



Roj: **SAP C 2884/2013 - ECLI:ES:APC:2013:2884**

Id Cendoj: **15030370032013100449**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **28/10/2013**

Nº de Recurso: **219/2013**

Nº de Resolución: **444/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Muros, núm. 1, 09-05-2012,**
SAP C 2884/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3A CORUÑA SENTENCIA: 00444/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

LA CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00444/2013

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García

En La Coruña, a veintiocho de octubre de dos mil trece.

Visto el presente recurso de **apelación** tramitado bajo el **número 219 de 2013**, por la **Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2012 en los autos de **procedimiento ordinario**, procedentes del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros**, ante el que se tramitaron bajo el número 177 de 2010, en el que son parte:

Como **apelantes**, los demandantes DON Moises y DON Jose Miguel, mayores de edad, vecinos de Mazaricos (La Coruña), con domicilio en la parroquia de Antes, lugar de DIRECCION000, NUM000, provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM001 y NUM002 respectivamente, representados por el procurador don Francisco-José Gómez Castro, y dirigidos por el abogado don Francisco-Javier Trio Frieiro.

Como **apelados**, los demandados **DOÑA Jacinta**, mayor de edad, vecina de Muxía (La Coruña), con domicilio en la parroquia de Nuestra Señora da O, lugar de O, 15, provista del documento nacional de identidad número NUM003; **DOÑA Esperanza**, mayor de edad, vecina de Mazaricos (La Coruña), con domicilio en la parroquia de Chacín, lugar de DIRECCION001, NUM004, provista del documento nacional de identidad número NUM005; **DOÑA María Luisa**, mayor de edad, vecina de Mazaricos (La Coruña), con domicilio en la parroquia de Chacín, lugar de DIRECCION001, NUM004, provista del documento nacional de identidad número NUM006; y **DON Luciano**, mayor de edad, vecino de Mazaricos (La Coruña), con domicilio en RUA000, NUM007, provisto



del documento nacional de identidad número NUM008 , representados por la procuradora doña Ana-María Tejelo Núñez, y dirigidos por el abogado don Francisco-Javier Tajés Sendón.

Versa la apelación sobre nulidad de testamento; ascendiendo la cuantía a indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 9 de mayo de 2012, dictada por el Sr. Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «*FALLO: Desestimando como se desestima íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Gómez Castro, actuando en nombre y representación de D. Moises y D. Jose Miguel , se absuelve a los demandados de los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, con expresa imposición de las costas causadas a dichos demandantes*».

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por don Moises y don Jose Miguel , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. No se presentó escrito de oposición al recurso. Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 4 de abril de 2013, previo emplazamiento de las partes.

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.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 23 de abril de 2013, siendo turnadas a esta Sección el 2 de mayo de 2013, registrándose con el número 219 de 2013. Por el Sr. Secretario Judicial se dictó el 21 de mayo de 2013 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando ponente e indicando los componentes del tribunal.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial el procurador don Francisco-José Gómez Castro en nombre y representación de don Moises y don Jose Miguel , en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña Ana-María Tejelo Núñez, en nombre y representación de doña Jacinta , doña Esperanza , doña María Luisa y don Luciano , en calidad de apelada. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 15 de julio de 2013 se señaló para votación y fallo el pasado día 1 de octubre de 2013, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos, como parte integrante de la presente, en aras a inútiles repeticiones.

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

1º.- Don Jaime y doña María-Benilde mantuvieron una relación de noviazgo durante más de 30 años, aunque sin llegar a mantener convivencia «*more uxorio*» . Fruto de esta relación nació don Jose Miguel en el año 1981, y don Moises en el año 1984.

Pese a dicha relación, don Jaime siempre siguió viviendo en la casa paterna, en compañía de su padre y dos de sus hermanas.

2º.- En octubre de 2007 se le diagnosticó a don Jaime un carcinoma de pulmón.

