

SAP de Bizkaia de 18 de marzo de 2010

En Bilbao, a dieciocho de marzo de dos mil diez.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de procedimiento ordinario nº498/08, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Getxo y seguidos entre partes:

-Como apelantes-demandantes D^a. Modesta, D^a Elisa y D. Virgilio representados por el procurador Sr. Jaime Villaverde Ferreiro y defendidos por el letrado Sr. Guillermo Alonso Olarra y María Cristina no personada y declarado desierto el recurso interpuesto por la misma.

-Como apelados-demandados, que se oponen al recurso de apelación, D. Bartolomé y Belinda, representados por la procuradora Sra. Inmaculada Frade Fuentes y defendidos por el letrado Sr. Enrique Domínguez Suárez; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 18 de marzo de 2009.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 18 de marzo de 2009 es de tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando íntegramente las pretensiones de la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Gabriela González Jacob, en nombre y representación de María Cristina, Modesta, Virgilio y Elisa contra Bartolomé y Belinda debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra. Todo ello sin que haya lugar a particular imposición de costas procesales.

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de las partes demandantes se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 385/09 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La acción promovida por los hermanos D^a María Cristina, D^a Modesta, D. Virgilio y D^a Elisa, contra sus otros dos hermanos D. Bartolomé y D^a Belinda pretendía que se declarara nulo el testamento otorgado el día 7 de Octubre de 2003 por la madre de todos ellos, D^a Elisa, por incapacidad de dicha testadora para otorgarlo, ya que en aquella fecha D^a Elisa era una persona de muy avanzada edad, ingresada en una residencia especializada, estando afecta a un deterioro cognitivo senil que, en criterio de los actores, le incapacitaba para testar al no hallarse en aquel momento en su cabal juicio, de conformidad con el *párrafo segundo del artº 663 LEC*.

Se da la circunstancia que en el testamento impugnado los cuatro demandantes fueron apartados expresamente de la herencia por la testadora en uso de la facultad prevenida en la legislación foral vizcaína, pues tenía la condición de aforada por su vecindad en ese territorio; siendo ese colectivo apartamiento en el último testamento otorgado por la Sra. madre de los actores el auténtico y último motivo para solicitar su nulidad por incapacidad mental de la testadora para otorgarlo, pretendiendo los actores que recupere su vigencia el testamento inmediatamente anterior, otorgado por la causante el 21 de Mayo de 1.990; los actores sugieren que sus hermanos favorecidos por dicho testamento, particularmente D. Bartolomé, se aprovecharon del deterioro intelectual de la madre para influenciarle o presionarle para forzar su voluntad en dicho acto testamentario en determinado sentido; e incluso afirmándolo expresamente (véase folio 9 de la demanda, último párrafo).

La sentencia dictada por el juzgado de instancia, tras un exhaustivo y concienzudo análisis de la prueba practicada y con cita profusa de la jurisprudencia aplicable al caso, llega a la conclusión de que los actores no han llegado a destruir la presunción de capacidad de la testadora al momento de otorgar el testamento impugnado, al no acreditar que en esa ocasión la causante no se hallara en su cabal juicio (*artº 666 Código Civil*), por lo que desestima la demanda; resolución que es objeto de recurso por la parte actora.

SEGUNDO.- En la sentencia dictada por esta misma Sala con fecha 1 de Julio de 2005, resolviendo un recurso relativo a una pretensión de nulidad de testamento idéntica a la que aquí nos ocupa, dijimos literalmente lo siguiente:

"En el *artículo 662 del Código Civil* se sigue el principio que ha de presidir cualquier análisis de la cuestión controvertida, a saber, que "la sanidad de juicio se presume siempre en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, mientras que no se demuestre y justifique lo contrario por aquél a quien compete". El *artículo 663.2 CC* señala que no pueden testar quienes, habitual o accidentalmente, no se hallaren en su cabal juicio y que, para apreciar la capacidad, se atenderá al estado del testador al tiempo de otorgar el testamento (*art. 666 CC*). Es decir, ha de ser quien sostiene la nulidad del testamento quien acredite la falta de juicio del testador, debiendo añadirse

que tal incapacidad ha de referirse, precisamente, al momento de otorgamiento del testamento, según se desprende del *artículo 666*, lo que hace válidos, incluso, testamentos otorgados en un momento de lucidez por personas aquejadas de una enfermedad psíquica.

La doctrina científica ha venido interpretando la expresión "cabal juicio" como aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar. A este respecto, hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 11-12-1962) ha venido sosteniendo que "sin pretensión científica, pues con amplia comprensión práctica, aún cuando el término cabal es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto y, en tal sentido, no parece que pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la Ley, en este caso, la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia, o conocimiento de su significado y alcance, y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue".

Para que pueda prosperar la acción de nulidad de testamento basada en la falta de capacidad del testador, la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril 1959). No basta con apoyar la pretensión de nulidad en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia, el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 octubre 1928). Como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 1916, hay que entender que, ni la enfermedad, ni la demencia, obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido. Asimismo, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha venido declarando que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) La edad senil del testador, "pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928). 2) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928). 3) No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 diciembre 1918). La sanidad del juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 febrero 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril 1959), de modo que, en

orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción "iuris tantum" que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario "evidente y completa" (Sentencias del Tribunal Supremo 8 mayo 1992 y 3 de febrero de 1951), "muy cumplida y convincente" (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 abril de 1944, 16 febrero 1945), "de fuerza inequívoca" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero 1975) cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (Sentencias de 23 febrero de 1944 y 1 enero 1956).

