



Roj: **STSJ GAL 5117/2011 - ECLI: ES:TSJGAL:2011:5117**

Id Cendoj: **15030310012011100021**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2011**

Nº de Recurso: **30/2010**

Nº de Resolución: **18/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN JOSE REIGOSA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2689/2009,**  
**STSJ GAL 5117/2011**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

A Coruña, treinta de mayo de dos mil once, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por el

Ilmo. Sr. Presidente don Juan José Reigosa González y por los Ilmos. Sres. Magistrados don Pablo A. Sande García y don José Antonio Ballester Pascual dictó

### EN NO MBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA NÚMERO 18

En el recurso de casación nº **30/2010** interpuesto por Dº Gabriel , representado por la procuradora Dª María del Carmen Camba Méndez, asistido por el letrado Dº Miguel Caridad Barreiro, y en el que es parte recurrida Dª Lorenza , representada por el procurador Dº Marcial Puga Gómez, asistida por el letrado Dº Cesáreo Pondal Castro, contra la

sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, con sede en Santiago de Compostela, con fecha de treinta de septiembre 2009 (rollo de apelación 435/2008 ), como consecuencia de los autos de Juicio de Ordinario número 883/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santiago de Compostela, sobre nulidad de testamento.

Es magistrado ponente el Ilmo. Sr. Don Juan José Reigosa González.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** 1. La procuradora Dª Natividad Alfonsín Somoza, en nombre y representación de Dº Gabriel , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Santiago de Compostela, formuló el día 10 de septiembre 2007 demanda de Juicio Ordinario sobre nulidad de testamento, contra Dª Lorenza . En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho tenidos por convenientes, termina solicitando sentencia por la que se declare:

1º) La nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por Don Lorenzo el día 14 de febrero de 1995 ante el Notario de Santiago de Compostela, Ildfonso Sánchez Mera, bajo el número 890 de su protocolo de los testamentos otorgados por Don Lorenzo y Doña Soledad el 18 de junio de 2002 ante el Notario de Santiago de Compostela Don José Antonio Montero Pardo bajo los números 1626 y 1627 de su protocolo, respectivamente, y de los testamentos otorgados por los mismos causantes el 28 de enero de 2003 ante



el Notario de Santiago de Compostela Don José Antonio Montero Pardo bajo los números 149 y 150 de su protocolo, también respectivamente.

2º) La nulidad de pleno derecho de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas, en virtud de los testamentos cuya nulidad se pretende.

3º) Se condene a Doña Lorenza a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a los causantes, haya podido percibir en virtud de los testamentos cuya nulidad se pretende.

2. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, quien se opuso a la misma solicitando su desestimación; cumplidos los plazos y trámites previstos en el artículo 414.1 de la LEC, se convocó a la una audiencia previa sin que hubiera avenencia entre las partes y se propusieron las pruebas que estimaron convenientes y señalado día para juicio, se practicaron las pruebas admitidos y tras las conclusiones quedaron los autos conclusos para sentencia.

3. El Juez del Juzgado de Primera Instancia de dictó sentencia con fecha de, cuyo fallo es como sigue:

Desestimando la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Natividad Alfonsín Somoza, en nombre y representación de D<sup>o</sup> Gabriel contra D<sup>a</sup> Lorenza debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandante.

**SEGUNDO** : Interpuesto recurso de apelación por la representación de la demandante contra la sentencia de primera instancia y tramitada la alzada, la Audiencia Provincial de dictó sentencia con fecha de treinta de septiembre 2009, cuya parte dispositiva dice:

Desestimando el recurso de apelación promovido por D. Gabriel, contra la sentencia de 29 de abril de 2.008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santiago de Compostela, en los autos de Juicio Ordinario número 883- 07, la confirmamos íntegramente, haciendo expresa condena sobre las costas del recurso al apelante.,

**TERCERO** : 1. La representación del demandante presentó escrito por el que preparó el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y, una vez resuelta la queja formulada contra la inicial denegación de la preparación, lo interpuso para ante esta Sala mediante escrito fechado el 20/7/2010. La Audiencia, por medio de providencia de fecha 22/7/2010, tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir los autos a esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con emplazamiento de las partes.

2. La Sala dictó auto con fecha de 21 de diciembre 2010 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto conforme a lo establecido en los artículos 483 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su notificación a la parte recurrida la que no formuló oposición en el plazo conferido. La Sala señaló día para la votación y fallo del recurso el día cinco de abril 2011. No se ha podido cumplir el plazo para dictar sentencia por razón de baja por enfermedad del Magistrado Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** : Se articulan conjuntamente en el recurso motivos tanto de infracción procesal como de casación por infracción de normativa civil gallega, razones por las que es competente esta Sala para su conocimiento, como ya habíamos adelantado en el auto de admisión resolviendo las causas de inadmisibilidad que al amparo del artículo 480.2 de la LEC había formulado la parte recurrida. Admisibilidad, por tanto fundada en lo previsto en el artículo 478.1 de dicha ley en relación con la Disposición Final 16<sup>a</sup>.1.1<sup>a</sup> conforme ya habíamos determinado en el referido auto de admisión, sin que ello lo impida, como allí decíamos que la recurrente formalmente alegue que interpone recurso de infracción procesal y casación.

La parte recurrida, como se indicó en los antecedentes fácticos, no ha formulado mayor oposición al recurso por lo que procede examinar los motivos en que se fundamenta comenzando por los de infracción procesal a los que la parte recurrente dedica la mayor parte de su escrito (quince folios frente a los tres destinados a estrictos motivos de casación), separándolos en dos apartados, el primero relativo a infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º de la LEC) que subdivide en diferentes apartados básicamente referidos a la valoración de la prueba realizada por la Audiencia partiendo del artículo 218 de la LEC para continuar analizando minuciosamente la documental y testifical practicada. Mientras el segundo, más reducido, lo destina a denunciar la infracciones procesales determinantes de nulidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la ley procesal.



Examinaremos por separado cada uno de ellos.

**SEGUNDO** : Pues bien en el primer motivo de infracción procesal la recurrente, partiendo de lo previsto en el artículo 469.1.2º , de forma impropia realiza una conjunta cita de preceptos de la LEC que considera infringidos como son los artículos 218, 316, 319, 326, 348 y 376 . Y decimos de forma impropia por cuanto constituye inobservancia de las reglas de interposición del recurso - decíamos ya en nuestra sentencia de 16 de febrero de 2006 , que se hacía eco y citaba abundantes resoluciones del Tribunal Supremo- la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, o el confusionismo en su exposición, que pueden venir dados, entre otros defectos, por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos.

Y así parte por significar en el motivo tanto la conformación de la sentencia como el singularizado análisis de cada uno de los preceptos valorativos de prueba, y todo ello encaminado a cuestionar la capacidad para testar de los causantes cuyos testamentos se impugnan, cuestión que fue ampliamente debatida tanto en la instancia como en la apelación llegando a igual conclusión una y otra sentencia, apoyándose en las distintas pruebas practicadas. Valoración imparcial y objetiva que la recurrente pretende sustituir por la subjetiva e interesada propia de parte. Y tal tema no cabe duda fue el nudo gordiano de la cuestión, como implícitamente se desprende de la fundamentación del presente motivo donde la parte, sin ser necesario en uno de infracción procesal, cita ya el artículo 184 de la LDCG .

Basta una detenida lectura de ambas contestes sentencias para constatar la abundante motivación sobre dicha cuestión haciendo alusión a las diversas pruebas que llevan a la conclusión de que los testadores tenían la capacidad suficiente para testar sin que fuera de aplicación el intervalo lúcido a que se refiere el artículo 184 de la LDCG 2006. Nos remitimos al fundamento jurídico 3º de la sentencia del Juzgado, como todos aceptado por la Audiencia, donde para la conclusión de la capacidad del testador don Lorenzo se toma en consideración tanto los informes médicos obrantes en autos como la testifical, significando como el propio demandante "hizo intervenir a su padre en un acto de venta en el año 2003, no dudando entonces de su capacidad para llevar a cabo este negocio jurídico". Y lo mismo sucede respecto a la testadora doña Soledad a lo que se refiere el fundamento 4º de dicha sentencia donde se significa que "el trastorno depresivo recurrente no implicó merma de su capacidad volitiva tal y como afirmaron los testigos, quienes también en este punto coincidieron en afirmar la plena conciencia de sus actos o su estomatólogo que la atendió hasta sus últimos días". Destacando la curiosidad de que ya diagnosticada su enfermedad no se impugnara por la misma razón el testamento otorgado en 1995. Todo ello por supuesto, amén, de la capacidad apreciada por el Notario conforme le impone el artículo 685 del Código Civil , que si bien integra una presunción iuris tantum, como corresponde al favor testamenti, sólo puede ser destruida por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario ( STS de 19 de septiembre de 1998 EDJ1998/17464).

Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre "inequívoca y concluyentemente" la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (sentencia de 27 de noviembre de 1995 EDJ1995/6374 ); y que "la incapacidad o afección mental ha de ser grave... no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas" ( sentencias de 27 de enero de 1998 EDJ1998/318 , 12 de mayo de 1998 EDJ1998/3976 , 27 de junio de 2005 EDJ2005/108748 y 26/4/2008 , EDJ 2008/73124).

Por su parte la sentencia de la Audiencia hace suyos los razonamientos del juzgador relativas a la valoración de la prueba practicada (FJ 2º) señalando expresamente que "han de darse por reproducidas todas las consideraciones que hace el juzgador, tanto las citas doctrinales y jurisprudenciales como las relativas a la valoración de la prueba llevada a cabo, significando expresamente que en la sentencia se verifica un análisis exhaustivo de todos los elementos indicados, al que no cabe añadir consideración alguna, so pena de incurrir en reiteraciones". Y continua relatando los medios probatorios que al efecto fueron apreciados (contenido testamentos, juicio de valor realizado por los notarios, informes médicos y testificales).

Y lo que se viene a deducir de todo lo actuado es que de ninguna prueba se desprende que ambos causantes estuvieran incapacitados para testar pese a sufrir enfermedades o achaques propios de su edad (alzheimer y parkinson), capacidad para testar que apreciaron en todo caso los notarios autorizantes con el valor anteriormente dicho.

Por todo ello la cita como infringido del artículo 218 de la LEC merece el más absoluto rechazo en cuanto la sentencia contiene la exhaustividad y congruencia necesaria en relación a la cuestión debatida. Añadimos también, como declara la STS de 16 noviembre 2009 EDJ 259044, que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de no ser necesario que la sentencia contenga un detallado relato de hechos probados con la salvedad de que la motivación incluya los hechos que le sirven de fundamento y el Juzgador estima probados con expresión de la valoración de la prueba, desde la perspectiva jurisprudencial de que la sentencia judicial constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho, de derecho o



normativos, sus conclusiones previas y predeterminantes y el fallo o consecuencia de éstas ( SSTS de 25 de febrero de 1980 ; 25 de noviembre de 2008 ).

**TERCERO** : Como se dijo en el mismo motivo la recurrente, con cita de aquellos preceptos de la LEC, se dedica a impugnar las pruebas documental, testifical, pericial o declaración de parte en orden a la capacidad de ambos testadores, de las que extrae unas consecuencias distintas a los juzgadores para los que la enfermedad de parkinson que sufría don Lorenzo o el trastorno depresivo recurrente de doña Soledad , no eran determinantes de su falta de capacidad para testar.

Conviene recordar que tanto la prueba testifical, pericial o declaración de parte son medios probatorios cuya valoración se rigen por el criterio de la sana crítica lo que no consiente una revisión de la apreciación de la prueba por los órganos de instancia sobre la base de someter a nueva valoración el conjunto del material probatorio aportado a los autos, ni desarticular la prueba practicada resaltando un medio sobre los demás ( SSTS 10/2 y 14/4/1997 y 4/5/1998 ); y en particular, respecto de la prueba testifical, ha declarado la inidoneidad de su revisión casacional, pues las normas que reglamentan tal medio de prueba no contienen regla valorativa, sino que tan sólo poseen carácter admonitivo para el juzgador, que debe valorar las declaraciones de los testigos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que, por lo tanto, pueda tacharse su apreciación de incorrecta ( STS 10/2/1997 , que cita las de 13/7/1987 , 26/9/1991 y 3/6/1993 ).

Y por lo que específicamente concierne a la prueba pericial la STS de 31 de Julio 2002 (nº 759/2002 ) declara, que ni el art. 1243 del Código Civil , ni el art. 632 (hoy 348) de la LECiv revisten el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos del recurso de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez -sentencias, por todas, hay muchísimas más, de 27/2, 10/3 , 25/10 y 9/11/1986 , 9/2 y 17/7/1987 , 11/4 , 20/6 y 9/12/1989 - y no vincula el informe del perito - sentencias de 7/11/1994 , 17/5/1996 y 29/9/1997 . Conclusión de todo punto lógica desde el aspecto legal y racional pues otra conclusión determinaría que fuera el perito y no el juez quien decidiera definitivamente la cuestión. El informe pericial no deja de ser un medio probatorio que el juzgador debe valorar y no una conclusión fáctica que inexorablemente deba aceptar.

Salvando las distancias lo mismo ocurre respecto a la prueba documental donde el contenido de los documentos, fueren públicos o privados, no dejan de ser un hecho por probar con las excepciones que para el público consigna el artículo 319 .

Como declarábamos en nuestras sentencias nº 21/2006 de 5/6 y 4/2008 , de 1º de febrero, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia en torno a error de derecho en valoración de la prueba tal actividad, con carácter general, no puede ser objeto de recurso de infracción procesal salvo en los supuestos de que sea ilógica, absurda o contraria a la ley (por todas, sentencia del T.S. de 30 de enero de 2003 ) y tanto más si se trata de la testifical, dado que ha de valorarse conforme a las reglas de la sana crítica pero no consta en ningún precepto cuales sean estas reglas dado el tenor del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , coincidente en esto con el antiguo artículo 659 , por lo que no puede citarse la regla infringida ya que no existe una norma jurídica que rija formalmente la actividad de la valoración de esta prueba sino que queda sometida a la libre valoración del juez cuyos únicos límites son la irracionalidad, el absurdo, el voluntarismo y la arbitrariedad, por ser contrarios a la sana crítica. La sentencia de este Tribunal de 11 de abril de 2005 , concordante con la de 17 de marzo de 2005 , se expresaba en estos términos: Los artículos 348 y 376 de la nueva LEC, siguiendo los precedentes de los 632 y 659 de la anterior, se refieren a la valoración de la prueba pericial y testifical determinando que se realizará conforme a las reglas de la sana crítica. Por ello, conforme se plantea el motivo ya merece inicialmente su rechazo en base a una muy reiterada y contundente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que considera inadmisibles la casación fundada en la valoración realizada en la instancia de aquellos medios probatorios, regidos por tales reglas ( SSTS de 30/9/2002 ( RJ 2002/8491); 3/7/2003, RJ 2003\5814 y 21/7/2003 (RJ 2003\6702), Estas pruebas no se valoran, pues, conforme a criterios tasados. Otro tanto cabe decir de las manifestaciones de parte a que alude el artículo 316.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Si no hay falta de motivación ni arbitrariedad, no existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Análogos términos en los que se pronunciaba la STS de 19-9-1998 , EDJ 1998/17464, según la cual el ataque a la valoración de la prueba pericial por los órganos judiciales de la instancia, sólo procede, conforme reiterada doctrina de esta Sala de Casación Civil, a efectos de poder apreciar el desacierto denunciado ( Ss. de 15-7-1991 , 10-7-1992 , 28-4-1993 , 10-3-1994 , 26-4-1995 y 17- 5-1995), si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de la prueba practicada o se presenten ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, hasta absurdas, desrazonables o disparatadas, por lo que su censura casacional cabe ser combatida de



darse dichos supuestos, expresivos de un fallo deductivo que intensa y notoriamente atenta a las reglas de la sana crítica.

Por todo lo cual procede el rechazo de este primer motivo de infracción procesal.

**CUARTO:** Alega el recurrente en su segundo motivo procesal la infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso determinantes de indefensión (art. 469.1.3º). En el desarrollo del mismo vuelve a citar la vulneración del artículo 218 de la LEC cuya vulneración ya fue rechazada en el anterior motivo en cuanto la sentencia contiene la exhaustividad y congruencia necesaria en relación a la cuestión debatida. Es decir esgrimiendo semejantes argumentos que los utilizados con anterioridad relativos a la formación y contenido de la sentencia lo que, además de ser anteriormente examinado, no es propio de la vía elegida en este caso que ya la ley diferencia de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Y en aquél precepto sólo se refiere a la infracción de las norma que rigen los actos y garantías procesales cuando fueren determinantes de nulidad conforme a la ley (V.gr. infracción normas de reparto; de la inmediación judicial en la vistas; falta de firma del secretario; no intervención de letrado cuando fuere necesaria, etc.), o hubieren podido producir efectiva indefensión concepto que constitucionalmente se integra básicamente por la existencia de una indefensión material, no formal, por entrañar un daño real, una lesión efectiva, del derecho del litigante a alegar y probar en el proceso cuanto le conviniere para la defensa de su interés.

Por ello la pretensión del recurrente por este segundo motivo procesal dista mucho de su contenido cuando lo pretendido es cuestionar el contenido y motivación de la sentencia lo que ya anteriormente fue examinado determinando el consiguiente rechazo de este segundo motivo procesal.

**QUINTO :** El recurrente, extenso en los motivos procesales es parco en los de casación donde se limita a denunciar la infracción del artículo 184 de la LDCG 2/2006 (concordante con el 136 de la 4/1995) y el artículo 697 del Código Civil en dos folios frente a los 21 que comprende el recurso. Sin duda consciente de que el éxito de este motivo casacional pende de los hechos probados en la instancia, es por lo que no resulta extraño que fundamente la infracción de tales preceptos alegando que "con la prueba documental incorporada en autos ha quedado acreditada la demencia senil tipo Alzheimer que padecía el testador que afectaba seriamente a su capacidad cognitiva"; o que "estaríamos ante un testamento otorgado por demente en intervalo lúcido" por lo que sería necesaria la presencia de dos testigos en el otorgamiento.

Vuelve pues el recurrente a cuestionar la valoración probatoria de la instancia que pretende sustituir por la suya propia para conseguir la consecuencia jurídica que se deriva del precepto sustantivo en que se fundamenta este motivo. Con ello el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión, en cuanto parte de la base en la fundamentación de su único motivo de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte de esta Sala; y esto último no ha ocurrido por estimarse que la acción hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida es lógica y racional, no pecando de conclusiones absurdas que supongan un verdadero disparate, como al efecto expusimos en los razonamientos sobre la infracción procesal.

Y como declara la STS de 11 de marzo 2004, EDJ 2004/10594 "El hacer supuesto de la cuestión no es admisible en casación, como tantas veces ha reiterado esta Sala. Así lo han expresado las sentencias entre otras, de 16 de marzo de 2000, 17 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 3 de mayo de 2001, y 9 de mayo de 2002.

De otro lado como declara la STS de 4 de mayo 2010, EDJ 2010/71263, recogiendo el sentir de la de 4 diciembre 2007 la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005, entre otras). En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación -y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal- (SSTS 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006 y 29 de septiembre 2006, entre las más recientes).

Por todo ello no se pueden estimar hayan sido infringidos los preceptos sustantivos que se mencionan al no resultar probados en la instancia los supuestos fácticos que determinan su aplicación, esto es que los testadores fueran dementes en intervalo lúcido o no supieren o pudieren leer o escribir, cuestión de la que dio fe el notario autorizante y que tampoco se desprendió de las pruebas practicadas en instancia.

A ello debemos añadir, desde el punto de vista sustantivo, que la referencia que realiza tanto el artículo 184 de la Ley 2/2006, como el 136 de la anterior 4/1995, al testamento en intervalo lúcido tiene más relación con la versión del artículo 665 del Código Civil en su redacción originaria que con la regulación que resultó



de la Ley de reforma de 20 de diciembre de 1991 , en la que dejó de tratarse del testamento del demente en intervalo lúcido para regularse el testamento del judicialmente incapacitado en la forma que al efecto previene el vigente artículo 665 CC .

Así las cosas la conclusión que puede extraerse de la interpretación de aquellos artículos de la Ley gallega es la de que cuando se hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo en realidad al supuesto contenido en el artículo 665 CC . De lo cual resulta que, por una parte, si se trata de persona que padezca alguna enfermedad mental que no haya sido judicialmente incapacitada, que sería el caso de autos, se aplicarán únicamente las normas generales sobre la apreciación de su capacidad, que queda remitida al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; por otra, que el supuesto para el que el artículo 184 LDCG exige la intervención de dos testigos, al que también se refería la LDCG 4/1995, es el que ahora regula el Código Civil respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad para testar. Conclusión coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la capacidad para testar; así la sentencia de 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6860) declaró que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti.

Por ello no pueden considerarse infringidos los distintos preceptos citados en el presente motivo, bien fueren del Derecho Civil especial de Galicia, bien del Código Civil, cuyo vigente artículo 697 , relativo a la necesidad de testigos, tampoco contempla el testamento en intervalo lúcido. Y no se pueden considerar infringidos por cuanto del sustento fáctico no resulta, por una parte que los testadores tuvieren declarada judicialmente su incapacidad, y por otra al constar probado que el notario autorizante en cada uno de ellos estimó tenían capacidad suficiente para testar, criterio corroborado en ambas sentencias de instancia cuyos hechos probados, como se expuso con anterioridad, deben ser asumidos en la casación.

Por todo lo cual procede la desestimación del presente motivo.

**SEXTO** : La desestimación de los motivos en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida (argumento ex artículo 487.2 LEC ). En lo tocante a las costas del recurso, procede su imposición ex artículos 394.1 y 398.1 LEC ; y por lo que hace al depósito constituido para recurrir, procede declarar su pérdida (disposición adicional decimoquinta, punto 9, de la LOPJ).

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS

**No** haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>o</sup> Gabriel , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, con sede en Santiago de Compostela, con fecha de treinta de septiembre 2009 (rollo de apelación 435/2008 ); la cual confirmamos, con imposición al recurrente de las costas del recurso y pérdida del depósito para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvanse las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.