3º.- El 5 de diciembre de 2007 don Jaime acudió a la notaría de Mazaricos (La Coruña) otorgando escritura de reconocimiento de paternidad de sus citados hijos don Jose Miguel y don Moises .

4º.- Tras diversos tratamientos médicos, el 15 de septiembre de 2009 acude a consultas externas del Servicio de Oncología, donde la médico que la atiende, doña Yolanda, hace constar que precisa auxiliarse con unas muletas, presentando dificultad para mantener el equilibrio y disfasia, presentando un "PS 3 franco", solicitando la realización de un TAC cerebral.



5º.- En la mañana del 28 de septiembre de 2009 don Millán , primo de don Jaime , acudió a visitarlo, como era habitual. Este le comunicó su deseo de que lo llevase a realizar algunas gestiones por la tarde, quedando en que lo llamaría por teléfono. Después de comer, don Jaime llamó por teléfono a su primo don Millán , para que lo viniese a buscar. Lo llevó hasta una población cercana, a ver al abogado que siempre le asesoraba, don Francisco-Javier. Don Millán estacionó en las proximidades del despacho, y letrado don Francisco- Javier bajó a la calle, atendido a don Jaime en el automóvil. Este indicó que quería presentar un escrito (derivado de un litigio que mantenían por la ocupación de una finca y unos aerogeneradores), así como que quería otorgar testamento, indicando al abogado que su pretensión era que lo que provenía de la herencia de su madre y tías maternas se conservase entre sus hermanos y lo que él había ganado fuese para sus hijos, inquiriendo si podía hacerse así.

El abogado redactó el escrito para el ayuntamiento, así como una minuta de testamento. De nuevo en el vehículo, don Jaime firmó el escrito, y mostró su aprobación a la minuta del testamento.

Posteriormente don Millán llevó a don Jaime hasta Santa Comba (La Coruña), aparcando en las proximidades de la notaría. Dejó a don Jaime en el coche, y él subió hasta la notaría, entregando la minuta del testamento al oficial. Al cabo de un rato, la notaria bajó al turismo, solicitando a don Millán que le dejase a solas con don Jaime ; para a continuación entablar conversación con este a fin de verificar tanto su capacidad como comprobar que la minuta se acomodaba a los verdaderos deseos del testador. Comprobado, a las 20:30 horas se otorgó el testamento, en el que se hace constar, en lo que aquí interesa, el siguiente contenido:

«PRIMERA: Lega a sus hermanos don Luciano , doña Jacinta , doña Esperanza y doña María Luisa , por cuartas e iguales partes: 1) Todos los bienes y derechos que le correspondan en la herencia de su finada madre, doña Eugenia , así como en las herencias de sus tías fallecidas tías, doña María del Pilar , doña Esther y doña Rosa ; 2.- El saldo obrante en las cuentas bancarias y dinero que corresponda al testador.

SEGUNDA: Instituye herederos a sus dos nombrados hijos

[...]

Leo este testamento íntegramente y en alta voz al otorgante, quien declara que sabe y puede leerlo y renuncia a este derecho, del que le advierto, ratifica su contenido por ser fiel expresión de su última voluntad, según manifiesta, y lo firma.

De haberle identificado por el documento que me ha exhibido, de haberse observado la unidad de acto y demás formalidades legales y, en general, de cuanto se consigna en este instrumento público [...] yo, la Notario, doy fe.

Está la firma del testador...»

6º.- El 30 de septiembre de 2009 don Jaime no va a Santiago para practicar el TAC. Doña María-Benilde se presenta en el Servicio, y el médico que la atiende, don Ovidio , refleja en la historia que *«El paciente no acude, está con PS4, su médico de cabecera colabora en su cuidado domiciliario...»* (Según se aclaró en el acto del juicio, PS4 quiere decir que el paciente está encamado).

7º.- 10 de octubre de 2009 se produjo el fallecimiento de don Jaime .

8º.- El 21 de noviembre de 2009 el oncólogo don Luis, que era quien lo venía atendiendo, emite el informe final, en el que hace un resumen de la historia clínica, mencionando que *«El 15 de septiembre acude a consultas caminando con muletas, con dificultad para mantener el equilibrio y disfasia. Con las sospechas de metástasis cerebrales se solicita TAC del SNC y se cita tras resultado. Sin embargo, debido al deterioro general (PS 4) y de su estado mental el paciente no acude a consulta el 30/09/09 y continúa en cuidado de síntomas, hasta que es exitus».*

9º.- El 6 de abril de 2010 don Moises y don Jose Miguel , hijos de don Jaime , formularon demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra sus tíos doña Jacinta , doña Esperanza , doña María Luisa y don Luciano , en la que exponían que: **(a)** su padre padecía el carcinoma; **(b)** el 15 de septiembre de 2009 acudió con su madre a Consultas Externas del Servicio de Oncología, y ya observaron que deambulaba con muletas, necesitaba ayuda de tercera persona, no podía mantener el equilibrio, y presentaba disfasia, y se sospechaba que tenía una metástasis cerebral, por lo que se solicitó la realización de un TAC cerebral, citándolo para el 30 de septiembre siguiente; **(c)** la razón de no presentarse el día 30 fue *«debido al deterioro de su estado general y de su estado mental»* ; **(d)** pese a ello, el 28 de septiembre de 2010 fue sacado de casa, se le llevó en un coche a una notaría, teniendo la notaria que bajar a la calle, pues don Jaime no podía salir del vehículo en que fue llevado, y pese a su estado se dice que otorgó testamento, todo ello según minuta que portaba quien llevó a don Jaime , sin intervención de testigos pese a que no podía escribir. Alegaron fundamentos legales que consideraban de aplicación, y terminaron suplicando se dictase sentencia declarando la nulidad del testamento otorgado por don Jaime el 28 de septiembre de 2010.



10º.- El 11 de noviembre de 2010 don José Alfredo, médico de cabecera que había sido de don Jaime , emitió un certificado en el que hace constar que este mantuvo sus facultades volitivas e intelectivas plenas en perfecto estado con total capacidad para decidir, hasta el día anterior a su fallecimiento. En el acto del juicio aclaró que lo había visto por última vez unos 10 días antes de fallecer, porque había ido a pedirle recetas.

11º.- Los demandados se personaron, oponiéndose a la demanda porque: **(a)** don Jaime nunca estuvo incapacitado, ni tuvo afectación alguna en su estado mental, como acreditaban con el certificado del médico de cabecera; **(b)** es falso que la madre de los actores fuese pareja de hecho, nunca vivieron juntos; **(c)** fue don Jaime quien pidió a su primo que lo llevara al notario; **(d)** las disposiciones testamentaria son claras y comprensibles, cuestión distinta es que no le gusten a los demandantes. Alegaron fundamentos legales y terminaron suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda, con costas a los demandantes.

12º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que en el otorgamiento del testamento se observaron todas las formalidades legales; y, tras analizar minuciosamente la prueba practicada, concluye que esta no permite establecer con seguridad que don Jaime tuviese afectadas sus capacidades volitivas e intelectivas, por lo que desestima la demanda con imposición de costas a los demandantes. Pronunciamientos frente a los que estos se alzan.

TERCERO .- *Infracción del artículo 184 de la Ley de Derecho Civil de Galicia : la ausencia de testigos en el otorgamiento del testamento .-* En el primer motivo del recurso de apelación se sostiene la nulidad del testamento abierto otorgado el 28 de septiembre de 2009 por don Jaime , pues se infringió el requisito de forma que establece el artículo 184 de la Ley de Derecho Civil de Galicia , pues el precepto impone la concurrencia de dos testigos al otorgamiento cuando el testador no pueda leer o escribir; y aunque en el testamento se afirma que don Jaime puede leer, aunque renuncie a su derecho a leer el testamento por sí mismo, no se menciona que pueda escribir, resaltándose que el legislador gallego exige "poder escribir" y no "poder firmar". Por lo que el testamento es nulo.

El motivo no puede ser estimado:

1º.- El legislador gallego, acogiéndose a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 156/1993 , regula la intervención de testigos en el otorgamiento de testamentos. Siguiendo las pautas que también se introdujeron en el Código Civil (Ley 30/1991), limita la intervención de testigos a los supuestos en que el testador se ve afectado por alguna anomalía física, psíquica o expresiva. Es por ello que en el artículo 183.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 dispone con carácter general que «*O testamento aberto ordinario outorgarase perante notario, sen que sexa necesaria a presenza de testemuñas*» ; y se prevén las excepciones en el artículo 184, cuyo número 2 es el que aquí afecta por ser el invocado como motivo del recurso: «*Como excepción, deberán concurrir testemuñas ao outorgamento do testamento aberto ordinario:... 2º) Cando o testador sexa cego, demente en intervalo lúcido ou non saiba ou non poida ler ou escribir*» .

Esta mención no es coincidente con el artículo 697 del Código Civil («...1º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento... 2º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento»), pues la necesidad de testigos no radica en lo que declare el testador, sino en el hecho: "no sepa o no pueda" leer o escribir.

Exigencia del legislador gallego de la doble necesidad (saber y poder) en ambas capacidades (leer y además escribir, pues si falta una ya deben intervenir testigos). Algunos autores consideran que el requisito conlleva la exigencia de un plus de actividad notarial, cerciorándose el fedatario de la capacidad del otorgante para desarrollar ambas actividades, y la conveniencia de hacerlo constar expresamente en el testamento. Sobre la dual exigencia, algunas voces apuntan a que el "saber y poder escribir" debe vincularse a la posibilidad de firmar, más que a la capacidad de redactar un texto manuscrito. Pero debe significarse que mientras el Código Civil se refiere expresamente a "firmar", la Ley de Derecho Civil de Galicia va más allá, pues alguna persona podrá firmar y pero, por diversas afecciones, no podrá en un momento dado escribir. Incluso se plantea si la exigencia se cubre por quien es capaz de escribir un texto con medios mecánicos, aunque no pueda escribir con la mano por problemas físicos o de movilidad (incluso comunes artrosis).

2º.- El enfoque de la nulidad del testamento se hace desde una doble óptica:

(a) En el plano formal, porque, según los recurrentes, la notaria no realizó una prueba específica para comprobar que don Jaime sí podía escribir; y no se hizo constar en el testamento que sí podía escribir.

Para estimar la nulidad de un testamento no se puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante [Ts. 20 de marzo de 2012 (Roj: STS 1691/2012, recurso 987/2009)]. La exigencia legal debe tomarse con la debida medida. No se trata de que los fedatarios vayan exigiendo pruebas caligráficas a los testadores, so pena de convertir el acto en un evento auténticamente insultante para el otorgante.



La falta de mención de que sabe y puede escribir, si no se acredita que efectivamente no supiese o no pudiese, no es causa bastante para la nulidad del testamento.

(b) En el plano material, no se cuestiona por los apelantes que don Jaime supiese leer y escribir. El motivo de interesar la nulidad del estamento radica directamente en que, dado su estado de salud, no podía físicamente escribir, que había perdido la habilidad de realizar los movimientos finos con las manos que exige la escritura. Afirmación que pretende probarse exclusivamente a través de la pericial caligráfica, en atención a que si la firma presenta un trazado dificultoso, debe presumirse que don Jaime no tenía la capacidad para escribir a mano unos renglones mínimamente inteligibles; y todo obedece a un voluntarismo de la notaria, explayándose sobre el lugar y hora en que se otorgó el testamento y la dificultad para encontrar testigos.

