



Roj: **STS 1627/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1627**

Id Cendoj: **28079110012016100231**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **697/2014**

Nº de Resolución: **234/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 3309/2013,**
STS 1627/2016,
AATS 6545/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 493/2013 por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 180/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Siero, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Miriam Menéndez Díaz en nombre y representación de doña Macarena y don Adrian, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Blanca Nales Tuduri en calidad de recurrente y la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de doña Estefanía en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Miriam Menéndez Díaz, en nombre y representación de doña Macarena y de don Adrian interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Estefanía como heredera instituida de don Felix y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Dicte sentencia por la que con estimación de la demanda se declare la nulidad del testamento otorgado por don Felix el día 1 de octubre de 2009 ante el Notario de Oviedo don Luis Alfonso Tejuca Pendás».

SEGUNDO .- El procurador don Antonio Sastre Quirós, en nombre y representación de don Adrian, doña Macarena y don Rafael, 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:

«Declarando la incapacidad legal de don Felix señalando en la sentencia que se dicte, a la vista de la prueba que se practique en el acto de la vista oral, la extensión de la incapacidad y su nombre como tutor del incapaz a su sobrino don Adrian ».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Siero, dictó sentencia con fecha 30 de enero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora doña Miriam Menéndez Díaz, en representación de doña Macarena y don Adrian, contra doña Estefanía, representada por la procuradora doña Ana María Fonseca Melchor, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos que se formulaban contra ella.



No procede hacer especial imposición de las costas de este procedimiento».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por doña Macarena y don Adrian contra la sentencia dictada en fecha treinta de enero de dos mil trece por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Siero , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se confirma.

No procede imposición respecto de las costas de la presente alzada».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de doña Macarena y don Adrian . Argumentó el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC . Segundo.- Ordinales 2.º y 4.º del artículo 469.1 LEC .

El recurso de casación lo planteó en un único motivo.- Artículo 477.2.3.º LEC .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de octubre de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de doña Estefanía presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo del 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un testamento por falta de capacidad mental del testador, particularmente derivada de su deterioro cognitivo y de la demencia senil que padeció el causante.

2. En síntesis, los demandantes doña Macarena y don Adrian ejercitan una acción de nulidad del testamento abierto otorgado por su tío, don Felix , el 21 de octubre de 2009. En dicho testamento, que revocaba uno anterior otorgado el 20 de mayo de 1981, el notario autorizante realizó el juicio de capacidad para su otorgamiento y don Felix instituyó como heredero universal a su sobrina doña Estefanía (hija de su otra hermana doña Lorena).

3. La sentencia de la Audiencia, de acuerdo al extenso y pormenorizado análisis llevado a cabo por la sentencia de primera instancia, señala el siguiente relato de hechos determinantes para la resolución del caso:

«[...] «Una vez que en el mes de agosto de 2.009 los actores, que desde tiempo venían observando una evolución en su tío don Felix con pérdidas de memoria e ideas delirantes, lo ingresaron en el Centro Intergeneracional Ovida, donde el 26-82.009 el Dr. Hermenegildo , tras examinarlo, emitió un informe en el que aludía a alteración inmediata de la memoria, desorientación en persona, tiempo y espacio, alteración del cálculo y escritura, afasia, apraxia y agnosia, por lo que estimando que su patología neurológica le impedía realizar una vida activa obligándole a precisar ayuda de tercera persona, y entendiendo tal cuadro clínico irreversible, dicho facultativo puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía a fin de iniciar un proceso de incapacitación, lo que asimismo denunciaron los actores y apelantes doña Macarena y don Adrian . Dicho procedimiento correspondió al Juzgado n° 7 de Oviedo con el n° 932/09.

