

IDONEIDAD EN LOS TESTAMENTOS ABIERTOS, PARA SER TESTIGO DE LA PAREJA DE HECHO DE LA INSTITUIDA HEREDERA

(Comentario a la STS de 19 de octubre de 2016)¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Conforme al artículo 682 del Código Civil, en el testamento abierto no podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Ahora bien, no cabe una interpretación extensiva de los requisitos formales en el testamento abierto, en lo que se refiere con la idoneidad de la pareja sentimental de hecho (es decir, no es cónyuge) de la instituida heredera para ser testigo instrumental; en primer lugar, porque el legislador no se ha pronunciado de un modo concluyente acerca de la equiparación general de las parejas de hecho a los matrimonios a todos los efectos o consecuencias jurídicas que pudieran derivarse, sino de modo particularizado según los ámbitos de incidencia en los que ha considerado oportuno proceder a dicha equiparación; y en segundo lugar, por la aplicación del principio de *favor testamenti*, y así constatada la autenticidad de la declaración y la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad del testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades.

Palabras claves: testamentos, nulidad de testamento abierto, testigos instrumentales y *favor testamenti*.

Fecha de entrada: 12-11-2016 / Fecha de aceptación: 24-11-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de octubre de 2016).

La sentencia que se comenta tiene interés en la medida en que es dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, y es relevante en relación con los actos formales y solemnes que son los testamentos abiertos otorgados ante notario, en los que intervienen testigos instrumentales que han de ser idóneos, en la medida en que no debe concurrir causa de inhabilidad para ello (arts. 682 y 697 Código Civil).

Brevemente los hechos son los siguientes: la demandante nieta de los testadores interpone demanda de nulidad de testamentos abiertos con base en que no reunían los requisitos extrínsecos necesarios para su validez, pues actuó como testigo instrumental la pareja de hecho de la instituida heredera, hija de los testadores y madre de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda presentada, por entender que de acuerdo con la realidad social existente, convivencia *more uxorio*, la pareja sentimental estable de la instituida heredera –las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social como dispone el artículo 3.1 del Código Civil– es testigo inhábil y la no inclusión en el artículo 682 del Código Civil de esta prohibición es fruto de la fecha en la que se redactó dicho precepto y no de una verdadera voluntad de la exclusión del legislador. La finalidad del testigo en estos actos es la de garantizar que las disposiciones de última voluntad contenidas en la escritura notarial se correspondiesen con la verdadera voluntad del testador, y evitar que la intervención de los testigos pudiera coadyuvar a que en el testamento notarial se incluyesen disposiciones no verdaderamente queridas por el testador, en interés directo o indirecto del testigo interviniente, y la intervención de la pareja estable de la instituida heredera es asimilable a la del cónyuge del instituido heredero. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto y revocó la sentencia dictada en primera instancia por entender no figurar las parejas de hecho entre los testigos inhábiles para intervenir en dichos actos y de acuerdo con la necesidad de preservar la voluntad del testador expresada en el testamento, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, salvo que constara claramente que fuera otra su voluntad.

El testamento abierto ante notario es un acto formal y solemne, que debe cumplir con los requisitos que determinan los artículos 695 y siguientes del Código Civil, que exige la intervención de dos testigos idóneos cuando el testador no sabe o no puede leer, como ocurría en el supuesto de la sentencia que se comenta, por lo que era necesaria su intervención en dicho acto. La intervención de la pareja estable de la instituida heredera intervino y es lo que se combate por la demandante. En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa* es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma, y no convalidables posteriormente.

Es evidente que socialmente las relaciones estables de pareja se asimilan al matrimonio, y eso tiene consecuencias en la legislación, fundamentalmente a nivel autonómico, si bien con diferente alcance, y en algunos aspectos a nivel general como ocurre en el ámbito de la legislación penal.