Los apelantes parten de una interpretación rigorista, pues el precepto se refiere a no poder escribir (no que necesariamente sea la capacidad para manejar la mano, pues quien utiliza un teclado, aunque sea golpeándolo con un puntero que maneja con la boca está escribiendo). Además omiten que la corriente jurisprudencial tendente al principio del *«favor testamenti»*, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión [Ts. 20 de marzo de 2013 (Roj: STS 4755/2013, recurso 1499/2010)], debiendo interpretarse la nulidad de forma muy restrictiva, por cuanto lo realmente pretendido no es otra cosa que eliminar la última voluntad del testador, con base a una discutible ausencia de puras "fórmulas sacramentales" [Ts. 20 de marzo de 2012 (Roj: STS 1691/2012, recurso 987/2009)]. Y por último, que toda invocación de nulidad del testamento debe probarse cumplidamente, sin que sea admisibles deducciones más o menos posibles. Pero es que incluso el trazo de la firma sin duda se ha visto afectado por el lugar en que se realiza. Cualquier persona, por sana y capaz que esté, a la que se le obliga a firmar sin un apoyo más o menos cómodo, lógicamente distorsiona su firma.

El motivo, en síntesis, vendría a sostener que la notaria desconocía cuestiones elementales sobre su profesión, y sobre cómo debe proceder para otorgar un testamento cuando el testador presenta dificultades físicas derivadas de una enfermedad. Ni el lugar en el que se otorgó el testamento es tan anómalo (la experiencia diaria nos muestra sitios bastante más insospechados), ni la dificultad de encontrar dos testigos en una población como Santa Comba a las 20:30 horas es tal. Si no se pidió la intervención de dos testigos fue simplemente por considerar la notaria que no era preciso, que don Jaime estaba realizando una manifestación clara de voluntad, coherente y razonada, no estando afectada su capacidad o voluntad, dando fe *« de haberse observado la unidad de acto y demás formalidades legales »*. Coherencia que viene a ratificar el abogado que redactó la minuta.

CUARTO .- *Error en la valoración de la prueba: la pericial grafopatológica* .- En el segundo motivo del recurso, invocando la facilidad probatoria del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se considera que se ha valorado incorrectamente las periciales caligráficas, porque conforme a los principios de la grafopatología puede concluirse que don Jaime no estaba en plenitud de sus facultades mentales.

El motivo no puede ser estimado.

Es insostenible el planteamiento de la falta de capacidad volitiva o intelectual de don Jaime en base a las opiniones de unas personas más o menos expertas en estudios grafológicos, por el análisis de una firma, sin haberlo visto jamás. Todo ello en contra del juicio emitido por la notaría, persona acostumbrada a valorar la capacidad para otorgar escrituras públicas, que se entrevistó con el testador. Desde luego, no es la prueba plena y cumplida que se exige jurisprudencialmente para poder acordarse la nulidad de un testamento. Llevando la tesis a su extremo, conduciría al absurdo de concluir que toda persona a la que le tiemble el pulso (aunque sea porque está firmando sin apoyo, o simplemente tomó cafeína en exceso) está enferma del sistema nervioso central, y tiene afectada sus capacidades superiores de tal forma que no puede consentir válidamente ningún tipo de negocio jurídico.

QUINTO .- *La infalibilidad de los notarios* .- La alegación tercera del recurso de apelación interpuesto por los demandantes tiende a plantear que la notaria pudo equivocarse en su juicio de capacidad, como demostraría el que existan múltiples sentencias en las que se declara la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador para otorgarlo válidamente, pese a que el notario así lo había aseverado. Todo ello para llegar a afirmar *«Luego la conclusión es clara: se equivocan con relativa frecuencia los fedatarios públicos a la hora de evaluar tan delicada y trascendente circunstancia»* .

El argumento resulta intrascendente, al margen de no poder compartirse.

