

Roj: **SAP BU 312/2019 - ECLI:ES:APBU:2019:312**

Id Cendoj: **09059370032019100151**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **22/03/2019**

Nº de Recurso: **498/2018**

Nº de Resolución: **148/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00148/2019**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

**Domicilio:** PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

**Teléfono:** 947259950 **Fax:** 947259952

**N.I.G.:** 09219 41 1 2017 0001364

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000498 /2018**

Juzgado procedencia : JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de DIRECCION000

Procedimiento de origen : ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000453 /2017

RECURRENTE: Carla

Procurador: FRANCISCO JAVIER VILLAMOR CANTERA

Abogado: ELOY YAÑEZ BARAJA

RECURRIDA: Catalina

Procuradora: MARIA NIEVES LOPEZ TORRE

Abogado: JAVIER MARTINEZ VILLAR

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **Dª MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente,

**SENTENCIA Nº 148.**

En Burgos, a veintidós de marzo de dos mil diecinueve.

**VISTOS**, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 498 de 2.018, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 453/17, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 (Burgos), el Recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2.018, sobre nulidad de testamento, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelante, Dª Carla (actúa en representación del menor Adolfo), representada por el Procurador D. Francisco Javier Villamor Cantera y defendida por el Letrado D. Eloy Yáñez Baraja; y, como demandada-apelada, **Dª Catalina**, representada por la Procuradora Dª Nieves López Torre y defendida por el Letrado D. Javier Martínez Villar; siendo también parte

el **MINISTERIO FISCAL** . En el presente recurso ha actuado en calidad de Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO, que expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Javier Villamor Cantera en nombre y representación de Doña Carla contra Catalina no debo declarar y no declaro la nulidad por falta de capacidad del testador Don Artemio , del testamento de fecha 25 de abril de 2016 otorgado ante el Notario de DIRECCION000 Don José María Moreno Martínez con el nº 366 de su protocolo. Con expresa imposición de las costas a la parte actora".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la demandante se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 21 de febrero de 2.019, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Por la representación procesal de la demandante, quien acciona en su condición de madre y representante legal su hijo menor Adolfo , se formuló demanda promoviendo juicio ordinario contra la demandada solicitando que se declare la nulidad del testamento abierto otorgado por don Artemio en fecha 25-04-2016, días antes de fallecer el 29 del mismo mes, por cual se instituía heredera a la demandada, nulidad que funda en el hecho carecer el testador de capacidad para otorgarlo, dado que no estaba en su sano juicio por padecer encefalopatía hepática que limitaba sus facultades mentales, y ello con la consecuencia que el testamento otorgado por el susodicho en fecha 07-11-2013 por el que instituía heredero al hijo menor de la actora recobra su vigencia. La demandada, que por ser menor de edad es representada por su madre, se opuso a la demanda defendiendo la validez del testamento otorgado señalando que cuando el mismo fue otorgado en la mañana del día 25 de abril el testador estaba lucido y plenamente consciente, sin haber sufrido merma de su capacidad de raciocinio, que sólo los dos días anteriores a su muerte el susodicho perdió su capacidad por estar sedado y haber alcanzado la encefalopatía que padecía un grado III - IV, mientras que antes del día 26 de abril tal enfermedad sólo alcanzó un grado I- II que no mermaba su capacidad mental. La sentencia de instancia desestimó la demanda, con imposición de costas a la demandante, por estimar que no se ha probado que en el momento de otorgar testamento el testador no estuviese en su sano juicio, y en concreto que la encefalopatía que padecía hubiese alcanzado el grado III o IV que le incapacitase. Y contra tal sentencia se alza la demandante interponiendo recurso de apelación y solicitando la revocación de la sentencia dictada a fin de que se dicte otra que estime la demanda con costas para la demandada, esgrimiendo como principal motivo del recurso el error en la apreciación de la prueba, alegando que la prueba practicada y en especial la pericial médica si acreditan que el testador cuando otorgó el testamento no estaba en condiciones mentales para hacerlo. La demandada se opone al recurso y solicita su desestimación, con confirmación de la sentencia dictada e imposición de costas a la actora recurrente.