Sin embargo no existe un criterio general de equiparación que asimile jurídicamente ambas instituciones; solo de manera parcial y en ámbitos muy determinados se asimilan ambas instituciones. Tampoco en el ámbito civil ha llevado a efecto esa asimilación, no aprovechando las diferentes reformas legislativas para modificar la legislación civil, y más concretamente en materia de testamentos el artículo 682, que sigue manteniendo la redacción anterior a la modificación que experimentó por la Ley 30/1991, al disponer que «en el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad». Por tanto no aparece la prohibición para que una pareja de hecho del instituido pueda ser testigo en estos testamentos, y no puede aplicarse por analogía en la medida en que supondría ampliar las prohibiciones legales a otros casos no recogidos expresamente, lo que no parece posible por esta vía; solo sería posible por medio de una modificación que realizara el legislador, que como se ha mencionado mantiene la regulación existente pese a las modificaciones legales establecidas en los últimos tiempos.

Debe indicarse que si bien el artículo 687 del Código Civil determina que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo, que es el denominado «De los testamentos», y que comprende los artículos 662 a 743 del referido texto legal, no obstante la jurisprudencia ha intentado mitigar al excesivo rigor del citado artículo 687 al interpretarlo, abriendo una línea antiformalista en aquellos casos en que la formalidad omitida tenga un carácter meramente accesorio e intrascendente. Así, pese a la sanción de nulidad del precepto, es preciso tener en cuenta la índole de las formalidades omitidas para apreciar, en relación con su transcendencia, el límite dentro del cual pueden considerarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión, pues acudir a una declaración de nulidad del testamento solo está justificado si la causa alegada resulta inequívoca para llegar a esa solución extrema. Por otra parte, la nulidad radical del testamento exige que no se hayan observado las formalidades establecidas por el Código Civil teniendo en cuenta las reglas específicas de cada tipo de testamento, y en lo que a este caso se refiere, las establecidas para el testamento abierto, en los artículos 694 y siguientes del Código Civil.

Establece el artículo 694, párrafo 1, del Texto Sustantivo, redactado conforme a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, que el testamento abierto deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. Tal y como señala la exposición de motivos de dicha ley, la reforma legal que incorpora recogía el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad, suprimiendo como requisito general el concurso de los testigos, con el testador y el notario, en la formalización del testamento, con determinadas excepciones, contenidas en el artículo 697.1.

Como consecuencia de la citada reforma, el deber de conocimiento del testador por parte del notario interviniente se logra, bien a través de los testigos que le conozcan y sean conocidos del

mismo notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas (art. 685 Código Civil). Y es que la actuación más importante del notario es la dación de fe conforme a las leyes, que lleva consigo la función documentadora, conforme al artículo 1 de la Ley del Notariado; el correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa resulta transcendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria, por lo que se hace más exigente la labor encomendada al notario en tal sentido. El artículo 23 de la Ley del Notariado de 1862 establece como básico el conocimiento directo por el notario de las personas que recaben sus servicios y también medios supletorios de identificación, a los que puede acudir a falta de dicho conocimiento personal, que era la identificación mediante testigos.

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 de noviembre de 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 que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que los testadores se mostraron conformes. Por tanto consta la autenticidad de las manifestaciones del testador, la intervención del notario y la de dos testigos, la pareja de hecho de la instituida y otro testigo más, quedando recogida la voluntad real por el notario, sin que se quebrantaran las formalidades testamentarias de manera que pudieran determinar la nulidad por vicios formales de los testamentos autorizados; se cumplieron las solemnidades necesarias exigidas por la legislación requeridas, y sin que tuviera incidencia en la misma la presencia de la pareja de hecho de la instituida heredera como testigo, sin que pudiera ser considerado como testigo inhábil, pues no está entre los supuestos que recoge el Código Civil.

Siendo lo realmente importante que la voluntad real del testador quede reflejada en el testamento abierto notarial que se realiza, la mera falta de cumplimiento de determinados aspectos formales de naturaleza meramente accesorio o no esencial, que tampoco concurren en el supuesto de la sentencia, no puedan originar la nulidad del mismo según el principio *favor testamenti*, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo.