



Roj: **STS 936/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:936**

Id Cendoj: **28079119912018100009**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **2093/2015**

Nº de Resolución: **146/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 146/2018

Fecha de sentencia: 15/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2093/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIJÓN. SECCIÓN 7.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2093/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 146/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Saraza Jimena
D. Pedro Jose Vela Torres
D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.^a Rosalia y D. Fermín , representados por el procurador D. Antonio de Palma Villalón bajo la dirección letrada de D. Jacobo Cuesta Larré, contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015 por la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón en el recurso de apelación n.º 120/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1337/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Villaviciosa, sobre acción de impugnación de testamento. Ha sido parte recurrida D.^a María Cristina y D.^a Salome , representadas por la procuradora D.^a Gema Fernández-Blanco San Miguel y bajo la dirección letrada de José Manuel Bernardo García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Rosalia y D. Fermín , interpusieron demanda de Juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y de 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia ante los Notarios de Villaviciosa D. Luis Sergio González Delgado y D. Fernando Sánchez de Lamadrid Sicre frente a D.^a María Cristina y D.^a Salome en la que solicitaban se dictara sentencia por la que:

«1.º- Se declare la nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y de 15 de octubre de 2012 (documentos n.º 12 y 13 de esta demanda) por la fallecida D.^a Eufrasia ante los Notarios de Villaviciosa D. Luis Sergio González Delgado y D. Fernando Sánchez de Lamadrid Sicre, al no tener D.^a Eufrasia capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización y cumulativamente o alternativamente los testamentos son nulos por no haberse observado las formalidades para su otorgamiento previstas en el Código Civil o la Legislación Notarial.-

»3.º (sic).- Con expresa condena en costas a D.^a María Cristina y D.^a Salome ».

2.- La demanda fue presentada el 27 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa y fue registrada con el n.º 1337/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.^a María Cristina y D.^a Salome contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban «dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de las costas a los demandantes, al no ser procedente las declaraciones de nulidad solicitadas, por tener D.^a Eufrasia capacidad suficiente en el momento del otorgamiento».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa dictó sentencia n.º 1 de fecha 7 de enero de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda formulada por la procuradora sra. Rey Stolle, en nombre y representación de D.^a Rosalia y D. Fermín , contra D.^a María Cristina y D.^a Salome , representadas por la procuradora sra. Laviada Menéndez, debo declarar y declaro la nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia ante los Notarios de Villaviciosa D. Luis Sergio González Delgado y D. Fernando de Lamadrid Sicre, al no tener D.^a Eufrasia capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización.

»Las costas causadas en este procedimiento se imponen a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a María Cristina y D.^a Salome .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el n.º de rollo 120/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015 , cuyo fallo dispone:



«FALLAMOS: Acoger el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.^a María Cristina y D.^a Salome , contra la sentencia de 7 de enero de 2015 dictada en autos de P. Ordinario 1337/13 seguidos en el Juzgado de primera Instancia e Instrucción 1 de Villaviciosa, y en su virtud revocar la apelada y desestimar la demanda formulada por la representación de D.^a Rosalia y D. Fermín , frente a D.^a María Cristina y D.^a Salome , absolviendo a los demandados de las pretensiones en ella contenidas, con imposición a la parte demandante de las costas de instancia y sin declaración sobre las del recurso».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.^a Rosalia y D. Fermín interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , se denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia por infracción del artículo 218.2 de la LEC , por incidir la sentencia en falta de motivación, así como la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo Sala Primera, S 7-7-2001, n.º 496/2011 , rec. 1221/2010, S 8-10- 2009, n.º 623/2009, rec. 1471/2006, S 23-9-2010, n.º 558/2010, rec. 1576/2006.

