



Roj: **SAP C 1990/2020 - ECLI: ES:APC:2020:1990**

Id Cendoj: **15030370032020100285**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **20/10/2020**

Nº de Recurso: **256/2020**

Nº de Resolución: **338/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00338/2020

Modelo: N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Teléfono: 981 182082/ 182083 **Fax:** 981 182081

Equipo/usuario: BP

N.I.G. 15030 42 1 2016 0011254

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000256 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000915 /2016

Recurrente: D^a. **Covadonga**

Procuradora: D^a. **MARÍA FERNÁNDEZ SERRANO**

Abogada: D^a. **MARÍA IRENE BONET GONZÁLEZ**

Recurridos: D. **Santiago** y D^a. **Elisa**, D^a. **Eloisa**

Procuradores: D^a. **MARÍA-CONCEPCIÓN PÉREZ GARCÍA**, D. **FERNANDO QUIÑO A RICO**

Abogados: D. **SANTIAGO JAVIER FRANCO LANDEIRA**, D^a. **ANA MARÍA RODRÍGUEZ CORCOBADO**

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María-Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María-José Pérez Pena

Don Rafael-Jesús Fernández-Porto García

En A Coruña, a 20 de octubre de 2020.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 256-2020** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2020 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del **Juzgado**



de Primera Instancia número 6 de A Coruña , en los autos de procedimiento ordinario registrado bajo el número 915-2016, siendo parte:

Como **apelante**, la demandante **DOÑA Covadonga** , mayor de edad, vecina de Stade (República Federal Alemana), con domicilio en DIRECCION000 , NUM000 , provista del documento nacional de identidad número NUM001 , representada por la procuradora de los tribunales doña María Fernández Serrano, bajo la dirección de la abogada doña María-Irene Bonet González.

Como **apelados**, la demandada **DOÑA Eloisa** , mayor de edad, vecina de A Coruña, con domicilio en la CALLE000 , NUM002 , provista del documento nacional de identidad número NUM003 , representada por el procurador de los tribunales don Fernando Quiñoá Rico, y dirigida por la abogada doña Ana-María Rodríguez Corcobado.

Así como los también demandados DON Santiago y DOÑA Elisa , mayores de edad, con la misma vecindad y domicilio que la anterior, provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM004 y NUM005 respectivamente, representados por la procuradora de los tribunales doña María-Concepción Pérez García, y dirigidos por el abogado don Santiago-Javier Franco Landeira.

Versa la apelación sobre nulidad de escrituras públicas por incapacidad del otorgante, siendo la cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Sentencia de primera instancia .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 13 de febrero de 2020, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Covadonga , representada por la procuradora Sra. María Fernández Serrano y defendida por la letrada Sra. Irene Bonet González frente a Santiago y Elisa representados por la procuradora Sra. Concepción Pérez García y defendidos por el letrado Sr. Santiago Javier Franco Landeira y frente a Eloisa defendida en estos autos por la letrada a cargo de FUNGA Sra. Ana María Rodríguez Corcobado y representada por el procurador Sr. Fernando Quiñoa Rico y debo absolver y absuelvo libremente a la parte demandada de todos los pedimentos frente a ella solicitados en el escrito de demanda.

Todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte actora.

Notifíquese la resolución a las partes en legal forma, advirtiéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, Recurso de Apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación, que no será admitido a trámite si no se acreditara por la parte interesada haber constituido el depósito requerido por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida mediante LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Háganse las anotaciones correspondientes en el libro de asuntos y llévase la presente al Libro Legajo de Sentencias y Autos de este Juzgado y testimonio de la misma a los autos principales.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo».

SEGUNDO.- Recurso de apelación .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña Covadonga , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por don Santiago y doña Elisa , así como por doña Eloisa escritos de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 23 de junio de 2020, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Admisión del recurso .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 2 de julio de 2020, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 9 de julio de 2020, registrándose con el número 256-2020. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 8 de septiembre de 2020 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO.- Personamientos .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora de los tribunales doña María Fernández Serrano en nombre y representación de doña Covadonga , en calidad de apelante, para sostener el recurso; el procurador de los tribunales don Fernando Quiñoá Rico en nombre y representación de



doña Eloisa , en calidad de apelado; así como la procuradora de los tribunales doña María- Concepción Pérez García, en nombre y representación de don Santiago y doña Elisa , en calidad de apelada.

QUINTO.- Señalamiento .- Por providencia se señaló para votación y fallo el día de hoy, en que tuvo lugar.

SEXTO.- Ponencia .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fundamentación de la sentencia apelada .- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Objeto del litigio .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Doña Eloisa nació el NUM006 de 1932 en Irixoa (A Coruña). Es la mayor de tres hermanas: doña Covadonga , residente en Alemania; y doña Candelaria , que vive en Arteixo (A Coruña). Muy bajo nivel de escolarización. Emigró a Inglaterra durante más de treinta años, según dice, donde parece que desempeñó trabajos vinculados a la limpieza.

En 1993 contrajo matrimonio con don Darío , no habiendo tenido descendencia. Este falleció sobre el año 2014, y desde entonces doña Eloisa vivía sola en el domicilio familiar. Hay referencias de doña Eloisa a que su difunto marido tiene hijos de un primer matrimonio.

Reside en una vivienda de su propiedad sita en la CALLE000 de esta ciudad, al parecer tiene una pensión de unos 650 euros mensuales, y además posee, cuando menos, un bajo en la calle Arenal.

2º.- El 8 de febrero de 2015 una ambulancia del 061 llevó a doña Eloisa al Servicio de Urgencias del «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña» (CHUAC) dependiente del Servicio Galego de Saúde, por presentar "dolor en tobillo derecho". En el informe de triaje ya se hace constar "problema social". Tras ser atendida fue dada de alta y remitida a su domicilio.

3º.- El 10 de febrero de 2015 doña Eloisa fue nuevamente evacuada por equipos de emergencia al Servicio de Urgencias del «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña». En el informe de este Servicio se hace constar que doña Darío «*acude a urgencias traída por desorientación y porque se encontraba en el baño pidiendo auxilio. Refiere que "algunas personas le quieren entrar en casa", y que en alguna ocasión la encuentra desordenada*». Se hizo constar como hipótesis diagnóstica "deterioro cognitivo moderado". Permaneció ingresada hasta el 20 de febrero de 2015.

Ante su estado, se avisó al Servicio de Trabajo Social del propio centro hospitalario público, valorándose a la paciente entre el 10 y el 20 de febrero de 2015. El trabajador social hace constar que doña Eloisa se mostraba «*desorientada, incapaz de organizar su autocuidado, o prever apoyos en caso de que el alta fuese a su domicilio... no colabora en sus cuidados, no controla esfínteres y rechaza nuestra intervención manifestando una argumentación recurrente de que "todo el mundo le roba y que "aquí se encuentra porque le robaron"*». Como doña Eloisa vivía sola, dicho trabajador social se puso en contacto con su hermana doña Covadonga , recogiendo que le refiere que «*Mantiene buena relación, comunicación telefónica constante*» y se ofrece para prestar ayuda coordinando el alta. También se puso en contacto con su otra hermana, doña Candelaria , quien se ofrece para llevar a doña Eloisa a su casa, pero la paciente lo rechaza. Y contactó con una prima. «*Se contempla que la mejor alternativa al alta hospitalaria, el ingreso de la paciente en un centro residencial a fin de que reciba los cuidados precisos*», optándose por el ingreso en "Residencia Caser", una residencia geriátrica asistida propiedad de la aseguradora indicada, sita en la zona de la A Zapateira, en el límite Ayuntamiento de Culleredo, cuyas mensualidades costearía doña Covadonga .

El 20 de febrero de 2015 fue trasladada desde el «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña» hasta la residencia asistida de la tercera edad.

4º.- El 16 de febrero de 2015 se redactó el contrato para la estancia de doña Eloisa en la residencia geriátrica de "Caser Residencial, S.A.U.", sita en la zona de A Zapateira de esta ciudad. Impresiona que la fecha corresponde a la reserva de plaza, pues aún no había ingresado doña Eloisa , y doña Covadonga tampoco estaba en ese momento en España. En el contrato de ingreso aunque figura doña Eloisa en el encabezamiento, se dice que la residente es asistida por su hermana doña Covadonga como "guardadora de hecho", constando únicamente la firma de esta.

5º.- El 20 de abril de 2015 la médica doña Salvadora , que prestaba servicios en la residencia geriátrica, emite un informe sobre doña Eloisa , al que adjunta los resultados:



- (a) Del test "escala cognitiva global" (GDS) que fecha como confeccionado el 17 de febrero de 2015 considerando que la interna esta en un grado 2 (meras manifestaciones subjetivas de pérdida de memoria) que había realizado la misma doctora Salvadora .
- (b) Del test de "escala funcional Barthel" de 23 de febrero de 2015 con un resultado de dependencia grave (lo cubrió otra profesional).
- (c) Del test de Bradem del 20 de febrero de 2015, que realiza otro profesional.
- (d) La escala Norton del 20 de febrero de 2015, también de otro profesional (estado mental algo confuso, anda con ayuda, movilidad algo limitada, incontinente de orina y heces).
- (e) Y el "test escala Tinetti" (equilibrio y marcha) practicado el 25 de febrero de 2015, redactado por otra persona.

6º.- La directora de la residencia comunicó el ingreso al Juzgado, por considerar que doña Eloisa no estaba capacitada para prestar consentimiento a su ingreso. El Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña tramitó bajo el número 233-2015 un expediente de medida cautelar de internamiento en centro geriátrico asistido.

El 26 de marzo de 2015 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez se desplazó a la residencia a fin examinar a doña Eloisa , haciendo constar en el acta que su marido había fallecido, sabía su nombre, «su fecha de nacimiento el NUM007 de 1932» , su domicilio, «donde está ahora es... un asilo, un asilo de locos, parece un manicomio», sabe la fecha del día, «la persona que estaba con ella es un vecino que se va a hacer cargo de ella. Es "un operario de ella". Cree que está contratado por ella. A veces le da una propina. Él es un carpintero, de los mejores de Coruña... se van a vivir juntos, con su familia, con su esposa e hijos. No sabe si le va a dejar todo lo que ella tiene... notó que le entraron en casa, le abrieron la puerta los hijos de su marido», sabe que tiene dos hermanas y con una dice que «se lleva muy mal, porque su marido fue a vivir tres años a su casa sin pagar un duro. Prestó un millón de euros a esa persona porque se lo dijo su madre (de la compareciente). Y ahora lo niega todo... Ahora los hijos de su marido pretenden que les dé su casa, que es nueva... La metieron aquí los hijos de su marido... Aquí la metieron los hijos de su marido... No es verdad que la llevaran al hospital porque estaba sola en casa pidiendo auxilio... Ella quiere irse a vivir con ese vecino, "ellos son los responsables de ella", muy buena gente. Incluso le trajeron paquete de comida y fruta... La (hermana) de Arteixo no la quiere ver porque su marido le robó ese documento... Los hijos de su marido dejaron el libro abierto sobre unos papeles y el marido de su hermana se llevó la escritura».

El 27 de marzo de 2015 se dictó auto en cuya fundamentación se recoge que «doña Eloisa padece un proceso de deterioro cognitivo, tal y como ha sido puesto de manifiesto en el informe de los servicios sociales del CHUAC, estando objetivamente indicada la necesidad de ingreso en un centro asistencial» , autorizando el ingreso en la residencia de A Zapateira.

Esta resolución fue recurrida por doña Eloisa , como posteriormente se ampliará. A tal efecto el 27 de abril de 2015 otorgó ante el notario de esta asignación don Francisco-Manuel López Sánchez, que se constituyó en el geriátrico, poder a favor de procuradores y del abogado don Santiago-Javier Franco Landeira.

7º.- En mayo de 2015 doña Covadonga formuló demanda en procedimiento de modificación judicial de la capacidad civil de su hermana doña Eloisa , que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número 10 de esta ciudad, quien la tramitó bajo el número 679-2015.

8º.- El 15 de junio de 2015 la notaria doña Montserrat se constituye en la residencia geriátrica de A Zapateira, y doña Eloisa otorga la escritura protocolizada bajo el número NUM009 , en la que confiere poder a don Santiago y doña Elisa , con plenas facultades para administrar bienes muebles e inmuebles, así como toda clase de activos mobiliarios, incluyendo la administración y disposición de cuentas bancarias y cualquier otro valor.

A continuación, bajo el número siguiente de protocolo, testa instituyendo como herederos a los citados don Santiago y doña Elisa , salvo en los bienes que procedan de herencias de sus padres.

9º.- El 14 de julio de 2015 la médica forense doña Jacinta reconoció a doña Eloisa en la residencia asistida de "Caser", emitiendo informe en el procedimiento de modificación judicial de la capacidad civil número 679-2015 que se tramitaba ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña, al que se hizo referencia. Hace constar que, a la exploración, doña Eloisa presta una «Deficiente atención. Se aprecia deterioro en la memoria de fijación y evocación... Parece existir rellenos de lagunas mnésicas (pe. La trabajadora social nos informa que la visitó una notaria, al preguntarle por dicha visita Eloisa refiere que vino a interesarse por qué no la llevaban al dentista desde la residencia)... lenguaje oral fluente, ordenado, comunicativo, con gran suspicacia, centrado en la queja por estar en la residencia y la implicación de su hermana, así como en el personal del centro, impresionado cuando menos de ideación sobrevalorada. Relata asimismo episodios pasados de robo de su dinero por parte de



la familia. Refiere que hizo testamento hace pocos meses a favor de un vecino que la cuida y que conoce desde hace 30 años... Bajo nivel de comprensión, hay que repetirle las instrucciones, con dificultad para establecer analogías y definir conceptos, nombra objetos comunes, obedece parcialmente órdenes sencillas. Lectura de frases simples y cuento no comprensible, escribe al dictado frases cortas con mala grafía. Realiza alguna suma, pero no resta... Test cognitivo MOCA: 9 Puntos (Normal más de 26) Test del reloj: 0 puntos (mínimo 7)». Concluye que doña Eloisa «padece un cuadro de deterioro cognitivo, asimilable a un síndrome demencial avanzado», considerando que «Dicho trastorno mental sí es profundo y permanente, no siendo posible una educabilidad y autonomía mayor de la que tiene», y por ello «sí se encuentra impedida para regir su persona u sus bienes, teniendo afectada la capacidad de conocer el alcance de sus actos, estando inteligencia y voluntad grandemente mermadas. Siendo además en este momento evolutivo muy sugestionable».

10º.- El 23 de julio de 2015, a instancia del abogado Sr. Franco Landeira, la psicóloga doña Raquel lleva a cabo una exploración neuropsicológica, concluyendo que las alteraciones objetivadas son «compatibles con el diagnóstico clínico de demencia vascular mixta en un estadio entre leve y moderado», no afectando a su capacidad volitiva, ni a la toma de decisión para vivir en su propio domicilio, con capacidad suficiente para expresar sus deseos y entender lo que está decidiendo, y el traslado a su domicilio le favorecería. Al parecer este informe se solicitó con el fin de aportarlo en la oposición a la medida cautelar de internamiento.

11º.- El 30 de septiembre de 2015 la notaria doña Montserrat se constituye nuevamente en la residencia geriátrica de A Zapateira, ante la que doña Eloisa otorga la escritura protocolizada bajo el número NUM008, de nombramiento de tutor o curador para el supuesto de que en el futuro viese limitada su capacidad, designando para tales cargos a don Santiago y doña Elisa, que lo ejercerán de forma indistinta.

12º.- Como se dijo, doña Eloisa interpuso recurso de apelación contra el auto dictado el 27 de marzo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña, en la medida cautelar tramitaba bajo el número 233-2015, por el que se autorizaba el internamiento en el centro geriátrico. La Sección 4ª de esta Audiencia Provincial dictó auto el 23 de noviembre de 2015 en cuya fundamentación se afirma que «a la vista de las pruebas practicadas y de nuestra percepción directa mediante la entrevista que hemos mantenido con la apelante, el indudable deterioro físico y cognitivo que presenta la Sra. Eloisa no le impide expresar con claridad y coherencia su firme voluntad de regresar a su domicilio para ser cuidada en él por personas de su elección y confianza. Si el respeto a ese ámbito de la libertad individual se impone incluso en casos de incapacidad ya judicialmente declarada, con mayor motivo debemos reconocerlo en sede cautelar...», y que «La apelante ha designado a don Santiago y a doña Elisa como tutores, o en su caso, curadores, para el caso de ser judicialmente incapacitada o limitada su capacidad (escritura pública de 30 de septiembre de 2015) y nos consta al menos la voluntad del Sr. Santiago de asumir el cuidado personal de la Sra. Eloisa en el domicilio de ésta. Los designados son, además, apoderados de la apelante en los amplios términos de la escritura de apoderamiento de fecha 15 de junio de 2015.- En tales circunstancias hemos de estimar el recurso de apelación y revocar la resolución apelada, de modo que doña Eloisa pueda, si es su deseo, abandonar la residencia geriátrica, regresar a su domicilio y permanecer en él bajo el cuidado de don Santiago y a doña Elisa, con la obligación de éstos de rendir cuentas del ejercicio que hagan de las facultades patrimoniales que les han sido conferidas y del cumplimiento de las que su condición de guardadores les impone, así como de las demás que el Juzgado que conoce del proceso de incapacitación les pueda exigir». Por lo que revoca la resolución apelada, autorizando a doña Eloisa a marcharse de la residencia, siendo atendida por don Santiago y doña Elisa en su domicilio.

Don Santiago y doña Elisa, junto con sus dos hijas, se mudaron a la vivienda de doña Eloisa, conviviendo con ella. Doña Covadonga abonó todas las mensualidades de estancia de su hermana en la residencia, salvo los últimos meses.

13º.- El 15 de abril de 2016 el Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña se dictó sentencia en el procedimiento seguido bajo el número 679-2015, en cuyo fundamento legal segundo se afirma que «De las pruebas practicadas puede llegarse a la conclusión de que procede declarar la incapacidad de doña Eloisa en base a que, como se desprende del reconocimiento efectuado por el médico forense de este Juzgado, de la exploración del presunto incapaz llevada a cabo por SSª y de la documentación obrante en autos, doña Eloisa padece un cuadro de deterioro cognitivo, asimilable a un síndrome demencial avanzado, siendo dicho trastorno mental profundo y permanente, no siendo posible lograr una educabilidad y autonomía mayor de la que tiene, encontrándose impedido para regir su persona y bienes, teniendo afectada la capacidad de conocer el alcance de sus actos, estando inteligencia y voluntad grandemente mermadas». Por lo que se modificó la capacidad civil de la demandada de forma total. Teniendo en consideración la escritura pública otorgada el 30 de septiembre de 2015 por doña Eloisa, en la que designaba como tutores a don Santiago y doña Elisa, que eran las personas con las que se había ido a vivir a raíz de su salida de la residencia, en la vivienda de doña Eloisa, y que su hermana doña Covadonga residía en Alemania, se nombró como tutores a don Santiago y doña Elisa, que ejercerán indistintamente. Resolución que alcanzó firmeza al no interponerse recurso alguno contra la misma.



14º.- El 1 de septiembre de 2016 doña Covadonga dedujo demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra su hermana doña Eloisa , así como contra los tutores don Santiago y doña Elisa , solicitando que se declarase la nulidad de las siguientes escrituras públicas otorgadas por doña Eloisa :

- (a) El poder de 15 de junio de 2015 a favor de don Santiago y doña Elisa .
- (b) El testamento de la misma fecha.
- (c) La designación de tutor de 30 de septiembre de 2015.
- (d) Otra petición de la que se desistió en el acto de la audiencia previa.

