

Roj: STS 2644/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100265
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 238/2008
 Nº de Resolución: 322/2011
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x FIRMA (TESTAMENTO OLÓGRAFO) x
- x INTENCIÓN DEL TESTADOR x
- x SENTIDO LITERAL DEL TESTAMENTO x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x CARGA DE LA PRUEBA x
- x VALORACIÓN ARBITRARIA DE LA PRUEBA x
- x VALORACIÓN ILÓGICA DE LA PRUEBA x
- x INFRACCIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES REGULADORAS DE LA SENTENCIA x

Resumen:

Validez de testamento ológrafo. Firma habitual o usual. Interpretación del testamento. Motivación de la sentencia. Carga de la prueba. Planteamiento en el recurso extraordinario por infracción procesal de cuestiones sobre valoración de prueba.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Getxo, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Dª Isabel Campillo García, en nombre y representación de la "FUNDACIÓN BELRESPIRO" y de D. Desiderio Y Dª Amanda ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Elisa Saez Angulo, en nombre y representación de D. Justo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de D. Justo , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Desiderio Y Dª Amanda y la "FUNDACIÓN BELRESPIRO" y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: A).- *El derecho de mi representado DON Justo , a que por los albaceas demandados le sea entregado el legado que la causante D Matilde formalizado mediante testamento ológrafo el 17 de Septiembre de 2003, respecto a las casas nº NUM000 y NUM001 de la CALLE000 en Getxo (Bizkaia) que se identifican con las siguientes fincas registrales respectivamente. - Referencia Registral: Tomo NUM002 , Folio NUM003 , Libro NUM004 , Nº Finca: NUM005 de Neguri. - Referencia Registral: Tomo NUM002 , Folio NUM006 , Libro NUM004 , Nº Finca: NUM007 de Neguri. B).- Declarar la nulidad del título formalizado por la Fundación Belrespiro, N.I.F. G48837272 mediante escritura o escrituras autorizadas por el Notario de Bilbao, Don José Antonio Isusi Ezcurdia el 26 de Julio de 2004, que se inscribieron en el Registro de la Propiedad nº NUM008 de Bilbao, el 21 de Septiembre de 2004, respecto a las fincas antes señaladas. C) Ordenar la cancelación de las inscripciones efectuadas el 21 de septiembre de 2004 en el Registro de la Propiedad nº NUM008 de Bilbao, a favor de Fundación Belrespiro respecto a*

las fincas registrales NUM005 y NUM007 de Neguri. D) Inscribir a favor de DON Justo por el título de legado de DOÑA Matilde las casas sitas en los números NUM000 y NUM001 de la CALLE000 en Getxo (Bizkaia), y que corresponden con las fincas registrales n°. NUM005 y NUM007 de Neguri. E).- Se impongan las costas del procedimiento a los demandados.

2.- El Procurador D. Germán Apalategui Carasa, en nombre y representación de Fundación Belrespiro, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, *se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas al demandante.*

3. - El Procurador D. Alberto Arenaza Artabe, en nombre y representación de D. Desiderio Y D^a Amanda , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, *se desestime íntegramente la demanda y con cuanto proceda en derecho con expresa imposición de costas al demandante.*