**Segundo.-** Para resolver el presente recurso de apelación es preciso considerar como antecedentes necesarios, que don Artemio , nacido en noviembre de 1959, había otorgado testamento notarial el 07-11-2013 en que tras declarar que su padre había muerto, que estaba soltero no tenía descendientes, instituida herederos, en una mitad indivisa de la herencia a su madre doña Ariadna , sustituida para los casos de premoriencia o incapacidad por los otros herederos, y en la otra mitad de la herencia y por partes iguales a los amigos del testador don Adolfo y don Jose Ignacio estableciendo para los casos de premoriencia o incapacidad el derecho de acrecer entre ellos. El día 22-03-2016 falleció la madre de don Artemio , y el día 25-04-2016 otorgó testamento abierto por el que revocaba el anterior e instituía heredera universal a su sobrina Catalina , aquí demandada, quien será sustituida para los casos de premoriencia o incapacidad por sus respectivos descendientes.

Artemio falleció el día 25-04-2016, cuatro días después de haber otorgado testamento, estando ingresado en el Hospital de DIRECCION001 de DIRECCION000 (Burgos) desde hacía 51 días, con el siguiente cuadro clínico, cirrosis hepática en estadio C de Child, descompensación hidrópica, insuficiencia renal funcional, y encefalopatía hepática de grado III-IV.

Con relación a la encefalopatía hepática, que es la enfermedad que según la parte actora determinaba la incapacidad del testador, hemos de señalar, en lo que aquí interesa, que la misma se presentaba como una complicación de la cirrosis hepática que el Artemio padecía por alcoholismo, siendo la encefalopatía una enfermedad que afecta de distinto grado al cerebro y puede conllevar la pérdida de la conciencia del paciente, y merma de sus facultades mentales de raciocinio, si bien ello depende del grado de la enfermedad, distinguiéndose cuatro grados, I, II, III y IV, de tal forma que en los dos primeros grados el I-II la enfermedad actúa como una especie de estado febril que no afecta a la conciencia y facultad de raciocinio, en los grados III y IV tales facultades mentales si se ven afectadas de forma grave. Por otra parte, la enfermedad es fluctuante de tal forma que a periodos de afectación más o menos severa, pueden suceder periodos de lucidez. Está admitido por ambas partes a que a partir del día 26 de abril la encefalopatía pasó a grado III-IV y el paciente tuvo que ser sedado, perdiendo la conciencia, para fallecer en la madrugada del día 29 de abril.

Como consideraciones jurídicas hemos de señalar que el art. 663-2º del Código Civil dispone que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, disponiendo que el art. 664 del CC que el testamento hecho antes de la enajenación mental será válido. Por su parte, la jurisprudencia interpreta la expresión cabal juicio como equivalente a no estar privado de las facultades mentales cognoscitivas y volitivas que permiten a quien testa ser plenamente consciente del acto que realiza y su contenido, y su vez tener intención de realizarlo, siendo la determinación de si el testador está en su cabal juicio para testar una cuestión fáctica que debe ser objeto de valoración judicial conforme con la prueba practicada. Por otra parte, la capacidad para testar debe ir referida al mismo momento en que se otorga el testamento, con independencia que antes o después el testador no esté en cabal juicio para testar. Asimismo, es preciso señalar que la capacidad para testar debe presumirse salvo que el testador esté incapacitado por sentencia judicial, siendo por ello la parte actora quien tiene que destruir tal presunción probando que el testador no estaba en su cabal juicio cuando otorgó testamento por sufrir una merma relevante a tales efectos de sus facultades mentales, de tal forma que la duda sobre tal circunstancia debe favorecer a la parte demandada, en el sentido que ante la duda sobre la capacidad del testador cuando otorgó el testamento se debe concluir que este si era capaz para otorgarlo. Por lo demás, nos remitimos a la argumentación jurídica que en tal sentido se contiene en la sentencia de instancia, que asumimos y hacemos nuestra para evitar reiteraciones, dado que en esta litis no existe una discusión jurídica propiamente dicha.

