



Roj: **SAP CC 745/2015 - ECLI:ES:APCC:2015:745**

Id Cendoj: **10037370012015100307**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **425/2015**

Nº de Resolución: **300/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Cáceres, núm. 2, 02-06-2015,
SAP CC 745/2015**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00300/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2014 0032725

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000425 /2015

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de CACERES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000699 /2014

Recurrente: Arturo , Edemiro , Hernan , Eufrasia

Procurador: CRISTINA BRAVO DIAZ

Abogado: JORGE FALIP GARCIA

Recurrido: Edemiro , Plácido , Jose Ignacio

Procurador: MARIA VANESSA RAMIREZ-CARDENAS FERNANDEZ DE AREVAL

Abogado: OLGA MOZO GOMEZ

S E N T E N C I A NÚM.- 300/2015

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =



DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =

Rollo de Apelación núm.- 425/2015 =

Autos núm.- 699/2014 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a diecinueve de Octubre de dos mil quince.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 699/2014, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 de Cáceres, siendo parte apelante, los demandante **DON Arturo** , **DON Edemiro** , **DON Hernan** , y **DOÑA Eufrasia** , representados en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Bravo Díaz**, y defendidos por el Letrado Sr. **Falip García** , y como parte apelada, los demandados, **DON Edemiro** , **DON Plácido** y **DON Jose Ignacio** , representados en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo** , y defendidos por la Letrada Sra. **Mozo Gómez**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 de Cáceres, en los Autos núm.- 699/2014, con fecha 2 de Junio de 2015, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Desestimo la petición formulada, corriendo cada parte con las costas causadas a su instancia y con la mitad de las comunes..."

Con fecha 17 de Junio de 2015, se dictó Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA. Acuerdo: Estimar la petición formulada por el Procurador DOÑA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO en representación de la parte demandada, de aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento, en el sentido indicado en el Fundamento Jurídico de esta resolución..."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación de los demandantes, se interpuso del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO .- Admitida que fue la interposición del recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

QUINTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **16 de Octubre de 2015** , quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO** .

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de fecha 2 de Junio de 2.015 , ulteriormente aclarada por Auto de fecha 17 de Junio de 2.015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 699/2.014, conforme a la cual, con desestimación de la Demanda formulada por D. Hernan , D. Edemiro , Dª. Eufrasia y por D. Arturo contra D. Edemiro , D. Plácido y contra D. Jose Ignacio , se absuelve a los indicados demandados de las pretensiones contenidas en el Suplico de la referida Demanda, corriendo cada parte con las costas causadas a su instancia y con la mitad de las comunes, se alza la parte apelante -demandantes, D. Arturo , D. Edemiro , D. Hernan y Dª. Eufrasia - alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, aun cuando no se diga manera explícita en el Escrito de Interposición del mismo, error en la valoración de la prueba. En sentido inverso, la parte apelada



-demandados, D. Edemiro , D. Plácido y D. Jose Ignacio - se han opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el único motivo en el que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- el supuesto error en la valoración de la prueba en el que habría incurrido el Juzgado de instancia y que habría conducido a la decisión adoptada en la Sentencia recurrida, por la que se desestima la Demanda y, por tanto, la acción de Nulidad del **Testamento** otorgado en **peligro de muerte** por D. Gervasio , ejercitada en la misma. Respecto del indicado motivo, este Tribunal viene estableciendo, de forma constante y en términos generales, que la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el Organo Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del Organo Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos.

En realidad y, con el máximo rigor, la controversia litigiosa sustantiva a la que se contrae, en todas sus vertientes, el único motivo del Recurso constituye una problemática que afecta única y exclusivamente a la valoración de la prueba y a la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, extremo este último donde -con carácter general- opera el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvenición, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniente o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 7 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

A la luz de las consideraciones preliminares que se acaban de indicar, este Tribunal comparte la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida por cuanto que descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el Procedimiento, de modo que la mera remisión a los razonamientos jurídicos expuestos en la indicada Resolución serían suficientes para desestimar, en todas sus vertientes, el motivo del Recurso que se examina. El Juzgado a quo, en efecto, ha analizado la prueba practicada en el Procedimiento de forma conjunta, en una exégesis apreciativa razonada y razonable, llegando a una decisión absolutamente correcta que objetivamente se corresponde con los resultados de las pruebas practicadas y con las reglas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De esta manera, insistir en el análisis de dichas pruebas no supondría más que redundar innecesariamente sobre las mismas cuestiones para llegar indefectiblemente a conclusiones idénticas a aquellas que recoge la Sentencia recurrida.

