art. 12 parr.2º en error en la valoración de la prueba de la sentencia de instancia, cabe recordar que, como hemos reiterado en numerosas ocasiones en esta Audiencia Provincial (vgr. en la reciente sentencia de 6 de abril de 2.019, Pte. Sr. González Casso y en SS 27 octubre 2.015, recurso 262/2011; 9 de febrero de 2.016, recurso 443/2.015; 15 septiembre de 2.016, recurso 277/2.016; 14 de noviembre de 2.016, recurso 383/2.016; 24 de enero de 2.017 recurso 477/2.016; 17 de abril de 2.017, recurso 45/2.017; 4 de julio de 2017, recurso 111/2.017; 11 de enero de 2.018, recurso 344/2.017; 7 de junio de 2.018, recurso 115/2.018 o 21 de enero de 2.019, recurso 10/2018), la valoración probatoria es una facultad de los tribunales, debiendo respetarse la apreciación de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, que es tanto como decir conforme a la lógica y la razón, en tanto que es una facultad exclusiva del Juez de instancia, no de las partes. Por ello, como principio general, ha de respetarse la interpretación que el Juez de Instancia haga de su facultad de libre apreciación o con arreglo a las reglas de la sana crítica de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (vgr. sentencias de 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994). Sólo cuando estemos ante un supuesto de prueba legal o tasada contemplada en algunas ocasiones la Ley de Enjuiciamiento Civil o en el caso de que aparezca claramente, bien que exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba, bien que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio o la valoración sea arbitraria, cabe su revisión por vía del recurso de apelación en el que se transfiere al tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión (artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la



procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso (por todas, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 y de 15 de febrero de 1999).

No se puede modificar el criterio del juzgador por el interesado de una de las partes. El hecho de que entre las partes existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la valoración en conjunto de la prueba y la cuestión litigiosa, no impide en modo alguno que la cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que si la prueba practicada en el proceso se pondera por el Juez de instancia de forma racional y asépticamente, sin que pugne con las reglas de la lógica y la razón o las normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración.

TERCERO. Partiendo pues de las anteriores consideraciones, nos encontramos ante la impugnación de una sentencia ampliamente motivada, en que aparte de haberse realizado una aplicación adecuada a Derecho en cuanto a la capacidad de haber manifestado su voluntad Doña Amalia en el negocio jurídico de aportación de inmueble a la sociedad de gananciales realizado con fecha de 24 de abril de 2020- toda vez que para el **testamento** se apreció por la juzgadora una falta de legitimación que no ha sido cuestionada en esta segunda instancia- se ha realizado también una adecuada y no errónea valoración de pruebas personales. Su apreciación ha sido ampliamente razonada en dicha sentencia, compartiendo esta Sala la misma, como veremos a continuación.

No puede por ello destruirse sin más dicha apreciación de la juzgadora en base a la sola consideración del motivo primero de vulneración del principio general contemplado en el art. 12. Par.2º de la citada Convención, fundado en la "capacidad jurídica en igualdad de condiciones" por parte de las personas con discapacidad. Su espíritu ha inspirado la reciente reforma operada por la Ley 8/21 de 2 de junio. Se trata en cambio, como afirma la propia apelante, de una presunción o situación fáctica que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, como de facto ha sucedido en este particular asunto, aunque contemos con la relevante figura del Notario, que en principio ha de dar fe de la capacidad de los otorgantes en todo negocio jurídico. No basta pues esa mera invocación formal, por mucho que tenga su importancia, sin atender a lo practicado en el proceso de primera instancia - o interpretándolo interesadamente como en realidad hace la recurrente-; como tampoco basta la cita de la antedicha sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 14 de septiembre de 2020, dictada para un supuesto de negocio jurídico testamentario y de reintegración de la capacidad de testar, en que observamos que existía dictamen psiquiátrico favorable a dicha facultad, lo que no es el supuesto de litis. Y es que no podemos sin más aplicar una doctrina derivada de la misma según la parte apelante, pero prescindiendo de la prueba concreta y determinada practicada en este caso sobre la capacidad real de la otorgante Doña Amalia. Teniendo en cuenta además que la demanda se fundaba claramente en que su consentimiento estaba mediatizado por la enfermedad que padecía, siendo este un problema probatorio, de modo que incumbe la carga de la prueba ex art. 217.2 LEC a la parte que lo invocaba, la actora en este caso. Se enmarca pues la cuestión jurídica en un contexto más amplio que la simple presunción de capacidad de testar, o de la aplicación del art. 666 CC en que se funda el recurso, siendo que el consentimiento de cualquier persona, afectada por una discapacidad o no, puede dar lugar a un supuesto de ineficacia contractual si no se ha prestado conscientemente. Asunto este que ha sido el sometido al enjuiciamiento del órgano de primera instancia.

Pasando pues a ese posible error en la apreciación de la prueba, no observamos que en absoluto concurra. Contamos con un documento de extraordinaria importancia por su carácter técnico con ello pericial- aunque en el caso de la Sra. Macarena estemos ante una testigo-perito al no haber evacuado propiamente un informe pericial en autos y haber reconocido y explotado a la otorgante en su momento- como es el informe aportado como documento nº 14 de la demanda, firmado el 26 de octubre de 2020, con posterioridad pues a la fecha del negocio cuestionado, que data de abril de ese año. En él se realizaban afirmaciones tales como que Doña Amalia padecía una "enfermedad neurodegenerativa con carácter progresivo e irreversible" con "serios déficits cognitivos, siendo en la actualidad totalmente dependiente para actividades de la vida diaria", situación a la "que se ha llegado paulatinamente a lo largo de los años".

