

**COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 19 DE OCTUBRE DE 2016 (622/2016)**

La pareja de hecho del instituido heredero se considera un testigo idóneo en el testamento abierto, sin que le afecten las causas de inhabilidad del art. 682 CC, referidas al cónyuge

Comentario a cargo de:
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho Civil

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2016

RoJ: STS 4525/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:4525**

ID CENDOJ: 28079119912016100026

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Asunto: Se discute si la pareja de hecho del instituido heredero se puede equiparar al cónyuge del mismo, a los efectos de considerar que no puede ser testigo instrumental en un testamento abierto (art. 682 CC), en los casos en que es necesaria la presencia de testigos (art. 697). La equiparación conduciría a la nulidad del testamento (art. 687) en este caso. El Tribunal Supremo considera que, en orden a preservar la autenticidad de la declaración del testador, no se puede considerar que la finalidad del art. 682 CC haya sido vulnerada por la participación de la pareja de hecho de la instituida heredera como testigo instrumental.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. La naturaleza y finalidad de la intervención de

testigos en el testamento como problema de fondo. 5.2. La idoneidad de los testigos en el testamento abierto: los arts. 682 y 697 del Código civil. 5.3. La prohibición de ser testigo en el testamento abierto aplicable al cónyuge del heredero o legatario instituido. 5.4. Si la pareja de hecho del instituido debe ser equiparada al cónyuge a efectos de la prohibición de ser testigo. 5.5. La aplicación del principio de «favor testamenti», como criterio interpretativo y como principio general de derecho. 5.6. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Los cónyuges, don Dimas y doña Coro, otorgaron el 31 de mayo de 2005 sendos testamentos abiertos ante Notario. En los respectivos testamentos cada uno de los testadores instituía como única y universal heredera a doña Adela, hija común de ambos. En ambos testamentos participaron como testigos instrumentales don Aníbal y doña Berta, dándose la particularidad de que don Aníbal era entonces pareja de hecho de la instituida heredera, doña Adela.

Doña Salvadora, nieta de los testadores, e hija de la instituida heredera, ejercitó acción en la que solicitaba la nulidad de ambos testamentos por no reunir los requisitos extrínsecos necesarios para su validez. Se basaba para ello en que había actuado como testigo instrumental quien era pareja de hecho de la instituida heredera, considerando que le era aplicable la prohibición prevista en el art. 682 CC en cuanto al cónyuge del instituido heredero. Se alegó también la falta de capacidad de los testadores por no hallarse en «su cabal juicio al tiempo de su otorgamiento» (art. 662.2º CC), pero dicha cuestión quedó fuera del recurso de casación.

Llama la atención que sea la hija de la instituida heredera la que impugna por esta vía la institución en favor de su madre. De accederse a la nulidad de los testamentos procedería la apertura de la sucesión intestada (art. 912.1º CC), en la que sería única y universal heredera su madre, al ser de grado más próximo que su hija (arts. 921 y 931 CC), por lo que el resultado final de la sucesión no variaría. Probablemente existían testamentos anteriores en los que se beneficiaba a la nieta recurrente, que se revocaban en los dos testamentos que son objeto de impugnación. Al solicitarse la nulidad por no haberse observado las formalidades legales (art. 687 CC) lo que se pretendería es que no pudieran entenderse revocados aquellos otros testamentos anteriores. Sólo así se explica que el asunto pueda haber llegado al Tribunal Supremo.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 17 de octubre de 2013, estimó íntegramente la demanda interpuesta por doña Salvadora contra doña Adela, declarando la nulidad de ambos testamentos notariales, tanto el otorgado por don Dimas como el otorgado por doña Coro.

Como fundamento para declarar la nulidad de ambos testamentos el Juzgado de Primera Instancia se basó, en primer lugar, en que la finalidad de las causas de inhabilidad de los testigos en los testamentos abiertos (contenidas en el art. 682 CC) es la de garantizar que las disposiciones de última voluntad se correspondan con la verdadera voluntad del testador, y evitar que la intervención de los testigos pueda coadyuvar a que en el testamento notarial se incluyan disposiciones no verdaderamente queridas por el testador, en interés directo o indirecto del testigo interviniente. En segundo lugar, en que la prohibición para ser testigo del art. 682 CC, referida al cónyuge del instituido heredero, guarda identidad de razón con la situación de pareja de hecho, por lo que debe extenderse a este supuesto. Y en tercer lugar, en la necesidad de interpretar las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC), de manera que la no inclusión en el art. 682 CC de esta prohibición es fruto de la fecha en que se redactó dicho precepto y no de una verdadera voluntad de exclusión por parte del legislador.