TERCERO.- Así pues y, atendiendo -insistimos- a las referidas consideraciones preliminares, cabría reiterar que la hermenéutica valorativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta correcta y en absoluto ha quedado desvirtuada por las alegaciones -abiertamente subjetivas y de defensa de su tesis- en las que se sustenta el planteamiento del único motivo del Recurso. Efectivamente, después del análisis aséptico de las pruebas practicadas en el Procedimiento, este Tribunal no puede sino convenir necesariamente



con los razonamientos expuestos por el Juzgado a quo en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida, donde, con el suficiente rigor, se han examinado todas las pretensiones ahora discutidas, sin que incluso - por las propias razones jurídicas explicitadas en aquella Resolución- fuera necesario añadir otras consideraciones adicionales o complementarias.

Difícilmente puede resultar atendible el criterio que defiende la parte actora apelante en el único motivo del Recurso ante los acertados razonamientos jurídicos puestos de manifiesto por el Juzgado de instancia en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida que no sólo no se han visto desvirtuados ni un ápice por las alegaciones en las que se sustentan todas las vertientes del indicado motivo, sino que incluso llegan a agotar cualquier otra consideración jurídica que pudiera efectuarse sobre los extremos en los que descansa el referido motivo de la Impugnación. En este sentido, puede ya adelantarse que -ante la carencia de solidez sustantiva en su postulado- las objeciones que la parte apelante opone respecto de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida no gozan -según el criterio de este Tribunal- de la habilidad material necesaria para modificar la decisión -correcta, insistimos- que, sobre los extremos discutidos, ha sido adoptada en la Resolución recurrida.

Y es que, por más que la parte actora apelante pretenda hacer ver lo contrario en las alegaciones que comprende el único motivo de la Impugnación, lo cierto y real es que la apreciación probatoria desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta racionalmente acertada y, en consecuencia, no admite tacha de tipo alguno, como igualmente puede afirmarse que se han aplicado de forma correcta las normas generales sobre la carga de la prueba que contempla el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO.- En trance de examinar las concretas alegaciones en las que se sustenta la Impugnación deducida por mor del Recurso de Apelación interpuesto y, sin desconocer el esfuerzo desplegado por la parte actora apelante en las extensas alegaciones del referido Recurso, conviene indicar, como premisa inicial y como declaración de principio, que los motivos en los que se fundamenta la expresada Impugnación carecen de fortaleza sustantiva y advierten una acusada ausencia de solidez material por cuanto que no enervan lo más mínimo la Fundamentación Jurídica en la que descansa la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, hasta el extremo de que, incluso, se llegan a esgrimir una suerte de hechos dables de calificarse de nuevos (a los que, después se hará una más detenida referencia), que, en rigor, serían de imposible examen en esta Resolución. En esencia, la cuestión controvertida ostenta una acusada sencillez, que no alcanza a la dificultad que parecería advertirse de las alegaciones del Recurso.

Omitiendo, tanto la Alegación Previa, como la relativa a la rubricada con el término Conclusiones (Alegación Cuarta), que no constituyen sino el Preámbulo y el Epílogo de la Impugnación y donde no se alegan (ni se desarrollan) motivos concretos y determinados frente a la decisión adoptada en la Sentencia recurrida, el único motivo del Recurso se vertebra a través de tres vertientes (que se corresponden con las Alegaciones Primera a Tercera del Escrito de Interposición del expresado Recurso), donde solo en la Tercera de ellas (y con una acusada brevedad, en relación con las dos primeras) la parte apelante aborda el único objeto de este Proceso, que no es otro que determinar si el testador, D. Gervasio , en el momento del otorgamiento del **Testamento en peligro de muerte** (a las 20,45 horas del día 28 de Febrero de 2.013) gozaba o no de capacidad de obrar para la realización de dicho acto. Las restantes cuestiones planteadas en este Proceso se encuentran extramuros de este Juicio y fueron ventiladas y resueltas en los autos de Jurisdicción Voluntaria sobre Protocolización de **Testamento** que se siguieron ante el mismo Juzgado de instancia con el número 444/2.014, y que culminaron mediante Auto (firme, en la medida en que fue consentido por las partes, incluida la que se opuso) de fecha 3 de Diciembre de 2.013, que acordaba la elevación a Escritura Pública del **Testamento** otorgado en **peligro inminente de muerte** por D. Gervasio . Por tanto, en dicho Proceso y en la expresada Resolución se dirimieron todas las cuestiones que pudieran haber obstado o impedido la protocolización del **Testamento**, incluidas todas las referentes a la concurrencia de sus requisitos conforme se establece en los artículos 700 y siguientes del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta; excepto una: la relativa a la capacidad del testador, respecto de la cual, en la expresada Resolución, se contemplaba y se reconocía el derecho que asistía a los interesados de impugnar el **Testamento** por falta de capacidad del testador en el Juicio Declarativo que correspondiera.

Ese Juicio Declarativo es el presente Juicio Ordinario, cuyo objeto es, única y exclusivamente, determinar si el testador era capaz para el otorgamiento del **testamento** en las circunstancias en la que la que se verificó, y no examinar si concurrían o no los requisitos para el otorgamiento del referido **Testamento en peligro de muerte**; y, hasta el extremo ello es así que, en la propia Demanda, se expresa que la acción que se promueve es la de nulidad del **testamento** "por falta de capacidad del testador al momento de su otorgamiento"; de tal modo que, si se examinan los hechos de la Demanda, únicamente se aborda esta cuestión y no otras, aun cuando se hicieran ligeras referencias a los requisitos del **Testamento**, pero siempre en función de la ausencia de capacidad para testar, en el momento en el que lo hizo, de D. Gervasio .



Por consiguiente, las dos primeras Alegaciones del Recurso de Apelación exceden del objeto de este Proceso y, en rigor, plantean hechos nuevos en relación con el contenido intrínseco de las referidas Alegaciones, donde -decimos- se introducen "hechos nuevos" que este Tribunal no examinará con detalle, aunque hará expresa referencia a los mismos. Queremos significar con ello que la circunstancia de que esta Sentencia no examine con detalle esas alegaciones "nuevas" no obedece a ninguna omisión que pudiera afectar a la congruencia de la Resolución Judicial (incongruencia omisiva), sino a la imposibilidad de examinar en esta segunda instancia alegaciones de tal naturaleza. Y así, un elenco considerable de manifestaciones expuestas por la parte actora apelante en los referidos apartados recursivos constituyen, sin género de duda alguno, cuestiones absolutamente nuevas, no invocadas en debida forma en el momento procesal oportuno de la primera instancia (es decir, en el Escrito de Demanda), que no fueron objeto de efectiva y real contradicción en la instancia, que, en consecuencia, no pudieron ser analizadas y resueltas en la Sentencia recurrida (aun cuando se aludió a las mismas, si bien en clave de capacidad del testador) y que, por tanto, resultan de imposible examen en esta segunda instancia, razones que, por sí mismas y sin necesidad de mayores consideraciones, justificarían su desestimación. Conviene recordar, en este sentido, la importancia que merece el artículo 412.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que, establecido lo que sea objeto del Proceso en la Demanda, en la Contestación y, en su caso, en la Reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente; luego los Hechos y Fundamentos de Derecho de la Demanda, de la Contestación y, en su caso, de la Reconvención conforman el objeto de debate litigioso y concretan las cuestiones controvertidas en el Proceso, que no pueden ser ampliadas para introducir otras cuestiones distintas en momentos procesales inhábiles a tal fin.

