



Roj: STS 195/2015 - ECLI:ES:TS:2015:195
Id Cendoj: 28079110012015100023
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1249/2013
Nº de Resolución: 20/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recurso de casación y de infracción procesal, interpuestos por don Diego , contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2013 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el rollo de apelación 642/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario 72/2008, del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Palma de Mallorca.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente, don Diego representado por la Procuradora de los Tribunales doña Dolores Uroz Moreno.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida, don Leovigildo y don Severiano , representados por la Procuradora doña Elisa Zabia de la Mata.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. La Procuradora de los Tribunales doña Nancy Ruys Van Noolen, en nombre y representación de don Leovigildo y don Severiano , formuló demanda de juicio ordinario contra don Diego con los siguientes pedimentos:

" *Que habiendo por presentado este escrito y los documentos de que se ha hecho mención, se sirva admitirlos, me tenga por personada y parte en la representación que ostento de los hermanos don Leovigildo y don Severiano , y por deducida demanda de juicio ordinario contra don Diego , y previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que:*

1.- *Declare la nulidad, por falta de capacidad de la testadora, del testamento abierto otorgado por doña Zaira el 20 de julio de 2007, ante el Notario de palma de Mallorca don Ciriaco Corral García, n° 2.123 de su protocolo.*

2.- *Declare la nulidad, por falta de capacidad de la testadora, del testamento abierto otorgado por doña Zaira el 27 de junio de 2007, ante el Notario de Palma de Mallorca don Sebastián Palmer Cabrer, n° 1.334 de su protocolo.*

3.- *Declare que la sucesión de doña. Zaira se rige por el testamento abierto autorizado el 23 de mayo de 2006 por el Notario de Palma de Mallorca don Juan Pericás Nadal, n° 1.504 de su protocolo, y que, en consecuencia, los hermanos don Leovigildo , don Severiano y don Diego son herederos por terceras e iguales partes de su madre.*

4.- *Condene al demandado, don Diego , a estar y pasar por la precedente declaración y sus naturales Consecuencias.*

5.- *Condene al demandado al pago de todas las costas Causadas.*

Subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que sea íntegramente desestimada la pretensión de nulidad de los dos testamentos impugnados, formulada con carácter principal por medio de la presente demanda, dicte sentencia por la que:

a) Declare la nulidad parcial del testamento abierto otorgado por doña Zaira el 20 de julio de 2007, ante el Notario de Palma de Mallorca don Ciriaco Corral García, nº 2123 de su protocolo, en lo relativo a la disposición que impone a don Severiano la obligación de colacionar el valor del piso sito en esta Ciudad, BARRIO000 , al tiempo del fallecimiento, por ser dicha disposición contraria a las normas imperativas reguladoras de la legítima y del instituto de la colación.

b) Condene al demandado estar y pasar por tales declaraciones y sus naturales consecuencias, así como al pago de todas las costas causadas."

2. El Procurador de los Tribunales don Mateo Cabrer Acosta, en nombre y representación de don Diego , contestó a la demanda formulada de contrario suplicando al Juzgado:

"Tenga por contestada y negada la demanda, con la aportación de los documentos que se acompañan e dar por impugnados los documentos del actor y que en el cuerpo de este escrito se detallan como falsos, lo admita y previos los trámites pertinentes en su día se dicte sentencia no dando lugar a la demanda en todos sus peticiones, tanto principal como subsidiario con expresa condena en costas."

3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción dictó sentencia el 1 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debo estimar íntegramente la demanda formulada por la Procurador doña Nancy Ruys Van Noolen, en representación de don Leovigildo y don Severiano contra don Diego , y en su representación el Procurador de los Tribunales don Mateo Cabrer y debo declarar y declaro la nulidad por falta de capacidad de la testadora, del testamento abierto otorgado por doña. Zaira , el día 20 de julio de 2.007 ante el Notario de palma:de Mallorca, don Ciriaco Corral García, número 2.123 de su protocolo.

Y debo declarar y declaro la nulidad por falta de capacidad de la testadora, del testamento abierto otorgado por doña. Zaira , el día 27 de junio de 2.007 ante el Notario de Palma de Mallorca, don Sebastián Palmer Cabrer, número 1.334 de su protocolo.

Y debo declarar y declaro que la sucesión de doña. Zaira se rige por el testamento abierto autorizado el día 23 de mayo de 2.006 por el Notario de Palma de Mallorca, don Juan Pericás Nadal, número 1.504 de su protocolo. Y debo condenar y condeno al demandado don Diego a estar y pasar por las anteriores declaraciones y sus consecuencias, y al pago de costas procesales."

Tramitación en segunda instancia.

4. Contra la anterior sentencia, la representación procesal de don Severiano y don Leovigildo , interpuso recurso de apelación, correspondiendo su resolución a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 15 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Mateu Cabrer Acosta, en nombre y representación de don Diego , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma, en los autos de juicio ordinario, de los que trae causa el presente rollo.

Debemos confirmar íntegramente dicha resolución."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación procesal de don Diego interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con base en los siguientes motivos:

1º.- Recurso de Infracción Procesal:

"Primero: se denuncia infracción de los artículos 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución .

Segundo: se denuncia la infracción del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución ."

2º.- Recurso de casación:

"Se denuncia infracción del artículo 662 en relación con el artículo 663.3 y 666 del Código Civil."

6. Por diligencia de ordenación de 21 de mayo del 2013, la referida Audiencia Provincial tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, acordando remitir las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días para comparecer.

7. Esta Sala dictó Auto el 21 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

1.- Procede admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de don Diego al haberse justificado el presupuesto de recurribilidad previsto en el artículo 477.2, 2º LEC 2000 y concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos, no advirtiéndose causa legal de inadmisión."

8. Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Leovigildo y don Diego , formuló oposición a los los recursos formulados de contrario, alegando los hechos y fundamentos que estimó oportunos.

9. Al no solicitarse por ambas partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes.

PRIMERO. Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. En la presente litis se interpuso demanda por la representación de don Severiano y don Leovigildo contra el hermano de éstos don Diego por la que se solicitaba una declaración de nulidad de dos testamentos otorgados por la madre de ambas partes, doña Zaira , en fecha 27 de junio y 20 de julio de 2007, respectivamente, ante los notarios de Palma de Mallorca don Sebastián Antonio Palmer Cabrer, el primero, y don Ciriaco Corral García, el segundo, con la consecuencia de mantenerse la vigencia de un testamento anterior otorgado por la aludida causante el 23 de mayo de 2006. Se fundamenta la pretensión, básicamente, en considerar que la causante carecía al otorgarlos de capacidad necesaria en atención a la enfermedad que padecía. Subsidiariamente se solicitaba que se declarase la nulidad de la cláusula del último testamento relativa a la colación de un piso que se dice donado.

2. El Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 1 de junio de 2012 , concluyendo que doña Zaira carecía de capacidad de testar, atendida la enfermedad que presentaba de demencia mixta.

3. Meritada resolución fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandada, postulando su revocación por errar en la valoración de la prueba practicada, en un extenso escrito dirigido a su crítica.

4. De dicho recurso ha conocido la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que dictó sentencia el 15 de marzo de 2013 desestimatoria del mismo.

5. El Tribunal colegiado, tras una exposición de la doctrina jurisprudencial relativa a la capacidad para testar, se detiene, con carácter previo, en reseñar los hechos reconocidos por ambas partes, a saber: **A)** La causante doña Zaira , viuda y con tres hijos (las partes de esta litis), en cuanto nacida en el mes de NUM000 de 1918 tenía 89 años de edad cuando otorgó los testamentos impugnados; **B)** La existencia de una clara enemistad entre, de una parte, don Leovigildo y don Severiano , y, de otra, don Diego , ya en vida de la madre, más elevada entre don Leovigildo y don Diego ; **C)** El otorgamiento de los dos testamentos abiertos de 27 de junio y 20 de julio de 2007 por dos Notarios de Palma de Mallorca en un periodo de tiempo en el que doña Zaira residía en casa de su hijo don Diego . Doña Zaira falleció el día 10 de septiembre de 2007; **D)** doña Zaira padecía en el año 2007 una demencia de carácter mixto -vascular y alzheimer- con predominio de la primera.

Concluye el Tribunal que lo esencial es determinar si tal padecimiento, en los días en que se otorgó cada uno de ambos testamentos, era de la suficiente intensidad para provocar una incapacidad para testar.

A tal fin pasa a valorar, en relación con la primera instancia, las pruebas aportadas por las partes, sin olvidar que, conforme a la jurisprudencia que ha citado y recogido, las dudas favorecen a la parte demandada.

6. Se recogen como pruebas a favor de la incapacidad de la testadora las siguientes:

A) Pericial-testifical del médico neurólogo Dr. Juan Antonio del que se destaca: i) que visitó a la causante en la tarde-noche del mismo día en que se otorgó el primero de los testamentos abiertos impugnados; ii) emitió un certificado médico y se justifica en el error por un día de la fecha del mismo; iii) en él se indica que doña Zaira padece una demencia mixta en estado de avanzado con un "mínimal" de puntuación 12, y no la "considera apta para su autogobierno y gestión de finanzas"; iv) refiere en el juicio oral que la encontró con un deterioro brutal, en franca demencia y le dijo a la familia que necesitaba de una asistente y de una persona que se dedicase a sus finanzas; v) el minimal 12 es de firme incapacidad; vi) las dolencias eran irreversibles y progresivas; vi) no podía entender o aceptar el contenido de ambos testamentos.

Para el Tribunal esta prueba tiene una gran relevancia por ser muy categórica en sus conclusiones, por la proximidad con la fecha del primer testamento y por cuanto en el mismo se fundan gran parte de las periciales acordes con las tesis mantenidas por la parte actora.

B) Pericial - testifical del Dr. Darío , neurólogo del que se destaca: i) que asistió a doña Zaira durante 17 años, con una primera visita en el año 1989 y la última en junio de 2006; ii) que considera que padecía una demencia mixta (vascular y azheimer), pero con predominio de la vascular, lo que explica minuciosamente en su dictamen y en la sentencia de primera instancia a la que se remite; iii) la demencia viene motivada por lesiones vasculares asociadas, a su vez, a una enfermedad cardiaca; iv) con un "minimal" de 12 no podía ser dueña de sus actos ni tendría capacidad para decidir sobre su vida o bienes; v) en el juicio oral explica la progresión de su enfermedad, recogiendo que en febrero de 2006 empieza a caer en picado y en junio de ese año se le aprecia una mayor caída con un minimal de 22 que produce gran afectación de sus actividades en la vida diaria; vi) estiman que la incapacidad clara debió producirse a finales de 2006 a causa de su ingreso por anemia en agosto de ese año y retirada del medicamento Sintrom que motivaría el incremento de trombos en el cerebro; vii) la enfermedad es progresiva e irreversible y no considera posible la existencia de mejora.

Para el Tribunal esta prueba tiene una gran relevancia al tratarse de un médico que trataba los problemas derivados de la afectación cerebral consecuencia de los problemas cardiacos y su progresión en el tiempo, destacando que, no obstante, la última visita fue un año antes del testamento otorgado, si bien en la parte pericial de su informe se manifiesta con rotundidad.

C) Informe del perito judicial Dr. Marino del que se destaca que: i) es especialista en medicina interna; ii) se manifiesta con rotundidad a favor de la incapacidad de la causante; iii) por ser perito judicial nunca ha examinado a la paciente y funda su informe en el dictamen del Dr. Juan Antonio y Don. Darío ; iv) en el juicio oral, previo examen de los dos testamentos, llega a la conclusión de que la causante con las lesiones cerebrales que presentaba es imposible que pudiera entender el contenido de los mismos; v) la enfermedad es progresiva e irreversible, con lo cual si la presentaba el día 27 de junio es imposible una mejora a 20 de julio siguiente; vi) confirma que la suspensión del tratamiento con Sintrón, a causa de la anemia que provocó su ingreso hospitalario en agosto de 2006, provocó un rápido deterioro de su enfermedad.

D) Informe del perito judicial Dr. Luis Alberto , médico psiquiatra, del que se destaca: i) su rotundidad respecto de la incapacidad de la causante; ii) como perito judicial no ha examinado a la paciente y su informe se funda en el dictamen del Dr. Juan Antonio y del Dr. Darío , desconociendo en esa fecha el del Dr. Cristobal ; iii) su estado se agravó en el segundo semestre del año 2006, al agravarse su afectación cardiovascular; iv) no estaba en condiciones de gobernarse por sí misma y tenía alteradas y restringidas sus capacidades en áreas como hacer testamento; v) en el juicio oral reconoce las limitaciones que tiene hacer análisis retrospectivos a efectos de alcanzar certezas, pero si un alto grado de probabilidades; vi) la enfermedad es progresiva, irreversible y crónica; vii) desconoce que padecía depresión, pues en tal caso la incapacidad todavía sería mayor.

E) Indicios: i) la voluntad predominante de doña Zaira era hacer un reparto igualitario entre sus tres hijos según se infiere de los documentos de 14-02-2006 y 23-05-2006 así como del documento manuscrito dirigido al Abogado don Damian Mercadal Vadell, que culminó en su testamento de 23-05-2006; ii) el primer documento fue firmado por dos testigos, vecinos de la causante que deponen en el acto del juicio y expresa que ella les manifestó su deseo de reparto igualitario; iii) en el mismo sentido es el testimonio del Abogado citado; iv) es un indicio el súbito cambio de criterio en el contexto de un deterioro cognoscitivo de la causante, enferma de demencia mixta de predominio vascular; v) el testamento ológrafo del año 2003 es concorde con los testamentos del año 2007 pero lo sustancial es que en el año 2006, según lo expuesto, el criterio no era ese; vi) doña. Zaira fue apartada de todo trato con sus hijos demandantes y sus familias desde el día 29 de junio de 2007 y pasó a residir en el domicilio del demandado que la recogió sin conocimiento y consentimiento de sus

hermanos; vii) el demandado en momento alguno facilitó el contacto de la madre con los actores y su familia, incluso ni acompañados de Notario, con incidentes en los que acudió la Policía Local; viii) los testamentos impugnados que, comparados en relación con el anterior de mayo de 2006, favorecen notablemente a don Diego y perjudican a su hermano don Severiano pero especialmente a don Leovigildo, tienen cláusulas con una complejidad media en relación con una persona que padece una enfermedad de demencia mixta, cuál es la determinación de colación de donaciones habidas durante la vida de la causante, tal como reseñan los peritos médicos antes mencionados cuando se les solicita aclaración en el acto del juicio oral.

7. Se recogen como pruebas a favor de la capacidad para testar las siguientes:

A) La testifical pericial del médico psiquiatra Don. Cristobal que, además de en nombre propio, actúa en representación de la Dra. Camino, especialista en psiquiatría, y una psicóloga, que integran su gabinete, destacándose que: i) atendió a doña Zaira en su gabinete el día 28 de junio de 2007, día siguiente al otorgamiento del primer testamento impugnado; ii) recoge en su dictamen las percepciones sobre el discurso verbal de la causante, sin denotar dificultades; iii) se le efectúa un test, que candex parece ser un minimal sobre 35 preguntas, que dio una puntuación de 20, practicado por la psicóloga de su gabinete; iv) El candex presentaba un deterioro cognoscitivo de 63 sobre 105, siendo su punto de corte 69 ó 70; v) los resultados de la exploración clínica y test psicométricos muestran una alteración que sugiere un deterioro cognitivo de origen vascular y un trastorno depresivo; vi) tras explicar en abstracto ambos extremos influyentes en el deterioro cognitivo, mantiene en el acto del juicio oral que la posible incapacidad para testar la fija el juez y un médico sólo puede especular o hacer hipótesis pero no puede ser concluyente, a no ser que ésta persona sea valorada para efectuar ese acto concreto; vii) en la exploración clínica aparece un débil deterioro cognitivo.

B) Dictamen del Dr. Vidal en el que se destaca que: i) es especialista en medicina general y ginecología, encargado de un "centro de reconocimientos"; ii) ha realizado una sola visita a la causante el día 28 de agosto de 2007 (trece días antes de su fallecimiento) que duró quince minutos y en la misma estaba acompañado de su hijo Diego; iii) afirma que estaba muy enfadada porque su hijo Leovigildo le había quitado las joyas y que le hizo un pequeño test y dio un resultado de 25 y su objetivo era certificar que no tenía alzheimer; iv) no apreció demencia sino un poquito de depresión y que conservaba su lucidez mental.

C) Pericial del médico neurólogo don Avelino de la que se destaca: i) que dicho facultativo nunca ha reconocido a la causante y, propuesta por la parte demandada, basa sus conclusiones en el examen de la documentación médica adjuntada a las actuaciones; ii) considera que la causante no presenta ningún deterioro cognitivo y lo deduce de que no se ha iniciado ningún procedimiento de incapacitación judicial y que el Notario pasó hora y media con el testador; iii) en el acto del juicio oral indicó, entre otros aspectos, que es muy difícil saber cuándo estás en el polo de la incapacitación y que él no puede emitir una opinión sobre su estado el día 27 de junio; iv) que la demencia vascular no tiene por qué ser progresiva e irreversible.

D) Existencia de juicios de capacidad emitidos por dos Notarios distintos.

Del otorgamiento se infiere que los Notarios no apreciaron la existencia de una posible ausencia de capacidad en la fecha del otorgamiento y no consideraron necesario el auxilio de facultativos.

El Tribunal puntualiza que el Notario Sr. Palmer no ha podido declarar en el acto del juicio sobre las circunstancias del otorgamiento del testamento, al haber fallecido, y el Notario Sr. Corral dice que no se acuerda de nada y solo explica su modo habitual de actuar cuando acuden a otorgar testamento personas de avanzada edad, conforme al cual permanece a solas con la testadora y no debió apreciar nada anormal.

E) Prueba testifical.

La asistenta del domicilio del demandado indica que no apreció que no estuviese bien.

