

La idoneidad de los testigos en los testamentos

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—III. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE INIDONEIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AMBITO DE APLICACIÓN. 3. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN. 4. EXAMEN PORMENORIZADO DE CADA UNA DE ELLAS. 5. OTRAS POSIBLES CAUSAS DE INIDONEIDAD. 6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA IDONEIDAD EN EL TESTAMENTO ABIERTO. 7. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 682 Y 754 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. MOMENTO EN EL QUE EL TESTIGO HA DE SER IDONEO.—V. CONSECUENCIAS DE LA INIDONEIDAD DEL TESTIGO.

I. INTRODUCCION

Ha sido común distinguir a los testigos «... como las personas que han de presenciar el acto de otorgamiento por disposición imperativa de la Ley» (1). Sin embargo, esta definición hoy necesita una adaptación a la legislación vigente y por ello creemos conveniente añadirle la frase: «o porque el testador o el Notario así lo soliciten». El profesor LACRUZ los ha definido como «... personas que consciente y voluntariamente presencian el acto del otorgamiento enterándose de él, y en el testamento sin Notario autorizante recogen o ayudan a recoger la expresión de la última voluntad, reduciéndola a escrito en ciertos casos y de ser posible» (2). Como «... aquellas personas hábiles que entran en el acto testamentario para acreditar o reforzar la existencia de un testamento o la identidad de quien lo hace» los ha considerado PUIG PEÑA (3). El Código Civil no nos proporcio-

(1) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. II, 2.^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 52.

(2) *Elementos de Derecho civil*, t. V, Librería Bosch, Barcelona, 1992, pág. 224.

(3) *Compendio de Derecho civil español*, t. VI, Pirámide, Madrid, 1976, págs. 200, nota 1 bis.

na un concepto de testigo testamentario, sí lo hace, en cambio, el Reglamento Notarial (4) en su artículo 180.2 al establecer que los testigos instrumentales son aquellos que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública —de un testamento, en nuestro caso—, sin olvidar que cumplen también otras funciones.

Todos estos conceptos nos llevan a distinguir, según el papel que desempeñan en relación al otorgamiento de los testamentos, varias clases de testigos:

— Testigos de conocimiento. Son los que conocen al testador (5) y a su vez son conocidos del mismo Notario (o persona que haga sus veces), circunstancia que determina su intervención en la tarea de identificación del otorgante por el Notario autorizante cuando éste no utilice, a estos efectos, los documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas, alternativa que le ofrece el artículo 685.1 del Código Civil. A esta función que le es propia alude el artículo 184 del Reglamento Notarial en relación a los testigos de conocimiento que intervienen en el otorgamiento de escrituras públicas.

— Testigos instrumentales. Presencian el acto del otorgamiento de los testamentos abierto y cerrado en los casos legalmente previstos (arts. 697.1.º y 2.º, 707.5.ºII, 716, 721, 722, 723 por remisión al 722 y 734 CC, este último también por remisión a las formalidades establecidas en las secciones 5.ª y 6.ª del capítulo I, título III, libro III, del CC) o cuando el Notario o el testador lo soliciten (arts. 697.3.º, 707.7.º y 734 CC). Los testigos de conocimiento pueden actuar a la vez como testigos instrumentales, tal y como ha sido recogido en el artículo 698.1.º del Código Civil, a la par que el artículo 2.º (6) de la Ley de 1 de abril de 1939 sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas (7), hoy expresamente

(4) En materia testamentaria puede ser tenido en cuenta en virtud y en los términos de su artículo 143: «Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquellos.»

(5) Según la STS 15-IV-1980, *RJA*, núm. 1418, en el Código Civil no se exige que el testador conozca ni a los testigos de conocimiento ni a los instrumentales.

(6) Su tenor literal era el siguiente: «En los testamentos intervendrán los testigos exigidos por la legislación vigente, pudiendo los instrumentales ser a la vez testigos de conocimiento. No será necesario 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 aquellos.» Después de la reforma operada por la Ley 30/1991, su derogación es lógica: la del párrafo primero responde a la innecesariedad de la repetición de disposiciones de idéntico contenido en diferentes textos legales, siendo su sede propia el Código Civil en materia de formas testamentarias; la del segundo es coherente con la supresión del anterior número segundo del artículo 681 del Código Civil.

(7) Ley publicada en el *BOE* núm. 97, 7-IV-1939.

derogado (8) por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos (9).

— Testigos llamados a coautorizar el testamento. Misión atribuida a aquellos que reciben la declaración de última voluntad del testador cuando éste se halla en peligro inminente de muerte (art. 700 CC) o caso de epidemia (art. 701 CC), recogiénola por escrito si es posible o transmitiéndola verbalmente como la recuerden (art. 702 CC) (10). En este grupo pueden ser incluidos los testigos de los testamentos marítimo y militar extraordinarios (arts. 720 y 731 CC). Tendrán obligación de conocer al testador —por lo que actúan a la vez como testigos instrumentales y de conocimiento— y procurarán asegurarse de su capacidad (art. 685.II) CC); además, en los tres meses siguientes al fallecimiento han de acudir al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública y se protocolice el correspondiente testamento abierto extraordinario en cuyo otorgamiento han intervenido (arts. 703 y 704 CC), obligación que con carácter general se impone para todos aquellos testamentos otorgados sin la intervención del Notario (11).

El profesor LACRUZ se preocupa en señalar, especialmente en relación a los testigos enumerados en segundo y tercer lugar, que «... el Código Civil no establece distinción en las calidades requeridas para intervenir como testigos en unos y otros testamentos pese a la gran diferencia y trascendencia de su papel; y al contrario —y por necesidad—, disminuye los requisitos

(8) Según L. M. Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, 1.^a ed., Cívitas, Madrid, 1990, págs. 107-122, «... la derogación expresa se caracteriza por consistir en una disposición *ad hoc* cuya finalidad directa es la producción del efecto derogatorio, así como el objeto al que se dirige dicho efecto derogatorio es un texto legal». Conceptúa, en consecuencia, el acto de derogación como una norma constitutiva porque no se limita a describir o enunciar algo, sino que además realiza por sí misma ese algo.

(9) Ley publicada en el BOE núm. 306, 23-XII-1991.

(10) En la STS 2-VII-1977, RJA, núm. 3256, se hace un análisis de las dos causas que pueden motivar la imposibilidad de plasmar por escrito los testamentos en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia: «... Primera: Cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento o por no tener en tal acto los elementos necesarios para hacerlo, lo que no impide que los testigos con posterioridad, y con la mayor brevedad posible, consignent por escrito las manifestaciones que el testador les hizo y lo suscriban con su firma; y Segunda: Cuando los testigos no sepan escribir y entonces, al no poder consignar en esta forma, tendrán que conservar en la memoria las manifestaciones del testador hasta el momento de hacer su declaración ante el Juez para su elevación a escritura pública y protocolización...»

(11) En este sentido, véanse los artículos 1.938 y 1.943-1.955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comparativamente el mismo criterio se adopta para el testamento ológrafo en los artículos 689 a 693 del Código Civil y para el testamento cerrado en el artículo 714 del Código Civil que se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.956-1.959).

que han de reunir los testigos en los testamentos de urgencia» (12). En estas «calidades» vamos a centrar el presente estudio, que trataremos a la luz de la legislación vigente en la materia.

II. LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS

1. PLANTEAMIENTO

Hacía tiempo que no se retocaba, no diremos ya reformar, la regulación que el Código Civil hace del testamento notarial, pero la necesidad de una revisión actualizadora ha traído, por fin, la promulgación de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos que ha dado nueva redacción a los artículos 665, 681, 684, 685, 696, 697, 698, 699, 706, 707, 709, 710, 711 y 734 del Código Civil. Sin duda, a primera vista, constituye su novedad más sobresaliente la eliminación de la intervención obligatoria de los testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos notariales ordinarios abierto y cerrado, así como en el otorgado en país extranjero conforme a la legislación española (art. 734 CC). Por esta razón el proyecto de Ley (13) presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados se tituló «Proyecto de Ley sobre supresión de los testigos en los testamentos», denominación que no conservó el texto definitivo de la Ley por la aceptación de la enmienda número dos presentada por ALVAREZ-AMANDI, portavoz del grupo parlamentario del CDS (14). Junto a la supresión de los testigos instrumentales con carácter general, se ha unificado y reducido su número, así como sus funciones. Se ha reducido su número porque al acto del otorgamiento del testamento abierto y cerrado ya no es necesario que concurren tres o cinco testigos idóneos, sino dos (arts. 697, 707.5.º y 7.º y 734 CC), como ya exigían los artículos 716, 720, 721 y 722 en materia de testamento militar y marítimo. En cambio, en los testamentos abiertos llamados excepcionales (arts. 700 y 701 CC) sigue siendo necesaria la presencia de cinco testigos idóneos o de tres respectivamente. Por otro lado, se han limitado sus funciones a la de presenciar la conformidad del testador con lo escrito en el testamento durante el acto de otorgamiento, si es abierto, o con lo

(12) *Derecho de sucesiones, Parte General, sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, págs. 361-362.

(13) Publicado en el *BOCG* de 31 de mayo de 1991, IV legislatura, serie A, núm. 55-1.

(14) Las enmiendas al Proyecto de Ley se publicaron en el *BOCG* de 12 de septiembre de 1991, IV legislatura, serie A, núm. 55-5.

escrito sobre la cubierta que contiene el llamado testamento cerrado, firmando junto al resto de los presentes en el acto (arts. 695.1 y 707.5.º CC), reforzando así su solemnidad y colaborando en la prueba de la existencia y contenido del testamento (15). Ya no han de procurar junto al Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, pues esta obligación sólo compete a este fedatario público, según parece, como un deber dada la expresión literal del artículo 685.1 del Código Civil (16). Esta supresión ha sido y será acogida favorablemente por la *doctrina*, pues «... cuando el Notario cree oportuno cerciorarse de la capacidad del testador acude a profesionales capacitados, como es el caso que recorta el artículo 665 del Código Civil» (17). Si bien siguen conservando esta función los testigos en los casos de los testamentos en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia, que, incluso, tendrán obligación de conocer al testador. Su participación, en consecuen-

(15) J. M. BLOCH RODRÍGUEZ, *LOS testigos en los testamentos notariales*, RDN, 1957, págs. 379-390, analiza partiendo de argumentos ofrecidos por la Psicología la función de los testigos como prueba de la existencia y contenido del testamento, estableciendo que «... el testimonio de una persona acerca de un acontecimiento cualquiera depende de cinco factores: a) del modo como se ha percibido dicho acontecimiento; b) del modo como lo ha conservado su memoria; c) del modo como es capaz de evocarlo; d) del modo como quiere expresarlo; e) del modo como puede expresarlo...» Con todo ello trata de demostrar la escasa importancia que tienen los testigos para una futura prueba del testamento desde el momento en que existen medios de prueba mucho mejores que el testifical. Sin embargo, aún en el artículo 280.4.º d) del Reglamento Notarial se admite la declaración de los testigos como medio de prueba para la reconstrucción de los protocolos destruidos.

(16) La Ley 30/1991, de 20 de diciembre, ha recuperado en este párrafo primero —no en el segundo— la expresión «deberá asegurarse» —hoy sólo referida al Notario— que figuraba en la primera edición del Código Civil, para sustituir a la expresión «procurarán asegurarse». El sentido de una y otra según la doctrina del Tribunal Supremo —Sentencias de 25-III-1940, *RJA*, núm. 198; de 30-IX-1966, *RJA*, núm. 5095, y de 21-VI-1986, *RJA*, núm. 3788— es diferente: la segunda, lejos de poseer el carácter imperativo de la primera, indica que no se exige una aseveración de capacidad con certeza absoluta. Pese a esta diferenciación terminológica el Tribunal Supremo realmente acaba configurando esta función del Notario como un auténtico deber (vid. la STS 21-VI-1986: «ese deber se cumple...»). En consecuencia, no creemos que el cambio de redacción vaya a exigir un celo mayor al Notario del empleado hasta ahora por ese fedatario público al asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, pues ni es un facultativo ni está obligado a recabar —salvo que se trate del testamento de un incapacitado (art. 665 CC)— el informe de un perito previo a su juicio en este sentido.

En cualquier caso, «la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario». STS 13-X-1990, *RJA*, núm. 7863.

(17) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. ALBALADEJO, t. IX, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 294.

cia, permanece activa en el otorgamiento, y prueba de este negocio jurídico *mortis causa* es la gran diferencia que presentan con el resto de los testigos que hace tiempo perdieron la significación de la que gozaron en nuestro Derecho histórico (18) al convertirse en una compañía del testador y del Notario que, a veces, incomodaba al primero y desconocía la suficiencia de la presencia del segundo. Todo esto ha motivado que su intervención no conserve claramente el valor de solemnidad esencial cuando aparezcan voluntariamente en el otorgamiento del testamento, acto eminentemente formal y solemne (19). Esto lo decimos a la vista de la siguiente afirmación de OSSORIO MORALES interpretada en sentido contrario: «Por su carácter de solemnidad esencial no ha tenido reflejo en materia de testamentos la tendencia a suprimir la obligada intervención de testigos...» (20). Ahora que ha tenido reflejo esa supresión, ¿siguen integrando la formalidad testamentaria los testigos voluntarios?