En síntesis expone que cuando doña Eloisa fue ingresada en la residencia geriátrica empezó a recibir la visita de don Santiago , persona que vive a unos quinientos metros de su domicilio, y que conocía porque le había realizado trabajos de carpintería en la casa; y en ocasiones también iba su esposa, doña Elisa . Le decían que la iban a sacar de la residencia y que iba a vivir con ellos, le llevaban comida y fruta, poniendo a la ingresada en contra del personal de la residencia. También llevan a una tercera persona, que no saben si es abogado o notario, que solicitan los servicios de la notaría y consiguen que otorgue los tres instrumentos públicos, siempre en beneficio de los codemandados. Todo ello cuando las pruebas -según su subjetiva exposición- acreditaban que doña Eloisa padecía una demencia grave y era una persona fácilmente influenciada, por lo que no estaba en situación de comprender el contenido y alcance del otorgamiento de tales escrituras notariales.

Adjuntaba dictamen del psiquiatra Dr. Teodulfo , mostrando su discrepancia con la valoración de 2 en el test "escala cognitiva global" (GDS) según el criterio de la Dra. Salvadora , considerando que es totalmente incongruente con lo observado por los médicos del servicio de urgencias del «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña», que no dudan en avisar a los servicios sociales y diagnostican la demencia; siendo imposible su correcta realización en tan corto espacio temporal; y estimando que, como mínimo, debía de haberse concluido el grado 6. Considera que el informe de la médico forense es correcto y coherente, y a la vista de la documental médica concluye que doña Eloisa no estaba capacitada para conocer la trascendencia del apoderamiento y testamento otorgado en junio de 2015, ni tampoco para la designación de tutor en septiembre del mismo año.

15º.- Los tutores se opusieron a la demanda resaltando la opinión de la médica del geriátrico que calificaba el deterioro como muy leve, la total corrección de las respuestas dadas al Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 cuando oyó a doña Eloisa , las valoraciones de la notaría en las tres escrituras, la valoración de los tres magistrados de la Sección 4ª de esta ciudad, y las quejas emitidas por los abogados -según la parte- sobre el Instituto de Medicina Legal de Galicia. Alegó fundamentos legales y terminó suplicando la desestimación de la demanda.

Designado defensor judicial a doña Eloisa , también se opuso a la demanda.

16º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia desestimando la demanda por considerar que no se había probado que en el momento de los otorgamientos doña Eloisa no estuviese capacitada para ello; con imposición de costas a la demandante. Pronunciamientos frente a los que esta se alza.

TERCERO.- *La capacidad para obligarse y para testar .* - Se plantea la falta de capacidad de doña Eloisa para otorgar negocios jurídicos, así como para testar.

1º.- Dejando al margen la discusión sobre si los contratos y actos jurídicos celebrados por los incapaces no incapacitados son anulables o nulos de pleno derecho -cuestión abordada con todo detalle en la sentencia de 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1169/2016, recurso 2203/2014)- la cuestión que se plantea en cuanto al poder general para administrar y a la escritura de autotutela es la presunción de capacidad de la otorgante que pocos meses después ve modificada su capacidad civil por resolución judicial.

El artículo 1263 del Código Civil preceptúa que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados. Pero no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario.

Partiendo de la distinción entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza; y la incapacidad jurídica derivada de la resolución judicial que modifica la capacidad civil, el problema jurídico se plantea cuando el negocio jurídico es concertado por quien se considera que carece de capacidad natural, pero en ese momento aún no hay resolución judicial que la modifique, y sí se dictará poco después.



No debiendo omitirse que la capacidad se presume. El artículo 199 del Código Civil supedita a declaración judicial por sentencia la modificación de la capacidad civil de una persona; por lo que, en tanto no se declare esa modificación, y se establezca su exacto alcance, la persona sigue gozando de facultad para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones; debiendo recordarse que la capacidad se presume; sin perjuicio de la posibilidad de impugnar sus actos anteriores por otras razones según su naturaleza; debiendo recordarse que el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad [STS 20 de octubre de 2015 (Roj: STS 4283/2015, recurso 2158/2014), 11 de junio de 2001 (RJ Aranzadi 4335), 28 de julio de 1998 (RJ Aranzadi 6134), 19 de febrero de 1996 (RJ Aranzadi 1413), 18 de marzo de 1988 (RJ Aranzadi 10355), 10 de febrero de 1986 (RJ Aranzadi 520), y 23 de noviembre de 1981 (RJ Aranzadi 4543)].

Lo que establece la jurisprudencia es que tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente, con especial rigurosidad, su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. El que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración. Se presume la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trata [SSTS 145/2006, de 14 de febrero (Roj: STS 831/2006, recurso 2694/1999) y 1101/2004, de 19 de noviembre (Roj: STS 7499/2004, recurso 1511/2000)].

2º.- La capacidad para disponer por testamento se presume con carácter general (artículo 662 del Código Civil), recogiendo el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. Principio que ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 [STS 146/2018, de 15 de marzo (Roj: STS 936/2018, recurso 2093/2015) de Pleno]. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad. La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y tiene el carácter de presunción legal.

Lo planteado en el presente litigio es la falta de capacidad mental del testador (artículo 663.2º del Código Civil) al tiempo de otorgar el testamento (artículos 664 y 666 del Código Civil). La incapacidad para testar predicada de quien «*habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*», usando la terminología utilizada en el artículo 663.2º del Código Civil ,comprende tanto a quien sufre una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, como a quien sufre cualquier de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue [STS 4 de octubre de 2007 (Roj: STS 6397/2007, recurso 3571/2000)]. No solo abarca a las personas cuya capacidad civil haya sido modificada judicialmente, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho [STS 15 de febrero de 2001 (Roj: STS 1031/2001, recurso 372/1996)].

La presunción «*iuris tantum*», que basada en el «*favor testamenti*» que establece el mencionado artículo 662 del Código Civil, se ve corroborada por la aseveración notarial sobre su capacidad (artículos 685 y 696 del Código Civil), por lo que adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, [SSTS 7 de julio de 2016 (Roj: STS 3123/2016, recurso 836/2014); 234/2016, de 8 de abril (Roj: STS 1627/2016, recurso 697/2014)]; 26 de junio de 2015 (Roj: STS 3164/2015, recurso 185/2014); 22 de enero de 2015 (Roj: STS 195/2015, recurso 1249/2013); 21 de noviembre de 2007 (Roj: STS 7453/2007, recurso 4594/2000) y 31 de marzo de 2004 (Roj: STS 2241/2004, recurso 1526/1998)]. La afirmación del Notario autorizante sobre la capacidad del testador es una aseveración que reviste especial relevancia de certeza, no sólo por el prestigio y seriedad propio de estos fedatarios, sino también por su experiencia profesional.

