

Id Cendoj: 28079110012009100775
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2259/2005
 Nº de Resolución: 789/2009
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ACCIÓN DE NULIDAD DEL TESTAMENTO x
- x LECTURA (TESTAMENTO ABIERTO) x
- x VALORACIÓN DE LA PRUEBA x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x TESTADOR CIEGO x

Resumen:

Testamento. Nulidad. Inexistencia de infracciones o defectos procesales. Intento de revisar la prueba. Supuesto de la cuestión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, por Dª Marí Jose , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Teresa Uceda Blasco, contra la Sentencia dictada, el día 22 de junio de 2005, en el rollo de apelación nº 844/2003, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, en el procedimiento ordinario nº 286/2000. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Teresa Uceda Blasco, en nombre y representación de Dª Marí Jose , en calidad de recurrente, la Procuradora Dª Pilar Huerta Camarero, en nombre y representación de Dª Margarita , en calidad de recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario sobre acción declarativa de nulidad de testamento abierto Dª Marí Jose , contra Dª. Margarita y D. Alexis . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...5.- Al dictar sentencia se estime íntegramente la demanda, declarando nulo el testamento abierto otorgado por Don Octavio ante el Notario de Madrid Don José Manuel Hernández Antolín el día 9 de octubre de 2001 con número 6194 de protocolo, y como consecuencia de ello se declare válido y eficaz el testamento otorgado por Don Octavio el día 29 de julio de 1985 ante el notario de Madrid Don Francisco Javier López Contreras con número 1717 de protocolo en el cual el finado instituye herederos, por partes iguales, a sus dos hijas Marí Jose y Margarita

6.- *Con expresa imposición de costas a los demandados*".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de Dª. Margarita los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia desestimando la demanda interpuesta por la actora".

La representación de D. Alexis , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "... dictar sentencia por la que se estimen las excepciones

procesales y material interpuestas, y se desestimen los pedimentos de contrario, declarando válido a todos los efectos el testamento abierto otorgado por D. Octavio ante el Notario de Madrid, D. José Manuel Hernández Antolín, el día 9 de octubre de 2001, con el nº 6194 de protocolo. Con expresa imposición de costas a la parte demandante".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Audiencia Previa, la que se celebró en el día y hora señalados, proponiéndose los medios de prueba por las partes, que se declararon pertinentes y se citó a las partes a juicio. Celebrado el mismo y practicadas las pruebas, con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 8 de julio de 2003 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando la demanda presentada por el Procurador Dª Mª TERESA UCEDA BLASCO en nombre y representación de Dña. Marí Jose contra Dña. Margarita y D. Alexis debo declarar y declaro la nulidad del testamento otorgado con fecha 9 de octubre de 2001 por D. Eulalio ante el Notario de Madrid D. José Manuel Hernández Antolín, con nº de protocolo 6.194, cobrando toda su eficacia y validez el testamento abierto otorgado con fecha 29 de julio de 1985 por D. Eulalio ante el Notario de Madrid D. Francisco Javier López Contreras, con nº de protocolo 1717.*

Cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación Dª Margarita . Sustanciada la apelación, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 22 de junio de 2005 , con el siguiente fallo: *"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Huerta Camarero, en representación de DOÑA Margarita , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, en fecha 8 de julio de 2003 , en el proceso ordinario de referencia, desestimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Uceda Blasco, en la representación acreditada de DOÑA Marí Jose , contra la citada DOÑA Margarita y DON Alexis , en solicitud de la declaración de nulidad del testamento otorgado por Don Eulalio , el 9 de Octubre de 2001, ante el Notario de Madrid Don José Manuel Hernández Antolín, bajo el número 6194, y declarando la validez del testamento abierto otorgado el 29 de Julio de 1985, por referido causante, ante el Notario de Madrid Don Francisco Javier López Contreras, bajo el número 1717 de su protocolo, debemos declarar y declaramos no haber lugar la nulidad interesada, manteniendo la validez del testamento cuestionado, todo ello sin hacer expresa condena en cuanto a las costas causadas en ambas instancias".*

TERCERO. Anunciado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por Dª Marí Jose , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora de los Tribunales Dª María Teresa Uceda Blasco los interpuso ante la Sala, articulándolos de la siguiente manera:

El Recurso Extraordinario por Infracción Procesal se articuló en base a los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del artículo 326.1 de la LEC .

