

EDJ 2013/264756

Audiencia Provincial de Asturias, sec. 5ª, S 19-12-2013, nº 336/2013, rec. 493/2013
Pte: Alvarez Seijo, José María

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

SUCESIÓN

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Capacidad del testador

Nulidad

Total

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita dad.15 de LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.663 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00336/2013

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 493/13

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DOÑA MARÍA PAZ FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ

En OVIEDO, a diecinueve de diciembre de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario num. 180/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Siero, Rollo de Apelación num. 493/13, entre partes, como apelantes y demandantes DOÑA Herminia y DON Jenaro, representados por la Procuradora Doña Miriam Menéndez Díaz y bajo la dirección del Letrado D. Arturo García Rodríguez y como apelada y demandada DOÑA María Dolores, representada por el Procurador D. Ignacio López González y bajo la dirección del Letrado D. Jorge García Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Siero dictó sentencia en los autos referidos con fecha treinta de enero de dos mil trece, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Miriam Menéndez Díaz, en representación de Dª Herminia y D. Jenaro, contra Dª María Dolores, representada por la Procuradora Dª Ana María Fonseca Melchor, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos que se formulaban contra ella.

No procede hacer especial imposición de las costas de este procedimiento."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Herminia y D. Jenaro, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C. EDL 2000/77463 , se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento en esta alzada no se han cumplido las prescripciones legales, toda vez que habiendo sido inicialmente repartidos los autos a la Sección 1ª en fecha 23-05-13 y, en razón a su pendencia de asuntos, han sido reasignados, entre otras, a esta Sección en fecha 25-11-13 en virtud de Acuerdo de la Sala de Gobierno de este territorio de 24-07-13, ratificado el 13-08-13 por la Comisión Permanente del CGPJ.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, tras un extenso y pormenorizado análisis de la pretensión ejercitada así como de la prueba obrante en autos, rechazó la demanda que tenía como objeto la declaración de nulidad del testamento otorgado el día 21-10-2.009 por D. Amadeo. Resolución frente a la que se alzan los actores.

Tratándose, como queda dicho, el caso enjuiciado de dirimir sobre la nulidad de un testamento en base a considerar que cuando fue otorgado el testador no se hallaba con las necesarias facultades mentales a tal fin, y partiendo del principio general de la capacidad, es claro que a los actores y ahora apelantes incumbía e incumbe acreditar dicha falta.

Por tanto, y a fin de abordar cuestión tan espinosa, se considera necesario poner de relieve las circunstancias concurrentes en el caso, y acreditadas en las actuaciones, y que se consideren relevantes, en orden a formar una conclusión conforme a las reglas del sano criterio.

El discurrir de los hechos, ya fue puesto de relieve por la Sra. Juez de instancia, y a ellos nos remitimos, mas este Tribunal, aún teniendo ello en cuenta, señala como determinantes en orden a adoptar su resolución lo que se reseña a continuación:

Una vez que en el mes de agosto de 2.009 los actores, que desde tiempo venían observando una evolución en su tío D. Amadeo con pérdidas de memoria e ideas delirantes, lo ingresaron en el Centro Intergeneracional Ovida, donde el 26-8-2.009 el Dr. Gustavo (folio 221), tras examinarlo, emitió un informe en el que aludía a alteración inmediata de la memoria, desorientación en persona, tiempo y espacio, alteración del cálculo y escritura, afaxia, apraxia y agnosia, por lo que estimando que su patología neurológica le impedía realizar una vida activa obligándole a precisar ayuda de tercera persona, y entendiendo tal cuadro clínico irreversible, dicho facultativo puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía a fin de iniciar un proceso de incapacitación, lo que asimismo denunciaron los actores y apelantes Doña María Dolores y D. Jenaro. Dicho procedimiento correspondió al Juzgado num. 7 de Oviedo con el num. 932/09.

