



Roj: **STS 6182/2024 - ECLI:ES:TS:2024:6182**

Id Cendoj: **28079110012024101675**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2024**

Nº de Recurso: **5958/2019**

Nº de Resolución: **1640/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.640/2024**

Fecha de sentencia: 10/12/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5958/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 5958/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1640/2024**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 10 de diciembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia. Es parte recurrente Micaela , representada por la procuradora Sandra Martínez Izquierdo y bajo la dirección letrada de Daniel Rodríguez Pedrosa. Es parte



recurrida Elena , representada por la procuradora Rocío Cuñat Tormo y bajo la dirección letrada de Verónica García Torres.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1.La procuradora Gema Martínez Alejos, en nombre y representación de Elena , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia, contra Micaela , para que se dictase sentencia por la que:

«a) Se declare la nulidad del **testamento** otorgado por D<sup>a</sup>. Brigida en fecha 11 de mayo de 2011 ante el notario de Valencia D. Ubaldo Nieto Carol con nº de protocolo 1.117.

»b) Se declare la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas por la demandada en virtud del **testamento** cuya nulidad se pretende.

»c) Se condene a D<sup>a</sup> Micaela a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la causante, haya podido adjudicarse y/o percibir en virtud del **testamento** cuya nulidad se pretende.

»d) Se impongan las costas a la parte demandada».

2.La procuradora Sandra Martínez Izquierdo, en representación de Micaela contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«en la que se desestime la demanda interpuesta por Doña Elena , imponiendo las costas que del procedimiento se deriven a la parte actora».

3.El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Gema Martínez Alejos en nombre y representación de Dña. Elena declarando la nulidad del **testamento** de 11 de mayo de 2011 otorgado por Dña. Brigida por transgredir la medida cautelar para la administración y disposición de sus bienes desde el 3 de febrero de 2011, declarando la nulidad de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas y condenando a Dña. Micaela a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la causante, haya podido percibir en virtud del **testamento** declarado nulo.

»Debiendo condenar a Dña. Micaela al pago de las costas procesales causadas».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Micaela .

2.La resolución de este recurso correspondió a la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia mediante sentencia de 23 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimamos el recurso de Apelación formulado por la representación de D<sup>a</sup>. Micaela contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia en fecha 14 de marzo de 2019 en Autos de Juicio Ordinario número 460/2017 la que confirmamos íntegramente y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta alzada.

»Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto».

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.La procuradora Sandra Martínez Izquierdo, en representación de Micaela , interpuso recurso de casación ante la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción consistente en no aplicar la doctrina jurisprudencial existente sobre los arts. 662, 663, 664, 665, 666 del Código Civil aplicables al caso y que la sentencia recurrida ha interpretado de modo opuesto a la doctrina jurisprudencial existente del Tribunal Supremo».



2. Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2019, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta **días**.
3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Micaela, representada por la procuradora Sandra Martínez Izquierdo; y como parte recurrida Elena, representada por la procuradora Rocío Cuñat Tormo.
4. Esta sala dictó auto de fecha 2 de febrero de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:  
«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Micaela contra la sentencia dictada con fecha 23 de septiembre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, en el rollo de apelación n.º 414/2019, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 460/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Valencia».
5. Dado traslado, la representación procesal de Elena presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.
6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el **día** 13 de noviembre de 2024, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En el año 2010 se inició un procedimiento de modificación de la capacidad de Brigida, en el curso del cual, el 3 de febrero de 2011, se adoptaron las siguientes medidas cautelares:

«la privación a la misma de toda facultad de administración y disposición de sus bienes y derechos, con revocación de cuantos poderes y autorizaciones de cualquier clase hubiese conferido a favor de terceros».

El auto nombraba administradora a Micaela.

El 11 de mayo de 2011, Brigida acudió a la notaría, acompañada del marido de Micaela, y otorgó **testamento** en la que instituía sus únicas y universales herederas por partes iguales a sus sobrinas Elena y Micaela.

