

SAP de Bizkaia de 7 de septiembre de 2005

En Bilbao, a siete de septiembre de dos mil cinco.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 521/03, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao y seguidos entre partes: Como apelante Arturo, Isabel, Amanda, Marisol y Rocío representados por el Procurador Sr. Núñez Irueta y dirigidos por el Letrado Sr. Pérez-Iñigo Arguiñarena y como apelada que se opone al recurso Casimiro, Elisa y Emilio representados por el Procurador Sr. López Abadía Rodrigo y dirigidos por el Letrado Sr. Sáenz Cortabarría Fernández.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 31 de Diciembre de 2003 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo estimar y estimo en su integridad la demanda formulada por la representación procesal de D. Casimiro, Dª. Elisa y D. Emilio contra D. Arturo y Dª. Isabel, Dª. Amanda, Dª. Rocío y Dª. Marisol, y en su virtud debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por Dª. Valentina el 23 de septiembre de 2002 ante el Notario de Bilbao D. Juan María Larrucea Urtiaga. Se imponen a los demandados las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 237/04 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado DÑA. REYES CASTRESANA GARCÍA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En la demanda que inicia la litis de la que el presente rollo dimana, la parte actora, D. Casimiro, Dña. Elisa y D. Emilio, hijos de D. Alfonso, ejercitaron acción de nulidad del testamento abierto otorgado por su abuela Dña. Valentina, contra D. Arturo y sus hijas Dña. Isabel, Dña. Amanda, Dña. Marisol y Dña. Rocío, fundando la pretensión anulatoria, por remisión contemplada en el *art. 3 de la Ley 3/92, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*, al derecho supletorio representado por los *arts. 682 y 683 en relación con los arts. 695 y 697 del Código Civil*, sobre inidoneidad de uno de los testigos instrumentales, D. Eduardo, hijo político del instituido heredero, ante la imposibilidad de firma de la testadora, operando la nulidad del *art. 687 del Código Civil*.

La sentencia de instancia entendiendo que efectivamente el testamento adolecía de vicio de nulidad, estimó la demanda, tras pronunciarse sobre la intervención de los testigos instrumentales en el testamento otorgado por Dña. Valentina, sobre la aplicación supletoria de la normativa general del Código Civil relativa a dichos testigos y a la idoneidad de los mismos, y sobre la concurrencia del parentesco por afinidad entre el instituido heredero y el testigo instrumental D. Eduardo, en aplicación de los *arts. 682 y 683 del Código Civil*.

Frente a dicha resolución se alzan los demandados alegando como motivos del recurso de apelación: primero, la indebida aplicación del *art. 30 de la Ley 3/92 sobre Derecho Civil Foral del País Vasco*; segundo, la intervención de los testigos instrumentales en el testamento tenía por finalidad suplir la firma del otorgante del testamento, en aplicación de los *arts. 191 y 195 del Reglamento Notarial*; tercero, inaplicación de las condiciones de idoneidad de los testigos instrumentales previstas en el Código Civil por no ser conformes con los principios del derecho civil foral de Vizcaya; cuarto, negación de que el testigo D. Eduardo sea inidóneo por parentesco de afinidad; y, quinto, vulneración de doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los testamentos por defectos formales.

SEGUNDO.- De conformidad con el *art. 3 de la Ley 3/1992 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco*, en defecto de norma foral aplicable regirá como supletorio el Código Civil, acomodándose a los principios generales del derecho civil foral. El Capítulo I del Título III está dedicado a la sucesión testada, dedicándose la Sección 1 a los testamentos en general, comprendiendo dos únicos preceptos legales, el *art. 29*, que admite el testamento hilburuko "además de las formas de testar reguladas por la legislación civil general", y el *art. 30*, que dice: "En ningún testamento notarial otorgado en todo el territorio de Bizkaia será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran el testador o el Notario autorizante".

Denuncia la parte apelante que es de aplicación el *art. 30 de la Ley 3/92 de Derecho Civil Foral del País Vasco*, que recoge el principio general en el derecho foral vizcaíno de la no intervención de testigos en el otorgamiento de testamento notarial, salvo que la intervención fuera requerida por el notario autorizante o por el propio testador, sin que se encuentre en el testamento mención o requerimiento expreso alguno que motive la intervención de los testigos, por lo que su intervención deviene como absolutamente superflua a efectos de la validez de las disposiciones testamentarias. O lo que es lo mismo, que, atendiendo al anterior *art. 30* y al testamento impugnado, y no constando

dicho requerimiento expreso, considera que la intervención de testigos es superflua e innecesaria, por lo que la posible idoneidad o no de los testigos no puede convertir en nulo el testamento, que resultaría absolutamente válido aún sin la intervención de testigos instrumentales.