3. Soluciones dadas en apelación

La Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 20 de febrero de 2014, estimó el recurso presentado por doña Adela, y revocó la resolución del Juzgado de Primera Instancia, en el sentido de desestimar la demanda formulada por doña Salvadora contra doña Adela.

4. Los motivos de casación alegados

Doña Salvadora plantea recurso extraordinario por infracción procesal (que no es admitido) y recurso de casación, alegando tres motivos: 1º Infracción de los arts. 682, 687 y 3 del CC y oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. 2º Infracción de los arts. 682, 685, 687 y 697 del CC y oposición a la doctrina jurisprudencial en torno a los mismos, en las sentencias que se citan, en cuanto a 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. 3º Infracción de los arts. 687, 662 y 663,2 del CC y oposición a la doctrina jurisprudencial en torno a los mismos, en concreto en cuanto a la posibilidad de acreditar mediante prueba testifical la incapacidad del testador a la fecha de otorgamiento del testamento.

El Tribunal Supremo inadmite los motivos 2º y 3º del recurso de casación, por lo que la cuestión de fondo se centra en el motivo 1º, es decir, si en un

testamento abierto puede ser testigo idóneo la pareja de hecho del instituido heredero, según las formalidades previstas en los arts. 682 y 697 CC.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La naturaleza y finalidad de la intervención de testigos en el testamento como problema de fondo*

El problema de fondo sobre el que gira la sentencia es el de los testigos que intervienen en los testamentos notariales. Con carácter general se puede decir que «testigos» son las personas que presencian el acto del otorgamiento del testamento de manera voluntaria, enterándose en unos casos de su contenido, o en otros, conociendo al menos que se ha otorgado una última voluntad. No obstante, en la legislación notarial, existen diferentes tipos de testigos, que tienen un cometido diferente, pudiendo diferenciarse, en lo que aquí interesa, entre testigos *instrumentales* y testigos de *conocimiento*.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, ha introducido un *tertium genus* en el ámbito notarial, que nada tiene que ver con los anteriores, al admitir la celebración de matrimonio ante Notario. En estos casos, dicha celebración se debe hacer constar en escritura pública que será firmada por el Notario ante quien se celebre, los contrayentes y *dos testigos* (art. 51.2.2º, 52.1º, 53, 57, 58 y 62 CC, y Disposición Transitoria cuarta de la Ley 15/2015). La presencia de estos testigos en el acto de celebración del matrimonio es un requisito *ad solemnitatem*, de manera que, si no concurren, el matrimonio es nulo (art. 73.3º CC). Pero estos testigos tienen una naturaleza diferente de la que se atribuye a los que intervienen en los testamentos (así se deduce del art. 29 LN). Es indudable que deben presenciar la prestación del consentimiento y firmar la escritura pública, pero estamos ante los mismos testigos a los que se refería ya el CC en cuanto a la celebración del matrimonio civil. La única peculiaridad que podría plantearse en el caso de la celebración ante Notario se refiere a la forma utilizada (escritura pública: arts. 17.1 LN y 144 RN), ya que en la legislación notarial se recogen casos en que es necesaria la presencia de testigos en las escrituras públicas (art. 20 LN y art. 180 RN). Entre los testigos excluidos para serlo se encuentran precisamente los parientes más próximos (en concreto, los que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, según los arts. 21 LN y 182.4º RN), bajo sanción de nulidad (art. 27.2º LN), con el propósito de que no puedan influenciar en la voluntad de quien otorga la escritura. A mi juicio, teniendo en cuenta la tramitación del expediente matrimonial previo, en el que se verifica la voluntad clara de los futuros contrayentes de contraer matrimonio, los parientes más próximos pueden ser testigos del acto de la celebración del matrimonio.

Volviendo a los testigos que intervienen en los testamentos, se consideran *instrumentales* aquellos testigos que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización del testamento (art. 180 RN). Debe, no obstante, ponerse de relieve que en el caso del testamento abierto los testigos instrumentales no sólo presencian el acto del otorgamiento, sino que se enteran del contenido del testamento. En cambio, tratándose de un testamento cerrado, los testigos sólo presencian su entrega, la declaración del testador de que en la cubierta que entrega se contiene su última voluntad, y el acta del otorgamiento.

Frente a los anteriores, los denominados *testigos de conocimiento* tienen como misión únicamente identificar a los otorgantes a quienes no conozca directamente el Notario (arts. 23 LN y 184 RN). Así pues, su único cometido es acreditar la identidad del testador, de manera que ni siquiera es necesario que el testador conozca a los testigos, mientras éstos conozcan al testador. De acuerdo con la función que desempeñan en el acto de otorgamiento, el art. 193 RN dispone que a estos testigos se les puede limitar la lectura a la parte que les corresponda, que se reducirá a la identificación del testador. Los testigos instrumentales pueden ser, a la vez, testigos de conocimiento (arts. 698.1º CC y 180.III RN).

Frente a lo que anteriormente he destacado en cuanto a las reglas generales de los testigos que intervienen en las escrituras públicas, hay que insistir en que no se pueden aplicar sin más a los testamentos las reglas previstas en la legislación notarial para estos testigos. Según el art. 29 LN «lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos, y demás disposiciones *mortis causa*, en la cuales regirá la ley o leyes especiales el caso». Ello quiere decir que no son aplicables a los testamentos las reglas de inhabilidad para ser testigos del art. 182 RN, sino las previstas en el art. 681 y concordantes del CC (o en su caso en la normativa civil autonómica correspondiente: arts. 421-11 CCCat y 415 CDFa); aunque sí habrá que observar aquellas disposiciones previstas específicamente para los testigos testamentarios (así, según el art. 180.IV RN, «no será necesario en los testamentos que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento cuando aseguren que conocen al testador, y el Notario conozca a éste y a aquéllos»)

5.2. *La idoneidad de los testigos en el testamento abierto: los arts. 682 y 697 del Código civil*

La Ley 30/1991, de 30 de diciembre, suprimió con carácter general el requisito de la necesidad del concurso de testigos a la hora de hacer testamento. La regla, a partir de entonces, es que no se precisa su presencia en los testamentos notariales comunes, salvo cuando concurren en la persona del testador determinadas circunstancias. Esta misma manera de enfocar las cosas se refleja en los Derechos civiles de Aragón (art. 413.1 CDFa), Cataluña (art. 421-

10 CCCat), Galicia (art. 183.1 LDCG), y de las Islas Baleares (art. 52 CDCEB). Por el contrario en Navarra (ley 188 FN) a pesar de remitirse al CC en todo lo demás, se especifica que «los testamentos abiertos otorgados ante Notario requieren la intervención de dos testigos».

En el supuesto de testamento abierto, como es el caso de la sentencia objeto de comentario, esas circunstancias especiales que pueden concurrir en la persona del testador, según el art. 697 CC son las siguientes: 1º Que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2º Que el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. 3º Que el testador o el Notario lo soliciten (en sentido similar se expresan los arts. 413.2 CDFA, 421-13 CCCat, 184 LDCG y 52 CDCEB). Como se refleja en el Fundamento Jurídico primero de la sentencia en estudio, en los testamentos de cada uno de los cónyuges la circunstancia que concurre es que no saben leer (art. 697.2º CC).

Los testigos que deben concurrir en estos casos son los denominados *instrumentales*. El art. 697 CC lo único que exige es que se trate de testigos *idóneos*, entendiendo la STS 10 junio 1966 que el requisito de la idoneidad es exigible para todo tipo de testigos, ya sean instrumentales o de conocimiento. El legislador, sin embargo, no especifica en qué consiste esta idoneidad (sí lo hace, en cambio, art. 421-11 CCCat, conforme al cual «deben entender al testador y al notario y deben saber firmar. No es preciso que sean rogados, ni que conozcan al testador, ni que tengan su misma residencia»). Lo único que se hace es fijar un criterio negativo en el art. 681 CC determinando quiénes no pueden ser testigos en los testamentos.

Entre los supuestos que se enumeran en el art. 681 CC no aparece ninguna mención al cónyuge o parientes del testador. Sólo en el ap. 5º se extiende la prohibición para ser testigos al «cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo», criterio que concuerda con el previsto en el art. 27 LN, y que tiene por finalidad, según la STS 16 diciembre 1975, «velar por la dignidad e independencia de la fe pública notarial».

No aparecen en cambio mencionados en el CC ni los *favorecidos por el testamento* [que sí se excluyen en todo tipo de testamentos en los arts. 415.c) CDFA y 421-11.1.d) CCCat, para evitar que se pueda captar la voluntad del testador], ni el *cónyuge o parientes del favorecido por el testamento* [que igualmente se excluyen con carácter general en los arts. 415.d) CDFA y 421-11.1.e) CCCat, que incluyen en la prohibición, además del cónyuge, a los «parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los herederos instituidos o los legatarios designados»].

El hecho de que el CC no prohíba al cónyuge y a determinados parientes ser testigos en los testamentos, con carácter general, me parece una postura más correcta porque, como ya destacué, la intervención de estos testigos es muy diferente dependiendo del tipo del testamento: en el testamento abierto los testigos instrumentales presencian el acto del otorgamiento y se enteran de

su contenido; mientras que en el testamento cerrado los testigos sólo presenciaban su entrega, la declaración del testador de que allí se contiene su última voluntad, y el acta del otorgamiento, pero no su contenido. Por otro lado, es claro que tampoco el art. 681 CC se refiere a los testigos que prevé el art. 691 CC para comprobar la identidad del testador en los testamentos ológrafos (Torres García, 1977, pgs. 504 y ss., y 2010, pg. 813; Zulueta Sagarra, 2010, pg. 800). Es decir, la exclusión como testigos del cónyuge y de determinados parientes sólo tiene sentido en el caso del testamento abierto, dado que el contenido del mismo es público para los que están presentes en el otorgamiento (por lo que, hipotéticamente, se puede correr el riesgo de captación de la voluntad testamentaria), pero no veo necesidad de excluirlos en el testamento cerrado, caracterizado por la certeza de su otorgamiento y el *secreto* de su contenido (Domínguez Luelmo, 2016, 414)

5.3. *La prohibición de ser testigo en el testamento abierto aplicable al cónyuge del heredero o legatario instituido*

Siguiendo el criterio que se acaba de señalar, lo que sí hace el CC en un precepto únicamente aplicable los testamentos abiertos (art. 682 CC) es disponer que no pueden ser testigos «los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad». Según la STS 22 mayo 1918 el art. 682 se refiere sólo a los testigos instrumentales, pero no los de conocimiento. Si tenemos en cuenta que en la sentencia objeto de comentario interviene como testigo instrumental quien entonces era pareja de hecho (aunque no cónyuge) de la instituida heredera (doña Adela), es preciso analizar los motivos de esta prohibición. Me parece claro que dicha prohibición pretende evitar que los testigos carezcan de la imparcialidad necesaria, pero sólo en los casos en que tienen un interés directo en la sucesión, ya sea como herederos o como legatarios. Por eso no rige cuando son beneficiarios de disposiciones de escasa importancia. Esta última regla, que se recoge en el ap. 2º del art. 682 CC, afecta únicamente a los *legatarios*, no a los instituidos herederos, lo que se justifica, por el carácter expansivo de la institución si aparecen nuevos bienes (Torres García, 1993, pg. 1720); y únicamente se refiere a bienes muebles o cantidad de poca importancia en función del caudal hereditario, por lo que quedan excluidos los bienes inmuebles aunque el valor de los mismos sea módico en relación con el valor total de la herencia (STS 19 junio 1958).

En este caso, la pareja de hecho de la instituida heredera no tenía un interés directo en la sucesión como posible beneficiario de algunos bienes de la misma. Tampoco tenía un interés que pudiéramos calificar de indirecto pues, como destaca Torres García (1993, pg. 1720), el precepto debe entenderse igualmente aplicable a otras modalidades de atribución de bienes como el sustituto vulgar, el fiduciario y el fideicomisario, el instituido en el usufructo, o el instituido en cosa cierta y determinada.

Por otro lado, es preciso destacar que la falta de idoneidad, al igual que la condición de cónyuge o pariente, debe existir en el momento de otorgarse el testamento, como exige el art. 683 CC, hasta el punto de que la prohibición se aplica aunque no se llegue a suceder efectivamente (STS 11 enero 1928). Es decir, es indiferente que la condición de cónyuge o pariente se haya tenido con anterioridad, o que con posterioridad ya no se tenga, o que no se conserve en el momento de apertura de la sucesión (Zulueta Sagarra, 2010, pg. 970). En el caso que nos ocupa, la necesidad de concurrencia de testigos se deriva del art. 697.2º CC, pues los testadores declaran que no sabían leer. Por otro lado, la condición de pareja de hecho del testigo se tenía en el momento de otorgarse el testamento, por lo que, de considerarse incurso en la prohibición, entraría en las previsiones del art. 683 CC. De la relación de hechos acreditados en la instancia, aparece con claridad que la instituida heredera reconoció que el testigo don Aníbal era su pareja sentimental al tiempo del otorgamiento de los citados testamentos, existiendo una relación *more uxorio* entre ambos.

5.4. *Si la pareja de hecho del instituido debe ser equipara al cónyuge a efectos de la prohibición de ser testigo*

Destacado lo anterior, el único punto discutible es si procede o no incluir a la pareja de hecho dentro de la prohibición del art. 682 CC para ser testigos en los testamentos abiertos, teniendo en cuenta la referencia expresa que se realiza a los *cónyuges* de los herederos o legatarios instituidos en el testamento. Es aquí donde discrepan la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, por un lado, y las de la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, por otro.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, aplicando el art. 687 CC, declaró la nulidad de los testamentos, sobre la base de la inhabilidad del testigo, por tres motivos: a) Por un lado, porque la finalidad del art. 682 CC, a la hora de fijar las causas de inhabilidad de los testigos en los testamentos abiertos, es la de garantizar que las disposiciones de última voluntad se correspondan con la verdadera voluntad del testador, y evitar que la intervención de los testigos pueda coadyuvar a que en el testamento se incluyan disposiciones no queridas realmente por el testador, en interés directo o indirecto del testigo interviniente. b) Por otro lado, porque considera que la prohibición referida al cónyuge del instituido en el art. 682 CC es aplicable por analogía a su pareja de hecho, ya que la finalidad de la norma para establecer tal prohibición tiene la misma lógica en uno y otro caso. c) Finalmente porque las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC), de manera que la no inclusión en el art. 682 CC de una referencia a la pareja sentimental es fruto de la fecha en la que se redactó dicho precepto, y no de una verdadera voluntad de exclusión por parte del legislador.

La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo no entran en profundidad en el análisis de la finalidad del art. 682 CC, pero lo que sí niegan es la posi-

ble aplicación analógica del precepto. El Tribunal Supremo se refiere expresamente a la improcedencia de la aplicación analógica en el presente caso, porque «se trata de figuras o institutos diferenciados en su regulación jurídica». En realidad, habría que insistir en que el art. 682 CC incluye unas prohibiciones concretas para ser testigo, por lo que estamos ante una norma de carácter claramente excepcional, de manera que lo procedente es aplicar el art. 4.2 CC cuando dispone que las normas excepcionales «no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» (García Rubio, 2010, pg. 60).

Se niega igualmente que proceda una interpretación extensiva del art. 682 CC, entendiéndose que no debe efectuarse en todo caso una equiparación entre matrimonio y pareja de hecho. Es aquí donde la argumentación del Tribunal Supremo tiene un mayor peso. En este sentido, se destaca que no existe una norma estatal sobre uniones de hecho, aunque existen regulaciones autonómicas con diferente sentido y alcance. Pero se insiste sobre todo en la idea de que, a tenor de los mandatos constitucionales y de su proyección en la realidad social aquí alegada, el legislador no se ha pronunciado de modo concluyente acerca de la equiparación general entre matrimonio y pareja de hecho a todos los efectos o consecuencias jurídicas que pudieran derivarse, sino que lo ha hecho de manera particularizada, según los ámbitos de incidencia en los que ha considerado oportuno proceder a dicha equiparación. Y precisamente, por lo que se refiere a los testigos en los testamentos, la Ley 30/1991, de 30 de diciembre, modificó varios preceptos del CC, suprimiendo con carácter general el requisito de la necesidad del concurso de testigos, pero no alteró ni afectó, pudiendo hacerlo, al contenido del art. 682, que se mantiene con su redacción anterior, en la que sólo se alude al cónyuge.

El análisis de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con algunas de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho puede arrojar alguna luz sobre el problema.

La STC 81/2013, de 11 de abril, declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos a Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho (en concreto, sus arts. 4 y 5) por vulneración del reparto competencial del art. 149.1.8ª CE. El problema se centra en concreto en que la citada Ley autonómica regula determinados efectos que atribuye a una situación de hecho (la convivencia en pareja entre dos personas unidas por vínculos de afectividad), efectos entre los que se encuentra la posibilidad de regular la convivencia mediante pacto expreso y la inscripción de dichos pactos. Tales efectos, según mantiene el TC, se insertan «de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil». Más adelante se vuelve sobre lo mismo, afirmando que en dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8ª CE, la competencia exclusiva sobre *legislación civil*; y niega la previa existencia de un Derecho civil foral o especial en la Comunidad de Madrid, pues su Estatuto

de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en el ámbito civil.

Esta última cuestión necesitaba de un enfoque diferente en el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, dado que su Estatuto de Autonomía sí recoge la competencia exclusiva de la Generalitat sobre «conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano». La STC 110/2016, de 9 de junio de 2016 declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de esta Ley, y la mayor parte de los argumentos que utiliza el TC en este caso se basan en la jurisprudencia sentada en la STC 82/2016, de 28 de abril, en la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. En este sentido, en ambas SSTC se niega que la Ley Orgánica que regula el Estatuto de Autonomía pueda modificar el alcance de las competencias estatales y autonómicas que resulta del art. 149.1.8ª CE. Y se afirma, por otro lado, que «la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil», lo que no sucede en esta materia.

Sin entrar en otras cuestiones, lo que sí hacen las SSTC 81/2013 y 110/2016 es admitir que las Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil puedan regular, sin embargo, las uniones de hecho a los efectos que consideren oportunos para el ejercicio de sus competencias (posibles beneficios de naturaleza pública, etc.), que nada tengan que ver con los efectos civiles.

Pero centrándonos en el problema que aquí nos ocupa, resulta verdaderamente trascendental la STC 93/2013, de 23 de abril, que ha declarado la inconstitucionalidad, prácticamente total, de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables. No se trata de analizar pormenorizadamente esta decisión, pero sí de destacar el argumento fundamental en que se sustenta. Paso a transcribir literalmente algunas de las afirmaciones de la sentencia: *«En el propósito de la Ley Foral está que quienes no contraigan matrimonio (formalmente) queden sometidos, materialmente, a sus efectos, al estimar que la sustancia de la relación que contempla es equiparable al matrimonio (...). De esta manera el derecho negativo a no contraer matrimonio queda verdaderamente coartado en la Ley impugnada: quienes no han manifestado en ningún momento su voluntad de contraer matrimonio resultan sometidos a una regulación análoga o semejante a la del matrimonio mismo, sin posibilidad alguna de una acción de exclusión voluntaria de sus presupuestos o de sus efectos (...). La Ley Foral instituye, así, una especie de vínculo conyugal forzoso, con efectos y consecuencias reconocidos en la Ley como similares a los que derivan de la propia celebración del matrimonio».*

Como destaca Amunátegui Rodríguez (2015, pg. 13), toda la línea argumental de esta STC radica en confrontar el modelo convivencial de pareja, aquel en el que no se ha expresado formalmente la voluntad de sus integrantes

tes, con un pseudo vínculo matrimonial que, en bloque y en conjunto, atentaría contra varios derechos constitucionales: los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y al de elección de no casarse (art. 32 CE).

No obstante, el TC reconoce la competencia del legislador navarro para abordar el tratamiento de las parejas no casadas, sin que por ello se infrinja el art. 149.1.8^a CE, al no considerarse una forma de matrimonio. Se rechaza, por tanto, como en muchas otras sentencias anteriores, la equiparación entre el matrimonio y la pareja, por no considerarlas realidades equivalentes. En cuanto a las repercusiones en el ámbito del Derecho de Sucesiones, que es lo que aquí nos ocupa, y como corolario de todo lo anterior, se declara nula la equiparación a efectos sucesorios que se lleva a cabo entre el cónyuge y la pareja estable en el art. 11 de la Ley Foral 6/2000, que modifica determinados preceptos del Fuero Nuevo (leyes 253, 304 y 341), también por desconocer «la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable». En este sentido, se afirma: *«Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada “ex lege” a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja»*. Es de destacar que, por esta vía, se anula la equiparación que en la ley 253 FN se realiza entre el cónyuge viudo y el miembro sobreviviente de la pareja estable a los efectos del usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento. Igual suerte corre la ley 304.5) FN, en cuanto a la sucesión legal en bienes no troncales, por cuanto equipara en el orden de suceder al cónyuge y a la pareja estable no excluidos del usufructo de fidelidad. Y finalmente, también se anula la modificación introducida en la ley 341 FN, al disponer que el miembro sobreviviente de la pareja estable no puede ser contador-partidor, al igual que el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo (vid. los problemas interpretativos que plantea Egusquiza Balmaseda, 2013, pgs.8 y ss.). En este punto, el TC considera que existe una directa conexión con las leyes 253 y 341 FN, ya que se «viene a establecer una consecuencia inherente a los derechos sucesorios reconocidos, que es la incapacidad para ser contador-partidor, debido al evidente conflicto de intereses existente».

Recogiendo esta argumentación se puede afirmar que, si el TC considera inconstitucional, desde el punto de vista sucesorio, la equiparación reconocida en una Ley entre el cónyuge y la pareja de hecho, por no haberse expresado formalmente la voluntad de sus integrantes, con mayor razón se deberá rechazar la posible aplicación analógica de un precepto, como el art. 682 CC, en el que exclusivamente se menciona al cónyuge dentro de los testigos que no son idóneos. Cabe incluso traer aquí a colación la doctrina contenida en la STS 19 enero 1928, en el sentido de no estar incursos en la causa de inhabilidad del art. 682 CC los amigos o dependientes de los herederos instituidos.

5.5. *La aplicación del principio de «favor testamenti», como criterio interpretativo y como principio general de derecho*

Un último argumento que utiliza el Tribunal Supremo, que se reitera en toda la jurisprudencia anterior en materia testamentaria, es el de la aplicación del principio de *favor testamenti*. Como se destaca en la STS 4 noviembre 2009 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. Pero son muy numerosas las Sentencias que expresan que esta necesidad debe coordinarse con el principio de *favor testamenti*, **de manera especial cuando en el testamento interviene un Notario**. Así se destaca en la STS 11 diciembre 2009 (se trataba de un testamento notarial abierto, otorgado sin testigos por persona con deficiencias visuales, que no se probó que fuera ciego: en dicho caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme, de manera que al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad, y más cuando no se probó la falta de visión en que se fundaba la demanda), y en la STS 20 marzo 2012 (en un supuesto de firma del testamento por dos testigos instrumentales, porque el testador no podía firmar, por una limitación de movilidad en la extremidad superior derecha).

Por otro lado, en la Sentencia objeto de comentario se reitera la relevancia que la más reciente jurisprudencia otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (STS 25 enero 2013), no sólo como mero criterio interpretativo, sino como auténtico principio general de derecho, con una clara proyección en el marco del Derecho de Sucesiones, particularmente en la aplicación del principio de *favor testamenti*, tanto desde la perspectiva de la **presunción de capacidad del testador** (SSTS 26 septiembre 1988, 27 enero 1998, 22 enero 2015, 8 abril 2016, y 7 julio 2016), como de la **conservación de la validez del testamento** (SSTS 30 octubre 2012, 15 enero 2013, 20 marzo 2013, 28 junio 2013, 3 septiembre 2014, y 19 mayo 2015).