Lo que se discute en este juicio, tanto en la primera instancia como en esta alzada, es una cuestión de orden fáctico, que no es otra que determinar si cuando don Artemio otorgó testamento abierto, cosa que hizo sobre las 11,45 horas de la mañana del día 25-04-2016, el mismo estaba en su cabal juicio para otorgarlo, en concreto si estaba consciente y con las facultades mentales precisas para realizar dicho acto, que ciertamente es un acto complejo que requiere cierta reflexión y capacidad cognoscitiva y volitiva para otorgarlo, o si por el contrario no carecía de tal capacidad, y ello por estar afectadas de forma grave sus facultades mentales y conciencia por la encefalopatía hepática que padecía como complicación de la cirrosis hepática que sufría, afectación que como se ha reconocido si tendría lugar de alcanzar la encefalopatía el grado III-IV.

Siendo el recurso de apelación un recurso ordinario de pleno conocimiento, al contrario de lo que ocurre en el recurso extraordinario de casación, el tribunal ad quo o superior está facultado para revisar la prueba practicada en la primera instancia y haciendo uso de sus facultades de valorar la prueba llevar a conclusiones distintas del juez ad quo o inferior, y ello sin necesidad de considerar que la valoración de la prueba del juez de instancia es manifiestamente errónea o arbitraria, basta con que el tribunal superior en uso de sus facultades de revisar y valorar la prueba practicada llegue a conclusiones distintas del juez de instancia, y motive las razones de su discrepancia y la valoración distinta de la prueba, para que pueda estimar un recurso de apelación por error en la valoración de la prueba y dictar una sentencia revocatoria a fin de dictar otra en sentido contrario a la dictada en la primera instancia.

Por todo ello, en el siguiente fundamento jurídico valoraremos la prueba practicada en el juicio que tiene relevancia a los efectos que nos ocupa, en concreto la testifical de las personas que tuvieron relación con el testador cuando estuvo hospitalizado, la testifical de la médico internista que le asistió y trató durante su estancia hospitalaria, de gran importancia dada su condición de testigo perito, la documental consistente en la historia clínica elaborada por tal médico, y la pericial médica de los dos peritos de psiquiatría, si bien con la consideración que ninguno de ellos pudo ver y examinar al paciente, y que su pericial se ha emitido sobre la base de la historia clínica de la médico que atendió al testador en su estancia hospitalaria.

**Tercero.**- Sentadas las anteriores consideraciones que deben de servir de base a nuestra resolución, antes de proceder al examen de los distintos medios de prueba practicados, hemos de comenzar diciendo que estamos ante un testamento notarial abierto, es decir otorgado ante el Notario que acudió al hospital donde estaba ingresado el testador para autorizar el testamento, Notario que dio fe que a su juicio el testador estaba en pleno uso de capacidad para otorgar testamento. Ciertamente el notario no es un perito con facultades para apreciar la salud o capacidad mental de quien otorga el testamento, y el juicio del notario sobre la capacidad del testador puede ser contradicho en juicio. Ahora bien, si el testamento impugnado fuese un testamento ológrafo otorgado por quien está ingresado en un hospital y sufre encefalopatía hepática días antes de fallecer, sin duda estaríamos ante un testamento sospechoso, pero es el caso que el testamento fue otorgado ante un Notario que considera que el testador es capaz, por lo cual la presunción de capacidad de que goza toda persona que otorga testamento y no está judicialmente incapacitado para ello por sentencia, es una presunción que en este caso queda reforzada, pues no debe haber duda que si el Notario autorizante hubiera observado síntomas que indicasen que el testador no estaba en el pleno uso de sus facultades mentales y por ello en su cabal juicio, no hubiera autorizado el testamento, o en su caso hubiera requerido el dictamen de un facultativo especialista a fin de determinar su capacidad, y si no lo hizo es porque tal Notario no tenía duda alguna sobre la capacidad del testador para otorgar el testamento. Por desgracia no se ha llamado como testigo al Notario que autorizó el testamento, a fin de que declarase sobre sus impresiones sobre el testador y en que se fundó para establecer que era capaz para otorgar testamento. Ahora bien, debe presumirse que el Notario, cumpliendo las obligaciones propias de su función de fedatario público, y por elemental sentido de prudencia realizaría elementales comprobaciones para establecer el testador estaba consciente y lúcido, y con facultades de raciocinio para realizar el acto de otorgar testamento, y a tan efecto sin duda mantuvo una conversación previa con el testador, en la que fácilmente, por lo menos a nivel de apariencia y desde la óptica de un observador no especialista en salud mental, se puede constatar si una persona está o no está cuerda, es decir si está en su sano juicio, y sin duda si autorizó el testamento, es porque consideró que no existía motivo alguno para considerar que el testador no estaba en situación de capacidad para otorgar testamento. Ningún notario mínimamente prudente autoriza un testamento, máxime si el que lo otorga es una persona enferma hospitalizada, sin tener la seguridad, al menos como persona no especialista, que el testador está en un estado de consciencia, lucidez y en uso de las facultades mentales de raciocinio que son precisas para ser consciente del acto que se realiza y de su contenido, a su vez tener la voluntad de realizarlo. En definitiva, el otorgamiento del testamento ante un Notario debe ser considerado como una prueba que refuerza la presunción de capacidad del testador, y que por ello debe llevarnos a una mayor exigencia en la prueba por la cual se trata de destruir tal presunción.

La prueba testifical está integrada por el testimonio de las tres personas que tuvieron una relación intensa con el testador durante los 51 días que estuvo ingresado en el Hospital DIRECCION001 de DIRECCION000, en concreto, su cuñada y madre de la demandada a quien se instituyó heredera universal, la sobrina del compañero de habitación del testador, y la persona que atendía al testador y a su madre y que acudía al hospital por la noche y el mediodía para cuidar al testador. Ciertamente la cuñada del testador y madre de la demandada es persona con interés en el juicio y está incurso en tacha no siendo testigo imparcial - lo cual no priva de validez a su testimonio ni impide considerarlo, máxime cuando como veremos es coincidente con otros testigos - pero las otras dos testigos si deben ser consideradas testigos imparciales, pues no consta su relación con la demandada o su madre - la sobrina del compañero de habitación dijo que había sido compañera de colegio pero que desde entonces no habían perdido toda relación, y la asistente afirmó haber recibido dos joyas de la madre del testador que se las dio la cuñada de éste en agradecimiento de los servicios prestados, pero ello no las convierte en testigos sospechosas o no imparciales. Las tres testigos declararon que durante la estancia hospitalaria del testador éste estuvo lucido, consciente y orientado, y que mantenía conversaciones normales, que tal lucidez también la tuvo el lunes en cuya mañana otorgó el testamento, y que sólo la perdió los dos días antes de su muerte, cuando tuvo que ser sedado. Al igual que el Notario autorizante del testamento, ninguna de las tres testigos tiene conocimientos médicos ni de salud mental, y sus consideraciones son las propias de una persona ordinaria que juzgada desde la apariencia, pero ello no priva de valor probatorio a su testimonio, pues del mismo se desprende que a los ojos de observador no especialista el testador aparentaba ser una persona lucida, consciente y dotada de raciocinio.