Motivo impugnatorio que no prospera, porque en el testamento se recoge textualmente que "Asisten como testigos instrumentales. Dña. Maite y D. Eduardo, por no saber firmar la testadora, según manifiesta, pone ésta, su huella dactilar, firmando, en su nombre, el primero de los mencionados testigos, quien lo hace en unión del otro testigo". Luego, como se dice por el Magistrado a quo, su intervención y como testigos instrumentales, fue requerida por la testadora o el Notario, siendo ocioso y ausente de prueba quién requirió su presencia e intervención. Es decir, la asistencia de testigos instrumentales, por no saber firmar la testadora, al otorgamiento del testamento es por sí sola prueba bastante e inequívoca de haberseles llamado a tal fin.

TERCERO.- Vuelve la parte apelante, en su segundo motivo de apelación, a reproducir que los testigos instrumentales en el testamento tenían por finalidad suplir la firma del otorgante del testamento, en aplicación de los *arts. 191 y 195 del Reglamento Notarial*, sosteniendo que la intervención de los testigos obedece a la suplencia de firma.

No se admite que la intervención de los testigos obedezca a la suplencia de firma alguna conforme al Reglamento Notarial, porque es clara la manifestación contenida en el testamento, donde se afirma que los intervinientes, al margen de la testadora, lo hacen como testigos instrumentales, no cabiendo duda alguna, al asistir "como testigos instrumentales".

Se confirman íntegramente los fundamentos jurídicos vertidos en la sentencia recurrida sobre los *arts. 191 y 195 del Reglamento Notarial*. Es cierto que el *art. 191* establece que "el Notario no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando, aun conociéndolos, éstos no sepan o no puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento la impresión digital, preferentemente de uno o de los dos índices, antes de la firma de los testigos, haciendo constar el Notario en el mismo documento las circunstancias del caso", mientras que el *art. 195* dispone que "Se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del *art. 17 de la Ley*, y con la presencia del número de testigos que señala para actos inter vivos el *art. 20 de la misma*, en los casos en que conforme al *art. 180* sea necesaria su intervención, y salvo que por leyes especiales se exija otro número; pero si los otorgantes o alguno de ellos no supiese o no pudiese firmar, lo expresará así el Notario y firmará por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo, sin necesidad de que escriba en la antefirma que lo hace por sí y como testigo, o por el otorgante u otorgantes que no sepan o no puedan verificarlo, siendo el Notario quien cuidará de expresar estos conceptos en el mismo instrumento." Pero, con carácter previo, el *art. 180 del Reglamento Notarial*, establece que "En la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales, salvo que la reclamen el Notario autorizante o cualquiera de las partes, o cuando alguno de los otorgantes no sepa o no pueda leer ni escribir... Se exceptúan de esta disposición los testamentos, que se registrarán por lo establecido en la legislación civil. Son testigos instrumentales los que presencien el acto de lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública.". Por lo que se remite a la legislación civil, es decir, tanto a la legislación civil foral como a la legislación común civil. En nuestro caso, lo es la legislación civil foral del País Vasco, en concreto, los

arts. 29 y 30 de la Ley 3/ 1992 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, y, por remisión del art. 3 de la Ley 3/1992, en defecto de norma foral aplicable, al Código Civil, acomodándose a los principios general del derecho civil foral. Por lo que, habiendo intervenido los testigos como instrumentales, según consta en la disposición testamentaria, no cabe entender, como pretende la parte apelante, que su intervención fue para salvar la firma del otorgante de conformidad con los arts. 191 y 195 del Reglamento Notarial.

CUARTO.- Igual suerte desestimatoria merece la alegación de que las disposiciones testamentarias de la legislación común, contenidas en los *arts. 681 y 682 del Código Civil*, que regulan la materia de inidoneidad de los testigos instrumentales en las disposiciones testamentarias, no pueden ser aplicadas al derecho civil foral del País Vasco, por no ser conformes a sus principios generales. La parte apelante no ha esclarecido en qué consiste la disparidad de principios generales inspiradores del derecho civil común y del foral del País Vasco.

Téngase en consideración que tanto en los derechos forales, salvo del derecho navarro, la regla general es que en los testamentos notariales no se precisa la intervención de testigos, regulándose como excepción su intervención cuando concurren circunstancias especiales, como en el caso examinado, en que sus condiciones de imparcialidad y objetividad son precisas a fin de asegurar y observar la identidad entre el testamento y la voluntad del testador.