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Las razones que se han aducido para explicar la tardanza del legislador en prescindir de la presencia de los testigos en los testamentos, aunque contase con el precedente de la supresión de los mismos en los actos notariales *inter vivos* por la Ley de 1 de abril de 1939, suelen ser básicamente dos: la pereza legislativa y el hecho de que supondría —como ha supuesto— una mejor y más profunda reforma del Código Civil (21). En 1982 ya se contó con un proyecto de Ley sobre modificación de determi-

(18) Ya indicó BLOCH RODRÍGUEZ, *LOS testigos en los testamentos notariales*, op. cit., págs. 377-378, que el aparato externo de los documentos y de los negocios jurídicos no tienen hoy el gran valor que tuvo en algunas épocas de la historia; por ello la solemnidad testifical es inadecuada a la índole del testamento y nula o de escaso valor. Dos son las razones que arguye la defensa de sus afirmaciones: «... 1) mal se coordina con el carácter íntimo del acto la presencia de unos testigos que se enteran de las cosas que no agrada al testador que se enteren; 2) el testamento produce, en muchos otorgantes, una sensación de nerviosismo, que aumenta cuanto mayores son las solemnidades del acto; y en este sentido hay que reconocer que no hay motivo alguno que aconseje se agrave aún más esta supresión...»

(19) Carácter aún resaltado por recientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 8-III-1975, *RJA*, núm. 986; STS 21-VI-1986, *RJA*, núm. 3788; STS 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695; STS 25-VI-1990, *RJA*, núm. 4892, y STS 25-IV-1991, *RJA*, núm. 3029, hasta el punto de que por ser la forma *ab substantiam* para que el testamento tenga existencia jurídica y produzca sus efectos ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley, que además son ineludibles y no convalidables posteriormente.

(20) *Manual de sucesión testada*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 62.

(21) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 292.

nados artículos del Código Civil en materia de testamentos (22), pero han sido los derechos civiles autonómicos los que realmente han precedido al Código Civil en esta nueva configuración. Así, la Ley de 21 de mayo de 1985 (23) en su artículo 22 da una nueva redacción al artículo 90 de la Compilación de Aragón por la que se suprime en el testamento notarial otorgado en Aragón (24) la intervención de los testigos, salvo que expresamente lo requieran los testadores o el Notario autorizante. Esta misma línea se ha seguido más tarde por el Código de Derecho de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento catalán cuando en su artículo 107 estima que no será necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial (25) salvo que concurran circunstancias especiales en el testador —porque sea ciego o completamente sordo, porque no sepa o no pueda firmar o porque no sepa o no pueda leer por sí el testamento— o que éste o el Notario lo soliciten. Fue el artículo 10 de la Ley 8/1990, de 28 de junio (26), el que redactó el artículo 52 de la Compilación balear que con carácter general excluye, como en los casos anteriores, la presencia de los testigos en los testamentos otorgados ante Notario, señalando cuatro excepciones: cuando el Notario no conoce al testador, cuando el testador sea ciego o enteramente sordo, cuando el testador no sepa o no pueda firmar y, finalmente, cuando el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador. Por último, a tenor del Código Civil, sólo intervendrán en los casos legalmente previstos —cuando en el testador concurren circunstancias excepcionales, por ejemplo, es sordo o mudo (art. 697.2.º CC), declara que no sabe o no puede firmar el testamento (arts. 697.1.º y 707.5.º CC), cuando como testigos de conocimiento participen en la identificación del testador (arts. 685.1 y 698.1.º CC)— o cuando el Notario o el testador voluntariamente soliciten su presencia (arts. 697.3.º y 707.7.º CC).

Esta uniformidad de criterios entre los derechos civiles autonómicos y el derecho del Código Civil en materia de intervención de testigos abre una

(22) Publicado en el *BOCG* de 26 de abril de 1982, I legislatura, serie A, núm. 264.I. Estaba compuesto exclusivamente de un artículo que proponía la reforma de los artículos 681, 685, 694, 695, 699, 706, 707, 710, 711, 734 y 735 del Código Civil. Podemos encontrar un examen de este articulado propuesto y su valoración general en M. FELIÚ REY, «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de los testigos en los testamentos», *RCDI*, año LXVII, noviembre-diciembre 1991, núm. 607, págs. 2261-2284.

(23) Publicada en el *BOE* núm. 161, 6-VII-1985.

(24) En el testamento ante párroco aún es preceptiva la presencia de dos testigos que aseveren conocer al testador y éste a ellos, y sepan y puedan firmar (art. 91.I Compilación aragonesa).

(25) Sí, en cambio, en el testamento abierto otorgado ante párroco como en el caso aragonés (art. 117 Cód. Suc. cat.).

(26) Publicada en el *BOE* núm. 194, 14-VIII-1990.

vía para la evitación de conflictos entre los mismos aunque aún persistan diferencias en esta y otras cuestiones derivadas de las distintas formalidades y solemnidades testamentarias exigidas en cada uno de ellos (27).

Las anteriores referencias nos han servido para poner de manifiesto la gran incidencia que la reciente reforma ha tenido en el tema de la idoneidad de los testigos al perder importancia al igual que su presencia, con las excepciones de los siempre citados testamentos abiertos otorgados en circunstancias extraordinarias (arts. 700 y 701 CC) y testamentos especiales militar y marítimo (arts. 716.5, 720, 721, 722 y 731 CC).

III. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE INIDONEIDAD

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de idoneidad de los testigos se reitera a lo largo de los preceptos que en el Código Civil se dedican a la regulación de las formas testamentarias, así en los artículos 691, 697, 700, 707.5.º2, 716.5 y 722.3 del Código Civil; sin embargo, ninguno de ellos ni otros similares nos ofrecen un concepto expreso de la misma, sí implícito. Aparece la idoneidad configurada por un conjunto de cualidades o circunstancias que han de concurrir en una persona física para que pueda ser considerada como testigo; será entonces testigo hábil o idóneo, en sentido negativo, aquel que no reúna las causas de inhabilidad enumeradas legalmente. Una primera aproximación a las mismas muestra cómo la capacidad requerida al testigo testamentario es más rigurosa que la exigida a los testigos medio de prueba y al propio testador. El artículo 1.246 del Código Civil permite ser testigos a los mudos, a los mayores de catorce años, a los ciegos y a los sordos en las cosas cuyo conocimiento no depende ni de la vista ni del oído, por ejemplo. La explicación de esta relajación en los testigos como medio de prueba podemos encontrarla en que éstos se limitan a manifestar su conocimiento de un hecho ya ocurrido y del que incluso pueden haber recibido noticia a través de terceras personas y no directamente. Y será el Juez el que en última instancia valore sus declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica (art. 1.248 CC, por remisión al art. 659 LEC); sin embargo, el testigo testamentario no es sólo medio de

(27) Diferencias cuya existencia es posible si partimos del propio texto constitucional, que en su artículo 149.1.8.º si bien reconoce competencia exclusiva al Estado en legislación civil, permite que la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, se lleve a cabo por las Comunidades Autónomas, que para hacer efectiva esta competencia han de asumirla expresamente a través de sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

prueba (28) de lo acaecido en el acto del otorgamiento, sino requisito especial para la validez y eficacia del testamento. En relación con el testador, el artículo 663 del Código Civil permite testar —salvo en el testamento ológrafo— al mayor de catorce años, que, paradójicamente, no podrá ser testigo de un acto que, en principio, no va a traerle ningún perjuicio; en este caso la diferencia de tratamiento entre el testador y el testigo ha de buscarse en el carácter de acto personalísimo que tiene el testamento, no admite representación y el carácter intercambiable de la persona del testigo (29), lo que se confirma al no exigirse que los testigos sean rogados, es decir, convocados expresamente al acto del otorgamiento (30).

El Código Civil no detalla a quién corresponde la designación de los testigos en el caso de que intervengan; sí lo hace, por ejemplo, el artículo 684 del Código Civil en materia de testamentos otorgados en lengua extranjera o que el Notario no conoce para la elección del intérprete. Ante esta laguna legal la doctrina, así LACRUZ (31), acude al artículo 183 del Reglamento Notarial, que aunque en estos actos *inter vivos* establece que los testigos instrumentales serán designados por los otorgantes, en su defecto por el Notario, el cual podrá oponerse a que lo sean determinadas personas, sólo cuando el otorgante fuese ciego o sordo —determina el párrafo segundo del citado precepto— deberá designar por lo menos uno de los testigos. En algunos casos, más que de designación podríamos hablar de aceptación, pues en los excepcionales supuestos que contemplan los artículos 700 y 701 del Código Civil no será infrecuente que de modo voluntario una persona se ofrezca como testigo al testador dada la urgencia de la situación. No es, en suma, un asunto que genere demasiados problemas; es más importante que el Notario consigne en el instrumento público que contiene el testamento quiénes son las personas que han intervenido como testigos idóneos para que así queden identificadas básicamente a través de sus nombres y apellidos (32), pues aquellos que aun estando presentes en

(28) Sin embargo, para X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Eder-sa, Madrid, 1990, pág. 135, los testigos en los testamentos notariales no tienen una función probatoria, sino que son instrumentos de publicidad, pues el otorgamiento es presenciado y conocido por otros. En este mismo sentido se pronuncian Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 361.

(29) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI: «Derecho de sucesiones», vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 412.

(30) El requisito de la rogación fue suprimido por la Ley Unica, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, y posteriormente no ha sido mencionado por el Código Civil, cuya tendencia es simplificadora. Sin embargo, el Fuero Nuevo de Navarra en la Ley 185 exige que los testigos sean rogados en los testamentos allí otorgados.

(31) *Elementos de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 224.

(32) M. AMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 136, se refiere a la forma de consignar la intervención de los testigos testamentarios: «En el

el acto del otorgamiento no consten como testigos, pese a reunir los requisitos de capacidad correspondiente, no serán tenidos en consideración de tales si los concurrentes en calidad de testigos carecen de ellos. Sólo es testigo el que interviene en tal calidad y además es idóneo. No tiene el Notario que constatar que, a su juicio, tienen la capacidad legal suficiente ni tampoco que los ha identificado debidamente, como en el caso del testador (arts. 685 y 696 CC). No obstante, la responsabilidad que se le puede exigir por su malicia, ignorancia o negligencia inexcusables (arts. 705 y 715 CC) actuará como estimulante para que traten de cerciorarse de la idoneidad del testigo (33).

En ocasiones la doctrina ha criticado duramente la configuración legal de la incapacidad o inhabilidad para ser testigo en el otorgamiento del testamento. Quizá porque ninguna de las causas que la generan se preocupan por asegurar que el testigo tenga un nivel cultural y de inteligencia suficiente que le conduzca a entender la entidad del acto en el que participa, quizá porque con frecuencia ha sido fuente de nulidad de los testamentos (34). Lo cierto es que el legislador las sigue contemplando y no puede obviarse, claro está que al ser recogidas en normas prohibitivas habrán de ser objeto de una interpretación restrictiva; de este modo será más económico prescindir del testigo dudoso antes que contar con él y arriesgarse a sufrir futuras impugnaciones que propicien la nulidad del testamento aunque

testamento se reflejarán todos los datos referentes a la intervención y presencia de los testigos instrumentales, que son: su nombre y apellidos, edad, estado, profesión y vecindad, aunque en la práctica es frecuente prescindir de los datos de estado y profesión, su manifestación de no incurrir en incapacidad, de ver, oír y entender al testador... y, por fin, el hecho de su firma.» Por lo que hemos comprobado, los Notarios hacen referencia, escuetamente, en el instrumento al nombre y dos apellidos de los testigos, a la afirmación de éstos sobre su mayoría de edad e idoneidad de modo genérico, a si intervienen como testigos de conocimiento o/y instrumentales; después firman.

(33) Sólo es responsable el Notario si el defecto de forma, por ejemplo, la inhabilidad del testigo, se debe a su malicia, negligencia o ignorancia inexcusables. Se elimina el deber de demandarlo cuando la causa de la pretendida nulidad del testamento no aparece directamente relacionada con la conducta de este fedatario sin perjuicio del ejercicio separado de las acciones que pudiesen corresponder en este supuesto. Reiteradamente la jurisprudencia ha venido inadmitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, en concreto en los casos de nulidad de testamentos abiertos, por defectos en las solemnidades establecidas cuando no se demanda a los fedatarios autorizantes (SSTS de 15-III-1951, *RJA*, núm. 997; de 22-X-1974, *RJA*, núm. 3899; de 10-XI-1979, *RJA*, núm. 4655, y de 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695. Sin embargo, la inadmisión de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no es obstáculo a la intervención del Notario como coadyuvante —no como parte— en el proceso para sostener y ‘apoyar las pretensiones de una de las partes, normalmente de la que sostiene la validez del testamento, en función de las ventajas que el mismo le reportará que éstas prosperen; de suceder así no se vería incurso en un posible proceso posterior para depurar su responsabilidad (STS 25-VI-1990, *RJA*, núm. 4892).

(34) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., pág. 362.

haya sido reflejo fiel de la voluntad del testador. Estas causas son recogidas en el artículo 681 del Código Civil.

No podrán ser testigos en los testamentos:

Primero: Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo: Los ciegos y totalmente sordos o mudos.

Tercero: Los que no entienden el idioma del testador.

Cuarto: Los que no están en su sano juicio.

Quinto: El 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.»

Antes de la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dicho precepto estaba formado por siete números; el segundo exigía la domiciliación de los testigos en el lugar del otorgamiento a no ser que asegurasen conocer al testador y el Notario conociese a éste y a aquéllos y en los casos exceptuados por la Ley, supuestos que se reducían al testamento hecho en el extranjero (art. 734 CC), en el que expresamente se dispensaba de tal requisito. Sin embargo, en otros testamentos también era difícil encontrar testigos que reunieran tal cualidad y, sin embargo, no estaban exceptuados expresamente; así en el testamento militar (arts. 716 y 720 CC), testamento marítimo (art. 722 CC) y otorgado en inminente peligro de muerte (art. 701 CC) (35). Es fácil imaginar que las opiniones doctrinales eran muy variadas y no siempre coincidentes con la jurisprudencia; además, no existía una clara justificación del precepto y menos aún si tenemos en cuenta que es suficiente para identificar hoy a una persona el documento nacional de identidad o documento equivalente. El número sexto excluía a los condenados por delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, circunstancia que hacía presumir la falta de veracidad y fidedignidad del testigo (36). Sin embargo, la idea de la probidad e imparcialidad del testigo en estos términos sigue latiendo en materia de tacha de testigos (art. 660.4.º LEC), inhabilidad del testigo en las escrituras públicas (art. 182.5 RN) y en el Código de Derecho de Sucesiones catalán al prohibir ser testigos a los condenados por delitos de falsificación de documentos, calumnias o falso testimonio (art. 108.3.º).

(35) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. II, Reus, Madrid, 1951, pág. 57.

(36) M. ALBALADEJO, «Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991», *Actualidad Civil*, núm. 24, semana 15, 21-VI-1992, pág. 357: Valora negativamente el suprimido precepto: «... era un precepto puramente testimonial, habiendo, por supuesto, muchas más personas no dignas de fiar, autores de otros delitos o aun sin delito, y, por supuesto, aparte de haber sido condenadas o no, de modo que reducir la inidoneidad a los condenados y precisamente por falsificación o falso testimonio sólo, era bastante inocente...»

Debido a estas supresiones, el artículo 681 del Código Civil consta ahora de cinco números; el último es el único cuya redacción ha sido modificada: el cónyuge aparece en primer lugar y las expresiones «oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados» han sido sustituidas por la única de: «relación de trabajo».

En poco difiere del texto ofrecido por el Proyecto de Ley de 1982, compuesto por seis números; el quinto excluía a los que estuvieran sufriendo pena de interdicción civil, pero de haber llegado a ser Ley habría sido suprimido por la Ley 8/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos del Código Civil (37), y en vez de hablar en su número sexto de «relación de trabajo» se refería a los «empleados», anteponiéndolos a la palabra «cónyuge», lo cual, quizá, sólo sea una cuestión de estilo. En lo demás, ambos presentan idéntica redacción y estructura.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Es una de las cuestiones debatidas tradicionalmente por la doctrina que habría quedado resuelta en parte si el legislador en el último párrafo del artículo 681 del Código Civil hubiese introducido la precisión que en este punto contiene el artículo 108 del Código de Derecho de Sucesiones catalán: «Estas prohibiciones se aplicarán también a los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en el testamento.»

La primera cuestión que plantea este precepto es la de si rige para los testigos de conocimiento al igual que para los testigos instrumentales. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, como criterio general, entienden aplicables las mismas prohibiciones e incapacidades a ambos tipos de testigos, si bien distinguiendo en el artículo 681 los supuestos en los que se haya el peligro que quiere evitar el legislador, los cuales serían aplicables. En tal sentido consideran solamente el número tres como no aplicable. De no ser así, es decir, de utilizar distintos criterios valorativos de la idoneidad de estos testigos, llegaríamos a la situación absurda de tener que aceptar como idóneo a un testigo de conocimiento que, en idénticas circunstancias, no podría actuar como testigo instrumental (38).

Aceptando la opinión de estos autores, GONZÁLEZ PORRAS (39) va más allá y ofrece otra razón que —en su opinión— hace inexcusable la aplicación de todas las circunstancias —salvo la relativa a la edad en el caso del

(37) BOE núm. 80, 3 abril de 1984.

(38) *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 363.

(39) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, págs. 299-300.

artículo 701 CC— del artículo 681 del Código Civil a los testigos de conocimiento: la importancia que tiene su actuación cuando son requeridos.

A esta postura, como vemos mayoritaria, se adhiere TORRES GARCÍA (40) al sostener que los requisitos exigidos por el artículo 681 del Código Civil se aplican a todo testigo que intervenga en el otorgamiento del testamento con independencia de su función. Hasta tal punto esto es así que aquellas inhabilidades que no sean aplicables a los testigos instrumentales por razón del tipo de testamento en que intervienen tampoco serán aplicables a los testigos de conocimiento que intervengan en estas mismas circunstancias. Nos estamos refiriendo no sólo a la excepción de edad del número primero del artículo 681 del Código Civil, sino también a la inidoneidad de parentesco y relación de trabajo consagrada en el número cinco del citado precepto, pues tradicionalmente ha sido considerada como una incapacidad relativa para testificar que bajo ningún concepto regirá para los testigos que intervengan en los testamentos en tiempo de epidemia o en inminente peligro de muerte al no ser autorizados por Notario.

En segundo lugar, se plantea si el ámbito de aplicación del artículo 681 también se extiende al intérprete y facultativos que eventualmente intervengan en el otorgamiento. En cuanto al intérprete (art. 684 CC) que concurra al acto del otorgamiento (art. 698.2.º CC) le son de aplicación las mismas normas que a los testigos instrumentales porque no han de estar interesados en las disposiciones testamentarias (41) y por la importancia de su función (42). Lo mismo puede decirse respecto a los facultativos (art. 665 CC) concurrentes (art. 698.3.º CC) para asegurar su imparcialidad.

El artículo 681 del Código Civil no se aplica a los tres testigos idóneos que participan en el cotejo de la letra y firma del testador en materia de testamento ológrafo (art. 691 CC), pues la calificación de su idoneidad vendrá fijada por los artículos 1.245 a 1.247 del Código Civil, ya que su intervención es posterior al otorgamiento del testamento en un momento en que el testador ya no existe. En suma, su inidoneidad no es la de los testigos que intervienen en el otorgamiento de los testamentos porque sólo son medio de prueba en una fase del proceso de elevación a escritura pública y protocolización del testamento ológrafo (43).

(40) *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 3031.

(41) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, págs. 300-301.

(42) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 364: concretamente le serían aplicables los números 2.º (totalmente sordos), 4.º y 5.º del artículo 681.

(43) T. TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 405-410.

3. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

A efectos puramente pedagógicos y atendiendo a varios criterios, la doctrina suele clasificar las causas de inidoneidad. OSSORIO MORALES (44) las agrupa en incapacidades y prohibiciones. Las primeras afectan a la aptitud personal del sujeto; son, por ejemplo, la falta de madurez, de desarrollo psíquico o físico. Las segundas inhabilitan para ser testigo a determinadas personas; por ejemplo, por su relación de parentesco con el Notario autorizante. La mayoría de la doctrina (45), utilizando una terminología en parte diferente a la anterior, habla de incapacidades absolutas y relativas, siendo las primeras las que inhabilitan a una persona para intervenir en cualquier testamento; las segundas, sólo en aquellos en que concurran determinadas circunstancias. Serán consideradas entonces incapacidades absolutas las contenidas en los números primero, segundo y cuarto del artículo 681 del Código Civil, relativas las de los números tercero y quinto.

En cuanto a su finalidad, unas tratan de responder a la necesidad de que el testigo reúna la capacidad intelectual y física suficiente (números primero, segundo, tercero y cuarto del art. 681 CC) y otras tratan de asegurar su imparcialidad (número quinto del art. 681, que se sitúa en la misma línea que el art. 682 dirigido especialmente al testamento abierto).

4. EXAMEN PORMENORIZADO DE CADA UNA DE ELLAS

Para comenzar el desarrollo del artículo 681 del Código Civil el legislador ha elegido una oración imperativa negativa, «no podrán ser testigos en los testamentos», criticada por no ser del todo exacta ya que cualquiera puede ser testigo; otra cosa es que no deba serlo. Serán capaces todos los no especialmente excluidos por la Ley y siendo la regla general la capacidad de las personas corresponde la demostración de la incapacidad del testigo a quien impugne la validez del testamento.

Primero: Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Pretendiendo una mejora técnica en la redacción del precepto en su totalidad, ROCA JUNYET, portavoz del grupo parlamentario catalán (CIU), presentó la enmienda número 19 al Proyecto de Ley ante el Congreso de

(44) *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 63.

(45) Citamos, entre otros, a C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Valladolid, 1926, pág. 69; a M. ARMERO DELGADO, *Testamentos y participaciones*, op. cit., pág. 128; a J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., t. VI, vol. II, págs. 54-55, y a X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, op. cit., t. V, págs. 136-137.

los Diputados que incluía en este número primero, junto a los menores de edad a los incapacitados para testar, lo cual es una remisión implícita al artículo 663.2 del Código Civil, suprimiendo el número cuarto del actual artículo 681, al igual que hace el artículo 108.1.º del Código de Derecho de Sucesiones catalán —en realidad el artículo catalán y el propuesto son prácticamente iguales en su redacción por referirse a situaciones que afectan a la capacidad—. Finalmente no prosperó.

Para ser testigo, por tanto, se requiere ser mayor de edad. La mayoría de edad es una cuestión a determinar conforme a la legislación vigente en cada momento; así antes de 1978 se alcanzaba al cumplir los veintiún años, ahora a los dieciocho en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución española y, conforme a él, en el artículo 315 del Código Civil. Su cómputo se efectuará incluyendo completo el día del nacimiento (art. 315.2 CC). Si el testigo es extranjero pero realiza la función que le es propia a éste conforme a la ley española, habrá de estarse a su correspondiente ley personal —que vendrá determinada por su nacionalidad— para fijar cuándo se entiende mayor de edad (art. 9.1 CC).

El artículo 681.1.º se aparta de los precedentes romanos y españoles en los que una persona era capaz para ser testigo al llegar a la pubertad, es decir, a los catorce años (46), edad que se ha mantenido en la capacidad para testar (art. 663.1.º CC), pues, salvo en el caso del testamento ológrafo (art. 688 CC), es suficiente que el otorgante tenga catorce años. Esta diferencia de tratamiento resulta curiosa, porque, por un lado, se permite testar al mayor de catorce años y disponer así de sus bienes y derechos para después de la muerte, y, por otro, no se le permite ser testigo en el acto de otorgamiento del testamento de otra persona. Ello nos da una idea del papel que para el Código Civil desempeña el testigo y su trascendencia en el otorgamiento, también de la consideración del testamento como un negocio jurídico que produce sus efectos en un futuro, después de la muerte del testador (art. 667 CC), no perjudicando en el presente los intereses del mismo, que puede revocarlo en cualquier momento mientras viva (arts. 737 y sigs. del CC). Sin embargo, parte de la doctrina (47) estima que el legislador debió fijar una edad común para testar y testificar, subiendo la edad para la testamentación y reduciendo la edad exigida para ser testigo.

Dos son las cuestiones que suelen plantearse en el campo de la interpretación de este apartado si los menores de edad emancipados o habilitados de edad (arts. 314 y 321 CC) pueden ser testigos; si, no obstante lo anterior, el requisito de la mayor edad puede interpretarse flexiblemente. En relación

(46) La compilación navarra conserva aún la terminología tradicional de púber e impúber para referirse a los mayores de catorce años en las leyes 50 y 184.

(47) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español.*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 56.

a la primera han surgido en la doctrina dos corrientes opuestas. Para un sector la expresión «menor de edad» no incluye a los emancipados ni habilitados de edad y se pronuncian por su capacidad, arguyendo razones como las siguientes:

— El Reglamento Notarial los considera en su artículo 181.1 capaces para ser testigos instrumentales en los documentos *inter vivos* (48).

— La emancipación los habilita para regir su persona y bienes como si fueran mayores (art. 323 CC). Esta idea llevó a pensar a ARMERO DELGADO que como toda limitación debe interpretarse restrictivamente, el menor emancipado o habilitado de edad debe considerarse capaz en este supuesto (49). En esta línea, se dice que tienen la madurez psíquica suficiente para la misión propia del testigo (50) (51).

