

Roj: STS 4525/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4525  
Id Cendoj: 28079119912016100026  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 991  
Nº de Recurso: 1555/2014  
Nº de Resolución: 622/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO  
Tipo de Resolución: Sentencia

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1555/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

### **PLENO**

#### ***Sentencia núm. 622/2016***

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D. Fernando Pantaleón Prieto

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En Madrid, a 19 de octubre de 2016.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la recurrente doña Salvadora , representada ante esta Sala por la procuradora doña Nuria Lasa Gómez, contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2013 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla , en el recurso de apelación dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 16/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Osuna (Sevilla), sobre nulidad de testamentos. Ha sido parte recurrida doña Adela , representada ante esta Sala por la procuradora doña María Dolores Álvarez Martín

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Antonio Ortiz Mora, en nombre y representación de doña Salvadora , interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Adela y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«se declare la nulidad de los testamentos otorgados por los cónyuges Dimas y Coro , el día 31 de mayo de 2005, en Osuna, con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento, y con la expresa condena en costas».

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, el procurador don José María Montes Morales en nombre y representación de doña Adela , 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:

«Desestimando íntegramente la demanda formulada de contrario, se declare la validez de los testamentos otorgados por Don Geronimo y Doña Coro , con fecha 31 de mayo de 2005, declarando como heredera única y universal a su hija y mi representada DOÑA Adela , condenando a la parte actora al pago de las costas causadas».

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Osuna, dictó sentencia con fecha 17 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimar íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don José Antonio Ortiz Mora, en nombre y representación de doña Salvadora , frente a doña Adela , por lo que debo declarar y declaro la nulidad del testamento notarial otorgado en Osuna el día 31 de mayo de 2005 por don Luciano , y del testamento notarial otorgado en Osuna el día 31 de mayo de 2005 por doña Coro , con expresa imposición de las costas a la parte demandada».

**CUARTO.-** En fecha 24 de octubre de 2013, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se rectifica sentencia de fecha 17/10/13 , en el sentido de que tanto en el Fallo, como en el Fundamento Jurídico 2.º, 1.º y 2.º párrafo; Fundamento Jurídico 3.º principio y final del párrafo 1.º y 2.º párrafo; Fundamento Jurídico 4º.1.º, 2.º y 4.º párrafo; y Fundamento Jurídico 5.º. 2.º donde se dice Luciano , debe decir Dimas ».

**QUINTO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Adela , la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se estima el recurso interpuesto por la representación de doña Adela contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Osuna con fecha 17 de octubre de 2013 en el Juicio Ordinario n.º 16/2012, y DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución en el sentido de desestimar la demanda formulada por el Procurador don José Antonio Ortiz Mora, en nombre y representación de doña Salvadora , contra doña Adela , a la que se absuelve de las peticiones realizadas de contrario. Todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia ni las de esta apelación».

**SEXTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación la representación procesal de doña Salvadora con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal: 1. Infracción de los artículos 461 y 465, apartados 4 y 5, y por vulneración del derecho reconocido a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución . 2. Infracción de los artículos 460 y 464 de la LEC y por vulneración del derecho reconocido a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución . Segundo.- Motivos del recurso de casación: 1. Infracción de los artículos 682 , 687 y 3 del Código Civil y oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada, y en concreto las Sentencias de 12 mayo 1981 , 28 febrero 1989 , 19 junio 1989 , 11 abril 1995 , 15 de febrero de 2001 y 29 septiembre de 2007 . 2. Infracción de los artículos 682 , 685 , 687 y 697 del Código Civil y oposición a la doctrina jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en torno a los mismos, y en concreto las sentencias de 9 de mayo de 1990 , donde se citan las sentencias de 10 de julio de 1944 , 27 de septiembre de 1968 y 8 de marzo de 1975 ; en cuanto establece «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. 3. Infracción de los artículos 687 , 662 y 663.2 del Código Civil y oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en torno a los mismos y la doctrina que resaltamos entre paréntesis, y en concreto la Sentencia de 24 de julio de 1995 (mediante la prueba testifical se puede acreditar la incapacidad del testador a la fecha en que otorgó el testamento), Sentencia de 19 de septiembre de 1998 (nulidad de testamento por enfermedad progresiva de nulas posibilidades de recuperación, con declaración judicial de incapacitación en los meses posteriores a la fecha del otorgamiento)

y Sentencia de 4 de octubre de 2007 (declaración de la nulidad del testamento otorgado por una persona mayor que carecía de una falta de voluntad para tomar decisiones).

**SÉPTIMO.-** Recibidas las actuaciones y personadas ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, esta Sala dictó Auto de fecha 27 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue: «Admitir el motivo primero del recurso de casación, no admitir los motivos segundo y tercero de dicho recurso, y no admitir el recurso extraordinario por infracción procesa interpuestos por doña Salvadora contra la sentencia dictada con fecha 20 de febrero de 2014 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), en el rollo de apelación n.º 120/2014 dimanante del juicio ordinario n.º 16/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Osuna».

**OCTAVO.-** Dado traslado, la representación procesal de doña Adela presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

**NOVENO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de mayo de 2015, en cuyo acto se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 13 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, si, en un testamento abierto, la pareja de hecho de la instituida heredera puede ser **testigo** idóneo según las formalidades previstas en los artículos 682 y 697 del Código Civil.

2. De la relación de hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes:

I) En los respectivos testamentos de doña Coro y don Dimas, abuelos de la demandante, otorgados el día 31 de mayo de 2005, los testadores instituyeron heredera a su hija doña Adela, demandada y aquí recurrida.

II) En dichos testamentos participó como **testigo** instrumental don Anibal, cuya participación se impugna, junto con doña Berta, sin tacha u objeción alguna.

III) La instituida heredera reconoció que el **testigo** don Anibal era su pareja sentimental al tiempo del otorgamiento de los citados testamentos, existiendo una relación *more uxorio* entre ambos.

IV) Los testadores, que no sabían leer, declararon que el contenido de los testamentos otorgados era conforme con su voluntad expresada oralmente.

3. En síntesis, doña Salvadora, nieta de los testadores, ejercitó una acción de nulidad de los citados testamentos 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. También alegó la falta de capacidad de los testadores por no hallarse en «su cabal juicio al tiempo de su otorgamiento», cuestión que ha quedado fuera del recurso de casación.

La demandada se opuso a la demanda, alegó que los testamentos en los que fue instituida heredera fueron otorgados con todos los requisitos *ad solemnitatem* exigidos por el Código Civil. Que el **testigo**, don Anibal, no es el cónyuge de la instituida heredera, sino el compañero sentimental, por lo que no le afectan las prohibiciones para no ser **testigo** testamentario, pues se trata de una unión de dos personas, que no puede ser equiparada en ningún caso con el estado civil de cónyuge, conforme a la interpretación restrictiva del artículo 682 del Código Civil y la relación realizada por el notario que admitió su participación como **testigo** instrumental.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de dichos testamentos. En este sentido, en esencia, fundamentó la inhabilidad del **testigo**, en dos razones. En primer término, porque la finalidad del legislador para fijar las causas de inhabilidad de los **testigos** en los testamentos abiertos, del artículo 682 del Código Civil, fue 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. En segundo término, porque la finalidad de la norma para prohibir al cónyuge del instituido heredero ser **testigo** tiene la misma lógica para prohibir a la pareja sentimental establecer **testigo** en el testamento en el que se instituye heredera a su pareja y, en todo caso, las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social como dispone el artículo 3.1 del

Código Civil , 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.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso, por lo que revocó la anterior sentencia y desestimó la demanda, absolviendo a la demandada de todas las peticiones formuladas. Con mayor detalle, en el fundamento de derecho segundo, declaró:

«[...] La sentencia impugnada, al entender que la finalidad de las causas de inhabilidad para ser **testigos** previstas por el artículo 682 del Código Civil (en adelante Cc) era "evitar que la intervención de los mismos pudiera coadyuvar a que en el testamento notarial se incluyesen disposiciones no verdaderamente queridas por el testador, consideraba que en la prohibición relativa a los cónyuges de los herederos, debían entenderse incluidos por analogía las parejas estables constituidas al margen del matrimonio y por ello declaraba la nulidad de los testamentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 687 Cc .