»En dicho procedimiento, el 28-9-09 el Sr. Médico Forense emitió un dictamen tras examinar al presunto incapaz, en el que entre otras cuestiones resaltó su conducta educada, un grado de colaboración aceptable, un consciente nivel de conciencia, una orientación autopsíquica deficiente y una memoria deficitaria, con inteligencia dentro de los límites normales. En cuanto al área cognoscitiva señaló que su deterioro cognitivo era leve a moderado, dándose cuenta parcialmente que mentalmente se está deteriorando, precisando ayuda para las habilidades de la vida independiente, conociendo su situación económica pero presentando limitaciones para decidir con total libertad sobre su patrimonio, sobretodo porque puede ser fácilmente influenciado. En cuanto a su valoración aludió a demencia senil e incapaz parcial, y en cuanto a las capacidades adaptativas refirió defecto cognoscitivo moderado, discapacidad limitada a actos patrimoniales complejos. En cuanto a sus conclusiones, señaló que el paciente presentaba diagnóstico compatible con delirium, demencia, trastornos amnésicos y otros cognoscitivos, estando parcialmente anulada la capacidad de autogobierno de



bienes y persona. Demencia senil y afección neurológica permanente. Recomendó su ingreso en un geriátrico para garantizar sus cuidados.

»Desde su ingreso en el Centro Intergeneracional, Don Felix recibía visitas de sus sobrinos antes referidos, si bien el día 20-10-2.009 Doña Estefanía, igualmente sobrina suya y con quien también mantenía trato, compareció en dicho Centro solicitando ser incluida como persona de contacto con su tío, acudiendo a visitarlo desde entonces casi cotidianamente y sacándolo varias horas fuera del mismo.

»El día 21-10-2.009, a las 18,20 horas, Don Felix compareció en la Notaría del Sr. Notario don Luis Alfonso Tejuca Pendas a fin de otorgar testamento abierto, habiéndolo juzgado dicho fedatario con capacidad suficiente para otorgarlo, conteniendo el mismo una única cláusula consistente en instituir como heredera universal a su sobrina doña Estefanía (hija de su hermana doña Lorena), con sustitución vulgar por sus descendientes.

»Dos días más tarde, el 23-10-2.009, Don Felix volvió a comparecer en la misma Notaría a fin de otorgar poder para pleitos, y obviamente personarse en el procedimiento de incapacidad, señalando nuevamente el Sr. Notario que a su juicio tenía capacidad suficiente para dicho otorgamiento.

» El 28-10-2.009, nuevamente Don. Hermenegildo emitió informe en el que señalaba que el paciente a su ingreso en el Centro había sido diagnosticado de demencia degenerativa tipo Alzheimer, persistiendo en la actualidad problemas de memoria, desorientación y alteración del juicio crítico que condicionan sus actividades de la vida diaria y la necesidad de supervisión las 24 horas del día, habiéndose controlado desde el punto de vista conductual su sintomatología neuropsicológica.

»El 31-10-2.009 don Adrian formuló denuncia frente a Doña Estefanía alegando que Don Felix era titular de unos fondos de inversión depositados en el BBVA así como de una cuenta abierta en la oficina central de dicha entidad sita en la C/ Mendizábal de Oviedo, y desde que la denunciada le había comenzado a sacar del Centro durante varias horas de forma cotidiana se habían producido distintas extracciones de dicha cuenta, así como cancelación de los fondos. Admitida a trámite la denuncia, que correspondió en reparto al Juzgado de Instrucción nº 4 e incoadas D. Previas nº 3291/09, se libró el pertinente oficio al BBVA, resultando que la cuenta en cuestión era de la titularidad de Don Felix, estando autorizada Doña Estefanía, que la cancelación de los fondos de inversión había sido solicitada por Don Felix, que estaba acompañado por Doña Estefanía, y que el cheque por dicho montante fue expedido a nombre de Don Felix por unos 600.000 euros, quien en principio lo ingresó en la cuenta y, posteriormente, el 29-10-2.009 fue compensado al Banco Popular Español. Con el referido oficio la entidad bancaria acompañó extracto de la cuenta, en el que se observa que el día 26-10-2.009, por el concepto "reembolso fondo de inversión", fueron ingresados en la misma 23.389,49 euros, 115.289,83 euros y 380.467,61 euros, el día 27-10-2.009 por el concepto "valores, abono por venta de tit." la cantidad de 75.953,17 euros, y el mismo día, y nuevamente por el concepto "reembolso fondo de inversión", las cuantías de 585,40 euros, 2.992,48 euros y 9.672,74 euros. Finalmente, el día 28-10-2.009 consta un "cargo por emisión de cheque banc." por importe de 600.000 euros. Por su parte, en respuesta al oficio que fue librado al Banco Popular, por el mismo se respondió que en efecto existía una cuenta de ahorro a nombre de Don Felix estando como autorizada Doña Estefanía y en la que, en efecto, había sido ingresado el día 28-10-2.009, fecha de la apertura de la cuenta, un cheque por importe de 600.000 euros.