»Segundo.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , se denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia por infracción del artículo 218.2 de la LEC , por incidir la sentencia en arbitraria o ilógica valoración de las pruebas practicadas, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, infringiéndose por lo tanto el art. 24.1 de la Constitución , conforme a la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo Sala Primera S 28-11-08, n.º 1069/2008 , 6-11-09, n.º 736/2009 , 9-7-12, n.º 475/2012 ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 y al amparo del artículo 477 2.3 .º y 477 3.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (no excediendo la cuantía del proceso de 600.000 € y presentando interés casacional) se denuncia que la sala sentenciadora ha incurrido en infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por inaplicación de la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 667 del Código Civil en relación con el artículo 665 del Código Civil dichos preceptos aplicables al caso, presentando interés casacional debido a la interpretación opuesta de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial existente del Tribunal Supremo.

»Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 y al amparo del artículo 477,2 3 .º y 477 3.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , (no excediendo la cuantía del proceso de 600.000 € y presentando interés casacional) se denuncia que la sala sentenciadora ha incurrido en infracción por el concepto de infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por inaplicación de la doctrina jurisprudencial existente sobre los artículos 662 , 663 , 665 , 666 y 685 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial existente sobre el artículo 665 y 666 del Código Civil , aplicable al caso por presentar interés casacional debido a la interpretación opuesta de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial existente del Tribunal Supremo».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Rosalia y D. Fermín , contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Gijón (Sección 7.ª), en el rollo de apelación n.º 120/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1337/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa.

»2.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.^a Rosalia y D. Fermín , contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Gijón (Sección 7.ª, en el rollo de apelación n.º 120/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1337/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 12 de diciembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de enero de 2018, en que se suspendió y se acordó su pase a pleno el próximo 28 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar. No intervino el magistrado D. Eduardo Baena Ruiz, por tener concedida licencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

El presente litigio versa sobre la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad pero cuando el Ministerio fiscal ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar. El segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso, tal y como han quedado acreditados en la instancia, son los siguientes:

1. - El 1 de diciembre de 1993 el Ministerio Fiscal presentó una demanda de declaración de incapacidad de D.^a Eufrasia , nacida el NUM000 de 1933.

El 29 de diciembre de 1993, D.^a Eufrasia otorgó testamento abierto en el que nombraba heredera a D.^a Salome . Tanto D.^a Salome como su padre, D. Horacio , tío de D.^a Eufrasia , asesoraban a esta última en las tareas para las que necesitaba asistencia.

El 28 de octubre de 1995 el Juzgado dictó sentencia de modificación de la capacidad de obrar en la que se declara que D.^a Eufrasia «es totalmente incapaz para la administración de sus bienes, debiendo adoptarse como régimen protector el de la curatela». La sentencia aprecia en D.^a Eufrasia «un retraso mental que si bien le permite desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacita totalmente para cuestiones de mayor complejidad, tales como la administración de sus bienes para lo cual la propia incapaz siempre delegó en otras personas».

Esta sentencia fue aclarada por auto del Juzgado de 15 de noviembre de 1995 en el sentido de que «se establece que la incapaz Sra. Eufrasia , lo es para los actos de disposición de sus bienes, y no de administración, tal y como erróneamente figura en el fallo, permaneciendo los demás pronunciamientos de la misma».

La sentencia de modificación de la capacidad de obrar fue confirmada por la Audiencia Provincial por sentencia de 17 de julio de 1996.

El 15 de octubre de 2012, D.^a Eufrasia otorgó nuevo testamento abierto en el que nombraba heredera universal a su prima D.^a Salome y legaba a D.^a María Cristina , hija de la anterior, la finca « DIRECCION000 ». Intervinieron dos facultativos que aseveraron la capacidad de D.^a Eufrasia para otorgar testamento.

D.^a Eufrasia falleció, en estado de soltera, el 29 de octubre de 2012.

2. - El 27 de mayo de 2013, D.^a Rosalía y D. Fermín , hijos de D. Jose Carlos (único hermano de D.^a Eufrasia , fallecido el 3 de marzo de 1986), interponen demanda contra D.^a Salome y D.^a María Cristina . Solicitan la declaración de nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por D.^a Eufrasia , por no tener capacidad bastante para otorgarlos o, alternativamente, por no cumplir las formalidades de los testamentos.

En apoyo de su pretensión los demandantes sostienen que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual. Respecto del segundo de los testamentos añaden que, además, tenía modificada judicialmente su capacidad cuando lo otorgó.

Las demandadas se oponen alegando que la testadora padecía una minusvalía que no le impedía hacer vida autónoma y desenvolverse en su vida privada con independencia y que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición *inter vivos* , no para otorgar testamento. Respecto del segundo testamento añaden que fue otorgado cumpliendo las previsiones del art. 665 CC , dado que el notario requirió la intervención de dos facultativos de los que la testadora era paciente.

3.- La sentencia del Juzgado estima la demanda y declara la nulidad de los testamentos otorgados ante notario en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por D.^a Eufrasia , por no tener capacidad bastante para otorgarlos.

Fundamenta la nulidad del testamento otorgado el 15 de octubre de 2012 en que para entonces ya existía una sentencia de modificación de la capacidad de obrar. Razona que en la modificación de la capacidad de obrar de D.^a Eufrasia para realizar actos de disposición de sus bienes se entiende incluida la incapacidad para poder testar, habida cuenta de que en la sentencia no se hacen distinguos entre los actos de disposición de bienes



que se puedan realizar o no, y el testamento es un acto de disposición de bienes (art. 667 CC). Añade que la naturaleza de la enfermedad que padecía la testadora no permitía la existencia de intervalos lúcidos y que los facultativos que intervinieron en el otorgamiento no realizaron reconocimiento ni prueba alguna a la testadora de manera previa al otorgamiento que revelara cuál era su estado mental en ese preciso acto de testar.

En cuanto a la pretensión de nulidad del primer testamento otorgado el 29 de diciembre de 1993, el Juzgado considera que, si bien el testamento se otorgó antes de la sentencia por la que se declaró la falta de capacidad para realizar actos dispositivos, sin embargo, la dolencia que dio lugar a dicha declaración existía ya previamente, coincidiendo el otorgamiento del testamento con el tiempo del emplazamiento para contestar a la demanda de modificación de la capacidad de obrar promovida por el Ministerio Fiscal.

La sentencia presta atención especial a un informe psiquiátrico aportado por la parte demandante y elaborado el 11 de marzo de 2013 por el Dr. Camilo , que concluyó que, a su juicio, con su capacidad intelectual, D.^a Eufrasia «no tenía capacidad médico-legal en el momento de firmar el testamento de 29/12/1993 ni en el de 15/10/2012». La sentencia resta trascendencia al hecho de que la testadora comprara en 1978 un piso porque, según dice, no se trata de un acto de disposición y además contó para el otorgamiento del contrato con el apoyo de su madre y hermano.

4. - Interpuesto recurso de apelación por D.^a Salome y D.^a María Cristina , la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia del Juzgado y desestima la demanda.

La sentencia de la Audiencia basa su decisión en las siguientes razones:

i) Tal y como entendió el notario que autorizó el testamento de 2012, ni la sentencia de modificación de la capacidad de obrar privó a la causante de la facultad de testar ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al art 665 CC .

ii) Frente al diagnóstico retrospectivo del facultativo que realizó el informe pericial que tuvo en cuenta el Juzgado, existe otro contradictorio aportado por la parte demandada y, en todo caso, para enjuiciar la capacidad de la otorgante debe partirse de la opinión profesional del notario y de las médicas que la apreciaron *in situ* , que si bien no tenían la especialidad de psiquiatría conocían a la paciente.

