



Roj: **SAP C 3397/2015 - ECLI: ES:APC:2015:3397**

Id Cendoj: **15078370062015100796**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **26/11/2015**

Nº de Recurso: **215/2015**

Nº de Resolución: **406/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE GOMEZ REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00406/2015**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA**

**SECCIÓN SEXTA**

**SANTIAGO DE COMPOSTELA**

**Rollo de apelación civil nº 215/2015**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ GÓMEZ REY, PRESIDENTE

D. JORGE CID CARBALLO

D. ALEJANDRO MORÁN LLORDÉN

**SENTENCIA**

**Núm. 406/15**

En Santiago de Compostela, a veintiséis de noviembre de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000137/2014, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000215/2015**, en los que aparece como parte apelante, **D. Eduardo**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ÓSCAR PÉREZ GORIS, asistido por el Letrado Dª. CARMEN MARÍA ROMERO SILVA, y como parte apelada, **Dª Eloisa**, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. RAFAEL TRIGO TRIGO, asistida por el Letrado D. EUGENIO MOURE GONZÁLEZ; y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ GÓMEZ REY, quien expresa el parecer de la Sala, procede formular los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santiago de Compostela, por el mismo se dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2015, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "**SE ESTIMA** la demanda presentada por el Procurador Sr. Trigo Trigo, en el nombre y representación invocada y **SE DECLARA** la nulidad del testamento otorgado por Dña. Rafaela el 15 de julio de 2004 otorgado ante el notario D. Manuel Peregil Cambón por falta de capacidad así como el de cualquier acto que haya podido realizar el demandado en su calidad de heredero de Dña. Rafaela, con imposición de costas a la parte demandada".



**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por D. Eduardo se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal, donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y celebrándose la correspondiente deliberación, votación y fallo el pasado día 25 de noviembre de 2015.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en lo que no contradigan los que a continuación se exponen,

**PRIMERO.-** La pretensión ejercitada en éste proceso tiene por objeto la declaración de nulidad de un testamento.

Son hechos documentalmente acreditados, y admitidos por las partes, que: a) D<sup>a</sup>. Eloisa otorgó testamento abierto ante notario el día 15/07/2004 instituyendo heredero al que fue su pareja, D. Eduardo ; b) La testadora sufría una esquizofrenia paranoide de larga evolución por lo que fue declarada su incapacidad parcial para regir su persona y bienes, y sometida al régimen de curatela, en sentencia dictada el 4/02/2000 por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 5 de Santiago de Compostela ; c) La curatela tenía por objeto todos los actos a los que se remite el artículo 290 del Código Civil , además de todo acto de disposición de efectivo, adquisición de bienes u operación financiera o mercantil cuyo importe superase las 20.000 pesetas, y se designó como curadora a la madre D<sup>a</sup>. Eloisa .

En la demanda se alegó que en las fechas en que se otorgó testamento la enfermedad de la testadora se encontraba agravada, lo que anulaba su capacidad para otorgar testamento.

Con base en estos hechos la demandante, madre y curadora de la testadora, solicitó la declaración de nulidad del testamento por varios motivos: i) no estar asistida la testadora por la curadora en el momento de otorgar el testamento; ii) inobservancia de las formalidades establecidas en el Código Civil para otorgar testamento por persona declara incapaz; iii) falta de capacidad de la testador en el momento del otorgamiento por el estado de su enfermedad en ese momento.

La sentencia de primera instancia, tras descartar que concudiesen los dos primeros motivos, estimó la demanda por la concurrencia del tercero. Apreció falta de capacidad de la testador a en el momento de otorgar testamento, inferida del examen de la historia clínica y de las declaraciones de los médicos que la atendieron, descartando que lo hubiese otorgado en intervalo lúcido.

D. Eduardo , instituido heredero en el testamento, interpone recurso de apelación en el que impugna la sentencia por las siguientes razones: a) incongruencia e infracción del artículo 218 del Código Civil al estimar una causa de nulidad no interesada en el suplico de la demanda; b) infracción de los artículos 435 y 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la práctica incompleta de las pruebas propuestas como diligencias finales; y c) error en la apreciación y valoración de la prueba relativa a la capacidad de la testadora en el momento de otorgar testamento, con infracción de los artículos 666 , 685 y 696 del Código Civil .

Analizamos seguidamente estos motivos de impugnación y también, por ser nuestro criterio distinto del de la sentencia apelada, la fundamentación de la nulidad en la infracción de las solemnidades testamentarias.

**SEGUNDO.-** El artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice en su número 1, párrafo primero que "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito". En el párrafo tercero del mismo artículo añade que "El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

Como recuerda la STS de 11 de junio de 2013 "La congruencia, que no cabe confundir con la falta de motivación -en la medida que el requisito de motivación de las sentencias no está comprendido en el apartado 1 del artículo 218 referido a la congruencia , sino en el apartado 2 ( SSTS de 15 de junio de 2009, RC n.º 545/2004 ; de 26 de marzo de 2008, RC n.º 293/2001 ; de 6 de mayo de 2008, RC n.º 1589/2001 )-, ni con la disconformidad de la parte recurrente con la fundamentación jurídica del fallo ( SSTS 18 de octubre de 2006 y 17 de noviembre de 2006 , ambas citadas en la STS de 13 de diciembre de 2007, RC n.º 4574/2000 )-, consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas -teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir]- entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin



que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del artículo 359 LEC 1881, y hoy del 218 LEC 2000, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión".

En el suplico de la demanda, como pretensión primera y principal, se pide que "se declare la nulidad del testamento por falta de capacidad natural de la testadora en atención a lo declarado en la Sentencia de incapacidad dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e instrucción Nº 5 de Santiago de Compostela de fecha 4 de febrero de 2000".

En el fallo de la sentencia se decide declarar la nulidad del testamento por falta de capacidad.

La conformidad entre fallo y la pretensión procesal ejercitada en la demanda es evidente.

Esta conformidad o correlación no deja de existir por la desestimación de dos de las causas de nulidad invocadas en la demanda, la falta de concurrencia del curador al otorgamiento del testamento y la inobservancia por el Notario de las formalidades o requisitos previstos en el artículo 655 del Código Civil. En la demanda también se fundamentó la pretensión de nulidad, a lo que se dedica en exclusiva la argumentación recogida en los Hechos tercero y cuarto, en la enfermedad de la testadora y su agravamiento como motivo de la merma de sus facultades y de su falta de capacidad para otorgar testamento, cuestión en la que se incide en el apartado IV de la fundamentación jurídica de la demanda.

La sentencia apelada es congruente con lo pedido en la demanda.

**TERCERO.-** La infracción de los artículos 435 y 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se denuncia en el recurso no existe, puesto que las diligencias finales se han practicado, ni de existir tendría consecuencias.

La parte apelante tenía la posibilidad de pedir la práctica en segunda instancia de la prueba propuesta y admitida en la primera que no se hubiese llevado a cabo por causas no imputables al solicitante ( artículo 460.2.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). No hizo uso de esa posibilidad lo que le impide ahora alegar con fundamento una situación de indefensión.

La parte apelante no extrae de la infracción procesal que alega ninguna consecuencia a la hora de plantear sus peticiones. No interesa la nulidad de la sentencia. "En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal" ( artículo 227.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ).

**CUARTO.-** La parte apelada se limita a oponerse al recurso dando respuesta a los motivos alegados en el escrito de interposición del recurso de apelación. No impugna la sentencia, en la que se accede a sus pretensiones principales. Pero ello no supone que haya dejado de sostener que la nulidad del testamento es consecuencia de la falta de intervención del curador en el acto de su otorgamiento, o de la infracción de las solemnidades legales previstas para los testamentos otorgados por personas judicialmente incapacitadas.

Sobre la falta de necesidad de intervención del curador nada tenemos que añadir a la sentencia apelada, cuya argumentación compartimos.

No ocurre lo mismo con el cumplimiento o infracción de las solemnidades legales, aspecto en el que discrepamos.

La demandante interesó la nulidad por infracción del artículo 665 del Código Civil. Prescribe éste precepto que "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".

La sentencia apelada destaca con razón que éste precepto no es aplicable al quedar desplazado por la normativa civil de Galicia, que contiene sobre el testamento abierto y sus solemnidades una previsión específica. El artículo 136 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, vigente hasta el 19 de julio de 2006, dice que el testamento abierto se otorgará ante Notario, sin que sea necesaria la presencia de testigos, salvo cuando el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir, supuesto en el que se requiere que concurren al otorgamiento dos testigos.

Éste precepto, aunque no haya sido invocado expresamente en la demanda, podría ser aplicado por el tribunal sin faltar a la congruencia, que se refiere a los hechos y no al derecho ("iura novit curia").



Como recuerda la STSJ de Galicia de 30/05/2011 , que se cita en la apelada, "desde el punto de vista sustantivo. . . la referencia que realiza tanto el artículo 184 de la Ley 2/2006 , como el 136 de la anterior 4/1995, al testamento en intervalo lúcido tiene más relación con la versión del artículo 665 del Código Civil en su redacción originaria que con la regulación que resultó de la Ley de reforma de 20 de diciembre de 1991, en la que dejó de tratarse del testamento del demente en intervalo lúcido para regularse el testamento del judicialmente incapacitado en la forma que al efecto previene el vigente artículo 665 CC .

Así las cosas la conclusión que puede extraerse de la interpretación de aquellos artículos de la Ley gallega es la de que cuando se hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo en realidad al supuesto contenido en el artículo 665 CC . De lo cual resulta que, por una parte, si se trata de persona que padezca alguna enfermedad mental que no haya sido judicialmente incapacitada, que sería el caso de autos, se aplicarán únicamente las normas generales sobre la apreciación de su capacidad, que queda remitida al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; por otra, que el supuesto para el que el artículo 184 LDCG exige la intervención de dos testigos, al que también se refería la LDCG 4/1995, es el que ahora regula el Código Civil respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad para testar".

El Tribunal Supremo por citar entre otras la sentencia 563/97 de 16 de Junio (recurso de casación nº 2210/93 ) ha venido entendiendo que el testamento es un acto solemne que requiere el cumplimiento riguroso de los requisitos extrínsecos exigidos por el Código Civil. "Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual -del que es ejemplo el art. 1255 del Código Civil - quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su art. 687 , que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello hasta el punto en que este aspecto formal -imperativamente impuesto- predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el art. 675 del Código".

El Tribunal Supremo para un caso de incapacidad parcial ha venido entendiendo, que es posible otorgar testamento en intervalo lúcido, pero con los requisitos del art. 665 del Código Civil . Así en las sentencias 479/1994 -sala de lo civil- de 20 de mayo, recurso nº 1765/199.

Al hilo de esta sentencia la SAP Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de abril de 2015 argumenta que el legislador claramente exige "en los casos de incapacitación -sea parcial, o total, pues donde la Ley no distingue nosotros no podemos distinguir- que dos facultativos lo reconozcan, no pudiendo autorizarse el testamento "sino cuando estos responden de su capacidad"". En el caso examinado en esa sentencia "La Sra. Notaria manifestó al declarar como testigo, que nadie le comentó la sentencia de incapacitación, que si no -como no hubiera podido ser de otra forma- hubiera exigido la presencia de dos facultativos. Por ello, que se de fe de la capacidad por la Sra. Notaria o los testigos, incluso "expost" por un facultativo, para la sala resulta intrascendente, pues se ha prescindido de requisitos esenciales, no siendo factible declarada la incapacitación parcial que no contiene pronunciamiento acerca de la capacidad para testar, reconsiderar en este procedimiento tal capacidad, sin observar la designación de los dos facultativos, preceptivamente establecido en el art. 665 del Código Civil ". En definitiva, el conocido principio de "favor testamenti" para respetar la voluntad testamentaria de una persona, se mantiene por el legislador, pero siempre cumpliendo los requisitos del art. 665 del Código Civil ; y quiérase o no, la sentencia de incapacitación, "no contempla pronunciamiento acerca de su capacidad de testar".