»En lo que se refiere a las declaraciones prestadas en las D. Previas antes mencionadas, el 3-12-2.009 compareció en el Juzgado la denunciada Doña Estefanía, quien manifestó, entre otras cuestiones, que era cierto que había acompañado a su tío a las entidades bancarias para realizar las extracciones, que el mismo había sido quien había decidido realizarlas sin ningún tipo de coacción, y ello porque sabía que lo querían incapacitar y tenía pánico, y que su tío lo único que había hecho era hacer líquidos los fondos e ingresarlos en el Banco Popular. Don Felix declaró el día 13-1-2.010 señalando que la decisión de cancelar los fondos y pasar el dinero al Banco Popular la había tomado él mismo, y que no sabía si tenía autorizada a su sobrina. Que la razón del cambio del dinero fue por consejo de ciertas amistades, no de su sobrina, y que el cambio lo hizo porque le pareció que era conveniente, respondiendo a la pregunta de si era consciente de los efectos fiscales de dichos movimientos, que sí era consciente, y si tenía conocimiento de los impuestos que tiene que pagar a Hacienda, respondió que no es que tenga o no conocimiento, que los paga cuando tiene que pagarlos.

»El 15-2-2.010, y en las referidas actuaciones, el Sr. Fiscal emitió informe en el que estimó no existir motivos suficientes para estimar la comisión de un delito patrimonial, a pesar de la existencia de sospechas sobre la finalidad de tales operaciones y la capacidad del titular de emitir un válido consentimiento, señalando que aunque presenta un deterioro mental, del informe Forense se deduce que aún siendo persona influenciabile posee cierta capacidad de control personal y conocimiento de su situación patrimonial, y de la propia declaración prestada por él en la causa se deduce un discurso expresivo de una voluntad consciente, al menos en cierto grado.



»Por el Juzgado se dictó auto de sobreseimiento de dichas actuaciones en cuya resolución se consignó literalmente lo siguiente: "A pesar de su edad y de su estado de salud aquejado de una demencia senil, sin embargo como recoge el Médico Forense en su informe y pudo apreciarse en su comparecencia y declaración prestada a presencia judicial ante este Juzgado, no tiene anuladas las facultades de autogobierno de su persona y bienes, y conserva un cierto grado de control y conocimiento de su situación personal y patrimonial, Habiéndose expresado en todo momento de forma coherente y consciente..."

» El 15-4-2.010 se dictó sentencia en el procedimiento de incapacitación acordando la procedencia de la modificación de la capacidad de obrar de Don Felix , declarando su falta de capacidad de obrar y habilidades para actuar por si solo y prestar consentimiento válido, entre otras cuestiones, para otorgar testamento, designando como tutor a don Adrian ; esta sentencia fue recurrida por dicho declarado incapaz, dictándose otra por la Sección 6.ª de esta Audiencia que la revocó en el sentido de declarar tutora a Doña Estefanía , señalando no existir en tal persona, que era la propuesta por el propio incapaz, impedimento legal alguno para asumir el cargo, y que por las declaraciones prestadas por el propio interesado así como por todos sus sobrinos, en el acto de la vista celebrado en esta segundo instancia, resulta que aquélla es el familiar que ha tenido anteriormente y tiene en la actualidad una mayor relación personal con el mismo, y no existe razón para no atender a sus preferencias».

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y declaró la validez del testamento.

5. La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirmó la resolución del juzgado de primera instancia. En este sentido, y pese a las dudas razonables que presenta este caso, consideró que la carencia de capacidad mental ha de resultar acreditada de una manera indudable al tiempo del otorgamiento del testamento prevaleciendo, en caso contrario, la presunción *ius tantum* de capacidad en virtud de la intervención notarial y su juicio de capacidad. Con detalle, en su fundamento de derecho segundo, declaró lo siguiente:

«[...] Así expuestos de modo objetivo los hechos y, como se dijo al principio, siendo así que ha de partirse de la presunción de capacidad del testador, quién afirma su incapacidad debe probarla de modo claro e indubitado, pues cualquier duda al respecto no podría favorecer su pretensión.