Un Policía Local que acudió en uno de los incidentes entre los hermanos en el domicilio de Génova, habló con doña Zaira, quien le dijo que por el momento no tenía intención de ir con ellos, y aparentemente parecía lúcida.

8. El Tribunal de instancia recoge otras pruebas cuyo resultado califica de más inocuo, pero con un cálculo de probabilidad a favor de la tesis de la incapacidad, a saber:

A) Informe del perito judicial Dr. Julián, médico neurólogo, destacándose que: i) como perito judicial nunca ha examinado a la paciente, fundando su informe en los existentes en el procedimiento en su totalidad y no solo en los de la parte actora; ii) no es rotundo sino que efectúa un cálculo de probabilidad a favor de la incapacidad para testar; iii) afirma que estas enfermedades fluctúan en el tiempo y pueden mejorar sensiblemente; iv) la depresión perjudica la capacidad del paciente.

A juicio del Tribunal si este peritaje fuese único, sería favorable a la tesis del demandado, pues la duda sobre la capacidad beneficia al exigir la doctrina jurisprudencial una cumplida y debida prueba de la misma.

No obstante, se puntualiza, que en el contexto de las concretas pruebas de esta litis, y la dificultad probatoria que comporta la determinación del estado de su enfermedad en dos días determinados, contiene un juicio de probabilidad a favor de la actora, si bien disiente de otros facultativos en cuanto a la posibilidad de mejoras en su estado.

B) Testimonio y breve informe del médico cardiólogo Dr. Virgilio ; destacando que: i) fue el cardiólogo que trató a la causante de su enfermedad cardiaca, y su última visita fue en agosto de 2007 (mes anterior a su fallecimiento); ii) a pesar de ser una persona que ha conocido y tratado durante muchos años a la causante, y muy especialmente en el último mes de vida, por tanto conocedora de los efectos de las enfermedades cardiacas, sorprende su respuesta a la pregunta de si Doña Zaira podría regir adecuadamente su persona y bienes, con una respuesta que puede tildarse de evasiva, un "no lo sé" poco motivada, y parece ser que desplaza esta pregunta a psiquiatras y neurólogos; iii) no obstante recoge en su informe datos indiciarios a favor de la tesis de la actora, tales como que "presenta una alteración cognoscitiva marcada", lo cual quiere decir que empezaba a confundirse y no sabía dónde estaba; iv) en la última visita dice que "presentaba pérdida de peso, insomnio y aspecto envejecido".

C) Documental médica de ingreso hospitalario habido en el año 2007 por la enfermedad cardiaca.

Recoge el tribunal que no se aprecia posible demencia o alteración cognoscitiva pero, no obstante, que no puede olvidarse que el ingreso venía motivado por la enfermedad cardiaca, y que ésta es la causante de la demencia mixta que padecía la causante, de modo que no tenía una medicación específica.

D) Ausencia de petición de incapacitación por parte de los demandantes.

A juicio del Tribunal este dato es irrelevante por cuanto dicha situación no es requisito necesario para que pueda prosperar una demanda de nulidad de testamento.

9. Planteada por el Tribunal de instancia la ordenada y metódica exposición de las pruebas practicadas, con comentarios valorativos sobre las mismas, prosigue en su discurso lógico a manifestarse sobre si algunas deben prevalecer sobre otras o, en su caso, provocan una duda sobre la concurrencia de capacidad, en cuyo supuesto, según la doctrina jurisprudencial citada, la sentencia habría de ser desestimatoria.

Antes de abordar tal tarea recuerda que las pruebas periciales y testificales son de libre apreciación del Juzgador, con abundante cita jurisprudencial sobre dicha cuestión.

También recoge que la sentencia de primera instancia contiene una exhaustiva y amplia referencia al contenido de las pruebas periciales y testificales, con especial referencia al acto del juicio, pero es parca -no dice inexistente- en cuanto a la determinación del motivo por el cual no acoge pruebas de la parte demandada, y a ello dedica el último párrafo del fundamento sexto del cual se infiere que ha estimado decisivo el peritaje judicial del Sr. Luis Alberto . A pesar de dicha parquedad, de su contenido se infiere implícitamente que ha considerado deben prevalecer las pruebas presentadas por la parte actora, y la motivación es suficiente.

Menciona también, con carácter previo, que, ante dictámenes médicos mayoritarios que aprecian la existencia de una alteración de la capacidad cognoscitiva, el problema se desplaza a determinar si en los días del otorgamiento de ambos testamentos, la misma era de la suficiente intensidad para determinar la presencia o ausencia de capacidad, en una persona que ya ha fallecido, sin perjuicio de la dificultad de determinar la presencia de la "frontera" entre una y otra, cuestión complicada por la discutida posibilidad de intervalos de lucidez, y la gran dificultad probatoria que presenta en supuestos como el que nos ocupa de demencia mixta el conocer si en dos determinados días, por la evolución de su enfermedad, podría producirse una situación de capacidad.

10. Hechas las anteriores consideraciones previas, el Tribunal ratifica la argumentación de la sentencia de primera instancia y estima acreditada la falta de capacidad de la Sra. Zaira desde principios del año 2007, y ante la disparidad de criterios expuestos al recoger las pruebas practicadas, que recuerda y ordena, haciendo uso de la facultad de la libre valoración de la prueba a que hizo mención, considera que debe prevalecer la tesis mantenida por la parte actora, destacando como decisivo el testimonio y conclusiones periciales Don. Juan Antonio , complementado por la misma prueba en relación con don Darío , y el peritaje judicial Don. Luis Alberto y del peritaje de parte Don. Marino , complementados con los indicios aludidos. Destaca la contundencia con la que se manifiesta el Dr. Juan Antonio sobre la falta de capacidad de la causante para testar, con base en el resultado del test efectuado a dicha persona en la tarde del mismo día en

que otorgó el primero de los testamentos impugnados. También se destaca que el perito y testigo Sr. Darío es importante en su actuación como testigo, porque la causante fue su paciente durante 17 años, y en la parte en que actúa como perito por la explicación de la progresión de su enfermedad. Valora, así mismo, que el Sr. Luis Alberto tiene el inconveniente de que no ha apreciado los peritajes Don. Cristobal y su equipo, por cuanto tal peritaje no se funda en los mismos, y nadie le solicitó su examen.

11. El Tribunal a continuación ofrece respuesta minuciosa y precisa sobre todas las objeciones que el recurrente de apelación planteo respecto a la valoración de la prueba:

A) Se aprecia una falta de concreción Don. Cristobal respecto a si el test practicado coincide con el que practicó el Dr. Juan Antonio .

B) Se razona la ausencia de relevancia del informe Don. Vidal en atención a su especialidad y por razones de ciencia no convincentes.

C) Se destaca lo inocuo que resulta a los efectos debatidos que no se hubiese iniciado un procedimiento de incapacitación.

D) Parte de que el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum* (STS 19 de septiembre de 1998), considerando que tal presunción ha sido desvirtuada por la prueba valorada, sin que ello sea poner en duda la honestidad y buena fe o el prestigio de dichos profesionales, explicándose los motivos por los que tales profesionales no pudiesen detectar el estado mental de la testadora. Se recoge, entre otros extremos, que el acompañante de doña Zaira , médico de profesión, no hizo referencia a los Notarios de la enfermedad vascular que padecía.

E) Se analiza que la posible manipulación sobre la testadora no ha sido objeto de controversia, si bien considera muy llamativa la actuación del demandado dificultando el contacto de la causante con los demandantes.

F) Se considera irrelevante el testimonio de un vecino que la vio sentada en un banco en el verano del 2007, aunque no habló con ella, así como el de la empleada del hogar del demandado que se toma con precaución al hallarse en causa de tacha por el vínculo de dependencia con éste.

G) El Tribunal sale al paso y motiva su decisión sobre cada una de las contradicciones entre peritos que se someten a su consideración, sobre la fiabilidad de los mismos en razón a hipotéticos intereses de parte o sobre estrategias espúreas de los actores.

12. Concluye reiterando que en caso de duda sobre la incapacidad debería darse validez al testamento pero, añadiendo, que tal situación no se produce en el supuesto enjuiciado. Considera que en supuestos de gran dificultad probatoria, como es el supuesto que nos ocupa, puede atenderse a un criterio de probabilidad cualificada, como la que resulta de la prueba pericial de Don Marino y Luis Alberto .

13. Contra meritada resolución se interpone por la representación de la parte demandada recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en los términos que se enuncian a continuación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. La parte demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , articulando al respecto dos motivos con el objeto de acreditar errores patentes en la valoración de la prueba y que son los siguientes:

A) Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia infracción de los artículos 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución .

Su planteamiento se compadece más con un escrito de formalización de recurso de apelación por cuanto nuevamente realiza una valoración propia de las pruebas practicadas con argumentos que ya empleó en relación con la sentencia de la primera instancia, poniendo el énfasis en que sólo se valora la prueba de la actora y no se motiva porque no se tiene en cuenta la de la parte demandada y porque se omite la prueba de testigos presenciales que coincidieron con la Sra. testadora en las fechas en que otorgó los testamentos impugnados.

B) Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia la infracción del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución .

Su planteamiento coincide con el anterior motivo poniendo el acento más en la naturaleza testifical de la prueba que en la pericial.

En ambos motivos plantea la existencia de errores patentes y arbitrariedad en la valoración de la prueba por no ser conforme a la lógica y sana crítica atendiendo a lo recogido en los artículos 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución .

TERCERO. Consideraciones Previas.

1. Para el adecuado análisis de ambos motivos, y teniendo en cuenta que concluyen sustancialmente en denunciar y combatir la valoración de la prueba realizada, interesa su examen conjunto conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada por esta Sala al respecto.

2. La sentencia recurrida es la dictada por la Audiencia Provincial y no la del Juzgado de Primera Instancia, por lo que el error en la valoración de la prueba ha de tener por objeto aquella y no ésta, ya que si el Tribunal colegiado motivase por remisión desde ese instante el argumento de la primera instancia pasa a ser suyo y es el que debe combatirse, con mayor motivo sí reconoce como parca la motivación, que no inexistente, y en su resolución salva tal parquedad.

3. Recordaba la Sala en su sentencia de 25 de noviembre de 2014, Rc. 2264/2012 , que:

a) En nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia y ulteriores recursos extraordinarios. El examen pleno del material fáctico objeto del proceso, y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados determinados hechos controvertidos, corresponde a los tribunales de primera instancia y de apelación . La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, pretendiendo su reinterpretación por el tribunal de casación y el replanteamiento general de la revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por esa razón, ninguno de los motivos que en relación cerrada enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la revisión de la base fáctica y la valoración de la prueba (STS 4 de septiembre de 2014, Rº. 2733/2012). Solo cabe su revisión cuando conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrir en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad.

b) Es por ello que constituye doctrina de esta Sala (SSTS de 8 de abril de 2014, RC nº 1581/2012 ; 18 de febrero de 2013, RC nº 1287 y 4 de enero de 2013, RC nº 1261/2010 entre las más recientes) que *" la restrictiva doctrina desarrollada durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien ahora dentro del ámbito del recurso extraordinario y, en esta línea, se ha venido admitiendo con carácter excepcional, la impugnación de la prueba (Sentencias de fechas 28 de noviembre de 2007 , 16 de marzo de 2007 , 29 de septiembre de 2006 , 28 de julio de 2006 , 23 de junio de 2006 , 16 de junio de 2006 , 12 de mayo de 2006 , 9 de mayo de 2005 , 29 de abril de 2005 y 8 de abril de 2005 , entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción, en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de Julio de 2000 y 15 de marzo de 2002 entre otras muchas)".*

Descendiendo a respuestas singulares viene declarando la jurisprudencia, en síntesis, lo siguiente: (STS 25 de junio de 2014; RC. nº. 3013/2012): (i) que no es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana (SSTS de 13 de noviembre de 2013, RC. n.º 2123/2011 ; 8 de octubre de 2013, RC nº 778/2011 ; 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005); (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 11 de diciembre de 2013, RC. 1853/2011 ; 14 de noviembre de 2013, RC nº 1770/2010 ; 13 de noviembre de 2013, RC n.º 2123/2011 y 15 de noviembre de 2010, RC nº 610/2007 , que cita las de 17 de diciembre de 1994, RC. n.º 1618/1992 ; 16 de mayo de 1995 , RC. n.º 696/1992 ; 31 de mayo de 1994 , RC. n.º 2840/1991 ; 22 de julio de 2003 , RC. n.º 32845/1997 ; 25 de noviembre de 2005, RC. n.º 1560/1999) pues *" el hecho de*

que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STS de 8 de julio de 2009, RC n.º 13 / 2004) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto" (SSTS de 15 de noviembre de 2010, RC. nº 610/2007 y 26 de marzo de 2012, RC nº 1185/2009).

4. La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre idénticos motivos en supuestos precisamente de nulidad de testamento, sosteniendo que las disposiciones citadas como infringidas (artículos 348 y 376 LEC) tienen en común que establecen la regla general que determina que la valoración de las distintas pruebas debe efectuarse de acuerdo con los criterios de la sana crítica. Por ello no se pueden considerar vulneradas estas disposiciones cuando el tribunal llega a unas conclusiones distintas de las de la parte recurrente, aplicando unos criterios valorativos lógicos, aunque no coincidan con las apreciaciones de la parte recurrente (SSTS 11 de diciembre de 2009, Rc. 2259/2005 ; 5 de noviembre de 2009, Rc. 1519/2005 ; 16 de marzo de 2012, Rc. 422/2009).

CUARTO. Desestimación de los motivos.

La Sala, pecando de exceso, ha llevado a cabo un extenso resumen de antecedentes para llamar precisamente la atención sobre la ordenada sistemática de la sentencia de instancia recurrida a la hora de valorar la prueba practicada, distinguiendo entre las favorables a una y otra tesis, las inócuas o dudosas o menos contundentes y, finalmente, la opción que lleva a cabo en virtud de las competencias que la ley le tiene atribuida. En dicho resumen, al que ahora se hace remisión, se aprecia la minuciosidad del Tribunal al valorar cada prueba y, en orden a la doctrina jurisprudencial reiterada a que se ha hecho mención, debe señalarse que la sentencia recurrida, de forma motivada y clara, obtiene sus conclusiones a partir de circunstancias fácticas que detalla, dotadas de racionalidad y lógica, sin atisbo de los errores patentes que se dicen cometidos.

La parte recurrente califica de ilógico el resultado probatorio consignado en la sentencia recurrida por responder a un proceso valorativo no sometido a los dictados de la lógica. Sin embargo, como se ha dicho, basta con examinar el proceso, recogido en el resumen de antecedentes, para constatar que en realidad la parte lo que hace es ofrecer unas conclusiones alternativas, contrarias a las que llega la Audiencia, a partir de su particular visión sobre el análisis de la prueba, saliendo al paso el Tribunal de cuantas objeciones hizo la parte apelante y que ahora reproduce como recurrente del recurso extraordinario de infracción procesal, cumpliendo aquella con creces el test de constitucionalidad en su proceso de valoración de la prueba.

RECURSO DE CASACIÓN. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia infracción del artículo 662 en relación con el artículo 663.3 y 666 del Código Civil .

En el planteamiento, con cita jurisprudencial (SSTS 26 de septiembre de 1988 y 27 de enero de 1998), se parte, en esencia, de la presunción de capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, en sintonía con la idea tradicional del "*favor testamenti*", para concluir que tal demostración no ha tenido lugar, insistiéndose en los argumentos ya expuestos en el recurso extraordinario de infracción procesal.

SEXTO. Desestimación del motivo.

La sentencia recurrida no infringe la doctrina de la Sala sobre la materia que, entre otras, señala la sentencia de 29 de marzo de 2004 , y que más recientemente se recoge en la de 26 de abril de 2008. 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.

Esto último es esencial en el presente caso. La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ha declarado categóricamente, y se ha detenido en resaltar la trascendencia de ello, que en la testadora concurría incapacidad para otorgar testamento en el momento en que se otorgaron, y esta declaración del estado mental, como cuestión fáctica, es inamovible en casación. Esta no es una tercera instancia (STS de 31 de mayo de 2000), no cabe hacer supuesto de la cuestión (STS de 19 de junio de 2007 y 25 de noviembre de 2014), no revisa el soporte fáctico (STS de 30 de noviembre de 2007) y su función es controlar la correcta aplicación

del derecho (STS de 10 de abril de 2003) sin alterar la *questio facti* (STS de 27 de octubre de 2005). Como se recogía recientemente (STS de 27 de octubre de 2014, Rc. 2604/2012 "*La LEC ha reforzado el carácter extraordinario del recurso de casación limitado a los aspectos sustantivos y ajeno a la revisión de la valoración de la prueba, pues deslinda los aspectos sustantivos de los procesales, y reserva el recurso de casación a comprobar la correcta aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho. Todo lo relativo a la prueba, incluyendo su valoración, constituye una cuestión procesal cuyo conocimiento se encuentra reservado al recurso extraordinario por infracción procesal*".

SÉPTIMO. Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia infracción del artículo 685 y 696 en relación con el Código Civil .

En el planteamiento se vuelve a insistir en aspectos relacionados con la valoración de la prueba pero poniendo el acento, de partida, en el juicio de capacidad llevado a cabo por los Notarios autorizantes.

La desestimación del motivo coincide con las razones recogidas para la desestimación del primero.

Como afirma la sentencia de 19 de septiembre de 1998 "*el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario...*"

Tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad.

OCTAVO. Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación con imposición a la parte recurrente de las costas del mismo, en aplicación del artículo 398 en relación con el 394, ambos de la LEC , y pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Diego , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 15 de marzo de 2013, recaída en el rollo de apelación 642/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario 72/2008 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Palma de Mallorca.

2. Imponer a la parte recurrente las costas de los recursos y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- Jose Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.- **Eduardo Baena Ruiz** .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jose Luis Calvo Cabello.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.