El caso que examinamos, con sus peculiaridades, es análogo. El incapacitado parcialmente, cuando la sentencia no contempla pronunciamiento acerca de su capacidad de testar, sólo puede otorgar testamento abierto con las formalidades y solemnidades legales. En el caso de Galicia y en el año 2000 con la presencia de dos testigos, requisito exigido en el artículo 136 de la Ley 4/1995 , que al usar el término demente se refiere en realidad al mismo caso previsto en el artículo 665 del Código Civil . El testamento otorgado por incapaz sin concurrir dos testigos incumple la formalidad exigida por la ley. Es indiferente que el Notario desconociese la sentencia de incapacidad. De lo contrario ocultar esa situación al Notario permitiría sin más prescindir de la aplicación del precepto. Lo decisivo es que en el caso de que esa incapacidad haya sido declarada en sentencia se han de cumplir unas formalidades adicionales, la presencia de dos testigos, que en éste caso no se han cumplido. El artículo 687 del Código Civil establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas.



**QUINTO.-** Afirmada la nulidad del testamento por falta de cumplimiento de las formalidades legales el examen de la valoración de la prueba sobre la real capacidad de la testadora en el momento de otorgar testamento deviene intrascendente.

No obstante, como sobre esa cuestión ha girado buena parte del debate en los escritos de apelación y oposición, conviene dejar constancia de que esta Sala comparte la valoración de la prueba expresada en la sentencia apelada. La documentación médica incorporada a la causa refleja un importante deterioro del estado de salud de la causante, un agravamiento de su enfermedad en fechas próximas a la del testamento. Existen cuatro ingresos hospitalarios en la unidad de agudos del hospital de Conxo, como consecuencia de brotes psicóticos relacionados con su trastorno esquizofrénico y se contempló su internamiento en una unidad de media estancia, sin que hubiese posibilidad para su traslado. El último ingreso en esa unidad de agudos tuvo lugar el 24 de junio de 2014 y el 15 de julio de 2014 otorgó el testamento. Con posterioridad continuó la mala evolución de la enfermedad. Los médicos que atendieron a la testadora declararon en el juicio, confirmando el deterioro de su capacidad y el intento de conseguir la admisión en estancia intermedia o crónica a mediados de 2004, recordando que siempre estuvo sintomática y que no acudía a las revisiones. Las veces que fue examinada por los distintos médicos su capacidad estaba muy mermada. La explicación de la prueba practicada y sus resultados es exhaustiva y la inferencia sobre la falta de capacidad en el momento de otorgar testamento es razonable. Lo que, de por sí, también determinaría la nulidad del testamento ( artículo 663 del Código Civil ).

**SEXTO.-** La desestimación de todas las pretensiones del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante ( artículo 398 del Código Civil ).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución , en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español. **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida. ,**

## FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Eduardo y se confirma la sentencia de fecha 30 de abril del 2015 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 5 de Santiago de Compostela , dictada en el juicio ordinario núm. 137/2014.

Se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe recurso de casación por interés casacional que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia. Debiendo ingresar, en concepto de depósito para recurrir, la cantidad de 50,00 €, aportando resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones de este Tribunal, aperturada en BANCO SANTANDER nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274 clave de ingreso 1505-0000-12-NNNN-AA (siendo N y A el nº y año de procedimiento); sin cuyo requisito no será admitido a trámite el recurso.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.