4 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Getxo, dictó sentencia con fecha 26 de diciembre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO: ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador D. Germán Ors, en nombre y representación de D. Justo contra la Fundación Belrespiro y contra D. Desiderio y Doña Amanda , debo DECLARAR. y DECLARO:** 1.- *El derecho del Sr. Justo a que por los albaceas demandados le sea entregado el legado que la causante Sra. Matilde formalizó mediante el testamento ológrafo de fecha 17 de septiembre del año 2003, respecto de las casas n° NUM000 y NUM001 de la CALLE000 de Getxo que se identifican con las registrales: Tomo NUM002 , Folio NUM003 , Libro NUM004 , n° Finca NUM009 de Neguri y la registral Tomo NUM002 , Folio NUM006 , Libro NUM004 , n° Finca NUM007 de Neguri.* 2.- *La nulidad del título formalizado por la Fundación Belrespiro mediante la escritura autorizada por el Notario Sr. Arriola el 26 de julio del año 2004 que se inscribieron en el Registro de la Propiedad n° NUM008 de Bilbao, el 21 de septiembre del 2004 respecto a las fincas indicadas* 3. - *Se ordena la cancelación de las inscripciones efectuadas el 21 de septiembre del 2004 en el registro de la propiedad n° NUM008 de Bilbao a favor de la Fundación Belrespiro respecto de las fincas registrales n° NUM005 y NUM007 de Neguri.* 4.- *Inscribir a favor del Sr. Justo por el título de legado de Doña Matilde las casas sitas en los n° NUM000 y NUM001 de la CALLE000 en Getxo y que se corresponden con las registrales n° NUM005 y NUM007 de Neguri. Las costas se declaran de oficio.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D. Desiderio Y D^a Amanda y "FUNDACIÓN BELRESPIRO" , la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por D. Desiderio Y D^a Amanda representados por el Procurador Sr. Arenaza Artabe y por la "FUNDACIÓN BELRESPIRO" representada por el Procurador Sr. Apalategui Carasa ambos frente a la sentencia de fecha 26 de diciembre de 2005 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n° 3 de Getxo en el Procedimiento Ordinario n° 216/05 del que presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando a los apelantes al pago de las costas ocasionadas con la tramitación de sus respectivos recursos.*

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. Germán Apalategui Carasa, en nombre y representación de Fundación Belrespiro, interpuso recurso por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO .-** Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia por infracción de los artículos 218.1, 218.2 y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y entre otros, los artículos 217 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, infracción de los artículos 687 y 688 del Código civil . **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, infracción del artículo 675 del Código civil.. **TERCERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, infracción del artículo 875 del Código civil .

2 .- El Procurador D. Alberto Arenaza Artabe, en nombre y representación de D. Desiderio Y D^a Amanda , interpuso recurso por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO .-** Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia por infracción de los artículos 218.1, 218.2 y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y entre otros, los artículos 217 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo

del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, infracción de los artículos 687 y 688 del Código civil . **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, infracción del artículo 675 del Código civil.. **TERCERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, infracción del artículo 875 del Código civil .

3.- Por Auto de fecha 8 de septiembre de 2009, se acordó ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

4.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a Elisa Saez Angulo, en nombre y representación de D. Justo ., presentó escritos de impugnación a los recursos de casación e infracción procesal.

5. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de abril del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos básicos que, como *quaestio facti*, son la base de la *quaestio iuris* que en este proceso se plantea son, en síntesis, los siguientes:

Doña Matilde había otorgado, en vida, hasta diecisiete testamentos abiertos ante distintos notarios, en algunas ocasiones varios en el mismo año. A la edad de 96 años, el 17 de septiembre de 2003, otorgó un testamento ológrafo cuyo texto literal es:

"lego las dos casas de Bestrespreso a Justo en la CALLE000 NUM001 y NUM000 (sigue la firma). 17.9.2003. "

Posteriormente, el 17 de junio de 2004 fallece. En fecha 14 de febrero de 2005 la Juez de Primera Instancia número tres de Getxo (Vizcaya) dicta auto , declarando "justificada la identidad del testamento" y "acordándose que se protocolize"; lo cual se llevó a cabo efectivamente ante notario en fecha 14 de abril de 2005.

Tras todo ello, el legatario don Justo formuló demanda contra los albaceas del último testamento abierto (don Desiderio y doña Amanda) y contra la fundación Belrespiro, heredera conforme también el anterior testamento, en la que solicitó la entrega del legado, con las consecuencias en el Registro de la Propiedad. No se ha planteado en momento alguno cuestión acerca de la aplicación del artículo 739 , revocación total tácita del testamento anterior, si bien doctrina y jurisprudencia (sentencias de 1 de febrero de 1988 , 7 de mayo de 1990 , 14 de mayo de 1996 y 17 de junio de 2010) admiten la validez y no revocación tácita del testamento cuando en el posterior sólo se otorga una disposición complementaria, como puede ser un legado.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4^a, de Bilbao, de 24 de octubre de 2007 , objeto de estos recursos, confirma la estimación de la demanda que había declarado la del Juzgado de Primera Instancia núm 3 de Gexto. Y resuelve tres extremos: la firma, cuya autoría y autenticidad es declarada expresamente; la concurrencia de todos los requisitos que exige el artículo 688 del Código civil ; y, por último, el más discutido, declara probada la capacidad mental de la testadora.

Han formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación los codemandados, la Fundación y los albaceas.

SEGUNDO .- En primer lugar, se analiza el motivo primero de los recursos por infracción procesal de los codemandados, la Fundación y los albaceas, ambos instituidos en el último testamento abierto. En uno y otro se alega un motivo único, con varios submotivos: al amparo del artículo 469.1.2º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículos 218.1, 218.2 y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sobre exhaustividad, congruencia y motivación de la sentencia, 217 sobre la prueba y su carga, 348 sobre la valoración del dictamen pericial y 386 sobre presunciones judiciales.

A lo largo de todo el desarrollo del motivo se discute la capacidad de la testadora, en cuanto a su *cabal juicio*, como dice el artículo 663 .2º del Código civil .

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número tres de Gexto, confirmada en apelación, resalta la presunción de capacidad de toda persona, como ser humano con capacidad jurídica y, como tal presunción, capacidad de obrar, recoge la amplia aplicación jurisprudencial respecto a tal principio, analiza con sumo detalle la prueba practicada y llega a la conclusión de que *"en modo alguno ha quedado demostrado que en el preciso momento de otorgar testamento ológrafo la señora Matilde se encontrase incapacitada para tal fin, por no estar en su cabal juicio"*. Y la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, declara rotundamente: *"a la vista del resultado de toda la actividad probatoria realizada en la instancia, entendemos, compartiendo así el criterio del juzgador de instancia, que de dicho resultado, no puede entenderse destruida la presunción iuris tantum de capacidad legalmente establecida"*.

Es decir, el fondo de esta cuestión, que es una clara cuestión de hecho, es que la testadora tenía capacidad natural, "cabal juicio" para testar y esta Sala no constituye una tercera instancia que pueda revisar la prueba practicada (sentencias de 15 de junio de 2009 , 30 de septiembre de 2009 , 25 de junio de 2010 , entre otras muchas anteriores) sino que ejerce el control de la aplicación correcta de la ley, sin entrar en la cuestión fáctica, que corresponde al Tribunal a quo sin que el recurso pueda hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 2 de julio de 2009 , 13 de octubre de 2010 , entre otras muchas). Lo cual alcanza más a la casación que a la infracción procesal, que en los presentes recursos se ha planteado en este último.

Yendo, pues, a los distintos apartados o submotivos de ambos recursos por infracción procesal. El primero de ellos plantea el tema de la pruebas periciales médicas y, con gran lujo de detalles, intenta convencer que de ellas se deduce la "insanía mental" (así se expresa) de la testadora. Lo cual no cabe en este recurso y así lo ha reiterado una constante jurisprudencia (sentencias de 30 de septiembre de 2009 , 6 de mayo de 2010 , 14 de junio de 2010 , 2 de noviembre de 2010 , 4 de febrero de 2011). La idea constante es que la valoración de la prueba no corresponde sino al Tribunal a quo y sólo si hay una equivocación patente o una arbitrariedad grosera, se puede entender que falta la tutela judicial efectiva, lo cual no ocurre en el presente caso en que no sólo no se acredita el error, sino que esta Sala comparte el criterio de las sentencias de instancia.