El 13 de mayo de 2011, se dictó sentencia por la que se declaraba la incapacitación de Brigida con el siguiente contenido:

«Que estimando la demanda interpuesta por el MINISTERIO FISCAL contra Brigida, (...), debo declarar y declaro la RESTRICCIÓN PARCIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR de dicho demandado, en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar actos de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses patrimoniales de cualquier clase que sean jurídica y socialmente relevantes, pero conservando plenamente la capacidad para el gobierno de su persona, y con sometimiento del mismo a TUTELA en relación exclusivamente a dicho ámbito patrimonial.

»Se acuerda nombrar tutor del referido demandado a su SOBRINA Micaela, (...).»

El 30 de marzo de 2012, Brigida otorgó ante el mismo notario un **testamento** abierto en el que instituía como única heredera universal a Micaela.

En un previo juicio declarativo, un juzgado de primera instancia de Valencia, mediante sentencia de 20 de julio de 2015, declaró la nulidad del **testamento** de 30 de marzo de 2012, porque cuando se otorgó estaba incapacitada por sentencia y el notario no recabó el informe favorable de **dos** facultativos que previamente hubieran reconocido a la testadora. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 1 de septiembre de 2016.

Declarada la nulidad del **testamento** de 30 de marzo de 2012, pasó a regir el **testamento** de 11 de mayo de 2011.

2. En un segundo procedimiento, del que estamos conociendo ahora en casación, Elena ejercita una acción de nulidad del **testamento** otorgado por Brigida el 11 de mayo de 2011. La demanda se dirige contra Micaela. El motivo de la nulidad es que fue otorgado sin estar capacitada para hacerlo y, en concreto, porque unos **días** antes se había acordado una medida cautelar que le privaba de capacidad para la administración y disposición patrimonial, y el notario, que no fue informado al respecto, tampoco recabó el reconocimiento e informe favorable de **dos** facultativos.



3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del **testamento** de 11 de mayo de 2011. El juzgado establece una similitud entre este procedimiento y el anterior, en el que se declaró la nulidad del **testamento** de 30 de marzo de 2012:

«Similitud esencial que viene dada porque en ambos procedimientos lo que determina la nulidad de los **testamentos** otorgados por Dña. Brigida es que se producen con flagrante transgresión de la prohibición judicial de realizar actos de disposición sobre su patrimonio. En el anterior procedimiento cuando ya había recaído sentencia de **incapacidad** el 13 de mayo de 2011; y en el actual cuando pesaba un auto de medida cautelar en los términos transcritos arriba de fecha 3 de febrero de 2011.

»Similitud porque aquí también se opone que la medida cautelar no hacía referencia específica a la facultad de otorgar **testamento** y a lo que habrá de responderse en los mismos términos que en la anterior sentencia, puesto que la prohibición de disponer sobre el patrimonio afecta de lleno a la facultad de disposición que por antonomasia tiene toda persona sobre su patrimonio que es la de testar. Así se decía en la anterior sentencia que el artículo 667 "es claro cuando define el **testamento** como el "acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos"; esto es justamente lo que restringe o priva la capacidad la sentencia que le afecta: la disposición de sus bienes; por lo que en la resolución se refiriera expresamente a otorgar **testamento**, sería una redundancia innecesaria". Lo mismo cabe observar respecto del auto que establece la medida cautelar.

»Sobre la intervención del notario, poco puede argumentarse porque no consta que Dña. Micaela que había sido nombrada administradora de los bienes de su tía, advirtiera al notario sobre la existencia de la medida cautelar, porque necesariamente el notario no se hubiera prestado a tal acto y como se prevé expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil les hubiera reconducido al artículo 743 que permite alterar el contenido de una medida cautelar a través del correspondiente incidente, en el que se hubieran podido hacer valer los dictámenes periciales de las psicólogas Dña. Cecilia y Dña. Elvira, peritos de parte, que entienden a fecha de su valoración 4 de febrero de 2011 que su nivel de deterioro no era incompatible con la adopción de decisiones como la de otorgar **testamento**; punto de vista pericial que es respetable aunque contradiga el dictamen forense que llevó a la medida cautelar y a la sentencia de **incapacidad** parcial, pero que en ningún caso, tales periciales pueden convertir en papel mojado la prohibición de disponer judicialmente decretada con carácter cautelar. Precisamente la cautela de la medida consistía en prevenir actos de disposición como el que se verificó por Dña. Brigida el 11 de mayo de 2011 a **dos días** de ser declarada incapaz, el 13 de mayo de 2011, para la disposición y administración de sus bienes, por lo que la transgresión de la medida cautelar necesariamente debe llevar aparejada la nulidad del **testamento** que se solicita. [...]

»Es precisamente por la vigencia de la medida cautelar que los hechos no puedan invocarse desde la perspectiva del *favor testamenti* y de la presunción de capacidad de quien otorga **testamento**; porque ya no es esa la situación en la que está a fecha de 11 de mayo de 2011 Dña. Brigida, sino que aparece cautelarmente impedida para disponer a futuro de sus bienes, máxime cuando como se ha motivado, existía un procedimiento ad hoc para que la Sra. Brigida hubiera intentado al menos enervar la eficacia de la medida cautelar, instándolo ante el propio juzgado.

»Y por último, la similitud de los **dos** procedimientos en cuanto a la trascendencia del resto de prueba, habiéndose solicitado que las periciales de parte se tuvieran por reproducidas en el presente procedimiento, pero resultando que la transgresión de la medida cautelar a **dos días** de la sentencia de **incapacidad** poco pueda alterar el testimonio de las psicólogas mencionadas o de D. Eugenio, su médico, que estaba al tanto de la minusvalía acordada en 2010 y del deterioro cognitivo o demencia de tipo alzheimer que la Sra. Brigida padecía pero como era moderado y por fases; y que declara que no sufrió presiones para redactar sus informes, los cuales también hubieran contribuido a dotar de garantías a un acto tan trascendente como el de testar, siempre que se hubiera alzado oportunamente la medida cautelar que pesaba sobre el patrimonio de Dña. Brigida. Y por último, como se dijo en la anterior sentencia ya de menor trascendencia los testimonios por aparecer necesariamente condicionados de D. Alfredo, marido de la demandada, que le acompañó a la notaría e hizo de testigo en el acto; o de Dña. Florencia, mujer de D. Porfirio, sobrino de la testadora, que obviamente tiene una visión como la de la propia parte actora en su interrogatorio, muy distinta, pero en ningún caso trascendente en la valoración de la prueba que se ha realizado desde la perspectiva de la existencia de una medida cautelar que expresamente limitaba las facultades de disposición sobre su patrimonio a Dña. Brigida por lo que se reitera, procede declarar la nulidad del **testamento** de 11 de mayo de 2011 otorgado por Dña. Brigida, declarando la nulidad de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas y condenando a Dña. Micaela a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la causante, haya podido percibir en virtud del **testamento** declarado nulo, con estimación íntegra de la demanda interpuesta.[...].»



4.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación y la Audiencia desestima el recurso con el siguiente razonamiento:

«A tenor de la Sentencia referida ( Sentencia de 15 de marzo de 2018), el Alto Tribunal estima, por tanto, que la declaración de incapacitación de una persona, únicamente afecta a su capacidad para testar si así se hace constar expresamente en la resolución que acuerde dicha **incapacidad**, por tanto, asiste la razón a la recurrente en el sentido de que no constando tal precisión en el Auto de Medidas Cautelares vigente al momento de otorgarse el **testamento**, la capacidad de testar de la causante, permanecía aparentemente incólume, el 11 de mayo de 2011, si bien es en la segunda parte de la argumentación de la recurrente en la que muestra el Tribunal su desacuerdo, pues para que tal acto gozara de **validez** y eficacia resultaba exigible el cumplimiento de los requisitos contemplados por la Ley y a que se refiere la propia Sentencia analizada de 25 de marzo de 2018 cuando argumenta: "...6.ª) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de **testamento** por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir **dos** facultativos. Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio)".

»Por tanto, puesto que la capacidad de disponer de sus bienes de D<sup>a</sup>. Brigida , había sido modificada judicialmente, a resultas de los pertinentes informes médicos previamente emitidos que acreditaban que padecía un deterioro mental que la incapacitaba para ejercerla, es claro, a juicio de la Sala, que procedía el cumplimiento del trámite previsto en el citado artículo 665 de la LEC. con el fin de comprobar debidamente que en el momento del otorgamiento del **testamento**, D<sup>a</sup>. Brigida estaba capacitada mentalmente para disponer de sus bienes».

Y frente a la objeción de que esta exigencia del art. 665 CC sólo era aplicable cuando había sentencia de incapacitación firme, la Audiencia razona por qué también resultaba de aplicación cuando previamente se había adoptado una medida cautelar que afectaba a la capacidad de disponer de una persona con discapacidad:

«(...) del mismo modo que ha de preservarse la facultad de toda persona de disponer de sus bienes con carácter mortis causa, como así afirma la Sentencia del Alto Tribunal anteriormente transcrita, han de adoptarse todas las medidas necesarias para concluir que en el momento del otorgamiento, el causante dispone de la capacidad necesaria para ello, pues para declararse la nulidad de un **testamento**, no se requiere en principio y con carácter general la existencia de una previa Sentencia de incapacitación, sino únicamente la exigencia de prueba solvente acerca de que el estado mental de quien otorga el **testamento**, le impide en el momento concreto regirse debidamente, y por tanto, actuar con pleno conocimiento y voluntad real y consciente del acto de disposición que está llevando a cabo. No cabe duda, que en el presente caso, a tenor de las pruebas obrantes en Autos, el Tribunal no puede considerar siquiera mínimamente acreditado este extremo en el caso de D<sup>a</sup>. Brigida , pues reiteradamente se había hecho constar en diferentes informes la enfermedad que padecía la testadora, y si en el momento del otorgamiento del **testamento** hubiera podido tener un intervalo lucido, es claro que solo mediante el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 665 del Código Civil, ello habría podido ser constatado debidamente [...]».

5.La sentencia de apelación, ha sido recurrida en casación por la demandada, sobre la base de un único motivo.

#### **SEGUNDO.** Recurso de casación

1.Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 665 del Código Civil, y de la jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las sentencias de Pleno 146/2018, de 15 de marzo, y las sentencias 535/2018, de 28 de septiembre, 234/2016, de 8 de abril, 289/2008, de 26 de abril, 624/2012, de 30 de octubre, 827/2012, de 15 de enero de 2013, y 22572015, de 19 de mayo.

Se argumenta que el **testamento** objeto de impugnación es válido porque la testadora no tenía privada su capacidad de obrar para otorgar **testamento**. Al no haberse visto modificada su capacidad porque no se había dictado aún la sentencia declarando su **incapacidad** (acto constitutivo), no era necesaria la garantía adicional del artículo 665 del Código Civil. Solo a partir de la sentencia de **incapacidad** podía aplicarse el art. 665 Código Civil y no cabía su aplicación en un caso como el presente en que sólo se había adoptado una medida cautelar.

2.Decisión del tribunal. La normativa aplicable al caso era la anterior a la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y en concreto el art. 665 Código Civil (CC), que regulaba el otorgamiento de **testamento** ante notario por una persona afectada por una sentencia que modificaba su capacidad:





«Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar **testamento**, el Notario designará **dos** facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad».