»No comparte este tribunal dicho razonamiento, por cuanto no debe realizarse una interpretación analógica de una norma, como el artículo 682 Cc , que contiene una serie de prohibiciones para el ejercicio de un derecho, cual es el de participar como **testigo** en documentos otorgados ante notario, pues ello contraviene lo dispuesto en el artículo 4 Cc , pero además tal prohibición no se compadece con la obligación que establece el artículo 675 Cc de respetar la voluntad del testador expresada en el testamento, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

»Así pues, no apareciendo las parejas de hecho entre las personas que se consideran **testigos** inidóneos para ser **testigos** instrumentales en el testamento abierto, existiendo además otro **testigo** del que no se achaca ninguna circunstancia que le impidiera ostentar tal condición y estando además presente el Notario, que considero a ambos testadores como personas capaces para otorgar testamento y , por ello, conocedores de lo que disponían acerca de su herencia, no concurren las circunstancias establecidas por el artículo 687 Cc , aun reconociendo este tribunal o, precisamente por ello, Que "uno de los **dogmas** fundamentales de la sucesión mortis causa, es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la ley", como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1958 , no procede declarar la nulidad de los testamentos impugnados por doña Salvadora , por no concurrir la causa de inhabilidad para ser **testigo** en la persona de don Anibal ».

6. Frente a la sentencia recurrida, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, resultando admitido únicamente el motivo primero del recurso de casación.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Testamento abierto. Idoneidad del conviviente sentimental de la instituida heredera como **testigo** instrumental del otorgamiento del testamento. Artículos 682 , 687 y 697 del Código Civil . Principio de favor testamenti. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. En dicho motivo, la recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , denuncia la infracción de los artículos 682 , 687 y 3 del Código Civil , así como de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTs de 12 de mayo de 1981 , 28 de febrero de 1989 , 19 de junio de 1989 , 11 de abril de 1995 , 15 de febrero de 2001 y 29 de septiembre de 2007 .

En síntesis, la recurrente sostiene que los artículos 687 y 682 del Código Civil deben interpretarse con arreglo la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 del mismo texto legal . En este sentido, el **testigo** instrumental unido sentimentalmente a la persona que ha sido instituida heredera, con una convivencia similar a la matrimonial, tiene un indudable interés en la herencia, por lo que no resulta idóneo como **testigo** instrumental del testamento otorgado.

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

Con independencia de la improcedencia de la aplicación analógica en el presente caso, pues se trata de figuras o institutos diferenciados en su regulación jurídica, debe precisarse que la interpretación extensiva que propugna la recurrente, conforme a la realidad social como criterio de interpretación normativa, tampoco puede estimarse por diferentes razones.

En primer lugar, porque con relación a la equiparación o asimilación jurídica de ambas instituciones, particularmente a tenor de los mandatos constitucionales y de su proyección en la realidad social aquí alegada, el legislador no se ha pronunciado de un modo concluyente acerca de la equiparación general de dichas situaciones a todos los efectos o consecuencias jurídicas que pudieran derivarse (de hecho, falta una norma

estatal sobre la regulación de las uniones de hecho, existiendo una pluralidad de legislaciones autonómicas con diferente sentido y alcance), sino de un modo particularizado según los ámbitos de incidencia en los que ha considerado oportuno proceder a dicha equiparación. Conclusión que resulta evidenciada tras la última reforma operada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, en materia de testamentos que ha incidido en la modificación de diferentes preceptos, sin alterar o afectar lo dispuesto en el artículo 682 del Código Civil, que se mantiene en su anterior redacción.

En segundo lugar, porque conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, resulta de aplicación el principio de favor *testamenti*. En este sentido, en la sentencia núm. 435/2015, de 10 de septiembre, se resaltaba que conforme a este principio de *favor testamenti*, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada.

En el presente caso, han resultado acreditados tanto la autenticidad de la declaración testamentaria, con la conformidad de los testadores, como el juicio de capacidad de los mismos, sin que pueda apreciarse que la *ratio* del artículo 682 del Código Civil, en orden a preservar la autenticidad de la declaración del testador, se haya visto vulnerada por la participación como **testigo** instrumental de la pareja sentimental de la instituida heredera. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

#### **TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas del mismo sean impuestas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

2. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, según lo establecido y en la disposición adicional 15.ª de la LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Salvadora contra la sentencia dictada, con fecha 20 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, en el rollo de apelación núm. 120/2014.

2. Imponer las costas del recurso interpuesto a la parte recurrente.

3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.