Segundo.- Infracción de los artículos 348 y 335, respectivamente de la LEC .

Tercero.- Infracción del artículo 376 de la LEC .

Cuarto.- Vulneración del artículo 218 de la LEC .

Quinto.- Infracción del artículo 386 de la LEC .

Sexto.- Infracción del artículo 217 de la LEC .

Séptimo.- Infracción del artículo 281.3 de la LEC .

Octavo.- Infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

El Recurso de Casación se artículo en base a los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por aplicación indebida del artículo 666 del Código Civil .

Segundo.- Infracción por aplicación indebida del artículo 697. 2º del Código Civil .

Tercero.- Infracción por aplicación indebida del *artículo 687 del Código Civil* , en relación con el *artículo 738 del Código Civil* .

Cuarto.- Infracción por interpretación y aplicación errónea de la jurisprudencia que cita la sentencia de Apelación acerca del *artículo 687 del Código Civil* .

Por resolución de fecha 26 de octubre de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a las Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora de los Tribunales D^a Teresa Uceda Blasco en nombre y representación de D^a Marí Jose , en concepto de recurrente. Asimismo se personó la Procuradora de los Tribunales D^a Pilar Huerta Camarero, en nombre y representación de D^a Margarita , en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 1 de julio de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a. Pilar Huerta Camarero, en nombre y representación de D^a Margarita , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el doce de noviembre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca **Trias**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos probados son los siguientes:

1º El causante, D. Octavio , era viudo y tenía dos hijas, D^a Marí Jose y D^a Margarita , demandante y demandada respectivamente.

2º El 9 de octubre de 2001 otorgó testamento abierto ante notario en el que nombró heredera universal de todos sus bienes a su hija D^a Margarita , sin perjuicio de la legítima estricta que correspondía a D^a Marí Jose . En el testamento consta lo que sigue: "*Leído el presente testamento en voz alta por mi, el Notario, al testador, advertido del derecho a hacerlo por sí, del que no usó, manifiesta quedar enterado de su contenido y de estar conforme con su última voluntad por lo que firma*". El testamento no contó con la presencia de testigos.

3º D. Eulalio había perdido un ojo durante la guerra civil y en el otro ojo padecía una catarata que le produjo una pérdida progresiva de la visión, por lo que se discutía si en el momento del otorgamiento de su último testamento, el 9 octubre 2001, tenía o no totalmente anulada la visión.

4º D^a Marí Jose demandó a su hermana y heredera y pidió que se declarara la nulidad del testamento de 2001 y la eficacia del otorgado en 1985. La demandada opuso una serie de excepciones, que fueron resueltas en la comparecencia previa y negó la nulidad del testamento.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 73 Madrid, 8 julio 2003 , estimó la demanda y declaró la nulidad del testamento. Sobre la base de la valoración de las pruebas aportadas, consideró acreditado que el testador "*tenía tan limitado el sentido de la vista que resulta suficiente para entender que estaba ciego cuando otorgó el testamento*". Por ello "*el otorgamiento del testamento había de cumplir necesariamente con los requisitos establecidos en el Art. 697, 2º CC, por el que es necesaria la presencia de dos testigos para que se cumpliera con las solemnidades y formalidades del mismo, extremos que, al no concurrir en el presente caso, obliga a estimar la declaración de nulidad testamentaria*".