La Exposición de Motivos de la *Ley 31/1991 de 20 de Diciembre*, de modificación en materia de testamento del Código Civil, anterior a la *Ley 3/1992, reformó, entre otros el artículo 697*, señala que "Especial atención ha merecido la concurrencia de testigos al otorgamiento del testamento notarial. Se recoge el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad y se suprime como requisito general el concurso de los testigos, con el testador y el Notario, en la formalización del testamento.

Sin embargo sigue siendo necesario el concurso de los testigos cuando el testador no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar cualquiera que sea la causa y se ha prestado especial atención al caso, tradicional, del sordo que no sabe o no puede leer". Mas a pesar de esta declaración, tras la redacción del artículo, la intervención de los dos testigos idóneos sólo se exigirá cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento o cuando aun pudiendo firmarlo sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Ello es consecuencia de lo preceptuado en el *artículo 695 del mismo Código*, conforme al cual: "El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ello, y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere será firmado en el acto por el testador que puede hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos". Constituyendo el testamento según el *artículo 667 del Código Civil* el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, resulta ineludible que las disposiciones que en orden a los efectos que sobre su patrimonio o parte del mismo hayan de derivarse de su fallecimiento sean en todo conforme a su voluntad. Y esta conformidad resulta de la

estampación de la firma por el testador tras haber leído por si mismo o por el Notario el conjunto de disposiciones que el testamento contiene.

Proclama la jurisprudencia la importancia que, dada la trascendencia del acto, confiere el legislador el otorgamiento del mismo y a la forma de dicho otorgamiento, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997 declara que "el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual -- del que es ejemplo el *artículo 1255 del Código Civil* -- quiebra en lo sucesorio, en especial en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el *Código Civil como explícitamente reconoce en artículo 687*, que estatuye la nulidad del testamento en cuyo otorgamiento no se observaren las formalidades establecida, y ello, hasta el punto de que este aspecto formal -- imperativamente impuesto -- predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador interpretación que avala el *artículo 675 del Código* ".

El *art. 29 de la Ley 3/1992* se remite expresamente en los testamentos abiertos a la legislación civil general respecto a las "formas de testar", mientras que en su Exposición de Motivos únicamente se circunscribe a la regulación del testamento por comisario y del testamento mancomunado.

QUINTO.- Tampoco es admisible la denuncia de la parte apelante de que el testigo instrumental D. Eduardo no está incurso en causa de inidoneidad del *art. 682 del Código Civil*, que establece 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".

En la fecha del otorgamiento del testamento, el citado testigo instrumental D. Eduardo, era el esposo de Dña. Marisol, hija de D. Arturo, y, por tanto, "yerno" o "hijo político" del heredero D. Arturo. Concorre en el Sr. Eduardo la cualidad de ser pariente por afinidad en primer grado del heredero, circunstancia que conlleva la inidoneidad del testigo instrumental.

En este mismo sentido se pronuncian las SsTS de 28 de octubre de 1.965 y 10 de julio de 1.935, que declaran la nulidad del testamento si uno de los testigos es hijo político de la heredera en él instituido.

En todo lo demás, no queda más que dar por reproducidas las explicaciones dadas por el Magistrado de instancia en su Fundamento de Derecho Cuarto.

SEXTO.- Por último, no prospera el último motivo de impugnación alegado por la parte apelante demandada, quien sostiene que, en todo caso, se ha dado cumplimiento a todas las formalidades esenciales del testamento, considerando que resulta una sanción extremadamente grave declarar la disposición testamentaria como nula de derecho.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1.990 (EDJ 1990/4862) que pone en duda la nulidad testamentaria que establece el *art. 687, en relación con el 682, ambos del Código Civil* : "La primera pretensión carece de posibilidad jurídica alguna, ya que, probado y reconocido que uno de los testigos instrumentales del

testamento era pariente, dentro del segundo grado de afinidad, del heredero y legatario ahora recurrente, resulta de obligada aplicación la reiterada doctrina de esta Sala cuando establece "que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión "mortis causa- es el de que la forma constituye un elemento esencial 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" (sentencias de 10 de julio de 1944, 27 de septiembre de 1968, 8 de marzo y 8 de diciembre de 1975, etc.)"

SEPTIMO.- La expresada confirmación y la consiguiente desestimación del recurso de apelación, conlleva la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, a la parte apelante, en virtud del *art. 398.1 de la LECn*. VISTOS los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Arturo Y DOÑA Isabel, DOÑA Amanda, DOÑA Marisol y DOÑA Rocío, representados por el Procurador D. Xabier Núñez Irueta, contra la sentencia de fecha 31 de diciembre de 2.003 por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 521/03, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, con expresa imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.