Como tal presunción, puede ser destruida mediante una prueba en contrario (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) [STS 146/2018, de 15 de marzo (Roj: STS 936/2018, recurso 2093/2015) de Pleno]. Prueba que debe ser inequívoca, cumplida y convincente, dada la fortaleza de la presunción de capacidad [SSTS 26 de abril de 2008 (Roj: STS 2218/2008, recurso 388/2001), 31 de marzo de 2004 (Roj: STS 2241/2004, recurso 1526/1998) y 15 de febrero de 2001 (Roj: STS 1031/2001, recurso 372/1996)]. Incapacidad que no puede apoyarse en simples presunciones o conjeturas, que puedan deducirse de la edad del testador o sus padecimientos exclusivamente físicos, pues la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico. Son precisos verdaderos actos de prueba [STS 26 de abril de 2008



(Roj: STS 2218/2008, recurso 388/2001)]; por lo que la falta de prueba sobre la capacidad del testador obligará a desestimar la pretensión de nulidad del testamento [SSTS 21 de noviembre de 2007 (Roj: STS 7453/2007, recurso 4594/2000) y 31 de marzo de 2004 (Roj: STS 2241/2004, recurso 1526/1998)]. 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 [STS 7 de julio de 2016 (Roj: STS 3123/2016, recurso 836/2014)].

La posterior declaración de incapacidad, cuando es próxima en el tiempo, es significativa en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el « iter» del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente [STS 19 de septiembre de 1998 (Roj: STS 5223/1998, recurso 2318/1994)]. Pero debe probarse de modo concluyente la falta de capacidad en el momento del otorgamiento, sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos « ex tunc» de la sentencia de incapacitación [SSTS 535/2018 de 28 de septiembre (Roj: STS 3268/2018, recurso 968/2016) y 234/2016, de 8 de abril (Roj: STS 1627/2016, recurso 697/2014)].

CUARTO.- *La prueba de la falta de capacidad.* - El tribunal, analizando la prueba obrante en el expediente judicial y tras amplia deliberación, llega a la conclusión de que doña Eloisa carecía de capacidad para comprender y querer el apoderamiento, el testamento y la autotutela en el momento en que otorgó tales instrumentos públicos. Todas las informaciones en que interviene profesionales de la Administración, se constata el estado demencial de doña Eloisa, reflejando claramente el deterioro que sufría:

1º.- En el informe del Servicio de Urgencias del «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña», a donde es llevada el 10 de febrero de 2015, cuando los vecinos avisan a los servicios de emergencia porque la oyen pedir auxilio en el interior de su vivienda, se describe que es «traída por desorientación», y que narra que «"algunas personas le quieren entrar en casa", y que en alguna ocasión la encuentra desordenada». Que una persona de 82 años sufra un episodio de desorientación (pese a estar en su casa, ignora dónde está, se siente perdida), en un síntoma claro del deterioro mental que se sufre. A lo que deben añadirse las ideas sobrevaloradas de prejuicio, cuando no auténticos delirios: le quieren entrar en casa, y de hecho le entran. Es una obsesión que le quieren entrar, que le quieren robar. Insistencia que, como se dirá más adelante, puede incluso interpretarse como delirante: llegar a creerse como ciertas situaciones o hechos irreales. El diagnóstico fue "deterioro cognitivo moderado", emitido por un médico no experto, y sin profundizar en el estudio de esa sintomatología demencial, lo que lleva a pensar que era evidente para cualquier profesional médico.

2º.- Si bien es cierto que un trabajador social del Servicio de Trabajo Social del «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña» no es un facultativo capacitado para afirmar que doña Eloisa sufra una demencia, ni tampoco su intensidad, como se sostiene por los apelados, sí debe resaltarse las menciones referidas a que la paciente: «no colabora en sus cuidados, no controla esfínteres y rechaza nuestra intervención manifestando una argumentación recurrente de que "todo el mundo le roba y que "aquí se encuentra porque le robaron"», debe partirse de que son ciertas. Nuevamente refleja la idea de perjuicio sobre los demás, que le roban, que le robaron. Es decir, reitera la existencia de esas ideas sobrevaloradas o delirantes.

3º.- La parte apelada resalta que en el reconocimiento efectuado el 26 de marzo de 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, doña Eloisa sabe que está viuda, su fecha de nacimiento (aunque dice NUM007, en lugar de NUM006, pero puede ser una errata del acta), donde vive, etcétera, haciendo la defensa de los tutores reiterado hincapié en el acto del juicio en que "las acierta todas". Ahí es donde radica el error de interpretación en la toma de datos. Para determinar el estado mental no solamente es relevante ese tipo de datos (Llegar a estadios de ignorar el propio nombre o no reconocer a los hijos supone un deterioro mucho más profundo). Determinadas enfermedades mentales se ocultan para el examinador no experto, por cuanto el entrevistado parece responder de forma correcta a las cuestiones que se le preguntan, aparentando total normalidad. Incluso pueden seguir una conversación con aparente lógica y buen criterio. Así, en este caso, doña Eloisa sabe su nombre, su fecha de nacimiento, su estado civil, dónde vive, dónde está. Pero ahí se detiene la apariencia. El examinador hace constar que «la persona que estaba con ella es un vecino que se va a hacer cargo de ella. Es "un operario de ella". Cree que está contratado por ella. A veces le da una propina. Él es un carpintero, de los mejores de Coruña... se van a vivir juntos, con su familia, con su esposa e hijos. No sabe si le va a dejar todo lo que ella tiene... Ella quiere irse a vivir con ese vecino, "ellos son los responsables de ella", muy buena gente. Incluso le trajeron paquete de comida y fruta». El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez recoge y resalta estas últimas manifestaciones, por todo lo que denotan. Es decir, hay una persona, cuya vinculación real no tiene clara (vecino, operario suyo, contratado,



le paga con propinas), que le ha prometido que se va a hacer cargo de ella, que se van a vivir juntos (ideas de cambios de afecto), y ya barrunta en nombrarle heredero universal. La impresión que surge es que, como posteriormente se constata, es una persona influenciable, que acepta el cambio de afectos, asume la promesa de ayuda de un vecino con el que no parece que tenga significada vinculación y ya le va a nombrar heredero.

Acta de reconocimiento que, además, recoge las ideas sobrevaloradas de prejuicio, cuando no auténticos delirios:

(a) Contra los hijos de su difunto marido, pues «notó que le entraron en casa, le abrieron la puerta los hijos de su marido... Ahora los hijos de su marido pretenden que les dé su casa, que es nueva... La metieron aquí los hijos de su marido... Aquí la metieron los hijos de su marido...».

(b) Su hermana Candelaria «su marido fue a vivir tres años a su casa sin pagar un duro. Prestó un millón de euros a esa persona porque se lo dijo su madre (de la compareciente). Y ahora lo niega todo», «no la quiere ver porque su marido le robó ese documento... Los hijos de su marido dejaron el libro abierto sobre unos papeles y el marido de su hermana se llevó la escritura».

Las respuestas dadas por doña Eloisa denotan un profundo deterioro, mostrando claramente ideas deliroides, una persona claramente influenciable por extraños, y que cambió los afectos (manifestación típica del deterioro mental, se vuelve contra quien más aprecia).

La interpretación de la parte apelada, resaltando "los aciertos" en las respuestas de doña Eloisa, entraría en franca contradicción con la resolución judicial. Si no se hubiese observado el deterioro, sino el supuesto óptimo estado de la examinada, no se entiende que el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez dictase seguidamente una resolución afirmando que doña Eloisa «padece un proceso de deterioro cognitivo... estando objetivamente indicada la necesidad de ingreso en un centro asistencial».

4º.- Pero si había alguna duda sobre el alcance de la demencia, el informe emitido por la médica forense doña Jacinta no deja lugar disquisiciones:

(a) Hay un deterioro de la memoria de fijación y evocación.

(b) Rellena las lagunas mnésicas, los fallos de memoria. Lo que no recuerda lo cubre con ideas inventadas. No es que mienta, como aclaró la forense en el acto del juicio, es que genera falsos recuerdos. Como no sabe a qué fue la notaria el mes anterior, genera un recuerdo falso de que acudió a interesarse por su estado de salud y pedir explicaciones del motivo de no llevarla a un dentista. Con suerte sabe que acudió una notaria, pero como no sabe a qué, lo cubre con una invención, pero en la creencia de que es verdad.

(c) No aún tenía afectado el lenguaje.

(d) Claras ideas de prejuicio: contra su hermana por ingresarla, contra el personal de la residencia, refiriendo otra vez episodios de robo.

(e) Pero sin embargo indica que hizo testamento a favor del vecino que la cuida. Obsérvese que al magistrado le narró que pensaba hacerlo, y ahora que ya lo otorgó. Es una idea persistente.

(f) Ideación sobrevalorada, que en el acto del juicio llegó a calificarse que incluso pudieran ser ya delirantes.

(g) Hay que repetirle las instrucciones, con dificultad para establecer analogías y definir conceptos, nombra objetos comunes, obedece parcialmente órdenes sencillas, suma, pero no resta

(h) Test cognitivo MOCA: 9 Puntos (Normal más de 26)

(i) Test del reloj: 0 puntos (mínimo 7).

El resultado de los test es abrumador: es imposible que esa persona tenga capacidad de tomar decisiones de futuro.

A lo anterior deben añadirse las amplísimas explicaciones dadas por la médica forense tanto en el procedimiento de incapacitación, cuya grabación del juicio se aportó, como en la vista en primera instancia en este caso. La conclusión es unívoca: se encontraba impedida para regir su persona y sus bienes, teniendo afectada la capacidad de conocer el alcance de sus actos, estando inteligencia y voluntad grandemente mermadas. Siendo además en este momento evolutivo muy sugestionable.

En estas ideas insistió el psiquiatra Sr. Teodulfo, dando también una amplia y minuciosa explicación del porqué consideraba acertadas las conclusiones obtenida por la Dra. doña Jacinta a la vista de los datos objetivos apreciados.

Las críticas que se hacen por la parte demandada, ahora apelada, hacia el informe y el Instituto de Medicina Legal de Galicia no pueden compartirse. La citada médica forense tiene una amplia experiencia en la valoración



del estado mental de las personas examinadas, con especialización en la materia y constantemente vinculada al Servicio de Salud Mental del centro del Servicio Galego de Saúde en esta ciudad. Y tan errada no debe estar cuando el citado psiquiatra corroboró todos los diagnósticos a los que llegó la forense.

La conclusión a la que llega el tribunal es que doña Eloisa tenía gravemente afectada su capacidad mental cuando otorgó los instrumentos públicos, era una persona sumamente sugestionable, no comprendía el alcance de sus actos, mermada su inteligencia y voluntad.

QUINTO.- *Las manifestaciones de capacidad* .- No alteran la conclusión obtenida las invocaciones que se han realizado sobre las supuestas pruebas acreditativas de que doña Eloisa sí tenía suficiente capacidad mental cuando otorgó las escrituras públicas para entender y querer lo que estaba haciendo:

1º.- Se alude al contenido del test "escala cognitiva global" (GDS) que le realizó la médica de la residencia asistida doña Salvadora , donde figura como resultado 2, lo que supone unas meras manifestaciones subjetivas de pérdida de memoria, que habría que considerar como propias de la senectud, pero en modo alguno como una afectación de las capacidades superiores.

Como resaltó el psiquiatra Dr. Teodulfo , es evidente que el test es objetivamente erróneo en su redacción y conclusión. Así resaltó que se fecha a 17 de febrero, cuando doña Eloisa no ingresó hasta el 20 de febrero. Además es un test de realización algo compleja, por cuanto exige un seguimiento de la persona testada, siendo preciso observarla durante un tiempo y cambiar impresiones con los demás cuidadores que la atienden en el entorno próximo para poder responderlo; por lo que sería imposible que se hiciese el mismo día del ingreso o a los pocos días. Por último, a la vista de los datos objetivos, incluso por simple falta de control de esfínteres y los demás datos objetivos que constaban en el informe del Servicio de Urgencias del «Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña», la puntuación mínima tenía que ser de 6, y no de 2. Su conclusión es que había producido un error a la hora de redactar este informe, o que se hubiese confundido con otra residente.

Las dudas sobre el acierto en la confección del test se acrecientan a la vista de la declaración de la propia Dra. Salvadora en el acto del juicio. Expuso que la Residencia Cáser la llamaba ocasionalmente para cubrir interinidades, no recordaba para nada a doña Eloisa , ni siquiera supo aclarar si el modelo de impreso que se utilizaba en la residencia para hacer este tipo de informes era el que se le exhibía, limitándose a reconocer que la firma era suya y nada más. Impresionó una profesional que desarrolla su actividad bajo una fuerte presión laboral, en unas condiciones no óptimas, y que simplemente "cubría el expediente". A lo anterior debe añadirse lo anómalo de que la mayoría de los test estén fechados al día del ingreso. Parece como si fuese una práctica protocolizada a la llegada, sin reflexión serena. No hay garantía alguna sobre el acierto del informe, sino que todo apunta a un error burocrático: se atribuye como resultado de un reconocimiento a doña Eloisa el test de otra persona.

