

## ¿Pueden, en los testamentos, ser los testigos instrumentales a la vez de conocimiento?

Parece que el asunto no ofrece novedad, y a cualquier opositor de Notarías medianamente preparado que se le preguntase contestaría, sin darle importancia, que no hay inconveniente en que los testigos instrumentales lo sean a la vez de conocimiento.

Pero es el caso que, al llegar a un importante centro notarial, me encuentro con la práctica de los *cinco* testigos, tres instrumentales y dos de conocimiento, y por si los opositores y yo estamos equivocados, quiero estudiar con un poco de calma esta cuestión.

Es precepto aplicable al caso el artículo 685, de desdichada redacción: «El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y *sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales.*»

Vamos a prescindir por un momento de la jurisprudencia existente sobre el particular, y a concretarnos a discurrir sencillamente sobre el párrafo anterior.

La exigencia de los testigos de conocimiento aparece, según el artículo 685, cuando el Notario y dos de los testigos, de los tres que deben intervenir, no conocen al testador. Si es el Notario el que no lo conoce, pero le conocen dos de los testigos instrumentales, es requisito indispensable el que haya dos de conocimiento. No se cumpliría, si no, el mandato del citado artículo, que parece que quiere construir con la unión del Notario y los dos testigos una especie

de Tribunal de conocimiento. Pero puede darse el caso, frecuentísimo en la práctica, de que tres, o sean los tres testigos que han de *autorizar* el testamento, según la frase del artículo, conozcan al testador, pero éste sea desconocido para el Notario. ¿Hay que llamar entonces a los dos testigos de conocimiento?

La verdad es que el artículo no comprende este caso. Estamos, pues, frente a una laguna o charco que intentaré desecar rápidamente.

Opinan los que aquí siguen la práctica de los cinco testigos que, siendo de conocimiento los instrumentales, no podría llenarse la exigencia del artículo 685 de que a los dos de conocimiento han de conocerlos el Notario y los instrumentales, sin decir cuántos de éstos los han de conocer. El argumento es de una fuerza extraordinaria; pero no debe olvidarse lo que digo más arriba, y es que este lujo de solemnidades sólo proceden, a mi juicio, cuando se da el caso que el artículo indica, o sea cuando el Notario y dos testigos no conocen al testador. Cuando los tres testigos conocen a éste, pueden seguirse dos caminos. O se interpreta la ley con un poco de lógica, y se va al sencillo procedimiento de no comprender en un artículo restrictivo más casos que los en él incluídos, o se sigue el camino de herradura de decir: Los tres testigos instrumentales aseguran conocer al testador; pero como el Notario no lo conoce, hemos llamado a otros dos señores que también aseguran conocer al pobre testador. De este modo se facilita el procedimiento de testar, se guarda el secreto (secreto entre cinco), y si acaso el Notario ha *patinado* en el testamento, cabría convertir éste en un «ante cinco testigos»; pero la ley ante todo.

Esta cuestión ha producido una extensa literatura jurídica, sobre todo a raíz de la publicación de la célebre sentencia de 27 de Mayo de 1914, de la que luego me ocuparé. Una lista bastante completa de esta bibliografía puede verse en Calvo Camina (1).

De entre tanto como se ha escrito destaca, por la claridad y sencillez, un dictamen de Díaz Cobeña, en el que sostiene la validez de un testamento en que intervenían como testigos de conocimiento los tres instrumentales, «no obstante—dice—existir dos fallos del Tri-

(1) Calvo Camina: *Bibliografía sobre el Código civil* (1928), pág. 342.

bunal Supremo (1) que parecen inspirarse en la doctrina contraria y una Resolución de la Dirección de los Registros que la rechaza abiertamente» (2).

Ultimamente parece que el asunto no ha interesado grandemente, pues vemos a Pou (3) y a Azpitarte (4) que se limitan a citar la sentencia de 1914, sin entrar en el estudio del problema.

Don Mateo Azpeitia (5), después de analizar los antecedentes de la legislación y de aludir a la jurisprudencia que ya conocemos, concluye diciendo que así la materia está embrollada y difícil para la legal identificación de los testadores, los cuales, generalmente, procuran enterar de sus disposiciones al menor número de personas, y recelan de muchos conocidos, que son los más necesarios para el caso de identificación.

La Audiencia de Pamplona había declarado nulo un testamento por no concurrir al acto dos testigos de conocimiento. Fué ponente en casación D. Luciano Obaya, de quien, sin duda, son estas interesantes frases, aparte de otras más conocidas: «Que a no incurrir en un desacierto jurídico, ni racional ni lógicamente cabe admitir que, para el caso de excepción o suplencia, basta que depongan e informen al Notario dos testigos extraños, llamados de conocimiento, y no sirvan al efecto de desempeñar esta misión aquellos que, como los instrumentales, conociendo previamente a la testadora, presenciaron toda su actuación testamentaria.» Añadiendo que el número de cinco testigos podrá suponer entre dos cantidades inferiores una suma aritmética mayor, pero sin constituir cualitativamente agregado preciso para rechazar la identificación verificada por los testigos instrumentales conocidos de la testadora.

Ignacio de Casso opina que esta sentencia representa una novedad absoluta de nuestro derecho, y contradice la jurisprudencia anterior. No estaba conforme con tal orientación, y, ciñéndose extra-

(1) Sentencias de 31 de Mayo de 1898 y de 1 de Junio de 1901 y Resolución de 12 de Febrero de 1901.

(2) *Dictámenes de D. Luis Díaz Cobeña*, 1919, pág. 158.

(3) Nicasio Pou: *Legislación notarial* (1926), pág. 227.

(4) Rafael Azpitarte: *Estudios de derecho notarial* (sin fecha), página 324.

(5) Mateo Azpeitia: *Legislación notarial* (1930), pág. 353.

ordinariamente a la letra del artículo 685, acaba con unas conclusiones completamente opuestas a nuestro punto de vista (1).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar nueva jurisprudencia sobre el caso en la Sentencia de 12 de Junio de 1926, y en ella insiste y confirma la orientación de la de 27 de Mayo de 1914. Por cierto que el Sr. Castán, al comentarla (2), se lamenta de que con este fallo se haya dado definitivo carácter de doctrina legal a la que inició aquella Sentencia de 1914, y que, a su juicio, es equivocada. Cita con este motivo la opinión de D. Víctor Covián en el prólogo del Código civil de la *Revista de los Tribunales*, quien decía que, por ser aquella Sentencia única y sentar doctrina contraria a otra del mismo Tribunal, la más elemental prudencia aconseja, en tales circunstancias, la concurrencia de los cinco testigos.

Tenemos, pues, en conclusión, enfrente y a favor de los cinco testigos la opinión de ilustres Catedráticos de Derecho civil. Yo sospecho que no se han dado cuenta de lo que en la realidad supone la práctica de lo que ellos defienden. Si la jurisprudencia debe ser «progresiva y de espíritu amplio», como dice el Sr. Castán, «siempre sobre la base de los textos legales», no concibo cómo se combaten estas dos sentencias del Supremo, que no pueden ser más progresivas, que vienen a llenar un vacío de la Ley y que no chocan con ningún precepto de la misma, ya que nada dice el Código civil del caso que estudiamos.

Podría, con la existencia aislada de la Sentencia de 1914, sentirse el temor que abrigaba el que fué ilustre Fiscal del Tribunal Supremo, pero con la Sentencia de 1926, «no merecedora ciertamente, en nuestro modesto sentir, como dice Azpitarte (3), de los reparos críticos que le opuso el Sr. Castán», ya no es imprudente utilizar los tres testigos como medio de conocimiento cuando el testador es desconocido para el Notario.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

(1) *Revista de Derecho Privado* (1914-15), pág. 423.

(2) *Revista de Derecho Privado* (1927), pág. 189.

(3) Rafael Azpitarte: *Apuntes de derecho notarial*. 1928.