Dice la sentencia de la Audiencia que una de ellas era la médica de cabecera que atendió a la causante durante catorce años, que tenía acceso al historial en el que se hacía referencia al diagnóstico de discapacidad intelectual leve de la causante y declaró que, en su opinión, tenía juicio suficiente para hacer testamento aunque fuese una persona menos inteligente que la media y su actitud implicaba una voluntad coherente al decidir testar a favor de las personas vinculadas a ella. Añade la Audiencia que en la misma idea abunda el notario autorizante al indicar que la testadora no se limitó a asentir al ser leído el testamento, sino que incluyó expresamente una cláusula (legado a favor de la hija de su prima).

iii) En los informes médicos que se elaboraron para el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar se hace constar el coeficiente intelectual de D.^a Eufrasia , en torno a los sesenta dentro del nivel límite de inteligencia, con dificultades para el pensamiento abstracto, pero también su aceptable contacto con la realidad, su autonomía personal, la celebración de la compraventa de un piso que luego arrienda.

La sentencia de la Audiencia concluye lo siguiente:

«[L]o que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, que no son otras que su prima Isabel y la hija de ésta y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tenía ninguna relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ella hoy actores; voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron, por lo que dejamos sin efecto la declaración de nulidad de dicho testamento y también la del otorgado en el año 1993 que responde a la misma voluntad, de acuerdo con el propio informe de la demandada que señala que la capacidad de la finada debido a su enfermedad no experimentó cambios en el tiempo por lo que ha de deducirse que era la misma que en el año 2012, en aquella fecha, por todo lo cual se revoca la apelada y se desestima la demanda».

5.- Los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en su modalidad de interés casacional, al amparo del art. 477.1.3.º CC .

El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido por auto de 17 de octubre de 2017 por carencia manifiesta de fundamento, en atención a que la sentencia recurrida motiva las razones de su decisión y no se aprecia error notorio en la valoración de la prueba en los términos definidos por la doctrina de la sala.

**SEGUNDO.-** *Motivos del recurso de casación*

1.- El recurso de casación se funda en dos motivos.

1.º) En el primer motivo los recurrentes denuncian la infracción del art. 667 CC en relación con el art. 665 CC y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta, en cuanto el testamento es definido como un acto dispositivo.

Citan las sentencias de esta sala de 8 de julio de 1940 , 547/2009, de 28 de julio , 120/1997, de 22 de febrero , y 1302/2006 , de 19 de diciembre.

En el desarrollo del motivo alegan que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación errónea de la sentencia dictada en su día sobre la modificación de la capacidad de obrar de la testadora, pues en dicha sentencia se prohibía expresamente a D.ª Eufrasia realizar actos dispositivos, entre los que debe incluirse el testamento, que es un acto de disposición (sentencia de 8 de julio de 1940), por lo que la causante no podía otorgar testamento ni siquiera con arreglo a lo previsto en el art. 665 CC .

2.º) En el motivo segundo los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 662 , 663 , 665 , 685 CC y la doctrina jurisprudencial existente sobre los arts. 665 y 666 CC .

Alegan que la sentencia de la Audiencia declara que la testadora tenía capacidad para otorgar testamento pese a haber reconocido que padecía una discapacidad intelectual leve, con un coeficiente intelectual de sesenta y ausencia de cambios en la enfermedad.

Citan las sentencias de esta sala 848/1998, de 19 de septiembre , 479/1994, de 20 de mayo , y la de fecha 7 de octubre de 1982 .

En el desarrollo del motivo alegan que la sentencia recurrida incurrió en arbitrariedad y falta de lógica a la hora de exponer las razones que justifican la decisión de otorgar validez a los testamentos impugnados en cuanto constan en las actuaciones informes médicos que acreditan que la testadora padecía de discapacidad intelectual y que dicha enfermedad le impedía tener plenitud de conocimiento y voluntad para otorgar testamento, ya que dicha enfermedad es permanente y estable en el tiempo, sin períodos de lucidez.