Esta normativa fue interpretada, a la luz de la convención de Nueva York de 2006, por la sentencia del pleno de esta sala 146/2018, de 15 de marzo, en el siguiente sentido:

»1.ª) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento ( art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

»2.ª) De manera específica para el **testamento**, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la **incapacidad** la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra **incapacidad**.

»3.ª) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de **testamento** por las personas con discapacidad mental o intelectual.

»4.ª) Partiendo de que el **testamento** es un acto personalísimo ( art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar **testamento** en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el **testamento**.

»5.ª) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar **testamento**, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el **testamento** ( art. 666 CC). Por eso, el **testamento** hecho antes de la «enajenación mental» es válido ( art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar ( art. 685 CC).

»6.ª) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de **testamento** por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir **dos** facultativos.

»Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo , 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio)».

En aquel caso, en que la sentencia de incapacitación había sometido a curatela el otorgamiento de **testamento**, concluimos que no podía interpretarse como que se le había privado de la facultad de testar. Y añadimos que el **testamento** otorgado por esa persona afectada por una sentencia de incapacitación sería válido si se otorgaba conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtuaba el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

3. Cuando Brigida otorgó el **testamento** de 11 de mayo de 2011, por una parte, concurría la presunción legal de que tenía capacidad para disponer *mortis causa*; pero, por otra, se acababa de dictar un auto de medidas cautelares de 3 de febrero de 2011, que le privaba de «toda facultad de administración y disposición de sus bienes y derechos» y revocaba «cuantos poderes y autorizaciones de cualquier clase hubiese conferido a favor de terceros».

Si el **testamento** hubiera sido posterior a la sentencia de incapacitación, como ocurrió con el **testamento** de 30 de marzo de 2012, operaría, sin ninguna duda, la exigencia contenida en el art. 665 CC de que el juicio de capacidad del notario viniera precedido o acompañado del parecer de **dos** facultativos favorable a que la testadora estuviera en ese momento en condiciones de testar. Con el consiguiente efecto, en caso de no haberse cumplido con esta garantía legal, de viciar de nulidad el **testamento**.

Pero no cabe hacer una interpretación extensiva y entender que el auto de medidas cautelares se equipara a una sentencia de incapacitación, como presupuesto legal para exigir el dictamen favorable de **dos** facultativos, con el consiguiente efecto de viciar de nulidad la ausencia de ambos pareceres. La sanción de nulidad que lleva consigo la mera infracción impide esa interpretación extensiva, sin perjuicio de que lo actuado en el procedimiento de medidas pueda ser empleado como medio de prueba para contradecir el juicio de capacidad realizado por el notario.



La sentencia recurrida, y también la de primera instancia, parten de un presupuesto erróneo, consistente en que el auto de medidas cautelares que priva a la Sra. Brigida de «toda facultad de administración y disposición de sus bienes y derechos», encierra un juicio contrario a la capacidad para testar, cuando no es así. El juicio de capacidad que subyace a la adopción de esas medidas se refiere a la realización de actos de administración y disposición patrimonial *inter vivos*, sin que pueda establecerse una estricta equiparación entre la capacidad de disponer *inter vivos* y *mortis causa*. Aunque en ambos casos existe un presupuesto común, un mínimo de consciencia y conocimiento de lo que se hace, para testar lo esencial es saber y querer dejar, total o parcialmente, sus bienes y derechos a una o varias personas; esto es, querer que una o varias personas concretas le sucedan de forma universal, o reciban un determinado bien o derecho. No es tan necesario tener un conocimiento del valor de los bienes o derechos que se dispone, ni el resto de aptitudes esenciales o necesarias para negociar o disponer en vida, que comprenden también la representación de sus consecuencias. En la medida que se dispone de los bienes y derechos para después de su muerte, lo esencial es conocer y querer que sea alguien quien le suceda en todo su patrimonio o en unos bienes o derechos concretos.