Especial relevancia lo dicho por las testigos, en orden a que Artemio las manifestó su intención de otorgar testamento una vez que a finales de marzo falleció su madre, y que en concreto el viernes o sábado antes de otorgar testamento el lunes 25 de abril, la sobrina de su compañero de habitación redactó un testamento según lo expresado por el susodicho que ratificó el mismo, si bien al ser advertida por un pariente con conocimientos jurídicos de que tal testamento no tenía validez, se decidió avisar al notario. Por otra parte resulta lógico que fallecida la madre del testador, este tuviese intención de otorgar nuevo testamento, máxime cuando sin duda tenía que ser sabedor o cuando menos sospechar sobre su grave estado de salud y el peligro de fallecimiento próximo, y que tal testamento lo otorgase a favor de su única sobrina a quien instituyó heredera universal, y si bien es cierto que en el 2013 había otorgado testamento a favor de amigos, entre ellos el hijo de la demandante,

sin duda movido por la frialdad de las relaciones o, en su caso, enfrentamiento con la familia de su hermano, el hecho que su cuñada le visitase asiduamente en su enfermedad y hospitalización es in indicio que había existido una reconciliación.

Máxima importancia y valor probatorio tiene en este caso el testimonio de la médico internista que atendió al testador durante su estancia hospitalaria - también le había atendido con anterioridad - y como tal elaboró el historial clínico del mismo, médico que tiene la condición de testigo perito, pues pese a no ser especialista en psiquiatría o salud mental, si debe considerarse como con los suficientes conocimientos como para dictaminar sobre los síntomas del paciente, y diagnosticar la enfermedad que padecía, la encefalopatía, y determinar el grado de incidencia de tal enfermedad. En concreto tal testigo perito, declaró que Artemio padecía encefalopatía hepática por la cual estaba ingresado y tratado en el hospital, siendo la misma una complicación de la cirrosis alcohólica que sufría. Señaló la citada facultativa que tal enfermedad, la encefalopatía hepática, sólo alcanzó el grado III-IV en los dos días antes del fallecimiento del paciente, en concreto a partir del día 26 de abril, lo que determinó que fuese sedado y perdiese la consciencia. Pero en el periodo previo de hospitalización, el anterior al 26 de abril, el grado de la encefalopatía era de I-II, y el paciente estaba lucido y consciente, habiendo existido solo dos episodios de pérdida de lucidez relativa que luego fue recuperada. También señaló el testigo perito que el lunes 25 de abril pasó consulta y visitó a Artemio, como hacía todos los días laborables, no recuerda la hora en que lo hizo, pero de ordinario suele ser sobre las 13 horas o más tarde, y que ese día el paciente estaba lucido y consciente, sin presentar síntomas de encefalopatía en grado III y IV. A juicio de la citada testigo el paciente si estaba en condiciones mentales de otorgar testamento el día 25 de abril.

Especial relevancia probatoria tiene la historia clínica del testador, elaborada por la citada médico, aportada como prueba documental y en la que es preciso hacer referencia a las anotaciones de los días previos a la muerte del testador: - 20-04-16 (miércoles) "está en encefalopatía hepática grado I-II, agitación nocturna, muy mal estado general, informe a la familia del mal pronóstico, retiro diuréticos, dada la situación general, a pesar de la encefalopatía doy orfidal más haloperidol a la noche"; -21-04-16 (jueves) "estable, más despierto, pero fatal, urea 61"; - 22-04-16 (viernes) "franca mejoría respecto ayer, no encefalopatía, ha comido no otras incidencias clínicas" - el sábado 23 y el domingo 24 no se pasa consulta, y no consta que surgiesen incidencias por las que se tuviese que avisar al personal de urgencias:- 25-04-16 (lunes)" sin cambios respecto a otros días, salvo más tendencia al sueño, buena diuresis, francamente encefalopático" (debe destacarse que la consulta que generó tal nota probablemente se realizó sobre las 13 horas o más tarde, es decir después de haber otorgado el paciente testamento a las 11,45 horas;- 26-04-16 (martes) "en situación terminal, encefalopatía grado III. IV, propongo sedación, la familia acepta" - el 29-04-2016 (viernes) el paciente fallece sobre las seis de la mañana.

Hemos de señalar que las notas referidas del historial clínico no son lo precisas que sería de desear, pues contienen ambigüedades, incluso ciertas contradicciones y recogen términos carentes de precisión clínica. No obstante, de las mismas no se deriva que el paciente estuviese en situación de encefalopatía de grado III- IV, con pérdida de conciencia y lucidez que le incapacitase para otorgar testamento. Como hemos visto, en la nota del miércoles 20 se señala que está en encefalopatía grado I-II con muy mal estado general y más pronóstico, refiriéndose esto último a la gravedad de la enfermedad en su conjunto y a la previsión de un desenlace fatal, que se produjo una semana después, y en la nota del jueves 21 se señala que su estado es estable, significando con ello que no ha empeorado con respecto al día anterior, pero que está fatal, expresión carente de precisión médica pero que indica que el estado general es tal grave como el día anterior; en la nota del viernes 22 se afirma que se aprecia franca mejoría, es decir relevante, y no se constatan síntomas de la encefalopatía de los días anteriores, que ya hemos dicho era de grado I-II que no determina la pérdida de conciencia o lucidez sino una especie de estado febril de aletargamiento. Durante los dos días del fin de semana, 23 y 24 no se pasa consulta y no consta incidencia que supusiera un agravamiento. La nota del lunes 25, la más importante pues en tal día se otorga el testamento, habiéndose realizado la consulta después de tal otorgamiento, es en cierto modo contradictoria, pues por una parte se nos dice que sin cambios respecto a otros días, y ya hemos dicho que el viernes 22 no presentaba síntomas de encefalopatía, y el miércoles 20 y jueves 21 los que presentaba eran propios de encefalopatía en grado I-II, pero por otra parte se afirma que el paciente está "francamente encefalopático" sin precisar nada al respecto sobre el grado de la encefalopatía; finalmente el martes 26 se aprecia un estado terminal con encefalopatía de grado III -IV y se aconseja la sedación, lo cual indica que la situación del paciente empeoró gravemente respecto al día anterior. No obstante si bien en la nota del lunes 26 se afirma que el paciente está "francamente encefalopático", con la contradicción señalada, la médica que elaboró la hoja clínica y es por tanto la autora de dicha nota, dijo en la consulta de dicho día el paciente estaba consciente y lúcido y que a su juicio estaba en condiciones de otorgar testamento, y que los síntomas de la encefalopatía en grado III - IV sólo se apreciaron el día 26-04-2016. La historia clínica en conclusión no nos permite concluir, al menos de forma rotunda que el testador no se encontrase en su sano juicio cuando otorgó testamento el día 25-04-2016 por la mañana, si bien hay que reconocer que tal historial contiene datos que

introducen elementos de duda sobre tal particular, dado que la nota del día 25 afirma que está "francamente encefalopático" y el día 26 se detectan claros síntomas de encefalopatía en grado III-IV.

Por último, contamos con dos informes médico-periciales emitidos por sendos especialistas en psiquiatría, uno presentado por demandante y otro por la demandada, y ambos ratificados en la vista del juicio en la que los peritos contestaron las preguntas realizadas sobre los informes emitidos. Tales periciales tienen un valor probatorio relativo por el hecho que ninguno de los dos peritos pudo ver explorar al paciente, y sus pericias se han elaborado sobre la base de la historia clínica, a la cual nos hemos referido señalando sus deficiencias, así como sobre consideraciones teóricas sobre la enfermedad de encefalopatía, de la que en lo que aquí interesa hemos hecho una breve y sencilla referencia.

El perito de la demandada, emitido por un psiquiatra especialista en psicoanálisis - especialidad irrelevante para el tema que nos ocupa - y sin experiencia clínica en hospitales y enfermos terminales, concluye que del examen de la historia clínica no cabe concluir que cuando se otorgó el testamento en la mañana del día 25 de abril, el testador hubiese perdido la consciencia o la lucidez necesaria para otorgarlo por estar en encefalopatía en grado III-IV, situación en la que se encontró a partir del día 26 de dicho mes. La parte apelante ha señalado que en tal informe se señala que el paciente ya estaba en situación de encefalopatía grave el citado día 25 o por lo menos en la tarde del mismo, pero ello no es cierto, pues con base a la nota del mentado día 25 el perito concluye que al menos durante la mañana de tal día, antes de la consulta que dio lugar a tal nota, la situación de encefalopatía no había alcanzado el grado III-IV. Obviamente no sabemos si fue en la tarde del día 25 o durante la madrugada y mañana del día 26 cuando la situación empeoró hasta derivar en encefalopatía en grado III-IV, pues desde la consulta es diaria a última hora de la mañana.

El perito de la parte actora, que es un psiquiatra con amplia experiencia hospitalaria en enfermos terminales, llegó a una conclusión diversa a la del anterior negando que el paciente estuviese en condiciones de testar el día 25 dado la gravedad de la encefalopatía que padecía. Los argumentos esgrimidos por tal perito en respaldo de tal conclusión no son desechables. En tal sentido afirma que en las notas de la semana anterior al fallecimiento se constata un estado de gran gravedad con pronóstico de desenlace fatal, que el mismo lunes 25 la médica que le atiende hace constar en la historial clínico que está "francamente encefalopático" y el día siguiente se aprecian síntomas evidentes de encefalopatía en grado III-IV que aconsejan la sedación del paciente, que ya está en estado terminal. En el plano teórico, señala con argumentos convincentes, que los diferentes grados de la encefalopatía son de difícil diagnóstico, sobre todo para un no especialista en psiquiatría, que un paciente afectado por la misma puede mantener conversaciones en apariencia normales pero que si se profundiza y se prolonga en el tiempo se puede constatar la afectación por una persona especialista, que incluso el grado II la consciencia se ve afectada, que la enfermedad evoluciona progresivamente, y que cuando tiene una afectación relevante impide al paciente realizar actos complejos, como lo es otorgar un testamento. Ahora bien, ya hemos referido el modo en que el médico internista que atendió al testador aclaró las notas del historial clínico y expresó sus conclusiones al respecto, divergentes de las del citado perito, y obviamente el mentado médico pese a no ser especialista en psiquiatría, si tuvo la oportunidad de ver y examinar al paciente y constatar que hasta el día 26 no perdió la consciencia y lucidez ni incurrió en encefalopatía de grado III-IV. Pero incluso, si examinamos con detenimiento la declaración del perito de la actora, podemos ver como sus conclusiones no son rotundas o definitivas, pues lo que viene a afirmar, y así lo dijo, es que la situación del paciente el día 25 era dudosa y que lo correcto hubiera sido haber recabado la opinión de un especialista psiquiátrico que dictaminase sobre la salud mental del paciente y su capacidad para otorgar testamento.

El examen del conjunto de la prueba no permite extraer conclusiones concluyentes y definitivas y el caso se nos presenta, cuanto menos, como dudoso en orden de valorar la capacidad del testador el día en que otorgó testamento. Tiene razón el perito de la actora que la situación mental del paciente el día en que se otorgó el testamento era dudosa, y que lo correcto hubiera sido recabar el dictamen de un especialista, pues una simple conversación superficial no es suficiente para apreciar la incidencia de la encefalopatía en la lucidez del paciente, y de lege ferenda sería conveniente que tal tipo de dictamen se exigiese antes de autorizar el testamento de personas que por ser enfermos terminales o personas de avanzada edad y posibilidades de sufrir demencia senil, tienen una capacidad cuanto menos dudosa.

Ahora bien, por desgracia tal dictamen ni es exigido por la Ley ni se recabó por el Notario autorizante, y ello sin duda se debió a que tal fedatario no percibió síntoma alguno que le llevase a dudar de la capacidad del testador, a quien sin duda vio como persona consciente, lucida y con raciocinio para realizar tal acto jurídico, lo cual refuerza la presunción de capacidad. A ello hemos de sumar que las personas que se relacionaron con el testador durante su estancia en el hospital testificaron que a su juicio - sin duda el de personas profanas - don Artemio mantuvo su lucidez hasta el día 26 de abril y estaba capacitado para otorgar testamento, habiendo manifestado a los mismos su intención de hacerlo a favor de su sobrina una vez que en marzo falleció su madre. Y muy especialmente hemos de considerar el testimonio del médico internista que atendió al paciente,

quien confirma la anterior conclusión y considera que el paciente si estaba capacitado para otorgar testamento, testimonio que corrobora la historia clínica en la que sólo el día 26 se aprecian síntomas de encefalopatía en grado III-IV que aconsejan la sedación. Tiene razón la parte demandante al decir que las personas con una enfermedad terminal son especialmente vulnerables e influenciables por las personas de su entorno, pero esa consideración no puede llevarnos a privar de la capacidad de testar a un enfermo terminal, pues de igual modo se debería de privar de tal capacidad a una persona de edad avanzada que también se encuentra en una situación de vulnerabilidad en la que es fácilmente influenciable por las personas y parientes cercanos al mismo, y lo relevante es que el testador esté en su sano juicio para testar y no la posible situación de vulnerabilidad.

Sentado todo lo anterior, y considerando el principio jurisprudencial que señala que debe presumirse la capacidad de quien testa, y en este caso tal presunción queda reforzada por la intervención del Notario autorizante, hemos de concluir que no se ha destruido tal presunción, pues no se ha probado que cuando en la mañana del día 25 de abril don Artemio otorgó testamento estuviese privado de su sano juicio por haber perdido de forma relevante su consciencia, lucidez y capacidad de raciocinio que le impidiese testar. En todo caso las dudas sobre el caso deben de favorecer a la parte demandada, pues es la parte actora quien tiene carga de probar la falta de capacidad, que como hemos dicho se presume, y las reglas de la carga de la prueba en definitiva nos dicen la conclusión que en el orden probatorio deben tener los hechos dudosos o no probados de forma concluyente, por lo que si la falta de capacidad no se ha probado de forma concluyente debe prevalecer la presunción de capacidad.

**Cuarto.-** Lo arriba expuesto nos lleva a confirmar la sentencia, salvo en un punto, cual es la imposición de las costas procesales a la parte actora, pues las dudas de hecho que hemos expresado nos llevan a aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo que contempla el art. 394-2 de la LEC para el caso de apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho, debiendo considerarse que la demanda está fundada en un dictamen pericial razonable por lo demás basado en la historia clínica del paciente -de la que ya hemos dicho adolece de deficiencias y contradicciones respecto del tema que nos ocupa-, y también debe considerarse que la demanda formula una madre en representación de su hijo menor de edad y que está obligada a defender los intereses del mismo, en este caso su interés en anular un testamento que revocaba otro anterior que le instituía heredero.

A su vez la revocación de la sentencia en el pronunciamiento de costas conlleva la no imposición de las mismas en esta alzada ( art. 398-2 de la LEC ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S. M. el Rey de España, administrando la justicia que emana del pueblo español y ejercitando la potestad jurisdiccional que la Constitución y las leyes confiere a este tribunal

## FALLAMOS

**Desestimar, con la salvedad que se dirá, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DOÑA Carla , quien acciona como madre y legal representante de su hijo menor de edad Adolfo , contra la Sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2016, en Autos del Juicio Ordinario núm. 453/17, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de DIRECCION000 (Burgos) promovido por tal representación contra la menor Catalina y, en su consecuencia, confirmar tal Sentencia en todos sus pronunciamientos, salvo en el relativo a la imposición de las costas procesales de primera instancia, que se revoca para acordar en su lugar no imponer las costas generadas en tal instancia a ninguna de las partes litigantes por serias dudas de hecho; todo ello, sin imposición de las costas procesales generadas en esta alzada por el recurso de apelación.**

La desestimación del recurso de apelación conlleva la pérdida por la apelante del depósito para recurrir previsto en la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J .

**Notifíquese esta Sentencia a las partes con la advertencia que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación y, en su caso, extraordinario por infracción procesal dentro del plazo de veinte días desde su notificación mediante escrito motivado a presentar en este tribunal y para su conocimiento y resolución por la Sala Civil del Tribunal Supremo.**

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, **no** notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.