6º Apelada dicha sentencia por la demandada, la Sección 11 Audiencia Provincial Madrid, en fecha 22 junio 2006 , estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de 1ª Instancia, desestimando la demanda. Argumentó lo que sigue: "*Examinando la prueba practicada, se puede afirmar que el núcleo de la propuesta por parte de la actora y que ha servido de base para acordar la nulidad del testamento, ha sido la pericial de parte y la documental que dicha prueba valora, echándose en falta -aunque parte de ella sí se propuso-, la testifical de los facultativos que trataron en vida al causante y que suscribieron sus informes en base a los cuales el Doctor D. Fulgencio , ha emitido su dictamen*". Añade que a la vista de toda la prueba y valorándola en su conjunto, se deduce que la falta de visión del testador era similar a la de la fecha en que compareció ante notario para otorgar un poder amplio a favor de sus hijas, seis meses antes. Por ello

considera que "[n]o ha quedado acreditado que dicho señor, pese a su importantísima y evidente limitación visual, no fuera, con esfuerzo, capaz de tomar conocimiento por sí del acto y contenido del testamento abierto que otorgó el 19 de octubre de 2001 y ello pese a que, como también dicen estas testigos, ya no salía solo de casa y había dejado de leer el periódico, pues una cosa es que, por la incuestionable dificultad de hacerlo, se deje de practicar el hábito de la lectura y otra muy distinta, es que, con evidente esfuerzo, un concreto documento pueda ser leído por el causante". Por ello concluye la Sala que "la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del Art. 697 CC, se exija la concurrencia, al acto del otorgamiento del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez de propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos", porque dicho testamento se otorgó vigente la normativa anterior a la reforma de 1991.

7º Dª Marí Jose presenta recurso extraordinario por infracción procesal, en base al Art. 469, 1, 2ª LEC, dividido en 8 motivos y recurso de casación, en base al Art. 477.1 LEC. Dichos recursos fueron admitidos por auto de esta Sala de 1 julio 2008.

SEGUNDO. Antes de entrar a examinar los recursos presentados por Dª Marí Jose, debemos poner en evidencia que lo que se pretende con los recursos extraordinario por infracción procesal y casación es incidir en la valoración de la prueba y demostrar, por diversas vías, que el testador estaba ciego y que al no haberse utilizado la forma prevista en el Art. 697, 2 CC, con la presencia de dos testigos en el otorgamiento del testamento, éste debe ser considerado nulo.

A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

TERCERO. Se van a examinar los tres primeros motivos conjuntamente, porque tienen un denominador común: la vulneración de las normas sobre valoración de la prueba.

El primer motivo señala la infracción de las normas que establecen el valor probatorio de los medios de prueba y especialmente, el Art. 326.1 LEC y entra a continuación a examinar los documentos del historial médico del causante, concretamente los informes de 26 octubre 2001 y 4 febrero 2002, ya que se trata de informes muy próximos a la fecha en que se otorgó el testamento. La recurrente dice que su contenido no se ha puesto en duda, por lo que deben hacer prueba plena de lo que documentan y ello a pesar de que no hubieran sido ratificados por el autor. Al no conceder la Audiencia Provincial valor probatorio a estos documentos, exigiendo que el facultativo compareciera en autos y ello no es necesario al no haberse dudado sobre la autoría, ha infringido dicho artículo. *El segundo motivo* denuncia la infracción de los Arts. 348 y 335 LEC en cuanto a la prueba pericial. No hay informes contradictorios; la pericia tenía por objeto determinar el grado de visión del testador cuando otorgó el testamento. Las infracciones que se cometen en la sentencia respecto a la prueba son: a) que le hace decir al perito algo que no ocurrió realmente, porque nunca ha informado que existan dos informes emitidos por dos médicos distintos que sean coincidentes sobre el grado de visión de D. Eulalio; b) el tribunal de instancia comete una serie de errores al no valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, c) el tribunal dio relevancia a un documento notarial en el que el testador había otorgado un poder a sus hijas por delante del informe de los peritos. Finalmente, e *l tercer motivo* denuncia la infracción del Art. 376 LEC respecto a la prueba pericial efectuada. Aunque dice no desconocer que se trata de una prueba de libre valoración por el Juzgador, señala que se han infringido las reglas de la sana crítica, ya que "las mismas llevan a pensar que si no veía y esto lo dice el propio testigo propuesto por la demandada, cómo pueden al mismo tiempo decir que "... veía la televisión e incluso ayudado por una lupa veía las caras de una fotografía-..." (considerando que esto último se lo había dicho su hermano)".