El hecho de que en alguno de los millones de testamentos otorgados se anule judicialmente por considerarse que el testador no tenía "cabal juicio", en modo alguno permite afirmar que los notarios se equivocan frecuentemente. Lo que prueba es lo contrario. Entre otras razones porque lo normal es que las personas estén en plena posesión de sus facultades mentales. Razón por la que se presume la capacidad. Y, en todo caso, lo



relevante no es el índice de acierto en el juicio de capacidad, sino si don Jaime estaba capacitado para testar el día 28 de septiembre de 2009 a las 20:30 horas.

SEXTO .- *Los informes médicos* .- El penúltimo motivo del recurso tiende a establecer la falta de capacidad del testador basándose en la opinión del oncólogo don Luis.

El motivo no puede ser estimado:

1º.- Ante todo debe rechazarse el planteamiento de los recurrentes sobre la presunción de afectación, al menos en algún grado, de la actividad cerebral porque don Jaime presentaba disfasia (dificultad para hablar) y pérdida de equilibrio, que le obligaba a auxiliarse de muletas; y por lo tanto estaba claramente incapacitado para testar, al no tener la plenitud de sus facultades. Lo preciso es que la afectación llegue a tal extremo que afecte a la capacidad intelectual y volitiva de la persona; y que la afectación sea constatable. El razonamiento de los apelantes, tal y como se plasma, podría llevar a la conclusión de que se exige un cierto nivel intelectual, o una determinada formación básica para tener plenitud de derechos civiles, y por lo tanto testar u otorgar cualquier escritura. Lo que se pretende salvaguardar es que la persona tenga los mismos niveles de conciencia y voluntad que tiene normalmente. Ni siquiera que su decisión sea acertada o comprensible.

Igualmente debe rechazarse lo que parece una presunción de incapacidad intelectual derivada de una incapacidad física, como se deduce de la afirmación de que si se tienen dificultades para el habla, aunque se pueda hacer entender no está la persona en plena capacidad, y por lo tanto no puede testar. La dificultad para el habla no implica merma de la capacidad intelectual. La pérdida de equilibrio puede deberse a una afectación del cerebelo (que no tiene ninguna repercusión en el intelecto o en la voluntad). Adviértase que el razonamiento supone considerar incapacitadas a personas que tienen afectada el habla o la movilidad (incluyendo parapléjicos, tetrapléjicos o a Stephen William Hawking).

2º.- El informe redactado en el Servicio de Urgencias resulta irrelevante. Dejando al margen que cuando recoge «*paciente de 54 años de edad con carcinoma... metástasis... y probablemente cerebrales*» se limita a recoger lo que ya consta en su historia clínica (no son hallazgos del médico de urgencias) y que cuando plasma «*acude a urgencias por cuadro de varios días de deterioro...*» es lo que le manifiestan los familiares o el paciente (no es algo que constate el médico), lo que reflejaría sería el estado de don Jaime el mismo día de su fallecimiento, no el 28 de septiembre de 2009. Un paciente oncológico, o de otro tipo, pueden encontrarse más o menos bien en un momento dado, y al cabo de una semana presentar un gran deterioro que conduce a su fallecimiento más o menos próximo. Es decir, ese informe carece de relevancia a lo discutido en este litigio.

3º.- Lo anotado el día 30 de septiembre de 2009 en la historia clínica («*El paciente no acude, está con PS4, su médico de cabecera colabora en su cuidado domiciliario...*») por el médico don Ovidio , es una mera transcripción de lo que le cuenta doña María-Benilde. El médico no ve al paciente. Concluye que está en PS4 por lo que le cuenta la señora. Pero además no es cierto que el médico de cabecera esté colaborando en su cuidado el día 30 de septiembre. Don José Alfredo lo que declaró es que lo había visto unos 10 o 15 días antes de fallecer, pero en su consulta y para extenderle recetas.

4º.- Salvado su médico de cabecera, el último facultativo que lo reconoció fue la oncóloga doña Yolanda, el día 15 de septiembre de 2009, que es quien constata que precisa muletas, tiene dificultades para mantener el equilibrio, y presenta un "PS 3 franco", por lo que solicita la realización de un TAC. Pero en ese momento no tiene unos padecimientos que le impidan testar.