2º.- También se resalta el informe de la psicóloga doña Raquel , que lleva a cabo una exploración de doña Eloisa nueve días después del examen realizado por la médica forense, con un resultado muy discrepante. Para esta psicóloga las alteraciones objetivadas son «compatibles con el diagnóstico clínico de demencia vascular mixta en un estadio entre leve y moderado», no afectando a su capacidad volitiva, ni a la toma de decisión para vivir en su propio domicilio, con capacidad suficiente para expresar sus deseos y entender lo que está decidiendo, y el traslado a su domicilio le favorecería. Añadiendo en el acto del juicio que doña Eloisa no era en modo alguno influenciable.

El tribunal no va a entrar en la discusión planteada reiteradamente en la primera instancia (tanto en el expediente de incapacitación como en este litigio) sobre cuál es el profesional idóneo para determinar la capacidad mental de una persona, y si los psicólogos están o no cualificados para ello (lo que fue negado tanto por la médico forense como por el psiquiatra). Pero sí tiene que ponerse es tela de juicio la bondad del informe cuanto partiendo de un simple test se llegan a conclusiones tan opuestas a las de otros profesionales. Máxime cuando en ese examen se reconoce un claro minoración de la memoria de recuerdo y la memoria reciente, del pensamiento abstracto y de la praxis constructiva. Es más que una mera demencia leve.

Debe indicarse que este informe parte de una serie de hipótesis que son referenciadas por don Santiago , sobre su condición de amigo de la familia, ayudas antes de ser ingresada, etcétera, que no están corroboradas. Y que, como reconoció la psicóloga, todo su informe está orientado exclusivamente a determinar si doña Eloisa tenía o no capacidad para expresar con conciencia y voluntad dónde quería residir: en su casa o en la residencia.

Resulta anómalo que en su entrevista con doña Eloisa no aparezcan las ideas sobrevaloradas, las ideas de prejuicio o los cambios de afecto, y demás déficits que sí apreciaron tanto el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez en marzo de 2015 como la médica forense en el informe realizado unos días antes de la visita de la Sra. Raquel . Pero sobre todo resulta sorprendente que se afirme que se trata de una "demencia vascular mixta", cuando si algo quedó claro en el acto del juicio es que solo había estudios clínicos, sobre las manifestaciones que



presentaba doña Eloisa , pero no había ningún estudio etiológico, por lo que se ignoraba desde el punto de vista médico el origen de la demencia, que podía ser múltiple. Nada permite afirmar su origen vascular.

Impresiona que se trate de un informe complaciente, a instancia del abogado que asesoraba a don Santiago y doña Elisa , y con la finalidad exclusiva de presentarlo en el expediente de medida cautelar de internamiento, a fin de que se permitiese a estos llevarse a doña Eloisa a su vivienda, y pasar a residir con ella.

3º.- Se menciona el juicio de capacidad que realizó el notario don Francisco-Manuel López Sánchez con ocasión del otorgamiento del poder a favor de procuradores y abogado para oponerse a la medida cautelar. El juicio de capacidad que realiza un jurista, pese a la experiencia profesional, siempre tiene un cierto carácter simplista. Obviamente no puede sustituir al que lleve a cabo un médico, y menos cuando este tiene especiales conocimientos psiquiátricos y se dedica prácticamente en exclusiva a realizar este tipo de diagnósticos.

Aquí es donde debe incidirse en el propio planteamiento de los demandados: doña Eloisa "acierta todas" las preguntas que inicialmente le formula el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez. Esto genera que si se realiza un examen más o menos somero, sin especial profundidad, y precisamente dirigido a establecer la intensidad de una demencia, el examinador puede ser engañado. Al obtenerse unas respuestas coherentes (nombre, cuándo nació, estado civil, domicilio, dónde está...) puede concluirse erróneamente que el examinado está capacitado para comprender y querer, inteligencia y voluntad. Solo en una conversación más larga y profunda es cuando se pueden detectar los problemas demenciales.

Es por ello que no resulta en modo alguno extraño que el notario emitiese un juicio de capacidad cuando acude para que se otorgue ante él un poder para pleitos. Máxime cuando, como explicó en el juicio, solo acude fuera de su despacho cuando la persona que encarga la escritura le indica que el futuro otorgante está capacitado mentalmente, aunque pueda tener problemas para desplazarse, lleva preparado el documento con la nota de profesionales que le haya dado el abogado que lo encarga, y una vez ante el otorgante comprueba esa capacidad. Comprobación que, como indicó, se hace más laxa cuando se trata de un simple poder para representar en juicio, por tener una menor repercusión y ser encargado por un abogado. Que se hubiera hecho con mayor detalle si se tratase de un acto de disposición inter vivos o mortis causa.

En conclusión, el juicio de capacidad emitido por el notario don Francisco-Manuel en modo alguno puede constituir un valladar frente a los concluyentes informes médicos sobre la capacidad de doña Eloisa . Sin que ello suponga poner en duda su larga y acreditada trayectoria profesional. No es que sea engañado, ni descuidado en su actuación de fedatario, es que no puede exigírsele unos conocimientos médicos tan especializados como para detectar toda posible falta de capacidad.

4º.- Algo similar acontece con los juicios de capacidad que emitió la notaria doña Montserrat . No supone ningún desdoro en la actuación notarial que, actuando con todo rigor, considere como capacitado para testar u otorgar otro tipo de documentos a una persona, y esta no esté realmente capacitada. Es una jurista altamente cualificada, con la experiencia propia de su desempeño profesional. Pero no es una médica especializada en demencias. Ni puede exigírsele que lleve a cabo un análisis exhaustivo o someta a test a los otorgantes. Es un examen más o menos somero o superficial, tendente a descartar los estados patológicos más evidentes. A más no puede llegar.