2.- La parte demandada recurrida presenta escrito de oposición al recurso de casación. Invoca causas de desestimación, pero también de inadmisión, por considerar que se reiteran argumentos del recurso de infracción procesal y que no existe interés casacional, puesto que para la estimación del recurso sería preciso prescindir de los hechos que la Audiencia considera probados.

En la medida en que con ello damos respuesta a los óbices de admisibilidad formulados por la parte recurrida, analizamos en primer lugar el motivo segundo del recurso.

TERCERO.- *Motivo segundo del recurso. Desestimación*

El motivo segundo del recurso de casación denuncia, de manera acumulada, la infracción de los arts. 662 , 663 , 665 , 666 y 685 CC y se estructura en dos partes que denomina «primer desarrollo del motivo» y «segundo desarrollo del motivo» que, en realidad, es como si fueran dos motivos diferentes, por lo que se estudian de manera separada.

i) En la primera parte del segundo motivo la recurrente pretende que se haga un nuevo juicio de valoración de la capacidad, lo que en casación solo es posible con carácter excepcional en los casos en los que se aprecie una clara infracción legal.

Examinado el juicio realizado por la sentencia recurrida, esta sala no observa ninguna vulneración evidente o manifiesta en la valoración de la capacidad para otorgar testamento. La sentencia recurrida parte de que no existe pronunciamiento previo en la sentencia de incapacitación y de que corresponde al notario asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar, lo que en el caso hizo contando con el juicio favorable de dos facultativos. La sentencia recurrida valoró, además, junto a la opinión profesional del notario y de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años, otro tipo de pruebas, como lo manifestado por la testadora en el previo procedimiento de modificación de su capacidad, la realización de otros actos jurídicos antes y después de la modificación judicial de la capacidad, o la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quien confiaba.

El motivo, por tanto, se desestima.

ii) En la segunda parte del segundo motivo («segundo desarrollo del motivo») la parte recurrente denuncia infracción del art. 665 CC por considerar que la discapacidad intelectual que padecía la causante no es una enfermedad que permita intervalos de lucidez, por lo que no es aplicable el art. 665 CC . Desde este punto de vista considera que la sentencia recurrida, al admitir la validez del testamento otorgado en atención a los informes médicos y al juicio del notario, infringe el citado precepto.



Esta argumentación no puede compartirse. Aparte de que en el desarrollo de este apartado la recurrente vuelve a discutir la valoración de la prueba, hay que aclarar que la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar.

CUARTO.- La cuestión que se plantea en el motivo primero del recurso de casación versa sobre si puede otorgar testamento conforme al art. 665 CC una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición.

La parte demandante lo niega y la sentencia recurrida, por el contrario, sostiene que la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición *mortis causa*, sino que debe estarse a la opinión del notario y de los médicos que aprecien *in situ* la capacidad del otorgante.

Conviene aclarar que, por su objeto y contenido, este motivo solo se puede referir al testamento otorgado después de la modificación judicial de la capacidad de D.^a Eufrasia .

El motivo se desestima por las siguientes razones:

1.^a) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE , art. 322 CC , art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

2.^a) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

3.^a) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4.^a) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5.^a) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

6.^a) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo , 289/2008, de 26 de abril , 685/2009, de 5 de noviembre , 20/2015, de 22 de enero , 435/2015, de 10 de septiembre , 461/2016, de 7 de julio).

QUINTO.- La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial.

De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

Puesto que, en el caso, la sentencia de la Audiencia Provincial, mediante la valoración de todas las pruebas, no ha considerado probado que la testadora careciera de capacidad para testar, debe ser confirmada.



SEXTO.- La desestimación del recurso comporta que las costas del recurso de casación se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 398.1 y 394 LEC .

De conformidad con lo dispuesto en la disp. adicional 15.9 LOPJ, procede la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Rosalia y D. Fermín , contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Gijón (Sección 7.ª), en el rollo de apelación n.º 120/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1337/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso.

4.º- Imponer la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.