La segunda corriente es la mayoritaria. Procede a una interpretación literal de la ley que claramente pide la mayoría de edad. Por esta razón ALBALADEJO (52) rechaza la aplicación analógica del artículo 181.1 del Reglamento Notarial, pues en el artículo 681.1.º ni se trata de documentos *inter vivos* ni, aunque se tratase, el Reglamento podría modificar el Código. Como en cualquier caso siguen siendo menores (53) y se trata de un precepto de índole restrictiva, de carácter taxativo y de condición formal, no se puede aplicar por analogía la doctrina de la emancipación o de la habilitación de edad (54). Esto no quiere decir que no fuera deseable excluir de

(48) F. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 131.

(49) *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 129. Añade que «a pesar del fundamento de esta opinión, dado el carácter exageradamente formalista que la Ley y la jurisprudencia exigen en el cumplimiento de los requisitos del testamento, ante el temor de incurrir en un defecto que pueda acarrear su nulidad, resulta en la práctica preferible y aconsejable prescindir de los emancipados como testigos, exigiendo siempre en éstos la plena mayoría de edad».

(50) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 362.

(51) N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 258. Concreta aún más las anteriores afirmaciones sobre la capacidad del menor emancipado: el legislador en el artículo 688 del Código Civil y en aquellas otras normas que, como el artículo 681.1.º del Código Civil, utilizan la expresión «mayoría de edad», por lo que plantean dudas acerca de si en ellas está inserto o no el menor emancipado, no fija una cifra concreta —como lo hace el art. 663 CC al establecer la edad de 14 años—; ello le lleva a entender la mayoría de edad no como requisito de edad, sino de capacidad vinculado con el estado civil; en este caso sostiene que debe entenderse que el emancipado está equiparado al mayor de edad (art. 323 CC) y ha de darse por supuesto que la emancipación se concede precisamente en función del grado de discernimiento y madurez de la persona.

(52) *Curso de Derecho civil*, t. V, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 211.

(53) J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 64.

(54) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. I, págs. 3033-3034.

tal incapacidad a los emancipados y habilitados de edad en esta materia que, en principio, no parece que pueda acarrearles consecuencias gravosas que justifiquen una mayor protección a sus intereses. *De lege ferenda* ya pedía PUIG PEÑA (55) la validez de la intervención del menor emancipado, recordando en su apoyo la famosísima Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899 (56). *De lege data* el testigo ha de ser mayor de dieciocho años salvo en el testamento en tiempo de epidemia (art. 701 CC) —límite que LACRUZ (57) considera extensible a los testigos de los testamentos referidos en los arts. 720 y 731 CC—, en el que basta con que sea mayor de dieciséis años. Esta cuestión no estaba clara antes de 1978, cuando se era mayor de edad al cumplir los veintiún años (58) y la emancipación se podía obtener a partir de los dieciocho años por regla general (59), pues la inclusión de los menores de edad emancipados entre las personas hábiles para ser testigos testamentarios no dejaba sin sentido la excepción del artículo 681.1.º que permite ser testigos a los mayores de dieciséis años en el testamento en caso de epidemia. Pero ahora que la edad mínima para la emancipación y habilitación de edad es la de dieciséis años —con excepción de la emancipación por matrimonio (art. 48.2 CC)— como se desprende de los artículos 317, 319, 320 y 321 del Código Civil, no considerar al menor de edad como menor de dieciocho años nos llevaría a prescindir de la excepción recogida en el presente número; sin embargo, el hecho de que el legislador civil no la haya suprimido aprovechando la reforma operada por la Ley 30/1991 nos parece una circunstancia bastante significativa al respecto, como también lo es el que cuando en el Código Civil se quiere distinguir la menor de edad emancipado del mayor de edad se haga expresamente, citemos como muestra, siguiendo al igual que en la anterior argu-

(55) *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 203.

(56) Jurisprudencia civil, núm. 79, págs. 371-376.

(57) *Elementos de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 225.

(58) Por indicación de la base 8 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988, la edad de 23 años fue la fijada para la obtención de la mayoría de edad en la redacción originaria del Código Civil. Por Ley de 13 de diciembre de 1943 se rebaja hasta los 21 años cumplidos, pero esta reforma no se incluyó en el texto del Código Civil hasta que la Ley de 22 de julio de 1972 dio nueva redacción al artículo 320 del Código Civil, aunque ya estaba en vigor desde el 1 de enero de 1944. Antes de la entrada en vigor de la Constitución española, el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, dispuso en su artículo 1 que «la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los 18 años cumplidos». Por último, con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 el contenido del artículo 320.I pasa al artículo 315.I del Código Civil.

(59) T. TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, op. cit., pág. 199, nota 149, indica que el emancipado por matrimonio podría serlo aunque fuese menor de 18 años; así se podía distinguir entre el casado menor de 18 años y el mayor de edad, ambos menores de 21 años, lo cual era importante en orden a los distintos efectos jurídicos que estas diversas formas de emancipación por matrimonio producían.

mentación a TORRES GARCÍA (60), los artículos 20.2.c) y 213.a) del Código Civil en materia de nacionalidad.

Abordando ahora la segunda cuestión planteada, hemos encontrado junto con toda la doctrina una sentencia del Tribunal Supremo en la que de modo excepcional, dadas las particularidades del supuesto, el requisito de la mayor edad fue interpretado flexiblemente. Es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899 sobre el otorgamiento de un testamento en inminente peligro de muerte ante cinco testigos, uno de los cuales tenía veintidós años y cinco meses, es decir, no era mayor de edad por no haber cumplido los veintitrés años; sin embargo, en la opinión común era tenido por mayor, pues figuraba como testigo en instrumentos públicos, tenía cédula de vecindad y derecho electoral y había sido nombrado protutor en un testamento. Semejante posesión de estado determinó la validez del testamento, pues parafraseando a GARCÍA GOYENA (61), parece que «... nada puede objetarse al testador que ignoró lo que todos ignoraron y creyó lo que todos creyeron: por toda parte en caso de duda ha de estarse por la subsistencia de las últimas voluntades, cuya interpretación ha de ser lata, benigna y favorable».

La Compilación aragonesa no incluye un listado —ni siquiera por vía de remisión como la tiene la balear en su art. 52— de causas de incapacidad de los testigos testamentarios; como derecho supletorio respecto a los testigos del testamento ante sacerdote se ha venido aplicando en esta materia el Código Civil, pero con matizaciones; una de ellas es preciso formularla en este punto, pues cuando contraen matrimonio los menores de edad en Aragón tienen la consideración de mayores (art. 4 Comp. aragonesa) y pueden intervenir como testigos. Por el contrario, el artículo 108.1.º del Código de Derecho de Sucesiones catalán sí contemplaba expresamente la minoría de edad como causa de incapacidad del testigo sin incluir ningún tipo de excepción al respecto.

Segundo: Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

La enmienda tercera presentada por el grupo parlamentario del CDS al Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados proponía sustituir la citada redacción por la siguiente: «No podrán ser testigos en los testamentos... Segundo: los discapacitados cuyas minusvalías impidan cumplir con tal cometido». A pesar de la utilización de una palabra tan infrecuente como la de «discapacitados», nos parece loable la intención que justifica esta enmienda: no excluir de la función testifical al sordo, al mudo o al ciego

(60) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. I, págs. 3033-3034.

(61) *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Cometa, Zaragoza, 1974, pág. 319.

salvo que estas deficiencias físicas les impidieran desempeñarla (62). Así evitaríamos los problemas de la actual redacción, pero no los nuevos que podrían surgir al tener que precisar el alcance de la minusvalía en cada caso concreto.

Centrándonos en el texto vigente, parece lógica inicialmente tal incapacidad si el Código Civil exige que los testigos vean y entiendan al testador (arts. 679 y 680 CC, no el 694 en el que ahora se ha suprimido esa referencia). Estas deficiencias físicas sólo serán causa de incapacitación en el sentido del tomo IX, libro I del Código Civil redactado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, cuando tengan carácter persistente e impidan a la persona sorda, muda o ciega gobernarse por sí misma (art. 200 CC); y para hacerlas valer es necesario que así se proclame en la correspondiente sentencia de incapacitación (art. 199 CC).

El adverbio «totalmente» ha hecho dudar a la doctrina en cuanto a su alcance. En primer lugar, ha habido autores, como ARMERO DELGADO (63) y GONZÁLEZ PORRAS (64), que han sostenido que es aplicable a todos los defectos enumerados, pues es suficiente que tales sentidos se puedan utilizar aunque con graves dificultades si el testigo queda enterado y puede cumplir su función. Esta interpretación no se corresponde con la literalidad del precepto en el que «totalmente» sólo precede a «sordos y mudos». Según ella, el ciego, con independencia de su grado de ceguera, estará impedido para la labor testifical. Es cierto que si no ve al testador ni, por ejemplo, el pliego que contiene el testamento cerrado, podrían producirse suplantaciones que difícilmente percibiría y que justifican esta prohibición legal, peligros que también justifican la concurrencia de dos testigos idóneos con carácter obligatorio en el otorgamiento del testamento notarial abierto por estas personas (art. 697.2.º CC), así como la prohibición a la que están sometidas de otorgar testamento cerrado (art. 708 CC). GONZÁLEZ PORRAS (65) no descartaba, antes de la reforma, que en un futuro se les permitiese ser testigos utilizando los adelantos que la técnica les ofrece para paliar esta deficiencia física. Hoy por hoy no se vislumbra ningún cambio y esta prohibición sigue siendo la menos discutida de las recogidas en este

(62) M. ALBALADEJO, *Algunos extremos de la regulación de los testamentos...*, op. cit., pág. 357, califica de falso el planteamiento de la enmienda, «... porque lo que ocurre es que siendo posible elegir testigos normales, la Ley ha querido excluir de serlo a quienes por un defecto parten ya de dar lugar a alguna irregularidad o riesgo en la testificación, al que se ha considerado preferible no admitir por los problemas que, por lo menos eventualmente, pueda plantear el otorgamiento o posteriormente.

(63) *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 130.

(64) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 312.

(65) *Ibid.*, pág. 313.

número; ya dijo PUIG PEÑA (66) que «... la incapacidad del ciego es patente; ningún comentarista la discute: no puede ver al testador ni darse cuenta del documento que ha de firmar...»

En segundo lugar, al referir la Ley «totalmente» a sordos y mudos, *sensu contrario* se está queriendo significar que cuando no padezcan estas deficiencias físicas con carácter absoluto no podrán predicarse de ellos esta incapacidad. De este modo, si el sordo oye algo, bien sea porque se le habla con alta voz o porque utiliza aparatos acústicos que le permiten llegar a la inteligencia de lo que se le dice, será idóneo como testigo. No obstante, el sordo en materia de *testamentifactio* activa recibe un tratamiento más benigno, el artículo 697.2.º del Código Civil; interpretado también en sentido contrario, permite al testador enteramente sordo, que sabe o puede leer, otorgar testamento notarial abierto sin la concurrencia de dos testigos idóneos con carácter obligatorio. En el campo de los actos *inter vivos* ha podido otorgar escrituras públicas el privado del oído que no sabe leer ni escribir, pero sí comunicarse a través de personas peritas en el lenguaje especial de los sordomudos (67). Esto nos ha llevado a pensar en la conveniencia de permitir ser testigo a la persona enteramente sorda que por los movimientos de los labios o por gestos entiende lo que se le dice, más aún si incluso sabe leer y escribir. Planteamos especialmente si quien sabe escribir y puede recoger de este modo la declaración de voluntad del testador que a él le llega por el sentido de la vista podría ser testigo en los casos que contemplan los artículos 700, 701, 720 y 731 del Código Civil. No se explica satisfactoriamente, en opinión de SÁNCHEZ ROMÁN (68), que coloque la Ley en el mismo grado de incapacidad absoluta al sordo y al mudo, y con más razón al sordomudo, al que ni siquiera menciona; por este motivo considera que «totalmente» debe referirse sólo a los dos primeros.

Ahorrando así muchas disquisiciones y acogiendo las sugerencias doctrinales, el Código de Derecho de Sucesiones por causa de muerte catalán en su artículo 108.2.º refiere «totalmente» a sordos y ciegos de modo exclusivo. Por todo lo dicho, no resulta entonces extraño comprobar que la doctrina siempre ha discutido la incapacidad del mudo, pues «no se alcanza en qué perjudica la mudez a la actuación de un testigo, sobre todo ahora que su actuación es más pasiva que antes, ya que no tiene que identificar al testador ni emitir juicio de capacidad (69). Sin embargo, como

(66) *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 204.

(67) Aparece consagrado en dos importantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la de 16-X-1974, *BOMJ*, núm. 104, año XXVIII, y la de 31-VIII-1987, *BOJM*, núm. 1470, año XLI.

(68) *Estudios de Derecho civil*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 410.

(69) Díez Gómez, «La supresión de los testigos en los testamentos», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1992, pág. 47.

ya se ha señalado, la persona totalmente muda, sin distinción, no es idónea. Trasladando aquí los argumentos que, a nuestro entender, justificarían la capacidad del sordo aunque no oyese en absoluto, diremos que aquellos mudos que supiesen leer o escribir o que mostrasen su conocimiento por signos o gestos deben en este punto ser distinguidos de los que no poseen estas cualidades y ser reconocidos como aptos para la labor testifical. Este es el criterio que ha sido seguido por el Código de Derecho de Sucesiones por causa de muerte catalán en su artículo 108.2.º —cuyo contenido coincide con el propio de la enmienda número 19 al Proyecto de Ley de 1991— al permitir ser testigo en el testamento al mudo que pueda escribir. Y esta es la dirección que se plasma en el artículo 709 del Código Civil cuando concede la posibilidad de otorgar testamento cerrado al que no puede expresarse verbalmente, pero sí escribir.

En congruencia con lo anterior que hemos expuesto, el artículo 1.246.2.º del Código Civil declara inhábiles por incapacidad natural a los sordos y ciegos en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído, pero no establece un supuesto general de incapacidad. Una vez más refleja la diferente función que han de cumplir los testigos testamentarios cuando es necesaria su presencia —requisito *ad solemnitatem* de un acto formal— y los testigos medio de prueba, así como lo reacio que se muestra el legislador a reconocer la capacidad de estas personas, que salvo esas deficiencias pueden ser perfectamente normales quedando enteradas de los hechos que presencian, cuando saben comunicarse con el mundo exterior y tienen determinada preparación cultural —por saber leer o escribir—, mejor que otras que no adolecen de tales defectos.

Tercero: Los que no entienden el idioma del testador.

Exigencia lógica si tenemos en cuenta los conceptos legales de los testamentos notariales abierto y cerrado que nos ofrecen los artículos 679 y 680 del Código Civil, pues según la interpretación que del primero ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo (70), si los testigos han de quedar enterados de las manifestaciones del testador habrán de comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido quienes no se encuentren en esa condición porque su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél. Ello explica la equiparación que tradicionalmente se ha hecho del que no entiende el idioma del testador con el sordo (71).

(70) STS 16-V-1974, RJA, núm. 3220.

(71) Ya expusimos en el número anterior nuestro desacuerdo con semejante consideración del sordo que por otra vía puede llegar a comprender lo que se realiza en su presencia.

Con esta norma se está permitiendo a los extranjeros que reúnan los demás requisitos de idoneidad ser testigos cuando conozcan el idioma del testador, ya sea este el español o cualquiera de las otras lenguas oficiales existentes en España (gallego, vasco, catalán), ya que, como establece LACRUZ (72), basta que el conocimiento del idioma sea suficiente para comprender el sentido y alcance de las declaraciones del causante. Lo que no está, por el contrario, nada claro es si esta norma permite ser testigo de un testamento otorgado en lengua extranjera o que el Notario no conozca a una persona que también la desconozca. El artículo 684 del Código Civil que regula este tipo de testamentos no soluciona este problema de armonización con el artículo 681.3.º del Código Civil ni siquiera después de su reforma por la Ley 30/1991. Ha sido la doctrina, como en otras ocasiones, la que ha tratado de dar una respuesta adscribiéndose a una de las dos posturas detectadas en el tema. De un lado, OSSORIO MORALES (73) sostiene que, en todo caso, los testigos han de entender la lengua del testador para que puedan apreciar que el testamento refleja exactamente lo declarado por él; PUIG PEÑA (74) añade que «idioma del testador» es el empleado al hacer testamento y es, por tanto, el que ha de entender el testigo sea cual sea. En el otro lado podemos citar a GONZÁLEZ PORRAS (75); opina que los casos de los artículos 681.3.º y 684 del Código Civil son diferentes; en el último basta con la presencia de dos intérpretes —en la actualidad uno— que traduzcan la disposición; da a entender con ARMERO DELGADO (76) que no es imprescindible por ello que los testigos entiendan el idioma del testador, porque los mismos conocerán la declaración de voluntad a través de la versión del intérprete. Este distingo no se puede sostener en estos momentos porque, al igual que el artículo 681.3.º, el actual artículo 684 del Código Civil se refiere tanto a los testamentos otorgados en lengua extranjera *strictu sensu* como a los otorgados en alguna de las lenguas oficiales en España y, en consecuencia, puede testar en lengua extranjera el que por cualquier causa prefiera hacerlo así, sea español o no y conozca o no el idioma español. Pues el artículo 684 «... ni prohíbe que los españoles testen en idioma extranjero ni tampoco que los extranjeros que hablan y entienden nuestro idioma, que sea además el del Notario autorizante, otorguen testamento con dicha lengua. También dicho precepto se aplicará si el otorgamiento tuviese lugar en Comunidad Autónoma que no tenga lengua oficial propia (art. 3.1 CE)

(72) *Elementos de...*, op. cit., t. V, pág. 225.

(73) *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 67.

(74) *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 206.

(75) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 314.

(76) *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 132.

y si el testador quiere testar en lengua oficial de otra Comunidad Autónoma...» (77).

Lo cierto es que al artículo 684 del Código Civil parece sólo preocuparle que el Notario no entienda la lengua en que se otorga el testamento, no menciona el entendimiento que de ella deban tener los testigos. Esta laguna nos abre la vía a tres hipótesis: podemos pensar que es coherente con la supresión de los testigos; lo que realmente importa es que el Notario quede enterado de la declaración de voluntad del testador, que da por supuesto que los testigos deben entender la lengua que se exprese el testador, cualquiera que sea; que no es necesario que los testigos intervinientes, en su caso, comprendan esa lengua porque pueden servirse de la traducción que realice el intérprete, y que incluso en ellos mismos pueden coincidir la función de intérprete. Entre todas ellas elegimos la tercera, aunque no dejamos de reconocer la coherencia de la primera con la reforma, pues de otro modo «... serían los testigos de peor condición que el Notario, a quien se le excepciona que entienda al testador» (78).

Cuarto: Los que no están en su sano juicio.

Con esta expresión se quiere indicar la necesidad de que el testigo tenga el discernimiento necesario que la participación en un acto jurídico requiere, que tenga capacidad suficiente para querer y entender (79). La encontramos designada de modos diversos, y a veces más precisos, a lo largo del articulado del Código Civil; así el artículo 56.2 habla de «deficiencias o anomalías psíquicas»; el artículo 200 «de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico»; el artículo 663.2.º alude a «cabal juicio»; los artículos 1.246.1.º y 1.263.2.º se refieren a «locos o dementes», al igual que el artículo 182.2.º del Reglamento Notarial. El artículo 108.1.º del Código de Derecho de Sucesiones catalán no permite ser testigos a los incapaces para testar. Son incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 104 Cód. Suc. cat.) (80).

(77) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. I, págs. 3044-3046.

(78) *Ibid.*, pág. 3046.

(79) GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 315.

(80) Que, por un lado, el artículo 108.1.º considere inidóneos a los menores de edad (menores de 18 años) y que, por otro, el artículo 104, al que implícitamente se remite el anterior, considere incapaces para testar y también inhábiles como testigos, por esa remisión, a los menores de 14 años, parece una incongruencia. «Incapaces para testar» aludirá en materia de testificación, sólo a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento; habría sido entonces más correcto que ese artículo dijese: No podrán ser testigos en el testamento ni en el codicilo: Primero: Los menores de edad y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento.

Ante la parca dicción de este precepto, cabe preguntarse si el Código Civil se está refiriendo con ella a los incapacitados judicialmente o también a aquellos que en el momento de ser otorgado el testamento no se encuentren con la sanidad de juicio suficiente. Para la mayoría de la doctrina, encabezada por BONET RAMÓN (81) y CASTÁN TOBEÑAS (82), se refiere a toda clase de perturbaciones mentales, no sólo a las permanentes, sino también a las pasajeras, hayan sido o no declaradas judicialmente. Si el legislador en el Código Civil se hubiese querido circunscribir a los incapacitados judicialmente, quizá lo hubiera indicado de forma expresa, como así ha ocurrido en materia de nacionalidad en los artículos 20.2.a) y 21.3.d) y en el testamento del incapacitado (art. 665 CC). Si no media la declaración de incapacidad correspondiente en el momento del otorgamiento, hemos de presumir la capacidad del testigo; se trata de una presunción *iuris tantum* (83). En caso contrario, si la incapacidad está declarada judicialmente, el testigo es idóneo sin más; se trata entonces de una presunción *iuris et de iure*. En ambos casos, aquel que impugne la validez del testamento por este motivo habrá de demostrar la incapacidad del testigo, labor que resultará evidentemente más difícil si no media sentencia judicial de incapacitación al respecto. Cuestión en la que, al igual que en materia de edad, difiere el tratamiento que se dispensa a la persona incapacitada judicialmente, la cual podrá testar cuando dos facultativos designados por el Notario y que previamente la reconozcan respondan de su capacidad (art. 665 CC) (84). A la vista de esta flexibilidad del legislador observada en materia de *testamentifactio* activa, la doctrina se pregunta si se puede aplicar por analogía al testigo. Para GARCÍA GOYENA (85) quien puede lo más, puede lo menos; su respuesta es, por tanto, afirmativa, pero queda aislada porque la doctrina suele recordarla sólo para rebatirla. Así pues, el artículo 665 del Código Civil es una norma excepcional que sólo se refiere al testador y no a los testigos (86). Siendo indiferente que sea testigo

(81) *Compendio de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 132.

(82) *Derecho civil español...*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 58.

(83) Así lo hace notar J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 67.

(84) A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 218-219: «El contar con el intervalo lúcido como posibilidad de emergencia momentánea de una capacidad habitual no existente significa consagrar inequívocamente la relevancia de la llamada *capacidad natural*, aun sin correspondencia con la capacidad legal. En este sentido el artículo 665 nos parece suponer un serio escollo a la tesis, hoy tan extendida, de la incapacitación constitutiva y de la irrelevancia de la situación natural de capacidad».

(85) *Concordancias...*, op. cit., pág. 319.

(86) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., t. V, vol. II, pág. 59; F. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 132; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, pág. 412.

una persona u otra, no se da aquí la necesidad que es fundamento del artículo 665 (87).

Quinto: El 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.

Tres grupos de personas —originariamente recogidas en la legislación notarial— están incluidas en esta prohibición en razón del matrimonio, parentesco o dependencia con el Notario —o persona que haga sus veces, pues en este sentido hemos de recordar el art. 734 CC— y con fundamento en la dignidad e independencia de la profesión notarial, como recuerdan diversas sentencias del Tribunal Supremo (así la STS 16-XII-1975) (88).

En cuanto al cónyuge, se ha producido una inversión de orden frente a la anterior redacción del precepto en la que aparecía en segundo lugar desde su inclusión por la Ley de 24 de abril de 1958. El cónyuge, que puede ser tanto un hombre como una mujer en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 de la Constitución española, lo es aunque medie separación judicial. La prohibición, por el contrario, no debe alcanzar a los divorciados o matrimonios declarados nulos y tampoco a quienes conviven maritalmente (89). En relación a estos últimos, puede decirse que si el legislador hubiese querido equiparar el vínculo matrimonial con la convivencia *more uxorio* lo habría hecho, como en el caso de la disposición adicional 3.^a de la Ley de Adopción (90). Por ello, con BLANCO PÉREZ, sostenemos que no cabe aplicar por analogía la normativa sobre matrimonio a los casos de uniones no matrimoniales (91).

(87) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 59.

(88) RJA, núm. 4580.

(89) GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 322.

(90) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, BOE núm. 275, de 17 de noviembre, que expresamente establece: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal».

(91) *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992, págs. 97-99: «... la convivencia de hecho no comparte con el matrimonio sus caracteres esenciales. No existe entre uno y otro identidad de razón, lo que conduce a sostener que no es aplicable la analogía: el acto con el que se da vida al matrimonio es presupuesto de un complejo unitario de derechos y obligaciones que forman un *unicum* inseparable, un estatus, que no puede modificarse en los aspectos esenciales por la autonomía privada. No sería concebible aplicar a la convivencia de dos sujetos la disciplina del matrimonio sólo porque se comporten externamente como marido y mujer sin haber manifestado intención alguna de contraer matrimonio. Ese comportamiento externo puede dar lugar, siempre y cuando concurren determinados elementos en la relación, a

A continuación el precepto analizado extiende su contenido prohibitivo a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante, sin distinguir entre las distintas clases de parentesco por consanguinidad, por lo que entendemos que incluye tanto el matrimonial, extramatrimonial y por adopción, pues de conformidad con los artículos 14 y 39 de la Comunidad Europea, el artículo 108 del Código Civil reconoce que surten los mismos efectos. El parentesco por afinidad es el que surge como consecuencia del matrimonio entre cada esposo y la familia del otro. El parentesco en ambos casos se computará conforme a lo dispuesto en los artículos 916 a 919 del Código Civil que rigen en todas las materias y no sólo en la sucesión intestada donde se ubican (92).

Por último, tampoco podrán ser testigos quienes tengan relación de trabajo con el Notario autorizante. En la redacción del Código Civil anterior a la Ley de 24 de abril de 1958 se refería a los «dependientes, amanuenses y criados». Dicha Ley sustituye las palabras «dependientes y amanuenses» por las recogidas en el Reglamento de Empleados de Notarías de 26 de agosto de 1956. Todos estos términos plantearon problemas de interpretación y, a falta de un concepto o criterio de identificación preciso en el propio Código Civil, se pretendió aplicar por analogía el artículo 182.3.º del Reglamento Notarial, que en materia de escrituras públicas declara inhábiles a estos empleados si prestan sus servicios mediante salario y viven en compañía del Notario. A partir de una Sentencia de 10 de enero de 1910 (93), el Tribunal Supremo zanjó esta cuestión no considerándolo aplicable a los testigos, materia en la que ya se dispone del artículo 681 del Código Civil, conclusión que avala el artículo 143 del Reglamento Notarial.

De un modo casuístico, el Tribunal Supremo ha tratado de determinar quiénes eran capaces o no según su relación con el Notario. Considera apto para la labor testifical, negándole el carácter de copista, subalterno o criado

su toma en consideración por el legislador para, de este modo, otorgarles cierta protección jurídica.»

En esta línea se sitúa la STS 18-V-1992. *RJA*, núm. 4907, al no aplicar por analogía las normas relativas a los regímenes legales de gananciales y separación de bienes a una unión libre o de hecho, sino las correspondientes a la comunidad ordinaria y la sociedad irregular.

(92) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, op. cit., I, págs. 3038-3039.

(93) «Jurisprudencia Civil», 1910, núm. 4, págs. 24 y sigs. En el otorgamiento del testamento, cuya validez se discutía, figuraban como testigos instrumentales dos personas que en aquella época habían sido amanuenses del Notario autorizante. El Tribunal Supremo fue tajante al considerar que las disposiciones de la legislación notarial se refieren exclusivamente a los actos *inter vivos* y es indudable que no pueden aplicarse a los testamentos. Después de ella, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, pág. 419, no duda que todas las personas incluidas en el presente número están afectadas de una incapacidad absoluta para ser testigos en todos los testamentos que el Notario, con el que mantienen la relación preceptuada, autorice.

del Notario, al que de forma desinteresada, sin perjuicio de aceptar obsequios de escaso valor a finales de año, presta servicios esporádicos al mismo, tales como avisar a clientes del Notario para que supiesen el día en que estaba y entrevistarse con él, guardar las llaves del protocolo en las ausencias de aquél o ser, muy de tarde en tarde, copista de algunos documentos protocolizados (94). Tampoco puede considerarse empleado del Notario a aquel en cuya casa se autoriza el testamento como consecuencia de una relación de arrendamiento, de mera complacencia o buena vecindad (95). No es, sin embargo, idóneo el que sin cumplir las condiciones de afiliación laboral de hecho mantiene con el Notario tal relación, aunque perciba su retribución a través del oficial (96). La jurisprudencia interpreta en sentido amplio el concepto de «relación de dependencia» por incluir en ella los meros «servicios de hecho».

Con independencia de los motivos que guiaron al legislador al instaurar esta prohibición, realmente no es clara su razón de ser (97). Pues, por ejemplo, hay que tener en cuenta que esta incapacidad no rige en Cataluña y ello no ha causado detrimento alguno al empleo del testamento (98). El legislador ha optado por conservarla con terminología distinta a la tradicional; habla de «relación de trabajo», expresión más actual pero no menos imprecisa y dada también a múltiples interpretaciones. «Empleados» se decía en el Proyecto de Ley de 1982, al igual que en el artículo 52 de la Compilación balear —aunque éste sea para suprimir su inidoneidad—. Vemos acertada la supresión de esta incapacidad, seguida también por la Ley 186 de la Compilación navarra y el vigente Código de Derecho de Sucesiones catalán. «Relación de trabajo» se puede entender en dos sentidos: amplio y restringido. De acuerdo con el segundo, sólo el que presta sus servicios a cambio de una retribución por cuenta ajena, de forma voluntaria y bajo la organización y dirección del Notario, previa la formalización del correspondiente contrato de trabajo, es decir, cumpliendo las normas de afiliación laboral, sería considerado testigo inhábil. Este concepto es el ofrecido por el artículo 1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y parece el punto de vista más acertado con la finalidad perseguida por la reforma (99). En sentido amplio incluiría a aquellos no vinculados contractualmente al fedatario público aunque trabajasen para él (100).

(94) STS 4-IV-1967, RJA, núm. 1764.

(95) STS 20-IV-1972, RJA, núm. 1858.

(96) STS 16-XII-1975, RJA, núm. 4580.

(97) J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 67.

(98) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 58.

(99) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, pág. 3038.

(100) A. Díez GÓMEZ, *La supresión de los testigos...*, op. cit., pág. 48, se muestra partidario de esta interpretación amplia la considerar que después de la reforma las cosas

Queda aún por resolver otro problema, si «relación de trabajo» se refiere a la establecida en el ámbito estrictamente profesional, con lo que no podrían ser testigos aquellas personas que unidas al Notario por un contrato de trabajo le auxilian en su calidad de fedatario público o si también se refiere a la relación de trabajo que en el ámbito doméstico y privado en general tenga con otras personas ligadas, de igual modo, por un contrato laboral a aquél. Si la norma persigue alcanzar la imparcialidad del testigo, las personas que dependan del Notario en el terreno no estrictamente profesional de un modo permanente deberían ser consideradas idóneas. En este sentido se manifiesta DÍEZ GÓMEZ (101): «... cualquier persona que trabaje para el Notario fuera del ámbito profesional o doméstico, por ejemplo, en un negocio privado que tenga el Notario, el profesor particular de sus hijos, etc., bien podría estar comprendida en la incapacidad. Y hasta puede haber dudas respecto de quienes trabajan para el Notario y otras personas conjuntamente, como porteros o jardineros, etc.».

Por último, esta idoneidad ha sido calificada de relativa porque su ámbito de aplicación es más restringido que el de las demás: se reduce a las formas testamentarias autorizadas por Notario (arts. 694 y 707 CC) o persona que haga sus veces —como es el caso del agente diplomático o consular en el testamento hecho en el extranjero según el artículo 734 CC— (102), en la que además se cuente con la presencia de testigos. No es de aplicación a las formas testamentarias ante testigos exclusivamente (arts. 100, 701, 720 y 731 CC). Aunque se admita como derecho supletorio de la Compilación aragonesa el artículo 681 del Código Civil, para ser testigo en el testamento ante capellán este número 5 no se aplicará a los dependientes del sacerdote por no guardar ambos supuestos conexión analógica (103).

5. OTRAS POSIBLES CAUSAS DE IDONEIDAD

La enumeración del artículo 681 del Código Civil no es cerrada. Aunque no se haya incluido en él, no podrán ser testigos los que no sepan o no

no han cambiado: «... la "relación de trabajo" que ahora se dice, no se limitará al caso de que exista un contrato de tal, un servicio estable, remunerado y dependiente, sino que seguirá comprendiendo cualquier ayuda mínimamente habitual que se preste al Notario».

(101) *La supresión de los testigos...*, op. cit., pág. 48.

(102) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 208, se pregunta si deberían estar comprendidos en esta prohibición los parientes del funcionario público que haga las veces del Notario en los testamentos especiales. Así lo entiende, «... por existir la misma razón de la Ley, si bien por otro lado no se debe olvidar que los preceptos referentes a las incapacidades deben ser objeto de interpretación restringida».

(103) BANDRÉS y SÁNCHEZ-CRUZAT, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. XXXIV, vol. 1.º, págs. 58-59.

puedan firmar. El artículo 695 del Código Civil obliga a firmar el testamento abierto a los testigos que en su caso concurren; en su anterior redacción el artículo 695 sólo aludía a los testigos que pudieran hacerlo. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 707.5.ºI del Código Civil, también después de la reforma, en materia de testamento cerrado y el artículo 721 del Código Civil relativo al testamento militar cerrado. En el artículo 722 del Código Civil, primero de los dedicados al testamento marítimo, sólo se pide que por lo menos uno de los testigos pueda firmar; pero por la remisión que efectúa a la regulación de los testamentos abierto y cerrado del Código Civil, entendemos que el requisito de la firma se extiende por igual a los dos testigos que necesariamente han de concurrir en este tipo especial de testamentos, porque esta discordancia es simplemente una manifestación de las disfuncionalidades que toda reforma parcial de un código lleva consigo. La exigencia de firma no es tan gravosa como pudiera parecer en un principio; está comprobado que hay personas que saben firmar y no escribir. Interesa resaltar especialmente que en ningún caso la firma del testigo podrá ser sustituida por la de otra persona aun cuando manifieste que no sabe o no puede firmar. Queda instaurada así una nueva diferencia de tratamiento entre el testigo y el testador, pues si éste declara que no sabe o no puede firmar (104) lo hará por él y a su ruego uno de los testigos (arts. 695.II y 707.5.II CC) (105). En general, la regulación en este tema es más benévola: el artículo 694 ya no requiere que uno de los testigos al menos sepa y pueda escribir.

Cuando se exigía como requisito de idoneidad la domiciliación del testigo en el lugar de otorgamiento, la doctrina planteaba si debía considerarse como causa de inidoneidad la extranjería. La respuesta era siempre la misma: si el extranjero estaba domiciliado en el lugar del otorgamiento sí podía ser testigo siempre que cumpliera los demás requisitos de idoneidad. La legislación notarial permite que sean testigos si están domiciliados en España y comprenden y hablan suficientemente el idioma español

(104) La STS 30-XI-1991, *RJA*, núm. 8582, nos presenta un caso en el que el testador no pudo firmar el testamento por tener una disminución de movimientos en hemicuerpo derecho; firmó entonces a su ruego y por él un testigo.

(105) La declaración del testador de no saber o no poder firmar ha de estar amparada por la fe del Notario (STS 16-II-1956, *Jurisprudencia Civil*, t. 46, págs. 513 y sigs., y STS 27-IX-1968, *RJA*, núm. 5163). La inexactitud de la declaración del testador sobre este extremo conduce a la nulidad del testamento porque si sabiendo o pudiendo firmar no lo hace por sí, se quebranta una formalidad legal tan esencial como la suscripción del documento por aquel que lo otorga (STS 4-I-1952, *Jurisprudencia Civil*, t. 23, págs. 94 y sigs.; STS 31-I-1944, *RJA*, núm. 441; STS 10-XI-1973, *RJA*, núm. 4163). Los motivos que mueven al testador para no firmar el testamento van desde la vergüenza a escribir cuando apenas sabe ante personas más letradas que él, hasta la intención de no ratificar válidamente el testamento porque no refleja su voluntad real.

(art. 181.III RN). No tiene sentido preguntar hoy por ello porque, además de haberse suprimido este requisito, los extranjeros tienen en España los mismos derechos civiles que los españoles a tenor del artículo 27 del Código Civil y fundamentalmente conforme al artículo 13 de la Comunidad Europea relativo a los derechos de los extranjeros (106).

Se ha planteado si la incapacidad declarada judicialmente supone que de modo inmediato la persona afectada es inhábil para testificar. Para TORRES GARCÍA (107) el incapacitado sometido a tutela sólo podrá testificar si no se lo impide la sentencia que declare la incapacidad (art. 210 CC); es este un acto en el que no cabe la representación y sin ella no puede el tutelado intervenir en los actos y relaciones jurídicas que se hayan determinado judicialmente (art. 267 CC). En materia de curatela se inclina a favor de la mayor capacidad del sometido a ella, ya que no es un supuesto de representación, sino de asistencia (art. 289 CC), por lo que el margen de actuación de esta persona será mayor que la del tutelado, a pesar de que también haya de estarse a la extensión de la resolución judicial correspondiente, criterio que es avalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1991 (108). Finalmente, los pródigos —sometidos a curatela (art. 286.3.º CC) y necesitados de asistencia, tradicionalmente sólo en el ámbito patrimonial como se desprende del art. 298 CC de modo indirecto—, al igual que los declarados en concurso o quiebra, no son personas incapacitadas y en consecuencia son hábiles como testigos testamentarios.

6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA IDONEIDAD EN EL TESTAMENTO ABIERTO

El artículo 682 del Código Civil contiene una incapacidad propia y exclusiva del testamento abierto —no del cerrado en el que los testigos desconocen el contenido del testamento en virtud del concepto ofrecido por el art. 680 CC—, lo cual le hace merecer la calificación de incapacidad relativa, al igual que la establecida en el número quinto del artículo 681 del Código Civil. Sus términos son los siguientes:

«En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y

(106) Estos derechos se han ampliado con la reforma del apartado segundo de este artículo 13, reforma que ha sido la primera operada en nuestro texto constitucional y que se ha publicado en el *BOE* núm. 207, 28-VII-1992. El motivo de la misma fue la firma del Tratado de la Unión Monetaria Europea en Maastricht el 7 de febrero de 1992 al ser reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales de los distintos países miembros de la CEE.

(107) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, págs. 3032-3033.

(108) *RJA*, núm. 9483.

legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No están comprendidos en esa prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.»

Previo a su estudio, conviene acotar su ámbito de aplicación. El precepto comentado tiene su origen en la Ley 11, título 1.º, partida VI, que confirma la prohibición ya establecida en el Fuero Real de que el heredero fuese testigo en la manda en la que había sido instituido como tal, extendiéndola al padre, descendientes y colaterales dentro del cuarto grado del mismo. La Ley de Partida parecía referirse sólo al caso en que se impugnase la validez y eficacia del testamento; fue el Tribunal Supremo el que amplió su ámbito en este sentido y entendió referida la prohibición exclusivamente al testamento abierto (109). El codificador de 1889 siguió esta jurisprudencia en la redacción del artículo 682, que desde entonces tan sólo ha sido modificado por la Ley de 24 de abril de 1958 para introducir la palabra «cónyuge».

La primera cuestión que nos sugiere su estudio es la de concretar a qué tipo de testigos concurrentes en el otorgamiento del testamento abierto alcanza la prohibición: si a los de conocimiento, a los instrumentales o a ambos. El criterio dominante en la doctrina es que alcanza sólo a los testigos instrumentales porque al estar presentes en el acto del otorgamiento —es decir, en la lectura, consentimiento, firma y autorización— del testamento quedan enterados de su contenido, al igual que los que intervienen en los testamentos otorgados sin Notario (arts. 700, 701, 720 y 731 Código Civil) (110). Según esta postura, no afecta a los testigos de conocimiento cuya función es identificar al testador y no han de declarar la conformidad de la voluntad expresada por éste y la recogida por el Notario en el instrumento público, a no ser que actúen también con aquella condición (arts. 685.II y 698.1.º CC). Aceptar esta postura supone recoger un aspecto íntimamente conectado con la razón de ser del precepto, «... pues si los testigos saben que el testamento contiene alguna disposición a su favor, su posterior testimonio acerca de la validez del acto celebrado podrá carecer de la necesaria imparcialidad y quizá sea indebidamente favorable a la subsistencia de la disposición» (111). De ahí que la prohibición se refiera a todos los instituidos como sucesores (herederos o legatarios) en el testamento, a sus cónyuges y parientes (matrimoniales, extramatrimoniales, por adopción) dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y no al

(109) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, pág. 420.

(110) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, págs. 3040-3041.

(111) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., t. V, vol. II, pág. 63.

cónyuge ni parientes del testador. Al no distinguir entre la línea recta y la colateral del parentesco, TORRES GARCÍA (112) piensa que puede afectar a ambas. Para su cómputo habrá de estarse al artículo 918 CC (arg. art. 919 CC). Literalmente la sanción alcanza, en principio, a los instituidos herederos o legatarios, cónyuge y parientes en los términos expuestos; pero como estas instituciones pueden revestir diversas formas, también a ellas se extiende: sustitución vulgar, a la institución en usufructo, al fideicomisario, al fiduciario y al instituido en cosa cierta y determinada. Basta con que haya designación de bienes aunque finalmente no se convierta en heredero o legatario para que no deba testificar (113).

La enmienda 19 al Proyecto de Ley de 1991 y el artículo 108.4.º del Código Sucesorio catalán consideran incapaces a los favorecidos por el testamento de una forma genérica y al cónyuge y los parientes del heredero instituido o legatario. Si esto fuera así en el derecho del Código Civil vigente, el artículo 682.1 del Código Civil habría de ser eliminado por haberse trasladado su contenido al artículo 681 del Código Civil, pero sólo seguiría siendo aplicable a los testamentos abiertos porque es en ellos donde el testigo queda enterado de lo dispuesto por el testador (art. 679 CC). Sin embargo, cuando el legado es de poca importancia no queda afectado por la inidoneidad del testigo, ya que el artículo 682.II del Código Civil establece la excepción al precepto prohibitivo contenido en el párrafo primero. De tal manera que cuando el legado —de cualquier clase que sea— tenga poca importancia en relación al caudal hereditario ni el legatario ni sus parientes están incluidos en la sanción. Sanción que sigue afectando al heredero con independencia de la clase y cuantía de lo que perciba. Se dice que está inspirada en «... la consideración de no inhabilitar en exceso testigos por motivos de escasa significación que no hacen racionalmente sustentar la sospecha de parcialidad, tratándose de cosas y objetos de escaso valor...» (114). Por un lado, habla de «objeto mueble», y por otro, de «cantidad» de dinero —quizá la opinión en este punto no es pacífica—; lo cierto es que ambos han de tener poco valor. Se dejan fuera los bienes inmuebles aunque su importancia económica sea escasa en comparación con los anteriores y en determinados casos concretos. No es fácil encontrar una justificación coherente si pensamos que se permite testificar al legatario o sus parientes de un objeto mueble valioso si el caudal hereditario del que procede es cuantioso, y no al heredero o sus parientes, que recibe, por ejemplo, una pequeña parcela improductiva. Es evidente que si de intereses se trata serán mayores los del legatario que los de este heredero. El precepto en estos casos extremos deviene inútil y mues-

(112) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, pág. 3041.

(113) *Ibid.*, pág. 3041.

(114) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, págs. 420-421.

tra cómo obedece a una época en que las cosas muebles en relación a los inmuebles eran consideradas de poca importancia (115).

La apreciación de la cuantía del legado y de su mayor o menor importancia respecto al caudal relicto corresponde exclusivamente hacerla a los tribunales (116). No obstante, inicialmente el Notario autorizante habrá de cerciorarse de la capacidad de los testigos intervinientes asumiendo la responsabilidad por los daños y perjuicios que sobrevengan si la causa que determina la nulidad del testamento, en su caso, procede de su malicia, ignorancia o negligencia inexcusables (art. 705 CC).

Efectuando un breve repaso sobre la modicidad del legado en la jurisprudencia, materia imprecisa y flexible (117), en ocasiones se ha considerado no módico un legado que consistía en el usufructo del tercio de libre disposición (118) o el legado que representaba los dos tercios de mejora y libre disposición del as hereditario (119). La sanción en todos estos supuestos ha sido la misma: declarar la nulidad del testamento en el que han intervenido como testigos o el legatario o sus parientes determinados legalmente. En otras ocasiones el Tribunal Supremo se ha inclinado por la modicidad del legado, así se ha considerado módico el legado de 30.000 pesetas en relación a un caudal hereditario de 200.000 pesetas (120), dos legados de 9 y 160 reales respectivamente, y un tercero de 3 pesetas con relación a un caudal hereditario tasado en 14.893 pesetas (121).

En la actualidad no consideramos que el artículo 682 del Código Civil sea la única causa de inidoneidad especialmente referida a los testigos instrumentales que intervienen en el otorgamiento del testamento abierto porque, como un caso especial, en el testamento abierto del que no lo sabe o puede leer por sí no basta con que los testigos que entonces deben concurrir obligatoriamente sepan firmar, sino también es necesario que sepan leer (art. 697.2.º CC: «... los testigos *leerán* el testamento en presencia del Notario...»). La lectura del testamento del sordo que no sabía o no podía leer, antes de la modificación del Código Civil no correspondía a los

(115) La STS 19-VI-1958, *RJA*, núm. 2163, manifiesta cómo el precepto «...responde al concepto económico, en la época de elaboración del código, de los bienes muebles estimándolos viles y de poca importancia, *res mobilis res vilis*, concediéndola, en cambio, a los inmuebles, tal vez por prejuicios históricos de génesis feudal, que los Tribunales por carecer de poderes abrogadores de las normas no pueden corregir por vía interpretativa, aunque poderosos argumentos de *iure condendo* aconsejen otros criterios en la hora presente o, por lo menos, más flexibles en la materia de testificación...»

(116) STS 15-III-1913, *Jurisprudencia Civil*, núm. 116, págs. 670 y sigs.

(117) J. OSSORIO MORALES, *Manual...*, op. cit., pág. 78.

(118) STS 19-VI-1958, *RJA*, núm. 2163.

(119) STS 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695.

(120) STS 4-XM899, *Jurisprudencia Civil*, núm. 55, pags. 246 y sigs.

(121) STS 15-III-1913, *Jurisprudencia Civil*, núm. 116, págs. 670 y sigs.

testigos, sino a dos personas que el mismo testador designara. La doctrina también se planteó si los testigos podrían ser estas personas; sin embargo, el Código Civil hablaba de que los testigos presenciasen esta lectura, por un lado, y, por otro, de personas que leyeran el testamento si el sordo no sabía o no podía (anterior redacción del art. 697 CC). En el testamento del ciego, una de las dos lecturas que necesariamente habían de realizarse de su testamento corría a cargo de uno de los testigos o de otra persona que el testador eligiese (anterior redacción del art. 698 CC).

7. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 682 Y 754 DEL CÓDIGO CIVIL

Ha sido habitual en la doctrina el resaltar la aparente contradicción entre el contenido de los artículos 682 y 754 del Código Civil. En primer lugar, el artículo 754 CC —en sede de incapacidad para suceder— en relación con el artículo 755 considera nula la disposición testamentaria por la que el testador disponga de todo o parte de su herencia a favor del Notario autorizante, cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado y testigos del testamento abierto otorgado con o sin Notario; en todo caso, con la excepción establecida en el artículo 682 en cuanto al legado módico. Añade una nueva causa de ineptitud cual es la del Notario, cónyuge y parientes del mismo (122) y reitera parcialmente la prohibición que pesa sobre los testigos recogida en el artículo 682 del Código Civil atribuyéndole un diferente efecto, pues este último en relación con el artículo 687 del Código Civil sanciona la participación del testigo inidóneo con la nulidad del testamento abierto en el que indebidamente ha concurrido. Podemos tratar de encontrar una justificación a la inclusión del Notario y sus parientes en el artículo 754 del Código Civil considerando entonces que se trata de una extensión del contenido del artículo 682 del Código Civil, al que éste, por otro lado, integra, ya que «... parientes o afines no puede extenderse más allá de lo previsto para supuestos iguales parientes lo serán dentro del cuarto grado y afines del segundo» (123); lo que ya no encontraría una satisfactoria respuesta es la diferencia de trato dispensada a Notario y testigos en ambos preceptos —y mucho menos la diferencia de trato dispensada a los mismos testigos o sus familias (124) en los arts. 754.II y 682.I CC

(122) Nótese que el artículo 682 extiende su contenido prohibitivo a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y no hasta el cuarto en ambos casos como el artículo 754. Con el deseo de acercar estos dos preceptos, el Proyecto de Ley de 26 de abril de 1982, variando escasamente la redacción del actual 754 que por lo demás dejó intacta, reducía el parentesco por afinidad hasta el segundo grado.

(123) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 3040.

(124) Según M. ALBALADEJO, «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento

por sus diferentes efectos—. Parece más lógico que el legislador trate con mayor severidad al Notario que a los testigos, pero no ha sucedido así sino al contrario: si el Notario o sus parientes intervienen indebidamente, la disposición a su favor es nula, pero no el testamento; si intervienen los testigos inidóneos a tenor del artículo 682, el testamento es nulo en su conjunto. LACRUZ (125) concluye, a la vista de estas contradicciones y diferencias injustificadas, que el legislador debió suprimir uno de los dos preceptos, y en caso de serlo el 754 debió prevenirse la inhabilidad absoluta del Notario; pero «... no habiéndolo hecho, parece solución más acorde con la lógica y la equidad la de sancionar el incumplimiento del artículo 682, de la misma manera que el del 754; solución que debe preponderar sobre la interpretación literal, pero irracional y mecánica, de la doble posibilidad de anular el testamento o la disposición». Díez-PICAZO y GULLÓN (126), de forma más clara que LACRUZ, no dudan en que debería prevalecer el artículo 754 por dos razones: por su carácter general al estar incluido entre las normas que establecen la capacidad para suceder, y por el principio de conservación de la disposición testamentaria. Por el contrario, SÁNCHEZ ROMÁN (127) considera que esta antinomia debe resolverse en favor del artículo 682.I frente al 754.II como precepto especial respecto de los testigos, de mayor fuerza y de preferente aplicación. No toda la doctrina da por sentado que ambos preceptos son incompatibles. En esta línea es significativa la postura de ALBALADEJO (128) que parte de que los supuestos de los artículos 754 y 682 del Código Civil son distintos: el primero hace referencia a una prohibición de heredar y el segundo a una prohibición de testimoniar; la nulidad de la disposición y la del testamento son dos posibilidades diferentes y autónomas, con diferente alcance práctico, sin que la una absorba a la otra. Son cuatro los argumentos en los que apoya estas conclusiones, tal y como los resumimos a continuación:

1.º El llamamiento de un testigo puede ser atacado sin pedir la nulidad del testamento.

abierto cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», *RDP*, t. LI, Madrid, 1967, págs. 4-5, aunque los párrafos 2.º y 3.º del artículo 754 se refieran a los testigos, por su relación con el párrafo 1.º del artículo 754 del Código Civil y con apoyo en el artículo 682.I del Código Civil, se ha de entender que la prohibición alcanza a los parientes próximos de aquellos por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, pues piensa este autor que el círculo de personas afectas ha de ser el mismo en ambos preceptos.

(125) *Derecho de sucesiones...*, op. cit., págs. 367-368, notas 6-7.

(126) *Sistema...*, op. cit., t. IV, pág. 332.

(127) *Estudios...*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, págs. 270-271.

(128) *Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto...*, op. cit., págs. 3 y sigs., y 195 y sigs.

2.º Las acciones para pedir la nulidad de la disposición y la del testamento son distintas. La primera se rige por el artículo 762 del Código Civil y se extingue pasados cinco años desde que el testigo —o un familiar suyo— esté en posesión de la herencia o legado. La segunda se rige por las reglas propias de la nulidad del testamento y no se extingue por el transcurso del tiempo.

3.º Sólo están legitimadas activamente para impugnar el testamento en su totalidad los herederos intestados o los que lo sean por un testamento anterior; los que no tengan esta condición y estén interesados en la nulidad de la disposición sólo podrán pedir ésta.

4.º Los efectos de la nulidad del testamento y de la nulidad de la disposición son distintos. Si el testamento se anula, se abre la sucesión intestada o ésta se rige por el testamento anterior válido al declarado nulo y carente por ello de poder revocatorio. Si lo que se anula es sólo una disposición del testamento, la sucesión, por lo demás, se sigue rigiendo por él.

DÍAZ ALABART (129) estima válidos estos razonamientos de ALBALADEJO, pero la armonización que éste pretende de los dos preceptos le parece algo forzada y por ello trata de encontrar una solución más satisfactoria: los artículos 754 y 683 del Código Civil no chocan de ningún modo, pues los párrafos segundo y tercero del artículo 754 simplemente recuerdan una prohibición que pesa sobre los testigos, pero no establece ninguna sanción al respecto porque ésta ya fue consagrada en el artículo 682 que conduce a la nulidad del testamento *in complexu*.

IV. MOMENTO EN EL QUE EL TESTIGO HA DE SER IDONEO

La función que a los testigos encomienda la Ley parece ser el fundamento de la exigencia de capacidad a los mismos en un determinado momento del *iter* sucesorio; éste será el tiempo del otorgamiento y no otro, como se desprende de los términos tajantes que componen la redacción del artículo 683 del Código Civil. Tiempo indicado por la fecha del testamento que es un requisito formal esencial para su validez según los artículos 695.1 y 707.6.º del Código Civil que coinciden en exigir la hora, día, mes y año del otorgamiento. Esta necesidad es perfectamente concordante con el artículo 666 del Código Civil, pues el tiempo de otorgar el testamento también es el punto de referencia para apreciar la capacidad del testador. Será irrelevante la incapacidad anterior o posterior del testigo; en este segundo

(129) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. X, vol. 1.º, págs. 179-182.

supuesto, si se suscita contienda judicial sobre la validez del testamento nada impide que su testimonio valga como prueba; así lo indica SÁNCHEZ ROMÁN (130), que como excepción considera que en los testamentos de los artículos 700, 701, 720 y 731 del Código Civil las diligencias de elevación a escritura pública y protocolización son integrantes del mismo otorgamiento del testamento y en estas actuaciones el testigo interviene no sólo como prueba, sino también como solemnidad, lo cual le lleva a excluir para ser testigos en estas formas testamentarias a aquellos que no se hallen en su sano juicio no sólo en el momento de emisión de la declaración de voluntad por el testador, sino también al practicar las diligencias referidas en los artículos 703 y 704 del Código Civil. No adopta el mismo criterio en cuanto al resto de inhabilidades para testificar. Por el contrario, si pensamos que la incapacidad sobrevenida, aun en estos supuestos de falta de cordura, afecta sólo a la prueba y no a la solemnidad del testamento, subsistirá la libertad de apreciación del Juez, según las reglas de la sana crítica, para declarar testamento o no el resultado de las diligencias de protocolización (131). Para TORRES GARCÍA (132) resulta claro que «... si uno de los testigos presentes en el acto del otorgamiento deviene incapaz en el período que media hasta que se cumpla con estos requisitos, no por ello el testamento resulta inválido, ya que el otorgamiento se realizó hallándose todos los testigos simultáneamente en presencia del testador y quedando enterados de lo que en él se dispone» (art. 679 CC). Si no se declara la tacha de incapacidad antes de comenzar el otorgamiento o durante el acto, el testigo se presume idóneo; con posterioridad puede hacerse valer por vía judicial, correspondiendo entonces la carga de la prueba a aquel que alegue la incapacidad (133). El artículo 683 del Código Civil no es de aplicación a los testigos que sólo intervienen como medio de prueba en la adveración del testamento ológrafo para identificar la letra y firma del testador, pues nada tiene que ver en el acto del otorgamiento por ser éste estrictamente privado. Sí será de aplicación a todos los demás que intervengan en el otorgamiento de un testamento, ya sea éste común o especial, según la terminología propia de los artículos 676 y 677 del Código Civil.

V. CONSECUENCIAS DE LA INIDONEIDAD DEL TESTIGO

El concurso de los testigos, por ser el testamento un acto formal y solemne, tiene el carácter de requisito esencial que afecta a la validez del

(130) *Estudios...*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, págs. 421-424.

(131) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., t. VI, pág. 62.

(132) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 3043.

(133) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 331.

testamento a tenor de lo dispuesto en el artículo 687 del Código Civil que sanciona con la nulidad al testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades legalmente establecidas en el capítulo I, título III, libro III, que comprende los artículos 662 a 743 del Código Civil. Según invariable doctrina del Tribunal Supremo, nunca puede ser legalmente apreciada la voluntad de un testador, por conocida que sea, si no resulta expresada en alguna de las formas y con los requisitos esenciales que en cada testamento en particular —ya sea común o especial (art. 676 CC)— deben concurrir, aun cuando la regla imperante en nuestro Ordenamiento jurídico sea precisamente la de la libertad de forma o que el principio espiritualista es el consagrado por nuestro legislador. De acuerdo con las anteriores afirmaciones, la forma testamentaria es el género, pero para cada una de las especialidades se exigen una serie de requisitos que, recibiendo distinta denominación, son esenciales para que el testamento tenga eficacia jurídica a la muerte del testador, y con ello se cumplen los fines que las diversas formas testamentarias están llamados a garantizar cualquiera que sea la expresión elegida para designarlas: así los artículos 699.I y el 715 del Código Civil hablan de formalidades, y los artículos 705 y 707.I del Código Civil de solemnidades, términos que pueden entenderse como sinónimos (134). En este ámbito no existe la posibilidad de subsanar la falta de forma o de requisitos esenciales, más por inexistencia y nulidad absoluta que por anulabilidad (135); y ni siquiera el testador puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley (art. 675 CC), de tal modo que surgida la causa de nulidad y una vez fallecido el testador nace el derecho de impugnar el testamento como nulo (136).

Como ya dijimos, la intervención de los testigos idóneos en número suficiente tradicionalmente se ha considerado como una solemnidad o formalidad testamentaria esencial, por lo que si el testigo no reúne las calidades necesarias por la Ley —por ejemplo, es menor de edad, pariente del Notario autorizante...— es inidóneo, no cuenta como testigo; y si el número de testigos presentes resulta por ello inferior al exigido —dos, tres o cinco, según la clase de testamento— el testamento será nulo en su totalidad a

(134) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, pág. 3052.

(135) Como muestra de la abundante jurisprudencia sobre este particular citamos las siguientes sentencias desde finales de siglo hasta nuestros días: STS 21-XI-1899, *Jurisprudencia Civil*, núm. 79, págs. 371 y sigs.; STS 19-VI-1958, *RJA*, núm. 2163; STS 28-X-1965, *RJA*, núm. 4747; STS 10-VI-1966, *RJA*, núm. 3933; STS 6-II-1969, *RJA*, núm. 648; STS 16-V-1974 y STS 8-III-1975, *RJA*, núm. 986; STS 21-VI-1986, *RJA*, núm. 3788; STS 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695; STS 25-VI-1990, *RJA*, núm. 4892, y 25-IV-1991, *RJA*, núm. 3029.

(136) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 381.

instancia del legitimado para ejercer la correspondiente acción de nulidad, que nunca podrá ser la persona que, de una u otra forma, haya aceptado su validez (137).

Una vez examinadas las causas de incapacidad, puede concluirse que no todas tienen la misma entidad, algo que el legislador no tiene en cuenta aunque se llegue, como hemos comprobado, a la nulidad del testamento por circunstancias totalmente ajenas al testador, ya fallecido, que ha manifestado su voluntad en un ambiente de respeto a las demás exigencias de forma y contenido del testamento. La sanción del legislador aún se ve más rígida si pensamos en la inidoneidad del testigo llamado voluntariamente por el testador o por el Notario (arts. 697.3.º y 707.7.º CC). Ahora que ha tenido reflejo la supresión de los testigos en los testamentos notariales nos preguntamos si los antedichos testigos siguen integrando la formalidad testamentaria y si es lógico llegar a la nulidad del testamento en su conjunto por su inidoneidad. Suponiendo que no integrasen la formalidad testamentaria, serían un medio de prueba apreciado libremente por el Juez y el artículo 687 ya no tendría lugar en este punto; tampoco tendrían mucho juego los artículos 681 y 682, pues la inidoneidad del testigo voluntario no acarrearía la nulidad del testamento. Lo que resulta evidente es que no tiene por qué ser válido un testamento sin testigos y nulo un testamento con testigos que han comparecido a petición del testador o del Notario sin ser idóneos, siempre y cuando en los dos casos se hayan cumplido los demás requisitos legales. Similares reflexiones ha vertido MERINO HERNÁNDEZ (138) a raíz de la reforma del artículo 90 de la Compilación aragonesa por la Ley de 21 de mayo de 1985 que suprimió la intervención de los testigos instrumentales sin hacer referencia a los requisitos que hayan de reunir ni a su número en caso de que intervengan voluntariamente. Nos planteamos así si el Código Civil puede seguir siendo derecho aplicable en tema de idoneidad teniendo en cuenta la disposición final de la mencionada Compilación en su remisión al Código Civil (139), y ello por el simple absurdo que sería pensar que va a ser más válido un testamento sin testigos que aquel otro en el que compareciendo voluntariamente éstos les falte algún requisito de los exigidos por el Código Civil para igual clase de testamentos. Entendemos, y en esto seguimos la postura de MERINO HERNÁNDEZ, que cuando intervengan testigos instrumentales, bien sea a requerimiento del testador, bien a petición del Notario autorizante, tales testigos podrán ser cualesquiera clase de personas y en cualquier número. No regirán para ellos las normas que sobre incapa-

(137) Díez-Piçazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 361.

(138) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. XXXIV, vol. 1.º, págs. 29-31.

(139) «Las remisiones que la Compilación del Derecho civil hace al articulado del Código Civil se entenderán siempre en su redacción actual.»

cidad o incompatibilidad establece el Código y, por supuesto, tampoco las que prevé respecto de las formalidades y solemnidades a seguir por el Notario respecto de los testigos. Basamos estas afirmaciones en la menor relevancia de las funciones que cumple el testigo instrumental voluntario frente a aquellos cuya intervención es obligada por la Ley, ya sea porque el testador no sabe o no puede firmar y entonces ha de hacerlo por él y a su ruego (arts. 697.1.º y 707.5.º II CC) o porque no sabe o no puede leer el testamento, en cuyo caso, junto con los demás testigos concurrentes ha de leerlo y declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador (art. 697.2.º CC). El testigo instrumental voluntario se limita, en suma, a presenciar el acto del otorgamiento del testamento abierto o del cerrado y a afirmar el testamento correspondiente. No integra la formalidad testamentaria exigida por la Ley; su participación es pasiva, como la de un espectador que en algún momento posterior, si fuera necesario, podrá declarar sobre lo que se celebró en su presencia sirviendo de medio de prueba.

La supresión de algunas causas de inidoneidad ha marcado un pequeño avance en cuanto a la adopción de un criterio jurídico para valorar los efectos de su falta al ser eliminadas aquéllas que con más frecuencia eran fuente de nulidad de los testamentos. También significó un avance la famosa, por su carácter excepcional, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899 (140) que no sancionó, manteniendo la validez del testamento, al testador, ni a los testigos ni al Notario que creyeron lo que todos creyeron y actuaron convencidos de la capacidad del testigo. Sin embargo, este criterio no ha sido tenido en cuenta en otras muchas ocasiones como sería deseable, quizá porque el requisito que faltaba en ese caso, la edad, hoy es más fácil de constatar y ahora no se presentan supuestos semejantes. Por último, no debe nunca olvidarse la cautela con que el Notario ha de conducirse por la responsabilidad en la que podría incurrir a la vista de lo preceptuado en los artículos 705 y 715 del Código Civil. Tampoco se ha de olvidar que el testamento cerrado puede ser nulo como tal, pero ello no impide su conversión en testamento ológrafo si reúne los requisitos y formalidades (art. 715.II CC), lo cual es un argumento a favor de la subsistencia de las últimas voluntades.

MARÍA DEL PILAR FERREIRA
Becaria de colaboración en las tareas de investigación
del Departamento de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid

(140) *Jurisprudencia Civil*, núm. 79, págs. 371 y sigs.