5º.- La cuestión quizá se complica por la opinión del oncólogo don Luis, que fue quien lo vino tratando regularmente, por cuando en el informe de noviembre de 2009 realiza afirmaciones tales como «*debido al deterioro general (PS 4) y de su estado mental el paciente no acude a consulta el 30/09/09 y continúa en cuidado de síntomas, hasta que es exitus*» . Ni él, ni ningún médico, comprobó ese PS4, ni tampoco que sufriese un deterioro del estado mental y que este fuese la causa para no acudir a consultas el 30 de septiembre. Ni tampoco parece que fuese tan significativo cuando no se discute que el día anterior su primo lo lleva hasta el abogado en Muros, se consulta con él; y después va hasta Santa Comba, otorgando el testamento. Y ni el primo que lo lleva, ni el abogado, ni la notaria advierten el estado semicomatoso que se pretende presentar. Es una mera opinión del oncólogo, a la que llega por deducción al interpretar lo que se recoge en la historia clínica. Además debe significarse una vez más que los criterios u opiniones médicas sobre la capacidad de las personas deben ser debidamente tamizados, pues no siempre son coincidentes con los criterios jurídicos.

6º.- Con todo, se omite un elemento esencial: la coherencia de la manifestación de última voluntad. Uno de los apelantes, al ser interrogado en la instancia, vino a reconocer que las relaciones con su padre no fueron siempre todo lo buenas que sería deseable. El hecho cierto es que reconoce a sus hijos con posterioridad a que se le diagnosticó el carcinoma, en diciembre de 2007 (cuando los hijos ya contaban con 26 y 23 años). Nunca contrajo matrimonio, ni convivió con doña María-Benilde, ni tenían economía conjunta, sino que don



Jaime seguía residiendo con su padre y sus hermanas en la casa familiar. La explicación al abogado de que quiere que quede en la casa, para sus hermanos, lo que a él le corresponde en la herencia de su madre y tías maternas, y a cambio dejar a sus hijos lo que él ganó en vida, es plenamente lógica y coherente con el aparente nivel de afectividad y relación que tenía con su progenie. Podrá gustar o no, podrá compartirse o no el criterio distributivo, pero es coherente con su vida. Es decir, en la propia disposición no hay atisbo alguno de influencias extrañas, o que sea una decisión claramente irrazonable, fruto de una mente enferma.

SÉPTIMO .- *La imposición de costas de primera instancia* .- En último lugar solicita la parte apelante que se revoque el pronunciamiento de imposición de las costas de primera instancia, en atención a las dudas de hecho existentes, dados los distintos pronunciamientos de los tres peritos grafólogos, los cuatro médicos, múltiples testigos y declaraciones de las partes, que ofrecen versiones muy contradictorias.

El motivo no puede ser estimado:

1º.- El artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *«en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.- Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares»* . El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 394.1, primer inciso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

Es conocida la opinión doctrinal que concluye que este precepto consagra el principio de imposición de las costas del pleito siguiendo la teoría del vencimiento objetivo, continuando la regulación iniciada por el antiguo artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , introducido por la Ley de 6 de agosto de 1984. Precepto que otorga un cierto margen para no aplicar dicha teoría hasta sus últimas consecuencias, al dejar un margen al arbitrio judicial para no imponerlas, pero limitado a que el Juzgado *«aprecie, y así lo razone»* dudas de hecho o de derecho. Previsión que tiene su precedente inmediato en el artículo 523, I de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 , en el que se contemplaba la facultad de juez de apreciar circunstancias excepcionales que justificaran la no imposición de costas, y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7743/2010, recurso 680/2007) , 14 de septiembre de 2007 (Roj: STS 5992/2007, recurso 4306/2000)]. Se configura como una facultad del juez [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7743/2010, recurso 680/2007) , 30 de junio de 2009 (Roj: STS 4450/2009, recurso 532/2005)]. Discrecional aunque no arbitraria, puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes. Lo dicho excluye la infracción del principio de aportación de parte enunciado en el artículo 216 Ley de Enjuiciamiento Civil ; es una facultad del juez no sometida a la petición de parte [sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7743/2010, recurso 680/2007)]. Arbitrio que en ningún momento puede convertirse en arbitrariedad, al exigir que se expongan en la sentencia cuáles son esas dudas, y siempre sometidas a revisión en el recurso de apelación (artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dudas fácticas o jurídicas que además han de ser *«serias»* , a lo que puede añadirse que además han de ser objetivas, de tal forma que esas dudas fácticas o jurídicas puedan ser apreciadas por cualquier operador jurídico.

Prueba de ello es que, en cuanto a las dudas jurídicas, el término de comparación es la jurisprudencia recaída en casos similares (supuesto típico son las cuestiones sobre las que no se ha pronunciado el Tribunal Supremo, y existen discrepantes interpretaciones entre las distintas Audiencias Provinciales). Por lo que se puede concluir que no puede apreciarse la excepcionalidad cuando la jurisprudencia sea unánime.

Y en cuanto a las fácticas, se requiere que sean serias, objetivas, realmente importantes, de consideración, que concurrirán cuando el establecimiento de los hechos controvertidos y relevantes resulta especialmente complejo, cuando pueda calificarse la labor de apreciación de las pruebas de especialmente dificultosa, cualquiera que sea el sentido final. La razón última de ser de la excepción es que el litigio se presentaba como inevitable para las partes, pues al no estar claros los hechos determinantes, y a la vista de las fundadas y serias dudas existentes sobre ellos, no queda a los litigantes más remedio que acudir al pleito para que se resuelva la controversia por los Tribunales. Pero se está hablando siempre de dudas objetivas, no de la ignorancia de la parte en cuanto a lo realmente acaecido, ni de que haya interpretado erróneamente unos hechos. No puede confundirse la duda fáctica seria de los hechos realmente acontecidos, con la buena fe del litigante (en la creencia de que se tiene razón porque desconoce lo acaecido o lo malinterpreta).



2º.- La Sala, a la vista de la prueba practicada, y lo acaecido, no comparte que estemos ante un supuesto de dudas de hecho. Una cosa es que los apelantes, una vez solicitadas explicaciones, y a la vista del testamento, no estén satisfechos con lo que perciben, o que esperasen otro trato por parte de su progenitor; y otra que exista realmente una base más o menos sólida para sostener que don Jaime carecía de capacidad para otorgar testamento el día 28 de septiembre de 2009. La única duda la introduciría el informe del mes de noviembre del oncólogo, pero debidamente interpretado no permite estimar que sea una prueba más o menos sólida que justifique el litigio.

OCTAVO .- *Costas de la segunda instancia* .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NOVENO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal noveno, 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, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña** , resuelve:

1º.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre de los demandantes **don Moises y don Jose Miguel** , contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2012 por el Sr. Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros , en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 177 de 2010, y en el que son demandados doña Jacinta , doña Esperanza , doña María Luisa y don Luciano .

2º.- Se confirma la sentencia apelada.

3º.- Se imponen a los apelantes don Moises y don Jose Miguel las costas devengadas por su recurso.

4º.- La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido para apelar. Procédase por el Sr. secretario del Juzgado de instancia a transferir el depósito constituido para recurrir, conforme a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

5º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía y siendo esta inferior a 600.000 euros y superior a 3.000 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 Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal. 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 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

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 Excm. 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 La Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a 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 Español de Crédito, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0219 13 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0219 13 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con el escrito de interposición también deberá adjuntarse el justificante de pago, debidamente validado, de la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso- administrativo y social», por una cuota tributaria fija de 1.200



euros, incrementada en la parte variable de la cuota que establece el artículo 7.2 de la citada Ley , sin cuyo requisito no se podrá dar curso al escrito.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, con devolución de los autos.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

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, secretario, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