Los motivos primeros, segundo y tercero se desestiman.

Las disposiciones citadas como infringidas 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. Así, el Art. 348 LEC establece que "el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" y el Art. 376 LEC establece asimismo que "los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas 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.

Además, el Art. 335 LEC se limita a establecer el objeto y la finalidad del dictamen de peritos, que se han cumplido en este caso, puesto que las conclusiones a que lleguen en sus apreciaciones no son vinculantes para el tribunal, quien debe valorarlas.

Finalmente, no puede considerarse vulnerado el *Art. 326.1 LEC, citado como tal en el motivo primero*, porque la recurrente comete el error de incluir como documento privado lo que en realidad se trata de un informe pericial acerca del estado de salud del testador, por lo que debe aplicarse la *regla de valoración del Art. 348 LEC*. (Ver STS de 21 octubre 2009).

En este mismo sentido, debe desestimarse por las mismas razones, *el motivo quinto* que denuncia la infracción del *Art. 386 LEC*. Se trata de un problema de valoración de la prueba pericial y no de presunciones. Por ello debe aplicarse lo dicho en los párrafos que anteceden.

CUARTO. *El cuarto motivo* el recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la vulneración de los requisitos internos de la sentencia previstos en el *Art. 218 LEC* por a) falta de motivación; b) arbitrariedad en la interpretación y valoración de la prueba, y c) al no tener en cuenta hechos alegados y probados en los autos, predeterminando con ello el fallo. Se insiste en la valoración de la prueba documental pública y privada, de la prueba del dictamen de peritos y de la prueba testifical, a las que se acusa de no estar bien valoradas, se tergiversan las conclusiones y no se aplican las reglas de la sana crítica.

El cuarto motivo se desestima.

Además de las razones que se han expuesto en el fundamento anterior, que deben considerarse reproducidas, hay que insistir en que no se produce aquí falta de motivación, porque no es cierto que no exista en la sentencia recurrida, ya que se valoran las pruebas, aunque ciertamente no se coincide con la opinión de la recurrente. Los requisitos internos de la sentencia no se vulneran cuando la valoración de la prueba se efectúa de acuerdo con los criterios que establece el propio ordenamiento, es decir, según conforme a las reglas de la sana crítica y hacen que el juzgador llegue a resultados distintos de los pretendidos por la parte recurrente.

QUINTO. *El sexto motivo* señala la infracción del *Art. 217 LEC* porque a) no se aporta prueba alguna que rebata las conclusiones del dictamen pericial aportado al litigio por la recurrente, y b) no se atiende al principio de disponibilidad probatoria.

El motivo se desestima.

La recurrente pretende aquí imponer su particular apreciación de la prueba, por lo que no se ha infringido el *artículo 217 LECiv*, que recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos (STS de 21 mayo 2009 y las allí citadas de 11 marzo y 27 diciembre 2004, 20 julio 2006 y 9 mayo 2007). En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba "es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el *onus probandi* según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba", y no es este el sentido de las impugnaciones presentadas.

SEXTO. *El séptimo motivo* señala la infracción del *artículo. 281.3 LECiv*, que establece que "están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes". Sobre esta norma, la recurrente entiende que existen una serie de hechos, como los informes referidos al desarrollo de la enfermedad del causante, sobre los que las partes están de acuerdo, de modo que deben vincular al juzgador.

El motivo no se estima.

La recurrente está pretendiendo en este recurso que este Tribunal vuelva a revisar la prueba, sin tener en cuenta que la casación no es una tercera instancia. La infracción aquí denunciada no es aceptable porque una cosa es que se esté de acuerdo con unos determinados hechos, sobre los que no es factible que se produzca prueba, y otra cosa es que de los hechos sobre los que las partes estén de acuerdo, pueda deducirse la conclusión que se pretende, es decir, la falta absoluta de visión del testador. Los hechos solo se refieren a las diversas consultas de oftalmología y la operación de cataratas. De esta vinculación no pueden llegar a deducirse las consecuencias que se pretenden, por lo que no se ha infringido la norma

alegada.