El submotivo segundo insiste en la misma idea e insisten los recurrentes en que se da en la sentencia recurrida una valoración arbitraria de la prueba pericial y añaden que en la misma falta motivación adecuada. Lo primero se rechaza por lo expuesto antes: no corresponde a la Sala la revisión de la prueba; cita sentencias de este Tribunal que nadie discute y no se aplica al caso presente; las demás sentencias que cita, de Audiencia o Tribunales superiores no son jurisprudencia. En cuanto a la motivación, no se acepta tal alegación; la jurisprudencia (sentencias 8 de octubre de la 2009 , 7 de mayo de 2010 , 17 de septiembre de 2010) ha estimado sobradamente suficiente la argumentación que justifica el fallo de la sentencia y rechaza la frecuente confusión entre falta de motivación y desacuerdo con ella (sentencia de 3 de noviembre de 2010).

En un tercer apartado se vuelve a repetir el argumento de error en la valoración de la prueba, lo que se ha resuelto en párrafos anteriores de esta sentencia. Aquí se repite la postura de estas partes demandantes y recurrentes sobre la valoración de la prueba pericial y se añade la de la prueba documental y la testifical. Basta recordar lo que dicen, al respecto, las sentencias de 15 de junio de 2009 , 2 de julio de 2009 y 7 de mayo de 2010 :

"El motivo segundo del recurso por infracción procesal se enuncia literalmente como "infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de las normas de valoración y apreciación de la prueba". Lo cual no es admisible ante este Tribunal ni siquiera bajo el subterfugio de citar el artículo 120 de la Constitución Española relativo a la motivación de la sentencia. El artículo 469 de aquella ley enumera como numerus clausus los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia".

En el encabezamiento de este motivo único del recurso por infracción procesal, se hace mención de la carga de la prueba, aunque no es objeto de un desarrollo específico. Tampoco se acepta que se haya infringido la doctrina del *onus probandi* y el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . "El problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba" (sentencias de 24 de septiembre de 2010 y 8 de octubre de 2010) y la función es suplir el caso de que un determinado hecho no se ha probado (sentencia de 29 de abril de 2009). No es éste el caso presente, en el que se da la presunción de capacidad de obrar

plena y sólo si se elimina por sentencia en la incapacitación o se prueba la falta de capacidad mental, se invalida el acto jurídico que pueda haber realizado y la sentencias de instancia de un modo rotundo han declarado no probada tal falta de capacidad. En este sentido, concluye la sentencia de la Audiencia Provincial:

"y es que, si bien existen pruebas, cuyo resultado, pudiera indicar, la ausencia de capacidad de la causante al momento de otorgar el testamento, dichas pruebas no pueden reputarse suficientes, a los efectos pretendidos, pues lo lógico, normal, usual y habitual, es que la alegada insanía mental de la testadora, debiera de tener una constancia objetiva y directa, de tipo clínico, constancia que no existe. No negamos que los informes grafosicológicos, ni los informes médicos aportados realizados sin el examen directo de la presunta incapaz e inferidos, tal como se alega, con la utilización de métodos avalados científicamente, carezcan de toda fiabilidad, o de toda base científica; admitimos que pudieran ser útiles para ratificar, confirmar, o establecer el alcance, de un inicial diagnóstico clínico, pero no pueden ser hábiles para que sólo en base a ellos, se pueda afirmar con la contundencia y rigurosidad necesaria, la falta de juicio de la testadora, al momento de otorgar el testamento."

Por todo ello, se desestiman los recursos por infracción procesal de ambos codemandados, con la imposición de costas que establece el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO .- Los recursos de casación que han formulado las partes codemandadas son como el anterior, idénticos y se van a tratar también conjuntamente.

Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil formulan el primero motivo por infracción de los artículos 687 y 688 del Código civil al aceptar la sentencia de instancia la validez del testamento ológrafo de la causante, cuya firma no es la *habitual* de la misma.

Las sentencias de instancia han rechazado esta alegación porque los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma y se ha declarado la autenticidad de la misma. Lo cual es cierto y también es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma "*habitual*" o "*usual*", pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser *idéntica* a las anteriores sino que no sea una *distinta*, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como *habitual* debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. En el caso presente, debe tenerse por habitual la firma de la causante, a la vista de todas las aportadas en documentos anteriores, a los autos que, por cierto, tampoco son idénticas entre sí. En todo caso, la firma que obra en el testamento ológrafo de autos cumple su función de requisito *ad solemnitatem* del testamento olografo y la general de asunción del contenido de lo expresado en el texto desde el momento en que se ha declarado su autenticidad y autoría. Y también es de destacar que igualmente doctrina y jurisprudencia (desde la sentencia de 8 de junio de 1918) han considerado siempre un concepto amplio de la firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código civil.

Por lo cual, el primero de los motivos de ambos recursos de casación se desestiman.

CUARTO .- El segundo de los motivos de ambos recursos de casación, también al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entiende infringido el artículo 675 del Código civil al realizar las sentencias de instancia una interpretación extensiva del contenido del testamento. A lo largo del desarrollo del motivo se denuncia que el testamento ológrafo de autos dispone de dos casas, no de dos fincas como se pretende por la parte actora y así se ha aceptado por las sentencias de instancia; en el desarrollo del motivo se hace también referencia a una posible incongruencia, lo cual es ajeno al recurso de casación.

Siendo la interpretación del testamento (así, sentencias de 31 de mayo de 2010 y 17 de junio de 2010 , entre otras muchas) la averiguación y comprensión del sentido y alcance de la voluntad del testador, interpretación que tan solo el artículo 675 del Código civil regula lacónicamente, la jurisprudencia lo ha desarrollado muy reiteradamente y en muchísimas sentencias (así, las de 18 de julio de 2005 , 19 de diciembre de 2006 , 20 de noviembre de 2007 , 14 de octubre de 2009) que destacan siempre que debe buscarse la voluntad real del testador y parten de tres ideas: la prevalencia de la interpretación literal, la interpretación subjetiva cuando aparezca que fue otra la voluntad real y, en caso de duda, la voluntad real, intención del testador. Por otra parte, la interpretación hecha por el Tribunal *a quo* prevalece salvo que se acredite su evidente error, o arbitrariedad (sentencia de 21 de enero de 2003 , con cita de otras anteriores).

En el caso presente, ciertamente apenas se ha detenido la sentencia de instancia, quizá por su evidencia. La testadora era propietaria de dos casas, identificadas registral y catastralmente como dos fincas en terminología jurídica y reconocidas como dos números de la calle; asimismo, la Fundación codemandada las consideró así, se las adjudicó e inscribió en aras al último testamento abierto. Pretender ahora que no son dos sino tres, cuando esta pretensión no ha sido formulada como reconvencción, sino que sólo se interesó en las contestaciones a la demanda la desestimación de la misma, sería un sinsentido en este recurso de casación. Por ello, se desestima este motivo del mismo.

QUINTO .- El tercer motivo de ambos recursos de casación, también, como los anteriores, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula por entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 875 del Código civil al impedir al heredero el ejercicio del derecho de elección que le otorga este precepto.

El mismo prevé el legado de cosa genérica, distinguiendo si es mueble o inmueble y regulando la elección de la cosa concreta objeto del legado. No es el caso presente, en que no hay legado de cosa genérica, sino legado de dos cosas específicas. Tan sólo sería dable contemplar este motivo si se hubiera estimado el anterior. Al no hacerse así, este motivo carece de sentido y se rechaza. Al desestimarse todos los motivos decaen los recursos de casación, con la correspondiente condena en costas.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de la "FUNDACIÓN BELRESPIRO" y de D. Desiderio Y D^a Amanda , contra la sentencia dictada por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en fecha 24 de octubre de 2007 , QUE SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena en las costas de ambos recursos a los respectivos recurrentes, por sus respectivos recursos.

Tercero .- Líbrese a la mencionada Audiencia 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 .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.-Francisco Marin Castan.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.