La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse, forzosamente, al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre "cumplidamente" en vía judicial su incapacidad, destruyendo la "enérgica presunción iuris tantum" (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1894, 22 de enero de 1913 ; 10 de abril de 1944 y 16 febrero 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 marzo 1944). Todos esos criterios aparecen recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998, en la que se viene a hacer un análisis exhaustivo de la doctrina jurisprudencial aplicable a los supuestos de ejercicio de la acción de nulidad del testamento por falta de capacidad del testador".

Y, posteriormente, en otra sentencia dictada sobre asunto similar con fecha 6 de Noviembre de 2007, este Tribunal señalaba:

".....como dicta la jurisprudencia citada por la propia parte demandante y que recoge asimismo la resolución recurrida, - lo que exime a este Tribunal de referir sentencias concretas sobre el particular -, la capacidad para otorgar testamento se presume y quien sostenga lo contrario debe acreditar de forma inequívoca y concluyente, sin que quepa el menor margen para la duda que, en el momento de testar, la causante no se hallaba en su cabal juicio (*artº 663-2º Código Civil*)....".

TERCERO.- Traspasando los anteriores criterios teóricos al supuesto concreto que nos ocupa, comparte plenamente esta Sala las conclusiones de la sentencia apelada y ratifica sus argumentos para desestimar la demanda.

Los actores se basan en realidad, de forma exclusiva, en el hecho objetivo y que no es discutible de que su madre era una persona mayor, de casi 85 años, que estaba obligada desplazarse en silla de ruedas, que precisaba asistencia para las necesidades básicas de la vida diaria (test de Barthel), que padecía un deterioro cognitivo senil entre leve y moderado (test de Pfeiffer) dimanante de una determinada atrofia cerebral por razón de su edad para, solo por ese motivo, concluir que no se encontraba en su cabal juicio en el momento en que otorgó el testamento impugnado; semejante conclusión no la podemos compartir; ni siquiera por la declaración del médico neurólogo D. Victorino, que es la más favorable a los intereses de los recurrentes, que se limitó a informar sobre el estado genérico en que la paciente se encontraba en el año 2003, sobre sus afecciones físicas e intelectuales, sobre el condicionamiento que todo ello le suponía, pero que en ningún

momento afirmó que D^a Elisa estaba absolutamente incapacitada para testar al no ser capaz de conocer, querer y expresar su fundada voluntad de testar en un acto de esa naturaleza; por el contrario, el Sr. Notario D. Enrique Ruiz, que autorizó el testamento, fue contundente sobre la capacidad mental e intelectual de D^a Elisa para otorgarlo, de lo que dijo que se preocupó especialmente en este caso en razón de los apartamientos a cuatro de sus hijos que la testadora iba a disponer.

El resto de las testificales, sobre el estado mental e intelectual de D^a Elisa, no merece la pena considerarlas pues van al viento de la parte que las propuso.

De otra parte, es imposible deducir la incapacidad mental de la testadora del mero hecho de disponer esos apartamientos, al no haber en principio ninguna razón para una decisión tan drástica, por cuanto que no era la primera vez que D^a Elisa actuó de esa manera o parecida; así, en el testamento otorgado el 21 de Febrero de 1.977 apartó a cuatro de sus siete hijos de su participación en Comercial Radio Reguera, S.A.; y en el testamento dispuesto el 21 de Mayo d 1.990 otorgó legados y porcentajes en su herencia absolutamente distintos entre sus diversos hijos y nietos; sin que en ninguno de ambos casos se quejara nadie de que la causante no estaba en sus cabales; por tanto, tampoco hay razón para llegar a esa conclusión por el solo hecho de que apartara a cuatro de sus hijos en el testamento de Octubre de 2003, debiéndose de presumir que respondió simplemente al ejercicio de su libre voluntad, o a que tal vez quiso favorecer a sus hijos Bartolomé y Belinda en agradecimiento por haber sido los que más se habían preocupado de ella en los últimos años, pagado sus gastos, etc., o porque, a través de ese testamento concreto, quiso egoístamente asegurarse su subsistencia y atenciones necesarias por parte de aquellos hasta su fallecimiento.

Todo lo anterior, ciertamente, no es sino anecdótico o especulativo, mas lo esencial es la absoluta falta de prueba de la concurrencia del supuesto del *artº 663-2º del Código Civil*, que impide acordar la nulidad testamentaria solicitada por los recurrentes.

De otra parte, la supuesta presión o forzamiento doloso de la voluntad de D^a Elisa por parte de su hijo D. Bartolomé hasta conseguir que aquella testara de determinada manera, no es si una alegación absolutamente ayuna de la correspondiente prueba; y, en ese sentido, llama la atención de que los aquí recurrentes renunciaran al interrogatorio del mencionado D. Bartolomé en el acto del juicio, lo que podría haber arrojado algo de luz a ese respecto.

Para concluir, una cosa es que el neurólogo D. Victorino señalara que D^a Elisa, por su deterioro cognitivo, era una persona fácilmente influenciable en sus decisiones estando limitada su capacidad de decisión y otra muy distinta que hubiera sido real y objetivamente influenciada por D. Bartolomé o por D^a Belinda a la hora de hacer testamento; circunstancia que exigía la correspondiente prueba, a cargo de los apelantes, que se han abstenido de proporcionar.

CUARTO.- En base a los razonamientos que anteceden y a los exhaustivos argumentos de la sentencia de instancia que, como se ha dicho, este Tribunal comparte, procede confirmar aquella resolución, con desestimación del recurso interpuesto y expresa condena en costas de los recurrentes de conformidad con el *artº 398 LEC*.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a María Cristina, D^a Modesta, D. Virgilio y D^a Elisa contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia n° 5 de Guecho en el juicio ordinario n° 498/08 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos las costas del recurso a la parte apelante.

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