Pero es que además se aportaba como documento nº 15 de la demanda otro informe de la doctora Sra. Milagrosa, que ha sido ratificado en el acto de juicio de la forma que veremos en seguida.

En el F.J Segundo de la sentencia que ahora se recurre se negaba la legitimación para la impugnación del **testamento**, pero en el F.J Tercero se entraba de lleno en la capacidad de Doña Amalia para otorgar esa escritura de aportación a la sociedad de gananciales del inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000, tratándose pues de un supuesto de la concurrencia del elemento de la capacidad o consentimiento expresamente contemplado en el art. 1261 CC, como elemento esencial de todo contrato. Se constata en la



sentencia en efecto que la última exploración personal fue en diciembre de 2017, lo que la apelante intenta interpretar como toda imposibilidad de la citada neuróloga para determinar la capacidad de su paciente en abril de 2020. En el informe se relataban los contactos con la paciente de la doctora, en concreto en diciembre de 2016, abril y diciembre de 2017 y octubre de 2020, este último por videollamada, indicando literalmente la sentencia que esa última exploración fue útil y dada con "todo lujo de detalles", siendo que el proceso se calificaba de "irreversible" por la doctora, de modo que en la consulta de diciembre de 2017 la paciente "no reconocía su casa ni su entorno" y era "imposible" que entendiera el sentido del negocio otorgada en el año de referencia. El proceso pues solo podía ir "a peor, sin prisa, pero sin pausa", en palabras de la propia Sra. Macarena, con lo que el argumento de que no tuvo lugar exploración personal desde diciembre de 2017 no puede tener la trascendencia que se pretende, cuando el estado de la otorgante ya en aquel momento era de tal gravedad. Desde luego ni una sola prueba ha presentado la parte demandada para intentar contrarrestar la realidad evidente de ese progresivo empeoramiento del estado de Doña Amalia. Hemos de añadir el relevante argumento también de que en enero de 2021 la propia parte demandada solicitó el reconocimiento forense de aquella para advenir su capacidad de contestar la demanda. En cuanto al argumento de que en el año 2018 se firmara un contrato de servicios (documento n.º 16) por Doña Amalia, no tiene el significado que pretende la parte apelante, cuando nos encontramos con aseveraciones tan tajantes por parte de una especialista en la materia.

El caso es que en la sentencia se analiza pormenorizadamente el testimonio de la Sra. Macarena, coincidiendo esta Sala tras el visionado de la grabación de la vista, en el carácter firme y expeditivo de sus afirmaciones, resaltando lo imposible de que el Notario pudiera reflejar una realidad que no existía de facto e incidiendo en ese carácter irreversible de la enfermedad de su paciente, de modo que se observaba una severa desorientación temporal personal ya en diciembre de 2017, "no respondiendo de forma correcta a preguntas sobre hechos cotidianos de su vida".

Como decimos, las argumentaciones de la sentencia al valorar esta prueba son abundantes y a ellas nos remitimos en aras de la brevedad. Pero es que también se alude al testimonio e informe de la Sra. Milagrosa, médico de familia de aquella, que ratifica el informe aportado como documento n.º 15 de la demanda en la vista. Se señala al respecto la desorientación temporal de nuevo y que "no conoce a las peonas que conviven habitualmente con ella ya meses antes de marzo de 2020.

A diferencia de lo que se argumenta en el recurso, no nos encontramos con simples "presunciones o imaginaciones" de la doctora, sino de afirmaciones con base científica y real, por mucho que faltara durante la pandemia una observación personal, lo que queda soslayado por ese carácter irreversible del padecimiento observado. También contra lo que se dice en el recurso, el testimonio de la médico de cabecera, resulta relevante y complementario con el de la especialista, que sin duda era la que llevaba el seguimiento específico, por la enfermedad de aquella, más que esta otra doctora Sra. Milagrosa. Se trata de una presunción de capacidad como reconoce el propio recurso, que en este caso ha sido desvirtuada con prueba más que suficiente. En cuanto a la intervención del Notario, no consta a falta de su presencia en el acto de juicio para aclarar las cuestiones suscitadas (se acogió a su secreto profesional a tal efecto), que pudiera darse prevalencia a su mera intervención sobre las tajantes afirmaciones lanzadas por la Sra. Macarena, que como hemos visto, considera "imposible" que esta persona estuviera capacitada para un acto jurídico de la naturaleza del impugnado. Y ello sin necesidad de entrar a enjuiciar la conducta del fedatario público, en lo que sí incide ampliamente el recurso de apelación, innecesariamente ante la claridad y rotundidad de las respuestas dadas por la doctora que trató a la otorgante.

Por todo ello, no procede sino desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

CUARTO. Dada la íntegra desestimación del recurso de apelación, las costas de esta alzada son de imposición a la parte apelante ex art. 398.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente,

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por Don Raúl, representado por el Procurador Don Juan Manuel López Ramiro y asistido por el letrado Don Carlos Luis Alonso Blanco, contra la Sentencia dictada con fecha 26 de mayo de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villanueva de la Serena en los autos de Juicio Ordinario n.º 534/2020, **y confirmamos dicha resolución**, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.



Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Sólo se admitirán los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la Disposición Final 16ª LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará efectuar en calidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando celebrando audiencia pública ordinaria en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.