»El art. 663 del CC declara incapaces para testar (nº 2) a quien de manera habitual o accidental no esté en su cabal juicio. Disponiendo el art. 666 que para apreciar la capacidad del testador ha de estarse únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Por su parte, el art. 664 señala que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido, lo que ha sido entendido en el sentido de que la declaración de incapacidad mental posterior al acto de testar no alcanza a demostrar que el causante careciese en ese momento de un intervalo de lucidez.

»De la conjunción de tales preceptos se deduce que el punto de partida para la declaración como incapaz para el otorgamiento del testamento sería la de la declaración judicial en tal sentido (sentencia del TS de 12-12-1.981), que en el caso presente sería la sentencia del Juzgado nº 7 de Oviedo, posterior al otorgamiento del testamento, y que además tendría carácter constitutivo y sin efectos " *ex tunc* ". Por lo tanto, la cuestión sería y es dilucidar si en el preciso momento en el que el causante compareció ante el fedatario público ostentaba o no capacidad al efecto.

»Nuestra jurisprudencia ha señalado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, de manera que la prueba en contra no debe dejar margen de duda. Por otro lado, se ha señalado, así la sentencia de 14-4-1.987, que la aseveración notarial respecto de la testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *ius tantum* de aptitud.

»En el caso presente, como se ha visto, se emitieron diversos informes facultativos, algunos de ellos con anterioridad al otorgamiento del testamento, y en los que presumiblemente se apoyó la sentencia que declaró su incapacidad, y por otra parte tampoco se puede obviar el hecho de que la demandada y ahora apelada hubiese acompañado a Don Felix a la Notaría, así como a realizar las operaciones bancarias descritas, todo lo que en principio abocarían desde la lógica a considerar que el testador pudo resultar influenciado. o coaccionado al momento de otorgar el testamento.

»El Sr. Notario lo estimó capaz, y tampoco dudó de ello cuando compareció dos días más tarde a otorgar el poder para pleitos, y aun cuando esto no resultaría determinante teniendo en cuenta por quién iba acompañado, no cabe hacer tabla rasa de sus declaraciones en el Juzgado de Instrucción, también anteriores a la sentencia de incapacidad, las apreciaciones tanto de la Sra. Juez como del Ministerio Fiscal puestas de relieve en el precedente fundamento, e incluso lo señalado en la sentencia de la Sección Sexta de esta Audiencia, que consideró a Doña Estefanía como la tutora en base a la propia voluntad de Don Felix , reconociendo que era



la familiar que tenía y había tenido una mayor relación con él; por otro lado, en el informe del Sr. Forense no se aludió a una total anulación de la capacidad de gobierno de Don Felix , sino parcial.

» Considerando todo ello, nos encontramos con una situación espinosa en orden a su decisión, como ya con todo atino reconoció la Sra. Juez de instancia, mas si como se dijo la carencia de capacidad ha de resultar acreditada de manera indudable, no se oculta que en el caso se nos presentan dudas razonables al respecto, de ahí que proceda refrendar lo acordado en la sentencia apelada».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal. Error en la valoración de la prueba e incongruencia omisiva.*

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos.

2. En el motivo primero, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , denuncia que la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución , al valorar la prueba practicada de manera ilógica e incurrir en un error patente y arbitrario. En su desarrollo argumenta que la sentencia incurre en contradicción al afirmar que los hechos probados abocan a considerar que el testador pudo resultar influenciado o coaccionado en el momento de otorgar testamento.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado. Como tiene dicho con reiteración esta Sala, en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

La selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

Además, como ya dijimos en la sentencia 613/2015, de 10 de noviembre , en todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la fijación de los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica.

En el motivo que examinamos el recurrente no identifica error patente o arbitrario alguno en la valoración de los concretos medios probatorios que hubiera sido relevante para el fallo, sino que se ha limitado a denunciar una falta de lógica y contradicción en los razonamientos. Infracción que, de existir, afectaría a la motivación correcta de la sentencia, pero no constituiría un error en la valoración probatoria. En cualquier caso, en el motivo se realiza una lectura solo parcial y sesgada de los razonamientos de la sentencia, al prescindir de su conclusión principal, que no es otra que la falta de acreditación de la carencia de capacidad de don Felix en el momento de otorgar testamento de acuerdo a la valoración prudente de la prueba realizada.

4 . En el motivo segundo, al amparo de los ordinales 2º y 4º del artículo 469.1 LEC , denuncia la vulneración del apartado 1 del artículo 218 LEC , que establece los requisitos de congruencia y motivación de la sentencia y por infracción del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito consagrado en el artículo 24 de la Constitución . En su desarrollo, denuncia que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no dar contestación a la posible infracción del artículo 753 del Código Civil que fue citado, como aplicable al fondo de la controversia, en el escrito de demanda.

5. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (sentencias 173/2013, de 6 de marzo , 31/2014, de 12 de febrero , y 467/2015, de 21 de julio).



En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia (SSTS 476/2012, de 20 de julio y 365/2013, de seis de junio), que «las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuestas por aquellas ni aplicables de oficio por el juzgador». De tal forma que, como puntualiza la última sentencia citada, «la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado».

En cualquier caso, el artículo. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé: «sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas». De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario (sentencias núm. 634/2010, de 14 de octubre , y 241/2015, de 6 de mayo), y asimismo, que no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, sentencia núm. 538/2014, de 30 de septiembre , y las que en ella se citan).

Los recurrentes, si bien es cierto que tanto en la demanda, como en el recurso de apelación (fundamento de derecho tercero), interesaron el pronunciamiento acerca de la aplicación del artículo 753 del Código Civil en el presente caso, pronunciamiento que resultó omitido en ambas instancias, no obstante, tampoco han cumplido con el requisito de solicitar, por la vía del artículo 215. 2 LEC , que el tribunal de apelación se pronunciara sobre el pronunciamiento que se ha omitido, por lo que la cuestión no debió tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal a la vista de lo previsto en el artículo 469. 2 LEC , y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

Por último, y en atención al desarrollo del motivo, también conviene precisar que la denuncia de incongruencia de la sentencia constituye, de existir, una infracción de las normas legales reguladoras de la misma, de forma que su correcta formulación se ha de realizar a través del ordinal 2.º del artículo 469. 1 LEC , cauce específico para denunciar estas infracciones, sin acudir al cauce del ordinal 4.º del citado artículo. Además, la incongruencia supone una infracción diferente a la falta de motivación y no pueden ser objeto de una denuncia conjunta, so pena de incurrir en falta de claridad e impedir una correcta respuesta casacional.

TERCERO.- Recurso de casación. Nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador. Necesidad de probar concluyentemente dicha falta de capacidad en el momento del otorgamiento del testamento. Presunción de capacidad y «favor testamenti». Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC , por interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

2. En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 662 , 663. 2 , 664 , 665 y 666 del Código Civil , con cita de las SSTS de 30 noviembre de 1968 , 22 de junio de 1992 , 8 de junio de 1994 , 19 septiembre de 1998 y 4 de octubre de 2007 . Considera que la sentencia recurrida, al fijar como punto de partida de la nulidad testamentaria la declaración de incapacidad del testador y que dicha declaración no alcanza a demostrar que el causante careciese de capacidad respecto de los actos anteriores, contradice la jurisprudencia reseñada, pues para la declaración de nulidad de un testamento no es necesario que exista una previa o coetánea declaración de incapacidad respecto del otorgamiento del testamento.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

Como se observa del fundamento de derecho transcrito de la sentencia recurrida, la argumentación de la parte recurrente resulta incorrecta, pues la Audiencia no declaraba lo así alegado sino, más bien, lo contrario. En este sentido, lo que viene a precisar la sentencia, de forma acertada, es que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar



cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «ex tunc» de la sentencia de incapacitación. De ahí que la sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador. Conclusión que infiere no de la existencia de una previa o coetánea declaración de incapacidad judicial del testador, sino, como se ha señalado, de la propia valoración conjunta de la prueba practicada.

Por lo demás, y ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de «*favor testamenti*» y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008 , núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012 , núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 , y 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015).

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por los mismos se impongan a la parte recurrente, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1 LEC .

2. Asimismo, procede la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de doña Macarena y don Adrian contra la sentencia dictada, con fecha 19 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 493/2013 .

2. Imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.