En dicho procedimiento, el 28-9-09 el Sr. Médico Forense (folio 39) emitió un dictamen tras examinar al presunto incapaz, en el que entre otras cuestiones resaltó su conducta educada, un grado de colaboración aceptable, un consciente nivel de conciencia, una orientación autopsíquica deficiente y una memoria deficitaria, con inteligencia dentro de los límites normales. En cuanto al área cognoscitiva señaló que su deterioro cognitivo era leve a moderado, dándose cuenta parcialmente que mentalmente se está deteriorando, precisando ayuda para las habilidades de la vida independiente, conociendo su situación económica pero presentando limitaciones para decidir con total libertad sobre su patrimonio, sobretodo porque puede ser fácilmente influenciado. En cuanto a su valoración, dicho facultativo aludió a demencia senil e incapaz parcial, y en cuanto a las capacidades adaptativas refirió defecto cognoscitivo moderado, discapacidad limitada a actos patrimoniales complejos. En cuanto a sus conclusiones, señaló que el paciente presentaba diagnóstico compatible con delirium, demencia, trastornos amnésicos y otros cognoscitivos, estando parcialmente anulada la capacidad de autogobierno de bienes y persona. Demencia senil y afección neurológica permanente. Recomendó su ingreso en un geriátrico para garantizar sus cuidados.

Desde su ingreso en el Centro Intergeneracional, D. Amadeo recibía visitas de sus sobrinos antes referidos, si bien el día 20-10-2.009 Doña María Dolores, igualmente sobrina suya y con quien también mantenía trato, compareció en dicho Centro solicitando ser incluida como persona de contacto con su tío, acudiendo a visitarlo desde entonces casi cotidianamente y sacándolo varias horas fuera del mismo.

El día 21-10-2.009 (folio 65), a las 18,20 horas, D. Amadeo compareció en la Notaría del Sr. Notario D. Luis Alfonso Tejuca Pendás a fin de otorgar testamento abierto, habiéndolo juzgado dicho fedatario con capacidad suficiente para otorgarlo, conteniendo el mismo una única cláusula consistente en instituir como heredera universal a su sobrina Doña María Dolores (hija de su hermana Doña Amadeo), con sustitución vulgar por sus descendientes.

Dos días más tarde, el 23-10-2.009, D. Amadeo volvió a comparecer en la misma Notaría a fin de otorgar poder para pleitos, y obviamente personarse en el procedimiento de incapacitación (folio 163), señalando nuevamente el Sr. Notario que a su juicio tenía capacidad suficiente para dicho otorgamiento.

El 28-10-2.009, nuevamente D. Gustavo (folio 34) emitió informe en el que señalaba que el paciente a su ingreso en el Centro había sido diagnosticado de demencia degenerativa tipo Alzheimer, persistiendo en la actualidad problemas de memoria, desorientación y alteración del juicio crítico que condicionan sus actividades de la vida diaria y la necesidad de supervisión las 24 horas del día, habiéndose controlado desde el punto de vista conductual su sintomatología neuropsicológica.

El 31-10-2.009 D. Jenaro formuló denuncia (folio 58) frente a Doña María Dolores alegando que D. Amadeo era titular de unos fondos de inversión depositados en el BBVA así como de una cuenta abierta en la oficina central de dicha entidad sita en la C/ Mendizábal de Oviedo, y desde que la denunciada le había comenzado a sacar del Centro durante varias horas de forma cotidiana se habían producido distintas extracciones de dicha cuenta, así como cancelación de los fondos. Admitida a trámite la denuncia, que correspondió en reparto al Juzgado de Instrucción num. 4 e incoadas D. Previa num. 3291/09, se libró el pertinente oficio al BBVA, resultando (folio 44) que la cuenta en cuestión era de la titularidad de D. Amadeo, estando autorizada Doña María Dolores, que la cancelación de los fondos de