Tanto en la STS 10 septiembre 2015 como en la que es objeto de comentario se destaca que, en aplicación del 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. Por este motivo se considera que la finalidad del art. 682 CC, en orden a preservar la autenticidad de la declaración del testador, no se ha visto vulnerada por la participación como testigo instrumental de la pareja sentimental de la instituida heredera.

La cuestión relativa a la falta de capacidad de los testadores por no hallarse en «su cabal juicio al tiempo de su otorgamiento» quedó fuera del recurso de casación. No obstante, el Tribunal Supremo considera que en este 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». El criterio jurisprudencial es muy claro en este punto, como se destaca en la STS 15 junio 2015, que resume la jurisprudencia anterior: el art. 662 CC recoge una presunción *iuris tantum* de capacidad del testador, basada en el *favor testamenti*, que se ve corroborada por la aseveración notarial sobre capacidad (arts. 685 y 696 CC), por lo que adquiere especial relevancia de certidumbre y se ha de pasar por ella mientras no se demuestre cumplidamente su incapacidad en vía judicial (STS 21 noviembre 2007), de manera que, dada la fortaleza de la presunción de capacidad, la prueba que la destruya ha de ser inequívoca, cumplida y convincente (STS 26 abril 2008).

5.6. Conclusión

La conclusión a la que llega el TS en esta Sentencia me parece acertada, por lo que rectifico la opinión mantenida con anterioridad (Domínguez Luelmo, 2016 pg. 415) en el sentido de equiparar al cónyuge con la pareja de hecho, a los efectos de considerar a esta última incluida dentro de la prohibición del art. 682 CC para ser testigos en los testamentos abiertos.

La equiparación en todos los ámbitos entre cónyuges y parejas de hecho no tiene sentido, y mucho menos cuando la Ley 13/2005 introduce la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, y la Ley 15/2005 permite el divorcio sin causa. Puede ser deseable una regulación que contenga un contenido mínimo para contrarrestar los efectos de la ruptura respecto del más débil, como compensaciones o pensiones, pero no una equiparación desde el punto de vista sucesorio, ya que considero que el destino *mortis causa* de los bienes se debe decidir voluntariamente, a través del correspondiente testamento.

Creo que en el ámbito sucesorio las parejas de hecho no pueden ser destinatarias de normas imperativas cuando no han manifestado ninguna voluntad de querer formalizar su relación. Desde esta misma perspectiva coincido con el TS en que no procede la aplicación analógica de la prohibición contenida en el art. 682 CC a las parejas de hecho: en primer lugar porque se trata de realidades distintas y, sobre todo, porque estamos ante una norma de carácter marcadamente excepcional, de manera que procede aplicar el art. 4.2 CC cuando dispone que las normas excepcionales «no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

6. Bibliografía

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La situación actual de las parejas no casadas», en *InDret* 3/2015, pgs. 1-47 (http://www.indret.com/pdf/1157_es.pdf).
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Comentario al artículo 4 del Código civil», en *Comentarios al Código civil* (Dir., Domínguez Luelmo, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pgs. 57-61.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «El testamento» y «El testamento notarial», en *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Dir., Gete-Alonso y Calera, M.C), Tomo I, 2ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pgs. 391-420, y 421-471.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003 de 1 de abril y 93/2013, de 23 de abril», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2013, pgs. 1 y ss.
- TORRES GARCÍA, T., *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- TORRES GARCÍA, T., «Comentario a los artículos 676 a 687 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, 1993, pgs. 1699-1732.
- TORRES GARCÍA, T., «Comentario a los artículos 688 a 693 del Código civil», en *Comentarios al Código civil* (Dir., Domínguez Luelmo, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pgs. 807-815.
- ZULUETA SAGARRA, M., «Comentario a los artículos 679-687 y a los artículos 694-705 del Código civil», en *Comentarios al Código civil* (Dir., Domínguez Luelmo, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pgs. 799-807, y 816-826.