El razonamiento contenido en la sentencia sobre lo mencionado por esta notaria al testificar se considera erróneo. Doña Montserrat manifestó de forma reiterada que no se acordaba para nada de doña Eloisa , que acudía con relativa frecuencia a la residencia geriátrica de A Zapateira a otorgar instrumentos públicos, que lo habitual es que llamen a su notaría -ignora quién llamó en este caso para encargar las escrituras, o si acudieron personalmente- y facilitan los datos de lo que se quiere al empleado de la notaría, que exige que se remita por fax la copia del carné de identidad, que lleva la escritura redactada. Una vez en el geriátrico comprueba la identidad por el carné, le pregunta para corroborar que lo que lo redactado se acomodaba a lo pretendido por el otorgante, haciendo incluso correcciones a mano en el momento y procurando evitar tener que volver al despacho, y que comprobaba la capacidad. Pero esto de forma general, explicando cómo actúa habitualmente, pero no se acordaba del caso concreto. Solo al final, tras un buen número de preguntas que obtenían como respuesta un "no me acuerdo", a interpelación de la Ilma. Sra. Magistrada-Juez sobre si estaba segura de que la intención de doña Eloisa era nombrar herederos a don Santiago y doña Elisa , contestó que estaba segura que esa era su voluntad manifestada y da a entender que se lo había razonado. Es contradictorio que tras varios minutos haciendo una reiterada manifestación de no acordarse del caso concreto, lo que es perfectamente justificable dado el tiempo transcurrido y el número de personas que comparecen ante ella todos los días, pase a afirmar que doña Eloisa le había explicado coherentemente el motivo de su decisión. Supone pasar a sostener lo contrario: que sí se acordaba, y además con un detalle inusitado. Más parece que la respuesta dada se malinterpretó, que doña Montserrat quería afirmar que con carácter general siempre se cerciora de



la voluntad del testador y que pueda darle una respuesta lógica, pero no que recordarse a doña Eloisa y el razonamiento que hubiera podido darle de su decisión, si es que se lo dio.

5º.- El auto dictado por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial en modo alguno afirma la capacidad de doña Eloisa. Es cierto que el tribunal desconocía el informe de la médica forense, como se aduce por la parte apelante. Pero dicha resolución judicial tampoco llega a sostener la existencia de una capacidad plena. Lo primero que dice es que doña Eloisa presenta un «indudable deterioro físico y cognitivo», luego sí está afectado el conocimiento. Cuestión distinta es que se le considere capacitada para decidir dónde quiere vivir, o que se tenga en consideración adecuada sus deseos de externalizarse. Ello, unido al ofrecimiento de don Santiago y doña Elisa, junto con el contenido de las escrituras de apoderamiento y autotutela -cuya declaración de nulidad no había sido solicitada- es por lo que se estima el recurso. Una cosa es la capacidad de doña Eloisa para pronunciarse sobre negocios jurídicos más complejos, y otra distinta el que pueda pronunciarse -y en todo caso tenerse en alta consideración- sobre otras cuestiones más ordinarias de la vida diaria, como puede ser dónde quiere vivir, si quiere salir a pasear, si quiere ver la televisión, qué quiere comer y situaciones similares, mientras tenga un mínimo de capacidad. La modificación de la capacidad no supone la anulación de la persona. Lo que dice el auto es que, pese a su "indudable" deterioro cognitivo, sí puede pronunciarse sobre cuestiones como dónde quiere vivir. Pero no se está afirmando la plena capacidad de doña Eloisa, ni siquiera que la tenga para otorgar apoderamientos o testamentos, cuestión en la que no se entra, sino que se parte de ese hecho. Y menos está corroborando su validez, cuando ni había sido objeto del procedimiento en primera instancia ni lo era del recurso.

6º.- La sentencia de 15 de abril de 2016 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña, que no ha sido recurrida por nadie, modificó la capacidad civil de doña Eloisa de forma total. Se le somete a régimen de tutela. Se le restringe de forma absoluta por considerarla totalmente incapaz. Todo ello en base al informe de la Sra. Médica Forense. Los tutores y doña Eloisa se aquietan a ese informe forense y a la sentencia en cuanto vale para incapacitarla, pero pretenden desvirtuarlo cuando se sostiene que el estado demencial reflejado en dicho informe conduce a afirmar que no estaba tampoco capacitada para otorgar las escrituras públicas objeto de litigio. Para los tutores ese informe es certero para incapacitar a doña Eloisa, pero erróneo para anular las escrituras que les benefician. La proximidad de fechas y padecimientos justifican plenamente la nulidad instada.

El que esa sentencia designe tutores a don Santiago y doña Elisa, atendiendo al contenido de la escritura de autotutela de 30 de septiembre de 2015, en modo alguno supone que la esté validando, como se dijo. Ni desde luego constituye cosa juzgada el nombramiento de tutor, como también se deslizó en el acto del juicio. El nombramiento de tutor no es cosa juzgada, sino que es un cargo esencialmente removable, tal y como está previsto en el artículo 247 del Código Civil. Por otra parte, el que la escritura sea declarada nula no conlleva necesariamente que haya de modificarse el nombramiento de tutor. Nada impide que pueda seguirse considerando a don Santiago y doña Elisa como las personas idóneas. Pero en mantener su designación no influirá ya la escritura citada.

SEXTO.- Costas .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser revocada, estimándose la demanda.

La estimación conlleva en principio la preceptiva imposición de las costas de primera instancia a los demandados (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, si bien debe mantenerse la imposición de 2/3 a los demandados don Santiago y doña Elisa por aplicación del principio objetivo de vencimiento, no procede hacer expreso pronunciamiento en cuanto al otro tercio, pues se considera que la defensa de doña Eloisa se ha limitado a cumplir la obligación impuesta judicialmente de desempeño del cargo de defensor judicial (artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que concurren circunstancias excepcionales.

Al prosperar el recurso no se imponen las costas devengadas en esta segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SÉPTIMO.- Depósito del recurso .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

FALLO:

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:



1º.- Estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante **doña Covadonga**, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2020 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de A Coruña, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 915-2016, y en el que son demandados doña Eloisa, don Santiago y doña Elisa.

2º.- Revocar la sentencia apelada; y en su lugar, con estimación total de la demanda, se acuerda:

(a) Declarar la nulidad de la escritura otorgada por doña Eloisa el 15 de junio de 2015 ante la notaría de Culleredo (A Coruña) doña Montserrat, bajo el número NUM009 de su protocolo, en la que otorgaba poder especial a don Santiago y doña Elisa.

(b) Declarar la nulidad del testamento otorgado por doña Eloisa el 15 de junio de 2015 ante la notaría de Culleredo (A Coruña) doña Montserrat, bajo el número NUM010 de su protocolo, en el que instituye herederos a don Santiago y doña Elisa.

(c) Declarar la nulidad de la escritura otorgada por doña Eloisa el 30 de septiembre de 2015 ante la notaría de Culleredo (A Coruña) doña Montserrat, bajo el número NUM008 de su protocolo, en la que designa, para el supuesto de su incapacitación, como tutores a don Santiago y doña Elisa.

(d) Imponer a don Santiago y doña Elisa dos tercios de las costas ocasionadas en la primera instancia; y sin hacer especial imposición del tercio restante.

3º.- No imponer las costas devengadas por el recurso de apelación.

4º.- Acordar la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora de los tribunales doña María Fernández Serrano por el importe del depósito constituido.

5º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «www.poderjudicial.es». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excma. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0256 20 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0256 20 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre; 79/2004, de 5 de mayo; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 6 de A Coruña, con devolución de los autos.



Así se acuerda y firma.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