inversión había sido solicitada por D. Amadeo, que estaba acompañado por Doña María Dolores, y que el cheque por dicho montante fue expedido a nombre de D. Amadeo por unos 600.000 euros, quien en principio lo ingresó en la cuenta y, posteriormente, el 29-10-2.009 fue compensado al Banco Popular Español. Con el referido oficio la entidad bancaria acompañó extracto de la cuenta, en el que se observa que el día 26-10-2.009, por el concepto "reembolso fondo de inversión", fueron ingresados en la misma 23.389,49 euros, 115.289,83 euros y 380.467,61 euros, el día 27- 10-2.009 por el concepto "valores, abono por venta de tit." la cantidad de 75.953,17 euros, y el mismo día, y nuevamente por el concepto "reembolso fondo de inversión", las cuantías de 585,40 euros, 2.992,48 euros y 9.672,74 euros. Finalmente, el día 28-10-2.009 consta un "cargo por emisión de cheque banc." por importe de 600.000 euros. Por su parte, en respuesta al oficio que fue librado al Banco Popular, por el mismo se respondió (folio 73) que en efecto existía una cuenta de ahorro a nombre de D. Amadeo estando como autorizada Doña María Dolores y en la que, en efecto, había sido ingresado el día 28-10-2.009, fecha de la apertura de la cuenta, un cheque por importe de 600.000 euros.

En lo que se refiere a las declaraciones prestadas en las D. Previa antes mencionadas, el 3-12-2.009 compareció en el Juzgado denunciada Doña María Dolores, quien manifestó, entre otras cuestiones, que era cierto que había acompañado a su tío a las entidades bancarias para realizar las extracciones, que el mismo había sido quien había decidido realizarlas sin ningún tipo de coacción, y ello porque sabía que lo querían incapacitar y tenía pánico, y que su tío lo único que había hecho era hacer líquidos los fondos e ingresarlos en el Banco Popular. D. Amadeo declaró el día 13-1-2.010 señalando que la decisión de cancelar los fondos y pasar el dinero al Banco Popular la había tomado él mismo, y que no sabía si tenía autorizada a su sobrina. Que la razón del cambio del dinero fue por consejo de ciertas amistades, no de su sobrina, y que el cambio lo hizo porque le pareció que era conveniente, respondiendo a la pregunta de si era consciente de los efectos fiscales de dichos movimientos, que sí era consciente, y si tenía conocimiento de los impuestos que tiene que pagar a Hacienda, respondió que no es que tenga o no conocimiento, que los paga cuando tiene que pagarlos.

El 15-2-2.010, y en las referidas actuaciones, el Sr. Fiscal emitió informe en el que estimó no existir motivos suficientes para estimar la comisión de un delito patrimonial, a pesar de la existencia de sospechas sobre la finalidad de tales operaciones y la capacidad del titular de emitir un válido consentimiento, señalando que aunque presenta un deterioro mental, del informe Forense se deduce que aún siendo persona influenciable posee cierta capacidad de control personal y conocimiento de su situación patrimonial, y de la propia declaración prestada por él en la causa se deduce un discurso expresivo de una voluntad consciente, al menos en cierto grado (folio 154).

Por el Juzgado se dictó auto de sobreseimiento de dichas actuaciones (folio 151), en cuya resolución se consignó literalmente lo siguiente: "A pesar de su edad y de su estado de salud aquejado de una demencia senil, sin embargo como recoge el Médico Forense en su informe y pudo apreciarse en su comparecencia y declaración prestada a presencia judicial ante este Juzgado, no tiene anuladas las facultades de autogobierno de su persona y bienes, y conserva un cierto grado de control y conocimiento de su situación personal y patrimonial, Habiéndose expresado en todo momento de forma coherente y consciente..."

El 15-4-2.010 se dictó sentencia en el procedimiento de incapacitación (folio 85) acordando la procedencia de la modificación de la capacidad de obrar de D. Amadeo, declarando su falta de capacidad de obrar y habilidades para actuar por sí solo y prestar consentimiento válido, entre otras cuestiones, para otorgar testamento, designando como tutor a D. Jenaro; esta sentencia fue recurrida por dicho declarado incapaz, dictándose otra por la Sección 6ª de esta Audiencia (folio 100) que la revocó en el sentido de declarar tutora a Doña María Dolores, señalando no existir en tal persona, que era la propuesta por el propio incapaz, impedimento legal alguno para asumir el cargo, y que por las declaraciones prestadas por el propio interesado así como por todos sus sobrinos, en el acto de la vista celebrado en esta segundo instancia, resulta que aquélla es el familiar que ha tenido anteriormente y tiene en la actualidad una mayor relación personal con el mismo, y no existe razón para no atender a sus preferencias.