SÉPTIMO. *El octavo motivo* dice que todas las anteriores infracciones han producido una vulneración del Art. 24 CE, porque señala que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho de la recurrente a una sentencia que no contenga errores del tipo de los enunciados.

El motivo se desestima.

El rechazo de este motivo viene propiciado por el de los anteriores, porque ya se ha argumentado que los pretendidos errores de la sentencia no son tales, sino diferentes formas de interpretar la prueba, cuya valoración corresponde al Juez. Solo debe añadirse que si la impugnación efectuada por la recurrente se refiere a la existencia de error judicial en la decisión, derecho a indemnización de los daños que cause (*artículo 121 CE y 292 LOPJ*), pero no da derecho a la casación de la sentencia, a no ser cuando exista un error notorio.

B) RECURSO DE CASACIÓN.

OCTAVO. Se van a examinar conjuntamente los motivos *primero, segundo, tercero y cuarto* del recurso de casación, por su unidad temática, referida a la problemática de la capacidad del testador y de las formalidades que deben utilizarse cuando éste presenta un defecto que le priva de una determinada función física, que pueda afectar al acto del otorgamiento del testamento.

En el primer motivo se denuncia la infracción por aplicación indebida, del *artículo 666 CC*, porque la capacidad del testador debe examinarse en el tiempo del otorgamiento del testamento y no en momentos anteriores o posteriores. *El segundo* señala la infracción, por aplicación indebida, del *artículo 697.2 CC*; dice que lo importante es que el defecto visual impida la lectura y que el Tribunal *a quo* infringió el contenido del *artículo 697 CC* al considerar que no era necesaria la presencia de testigos en el acto del otorgamiento del testamento impugnado, a pesar de que el testador no pudo leer su propio testamento por la ceguera que padecía. *El tercer motivo* denuncia la infracción por aplicación indebida, del *artículo 687 CC* en relación con el *artículo 738 CC*, así como la jurisprudencia que cita, porque considera que dicho testamento debería ser declarado nulo por falta de formalidades. Finalmente, *el cuarto motivo* dice que se ha infringido por interpretación y aplicación errónea de la jurisprudencia que se cita en la sentencia recurrida el *artículo 687 CC* y el principio *favor testamenti*. Señala que la presunción de capacidad del testador se había destruido por las pruebas presentadas, lo que quedó corroborado por el juzgador de 1ª Instancia, al decir que en la fecha en que el causante otorgó testamento padecía una catarata que le impedía la visión.

Los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación se desestiman.

La defensa de la recurrente se centra en tres tipos de argumentos, que se van a examinar, a pesar de que el problema que presenta este recurso es que incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, puesto que parte de que se había probado la falta total de visión del testador, cuando a partir de la valoración de la prueba, la sentencia recurrida concluye lo contrario.

1º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple.

2º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el *artículo 697, 2 CC*. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda.

3º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (*artículo 666 CC*). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció

la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que para probarla en el litigio, se han tenido en cuenta las circunstancias que concurrieron en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta.

4º Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de que el *artículo 738 CC* ha sido aplicado indebidamente. No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó.

NOVENO. El rechazo de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Marí Jose determina la de su recurso.

Asimismo, el rechazo de todos los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Marí Jose determina la de su recurso.

Se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el *Art. 398.1 LEC*, que se remite al *Art. 394 LEC*.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Marí Jose contra la sentencia de la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 junio 2005, dictada en el rollo de apelación nº 844/2003.

2º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Marí Jose, contra la sentencia de la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 junio 2005, dictada en el rollo de apelación nº 844/2003.

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen a la recurrente las costas originadas por sus recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Roman Garcia Varela .- Francisco Marin Castan .- Jose Antonio Seijas Quintana .- Encarnacion Roca **Trias**.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca **Trias**, 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.