4. Si en un caso como este, una persona privada cautelarmente de la facultad de disponer, en el curso de un procedimiento de incapacitación, si se admite que pueda otorgar válidamente **testamento** no es sólo por la eventualidad de que en ese momento gozara de un intervalo lúcido, sino también porque podría ser que en ese momento careciera de capacidad para disponer *inter vivos*, pero no *mortis causa*.

Lo anterior nos lleva a concluir que, por una parte, no operaba la exigencia del art. 665 CC cuando se otorgó el **testamento** impugnado, al ser anterior a la sentencia de incapacitación, sin que el auto de medidas cautelares sea equiparable a estos efectos, y por ello la falta del parecer favorable de **dos** facultativos no conlleva la nulidad del **testamento**. Y, por otra parte, hay que entrar a juzgar si existe prueba suficiente que contradiga el juicio de capacidad realizado por el notario al tiempo de autorizar el **testamento**.

5. Del informe del médico forense, emitido el 12 de enero de 2011, que sirvió de base para la adopción de las medidas cautelares, se extrae que Brigida tenía dificultades para administrar sus bienes, fundamentalmente porque no conocía la pensión que cobraba, el dinero que tenía en sus cuentas ni lo que pagaba a la asistenta... Pero de ahí no puede inferirse necesariamente que estuviera impedida para testar. En ese momento, vivía con su hermana, que requería de mayores atenciones que ella, y eran asistidas por una cuidadora. Según ese informe pericial, Brigida precisaba de «supervisión para las actividades de la vida y sobre todo control de su patrimonio, por la sospecha de que se estaba distrayendo dinero de sus cuentas».

Por otra parte, es muy significativo que el médico de esta señora, Eugenio, hubiera emitido un informe el 18 de enero de 2011, en el que, después de reseñar que Brigida tenía un deterioro normal para su edad, afirmaba que mantenía «capacidad para adoptar decisiones personales y sociales». Y que un informe psicológico, muy extenso, fechado el 4 de febrero de 2011, después de dejar constancia del resultado de las pruebas y test practicados, concluía que esta señora presentaba «un nivel leve de deterioro y dependencia tanto a nivel mental como en su funcionamiento conductual, que no impide por el momento seguir viviendo en su domicilio habitual, con su hermana, Micaela, con ayuda asistencial diaria de la cuidadora principal, así como con el apoyo y supervisión de sus familiares (sobrinos), como vienen recibiendo en la actualidad».

Estos informes, muy próximos en el tiempo al otorgamiento del **testamento**, no permiten apreciar acreditada la falta de capacidad para testar de Brigida al tiempo de otorgar el **testamento** de 11 de mayo de 2011 que contradiga el juicio de capacidad realizado por el notario.

6. La consecuencia de lo anterior es que se estima el recurso de casación, con el efecto de estimar el recurso de apelación y desestimar la demanda de nulidad del **testamento** de 11 de mayo de 2011.

### TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas, de conformidad con lo regulado en el art. 398.2 LEC, con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Como la estimación de la casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa condena respecto de las costas de segunda instancia, en aplicación de la regla del art. 398.2 LEC.

3. La desestimación de las pretensiones contenidas en la demanda conlleva la imposición de las costas generadas en primera instancia, en aplicación de la regla de vencimiento objetivo prevista en el art. 394 LEC.

### FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Estimar el recurso de casación interpuesto por Micaela contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª) de 23 de septiembre de 2019 (rollo 414/2019), que modificamos en el siguiente sentido.

**2.º** Estimar el recurso de apelación interpuesto por Micaela contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia de 14 de marzo de 2019 (juicio ordinario 460/2017), que dejamos sin efecto y en su lugar acordamos lo siguiente.

**3.º** Desestimar la demanda formulada por Elena contra Micaela, a quien absolvemos de todas las pretensiones contra ella ejercitadas.

**4.º** No hacer expresa condena de las costas de casación y apelación.

**5.º** Imponer a la demandante, Elena, las costas de primera instancia.

**6.º** Acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.