SEGUNDO.- Así expuestos de modo objetivo los hechos y, como se dijo al principio, siendo así que ha de partirse de la presunción de capacidad del testador, quién afirma su incapacidad debe probarla de modo claro e indubitado, pues cualquier duda al respecto no podría favorecer su pretensión.

El art. 663 del CC EDL 1889/1 declara incapaces para testar (num. 2) a quien de manera habitual o accidental no esté en su cabal juicio. Disponiendo el art. 666 que para apreciar la capacidad del testador ha de estarse únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Por su parte, el art. 664 señala que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido, lo que ha sido entendido en el sentido de que la declaración de incapacidad mental posterior al acto de testar no alcanza a demostrar que el causante careciese en ese momento de un intervalo de lucidez.

De la conjunción de tales preceptos se deduce que el punto de partida para la declaración como incapaz para el otorgamiento del testamento sería la de la declaración judicial en tal sentido (sentencia del TS de 12-12-1.981), que en el caso presente sería la sentencia del Juzgado num. 7 de Oviedo, posterior al otorgamiento del testamento, y que además tendría carácter constitutivo y sin efectos "ex tunc". Por lo tanto, la cuestión sería y es dilucidar si en el preciso momento en el que el causante compareció ante el fedatario público ostentaba o no capacidad al efecto.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, de manera que la prueba en contra no debe dejar margen de duda. Por otro lado, se ha señalado, así la sentencia de 10-4-1.987, que la aseveración notarial respecto de la testamentifacción del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tamtum de aptitud.

En el caso presente, como se ha visto, se emitieron diversos informes facultativos, algunos de ellos con anterioridad al otorgamiento del testamento, y en los que presumiblemente se apoyó la sentencia que declaró su incapacidad, y por otra parte tampoco se puede obviar el hecho de que la demandada y ahora apelada hubiese acompañado a D. Amadeo a la Notaría, así como a realizar las operaciones

bancarias descritas, todo lo que en principio abocarían desde la lógica a considerar que el testador pudo resultar influenciado o coaccionado al momento de otorgar el testamento.

El Sr. Notario lo estimó capaz, y tampoco dudó de ello cuando compareció dos días más tarde a otorgar el poder para pleitos, y aún cuando esto no resultaría determinante teniendo en cuenta por quién iba acompañado, no cabe hacer tabla rasa de sus declaraciones en el Juzgado de Instrucción, también anteriores a la sentencia de incapacidad, las apreciaciones tanto de la Sra. Juez como del Ministerio Fiscal puestas de relieve en el precedente fundamento, e incluso lo señalado en la sentencia de la Sección Sexta de esta Audiencia, que consideró a Doña María Dolores como la tutora en base a la propia voluntad de D. Amadeo, reconociendo que era la familiar que tenía y había tenido una mayor relación con él; por otro lado, en el informe del Sr. Forense no se aludió a una total anulación de la capacidad de gobierno de D. Amadeo, sino parcial.

Considerando todo ello, nos encontramos con una situación espinosa en orden a su decisión, como ya con todo atino reconoció la Sra. Juez de instancia, mas si como se dijo la carencia de capacidad ha de resultar acreditada de manera indudable, no se oculta que en el caso se nos presentan dudas razonables al respecto, de ahí que proceda refrendar lo acordado en la sentencia apelada.

TERCERO.- A pesar del rechazo del recurso, y por todo lo expuesto, se deduce fácilmente que del mismo modo que acordó la Sra. Juez de instancia en su momento, deba hacerse uso de la facultad excepcional de no imponer las costas conforme al art. 394-1-1º "in fine" de la LEC. EDL 2000/77463

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Herminia y D. Jenaro contra la sentencia dictada en fecha treinta de enero de dos mil trece por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Siero, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se CONFIRMA.

No procede expresa imposición respecto de las costas de la presente alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre EDL 2009/238888 , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

Publicación. Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia 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 la Secretario, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370052013100357