QUINTO.- Como ya se ha significado, la Alegación Primera del Recurso excede el objeto de este Proceso, en la medida en que, obviando que sólo puede examinarse en esta sede procedimental la capacidad del testador, se viene a hacer referencia a que no existió manifestación de voluntad alguna por parte de D. Gervasio, que todo fue "un burdo montaje" (expresión literal), que se trataría de un **testamento** "completamente falso" (expresión literal), que dos de los testigos, D^a. Esther y D. Secundino, incurrieron en importantes contradicciones, que los cinco testigos (empleados del Excmo. Ayuntamiento de Sierran de Fuentes) eran inidóneos, que el Alcalde, D. Jesus Miguel, también testigo y redactor de las voluntades del testador, era además Letrado de los demandados, beneficiados por el **testamento**, siendo de aplicación, por analogía, el artículo 681, apartado quinto, del Código Civil, que no se recabó la presencia de un facultativo en dicho acto, que no se grabó en audio el acto, que existían familiares del testador presentes en ese momento, y que a ninguno de los testigos firmantes del **testamento** se les ocurrió avisar a un Notario para que D. Gervasio otorgara el **testamento**.

Pues bien, todas estas Alegaciones nada tienen que ver con la supuesta incapacidad del testador para emitir sus voluntades a través de un tipo de **testamento** abierto (especial, sin duda) que se encuentra expresamente recogido en el Código Civil (artículo 700 y concordantes); por tanto, sobre tales Alegaciones, poco -o nada- habría de razonarse en términos jurídicos en la presente Resolución, sobre todo cuando alguna de ellas carecen de una mínima solidez, como la posibilidad de grabación mediante audio de las expresiones del testador (lo cual podría, incluso, cuestionar la propia validez de este tipo de **testamento**) o que no se avisara a un facultativo o a otro personal sanitario para que estuviera presente en el acto, cuando el artículo 700 del Código Civil sólo exige que se otorgue ante cinco testigos. A criterio de este Tribunal, la idoneidad de los testigos se encuentra al margen de la más mínima duda, tratándose de testigos, más cualificados, que inidóneos, todos ellos terceros al testador y a sus parientes y sin interés alguno en lo pudiera disponer el causante. Y en cuanto al Alcalde, redactor del **testamento**, se ha acreditado que en el momento del otorgamiento no era Letrado ni del testador ni de sus parientes beneficiados por su última voluntad.

En relación con la aplicación analógica que la parte apelante propugna del apartado quinto del artículo 681 del Código Civil ("no podrán ser testigos en los **testamentos** el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de parentesco"), esta pretensión -decimos- resulta absolutamente inasumible, y responde, no ya a una aplicación analógica del precepto, sino a una aplicación acusadamente forzada del precepto con nulo encaje jurídico. Es decir, el **testamento** otorgado en **peligro** inminente de **muerte** se caracteriza, sobre todo, porque, siendo un **testamento** abierto (pero especial), no se otorga ante Notario, de modo que, a la condición de Notario, como autorizante del **testamento**, no se pueden equiparar ninguno de los cinco testigos, ni siquiera quien redacte materialmente la última voluntad del causante, y quien no por eso deja de ser testigo, ni adopta una posición "análoga" a la del Notario, que es quien autoriza el **testamento** abierto. Tal pretensión, como la práctica totalidad de las Alegaciones de esta vertiente del motivo, resultan inadmisibles y -como se ha repetido- alejadas del objeto de este Proceso.

SEXTO.- La segunda vertiente del motivo viene referida a la falta de acreditación de la imposibilidad de comparecencia de un Notario al acto del otorgamiento del **Testamento**. La desestimación de esta vertiente de la Impugnación encuentra el mismo fundamento que el mantenido en la primera; es decir, tal alegación se encuentra extramuros del objeto de este Proceso. No obstante lo cual entendemos que el planteamiento



que sostiene la parte actora apelante no es acertado en la medida en que lo que, en relación con esta particular, debe exigirse es una imposibilidad racional y razonable sobre la comparecencia del Notario, que -sin duda- acontece en el supuesto que se somete a la consideración de este Tribunal. El testador se encontraba, incuestionablemente, en **peligro** inminente de **muerte** cuando manifestó su voluntad a las 20,45 horas del día 28 de Febrero de 2.013, falleciendo al día siguiente a las 16.00 horas; luego, sí existía una imposibilidad razonable para encontrar la presencia de un Notario, sobre todo cuando el estado físico del testador evolucionó progresivamente de manera negativa hasta que, finalmente, se produjo el óbito.

Esta interpretación -entendemos- es la que responde a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo que, a título de ejemplo, recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Civil, Sección 4, de fecha 21 de Marzo de 2.014, cuando establece que: "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 (artículo 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 4/10/1.957, 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 2/7/1.977 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 1.910, 23 de Febrero de 1.926, 12 de Mayo de 1.945, 19 de Diciembre de 1.959 y 3 de Noviembre de 1.962)". Por su parte, la sentencia de 27/6/2.000, 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 1.912, "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 10/6/2.005 , 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, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1.959 , y 3 de Noviembre de 1.962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1.962 y 2 de Julio de 1.977). 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 4/11/2.009 : "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" (...) (Sentencias del Tribunal Supremo de 4/11/2.009). En otra sentencia más lejana de 10/6/1.966 podemos leer que "es imprescindible partir del carácter que el **testamento** tiene en nuestro Derecho, en el sentido de que por su esencia es eminentemente formal y solemne, que precisa la existencia de una forma escrita -que aquí es requisito "ab substantiam»- y de otros requisitos requeridos para cada especie de las que el testador no puede prescindir, ni sustituir y cuyo incumplimiento acarrea inexorablemente la sanción del artículo 687 del Código Civil , según el que "será nulo el **testamento** en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este Capítulo», habiendo proclamado esta Sala en las Sentencias de 10 de Julio de 1.944 y 4 de Enero de 1.952 , entre otras, la necesidad de que las referidas formalidades sean observadas, como garantía de la realidad del **testamento**, dada la trascendencia jurídica de este acto por el que una persona dispone de los bienes para después de su **muerte**". Y añade que "la antedicha regla formalista de carácter general tiene aplicación lógica en el caso -como el aquí contemplado- del **testamento** hecho en **peligro de muerte**, regulado en el artículo 700 del Código Civil , puesto que está incluido dentro del mismo Capítulo, que es el primero del título tercero del libro tercero del propio Código, que supone una excepción a la forma pública ordinaria, en la que no es necesaria la presencia del Notario, bastando la concurrencia de los cinco testigos allí prescritos, quienes habrán de reunir las condiciones indispensables de idoneidad, que la Ley establece, y sin que, por tanto, medie ninguna de las causas de incapacidad señaladas en el artículo 681, donde se enumeran las personas que no pueden ser testigos en los **testamentos**, las cuales tendrán que ser interpretadas aquí con criterio restrictivo -como ya dijeron las sentencias de 5 de Mayo de 1.897 , 4 de Octubre de 1.957 y 24 de Octubre de 1.958 , dada la índole excepcional del supuesto a que se refieren, pues una cosa es que se den facilidades para la confección de esta clase de **testamentos** y otra, completamente distinta, que al socaire de aquella facilidad se pretenda eludir el cumplimiento de los demás requisitos esenciales exigidos para esta clase de actos en la sección del Código Civil, dedicada al **testamento** abierto, siempre que, como dijo la sentencia de esta Sala de 4 de Octubre de 1.957 , sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, con el fin de que no se ponga en **peligro** su autenticidad con una posible confabulación posterior".

SEPTIMO.- La tercera y última de las vertientes del único motivo del Recurso de Apelación acusa la falta de capacidad de D. Gervasio para otorgar **testamento**. Pues bien, en relación con el posicionamiento de esta vertiente del motivo, interesa destacar, con carácter general, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 14 de Julio de 2.004 , con cita de la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 16 de Septiembre de 1.998 , ha declarado que, implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 31 de Diciembre de 1.991 y de 31 de Octubre de 1.994) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el artículo 208 del Código Civil y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 del Código Civil en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y límites de la incapacitación. Por otra parte, además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el artículo 200 del Código Civil requiere que tal enfermedad o deficiencia "impida a la persona gobernarse por si misma"; el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o,



como dice un autor, "el gobierno de si mismo por si mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial". Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado).

Como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera, de fecha 22 de Noviembre de 2.006 , lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un estado mental propio con repercusiones jurídicas; tal estado mental viene caracterizado por los siguientes elementos: a) la existencia de un trastorno mental cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico); b) la permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico), y c) que, como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o, en palabras del Código Civil, de gobernarse por sí mismo (criterio jurídico), debiendo interpretarse tal expresión, no en un sentido absoluto de imposibilidad total, plena y completa, sino bastando que la enfermedad o deficiencia mental implique una restricción grave del autogobierno.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha del 26 de Junio de 2.015 , ha significado que: "Indicaba la Sala en Sentencia de 22 de Enero de 2.015 , con cita de las Sentencias de 26 de Abril de 2.008 , la doctrina sobre la materia, a saber: a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia".

En atención a la Doctrina Jurisprudencial expuesta en los párrafos precedentes, puede aseverarse -sin que el hecho abrigue género de duda alguno- que la parte actora, a quien incumbía la carga de la prueba del hecho (por ser quien lo alega), no ha acreditado que el testador, D. Gervasio , careciera de capacidad para otorgar el **testamento** en el momento en el que lo hizo; es decir, no ha demostrado que tuviera sus facultades cognitivas y volitivas limitadas (menos aun excluidas) para la realización del referido acto. Es de destacar, en este sentido, que, en ningún Informe Médico incluido en la Historia Clínica de D. Gervasio , que se ha incorporado a las actuaciones, en sus tres días de ingreso hospitalario, se hiciera mención alguna a que el mismo tuviera afectadas sus facultades intelectivas, de conocimiento y de voluntad, por lo que ha de presumirse su capacidad, sobre todo cuando la patología médica que presentaba no es incompatible con un estado de lucidez mental que permita exteriorizar, con garantías de autenticidad, su voluntad. El Informe Pericial presentado por la parte actora con la Demanda (documento señalado con el número 12), emitido por D. Manuel , no es suficiente para estimar acreditada la incapacidad intelectual de D. Gervasio porque dicho Informe se mueva en el ámbito de la hipótesis y de la probabilidad; por lo que, de la misma manera que podría justificarse una ausencia de capacidad, también, con idénticos argumentos, se podría alcanzar la conclusión contraria. Por este motivo, adquiere una mayor virtualidad el Informe Pericial presentado por la parte demandada con el Escrito de Contestación a la Demanda (documento señalado con el número 1), emitido por D. Victorio , donde -resumidamente- se concluye en que no es posible discutir la capacidad mental de D. Gervasio al no habersele realizado, a este fin, un reconocimiento médico. Por tanto, si los Informes Médicos obrantes en la Historia Clínica de D. Gervasio no evidencian ningún tipo de patología mental, ni la patología física que presentaba sugería -necesariamente- una merma (menos aun relevante) de sus facultades de conocimiento y voluntad, forzosamente habrá de estarse a la presunción de capacidad, pudiendo afirmarse, en definitiva, que, en la fecha y hora del otorgamiento del **testamento** (20,45 horas del día 28 de Febrero de 2.013), D. Gervasio , gozaba de capacidad para realizar dicho acto.

OCTAVO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto, y, como consecuencia lógica, la confirmación de la Sentencia que constituye su objeto.

NOVENO.- Desestimándose el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer a la parte apelante las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

**FALLO**

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de D. Arturo , D. Edemiro , D. Hernan y de D^a. Eufrasia contra la Sentencia 104/2.015, de dos de Junio , ulteriormente aclarada por Auto de fecha diecisiete de Junio de dos mil quince, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 699/2.014, del que dimana este Rollo, debemos **CONFIRMAR y CONFIRMAMOS** la indicada Resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009 , en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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

E./

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.