



Roj: **SAP M 13235/2015 - ECLI:ES:APM:2015:13235**

Id Cendoj: **28079370112015100274**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **24/09/2015**

Nº de Recurso: **666/2014**

Nº de Resolución: **259/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 89, 25-06-2014,
SAP M 13235/2015**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0013927

Recurso de Apelación 666/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid

Autos de Juicio Verbal (250.2) 362/2014

APELANTE: D./Dña. Ceferino , D./Dña. Tamara y D./Dña. Custodia

PROCURADOR D./Dña. ANGEL ROJAS SANTOS

APELADO: D./Dña. Otilia

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL DIAZ PEREZ

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. CESÁREO DURO VENTURA

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil quince.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Juicio Verbal (250.2) 362/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid a instancia de **D. Ceferino , Dña. Tamara y Dña. Custodia** como partes apelantes, representadas por el Procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS contra **Dña. Otilia** como parte apelada, representada por el Procurador D. JOSE MANUEL DIAZ PEREZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 25/06/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. CESÁREO DURO VENTURA.**



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 25/06/2014 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Debo estimar y *estimo íntegramente la demanda* de juicio verbal interpuesta por DOÑA Otilia (con representación técnica de DON JOSÉ-MANUEL DÍAZ PÉREZ); frente a DOÑA Tamara , DON Ceferino y DOÑA Custodia (actuando por medio de DON FRANCISCO-JAVIER BLANCO GONZÁLEZ), y en su virtud:

PRIMERO .- Resuelvo autorizar la protocolización y elevación y escritura pública del **testamento** en **peligro de muerte** otorgado por DOÑA Custodia , el 24 de septiembre de 2011, que obra en el expediente de jurisdicción voluntaria número NUM000 , antecedente del presente juicio verbal.

SEGUNDO .- Condeno a cada uno de los codemandados al pago a la actora de una tercera parte de las costas producidas en el presente juicio verbal."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Ceferino , Dña. Tamara y Dña. Custodia , que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

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

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Iniciado el presente procedimiento por solicitud de Dª Otilia de protocolización del **testamento** otorgado en **peligro** inminente de **muerte** por Dª Ofelia , y opuesta la representación de los parientes de la finada, Dª Tamara , Dª Custodia y D. Ceferino , se celebró el oportuno juicio verbal, dictando el juez de instancia sentencia el 25 de junio de 2014 en la que tras razonar sobre los elementos que han de concurrir para la validez de este tipo de **testamentos**, valora la prueba practicada y concluye que existiría prueba indirecta o circunstancial de la existencia del **peligro** inminente de **muerte** en el momento del otorgamiento, así como que era difícil obtener la concurrencia del notario, por lo que estima la demanda autorizando la protocolización y elevación a público del **testamento** objeto del proceso, con imposición a los demandados opuestos al pago de las costas causadas.

El recurso que interponen los demandados contra dicha resolución se basa en la alegación de error en la valoración de la prueba respecto de los elementos esenciales del proceso, la existencia del **peligro** inminente de **muerte**, la circunstancia de la imposibilidad de concurrencia del notario, o el mismo contenido del **testamento** como verdadero acto testamentario, haciendo la parte pormenorizada referencia al resultado de la prueba practicada y alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

La actora se opone al recurso rechazando sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO .- Según el artículo 700 del Código Civil : "Si el testador se hallare en **peligro** inminente de **muerte**, puede otorgarse el **testamento** ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario". Esto último ya anuncia su excepcionalidad; y está regulado dentro de una sección del Código Civil que trata "del **testamento** abierto", que es el otorgado ante Notario, salvo las excepciones expresamente determinadas (art. 694 en relación al 679), una de las cuales es la contemplada en el artículo 700.

La jurisprudencia sobre la materia es clara:

La sentencia del Tribunal Supremo de 4/10/1957 , en línea con otras del mismo sentido, advertía que "no basta que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que figure el testador en situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace, debiendo acreditarse tanto la existencia de ese **peligro** que apremia, como el hecho de no ser racionalmente posible la intervención notarial, cuando se pida la elevación a escritura pública y la protocolización del documento, en que se hizo constar la voluntad del testador".

La sentencia 2/7/1977 matiza al respecto que "el **testamento** en **peligro** inminente de **muerte** se refiere única y exclusivamente a aquellos momentos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir el Notario (artículo 700 del Código Civil), mas dada su finalidad, que es la de facilitar la expresión de la última Voluntad, no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del **peligro** de **muerte** ni de la imposibilidad de la intervención del Notario, aunque es esencial el carácter del estado de **peligro**, sin el cual no ha de entenderse válido, y el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obste para que este funcionario



autorice el **testamento**, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (sentencias de 22 de abril de 1910 , 23 de febrero de 1926 , 12 de mayo de 1945 , 19 de diciembre de 1959 y 3 de noviembre de 1962)".

Por su parte, la sentencia de 27/6/2000 , explica con mayor detalle su excepcionalidad, prevenciones y requisitos:

Se trata de un "**testamento** abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en 'inminente **peligro de muerte**', es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar:

a)- **Peligro** real de la inminencia de **muerte** del testador. b)- Que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario. c)- Que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar (...). d)- Que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de **testamento** abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el **testamento** abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros".

Advierte la sentencia citada que "la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de la **muerte**, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario; criterios fundamentales que no cabe se obvien. La imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el **testamento** en **peligro de muerte** sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto".

Y, finalmente, la sentencia insiste con otras en "la necesidad de la observancia de las formas testamentarias con sujeción a Ley, pues, como ya declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1912 , "las formas menos solemnes de los **testamentos** privilegiados no excluyen ni dejan de hacer necesaria la concurrencia de todos los requisitos".

La sentencia del Tribunal Supremo de 10/6/2005 , además del aspecto sobre el estado de **peligro**, destaca el notarial: "La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que el **testamento** que nos ocupa se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no haya lugar a que pueda acudir al Notario", de manera que, "aunque es esencial el estado de **peligro de muerte**, sin el cual no ha de entenderse válido este **testamento**, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el **testamento**, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTs de 19 de diciembre de 1959 , y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (STS de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977). En definitiva, resultaba obligada la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria"...

Otras muchas sentencias del Alto Tribunal advierten de la esencialidad de todas las formalidades testamentarias, y así, por ejemplo, dice la de 4/11/2009 : "La forma del **testamento** constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de **testamentos** en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma en los **testamentos** no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias"... (STS de 4/11/2009).

El **testamento** otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en **peligro de muerte**, previsto en el art. 700 CC , constituye una modalidad del **testamento** abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por



la de cinco testigos. A tal efecto el art. 679 CC define este **testamento** de la siguiente manera: "Es abierto el **testamento** siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone" y el art. 700 CC dispone que cuando el testador se hallare en inminente **peligro de muerte**, "puede otorgarse **testamento** ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario". Al tratarse de un **testamento** abierto, debe cumplirse lo establecido en el art. 695 CC, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de **testamento** (STS de 27 junio 2000).

TERCERO .- La aplicación de tal doctrina al caso que nos ocupa lleva a la Sala a discrepar de la valoración que de la prueba ha hecho el juez de instancia, aun considerando la adecuada motivación de su resolución, pues en definitiva no se estiman acreditados ciertos hechos relevantes, ni se comparte la aplicación presuntiva en la forma en que se desarrolla.

No cabe duda de que D^a Ofelia se encontraba en un estado terminal de su enfermedad, de la que nada sabemos por lo demás, y que en la fecha en que se otorga el **testamento** que nos ocupa puede mantenerse que no se levantaba ya de la cama, aunque ha de insistirse en la ausencia de datos más precisos de la dolencia y cuidados necesarios que requiriese.

La referida tenía otorgado **testamento** el 29 de junio de 2010, **testamento** abierto ante notario en el que nombraba herederos a sus sobrinos y ordenaba dos legados de 5.000 euros cada uno, uno de ellos a la actora en el procedimiento Otilia, en ambos casos "en agradecimiento al afecto, fidelidad y atenciones que tuvieron con su esposo y con ella sobre todo durante la enfermedad de éste".

El **testamento** objeto del proceso, otorgado sobre la base de un inminente **peligro de muerte** que impedía la presencia notarial, se redacta por uno de los vecinos que comparecen al acto como testigos, vecinos todos ellos de la fallecida, el 24 de septiembre de 2011 por la mañana, siendo este día sábado. Se aporta por la actora un certificado del colegiado doctor Luis fechado un día antes de este otorgamiento, el día 23, y en el que no se observa que la intervención médica responda a criterio alguno de asistencia a la enfermedad sino únicamente a hacer ver que D^a Ofelia no objetivaba alteraciones en su capacidad mental y cognitiva, "permaneciendo orientada y siendo su capacidad de comunicación adecuada", certificación por tanto que parece prevenir el acto que se va a realizar a continuación y que se lleva a cabo el día siguiente, lo que impresiona de cierta preparación del acto y rechaza la inminencia de **peligro** alguno más allá de la fatal evolución de la enfermedad cuyo pronóstico en el tiempo desconocemos por completo.

Es así que el dato cierto es que se redacta el documento en que se deja a la actora por la testadora el piso en que habitaba, sin precisión alguna sobre otros bienes que los inmuebles, el día 24 en condiciones que todos los testigos coinciden en mantener de plena conciencia, y se produce el fallecimiento en la tarde del día 28, cuatro días después, sin que en ese tiempo de inevitable agravamiento de la enfermedad conste asistencia médica alguna a la finalmente fallecida, lo que se compadece mal con la situación de agravamiento paulatino que hubiera requerido que en aquellos días algún médico viera a la paciente y evaluara su estado, salvo que se produjera el mismo día 28 un rápido deterioro o un súbito desenlace esperado pero no previsto.

En todo caso la ausencia de estos datos médicos es relevante a juicio de la Sala para valorar en su justa medida conceptos que pueden ser sutiles como la inminencia del **peligro de muerte**, o la imposibilidad, en términos razonables, de la presencia del notario; cuestión esta última que se estima que no se habría justificado no solo por aquellas dudas sobre el estado de salud de la testadora, sino porque el dato esencial de haberse llamado a la notaría esa misma mañana habiendo dicho el notario no poder asistir e indicando la forma de hacer el **testamento** ante testigos y pudiendo pasar el lunes por el domicilio, carece de toda prueba y no es sino una alegación, pues ninguno de los testigos presenciaron tal conversación telefónica, y todos dijeron que eso es lo que se comentaba, lo que decía Otilia o la propia Ofelia, de modo que ni siquiera consta el intento de lograr la presencia notarial que por otro lado, en Madrid, podía haberse obtenido fácilmente a través del notario de guardia o incluso el mismo lunes, día en que nada se sabe de por qué no se llamó al notario ni cual fuera el estado de la testadora.

En estas condiciones no se aprecia que concurren los requisitos de validez del **testamento** otorgado bajo la premisa de un **peligro** inminente de **muerte** no constatado, ni que fuera imposible o muy difícil lograr la presencia del notario, de modo que ha de estimarse el recurso interpuesto y desestimarse la demanda.

CUARTO .- La estimación del recurso determina que no se haga imposición de las costas de la alzada, imponiéndose a la actora las costas de la primera instancia, artículos 394 y 398 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.



III.- FALLAMOS

Que estimando el recurso interpuesto por D. Ceferino , Dña. Tamara y Dña. Custodia , contra la sentencia de fecha veinticinco de junio de dos mil catorce , revocamos dicha resolución, y por la presente desestimamos la demanda interpuesta con imposición a la actora de las costas causadas en primera instancia, y sin declaración sobre las de esta apelación.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0666-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe