

Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos

I. INTRODUCCIÓN Y VALORACIÓN GENERAL DEL PROYECTO

El mencionado Proyecto de Ley, publicado en el *BOCD* con fecha 31 de mayo de 1991, se compone de un único artículo, una Disposición Transitoria y una Disposición Derogatoria, pudiendo señalarse como antecedente inmediato el Proyecto de Ley de 26 de abril de 1982, si bien difieren sustancialmente en su desarrollo (1).

Por lo que respecta al primero de ellos, se propone la reforma de la redacción de diversos preceptos del Capítulo Primero correspondiente al Título III del Libro III del Código Civil en materia de capacidad para testar (artículo 665), testigos (artículos 681, 684 y 685), testamento abierto (artículos 694, 696, 697, 698 y 699), cerrado ordinario (artículos 706, 707), cerrado en forma extraordinaria (artículos 709, 710, 711), así como el otorgado por español en país extranjero (artículo 734).

De una primera lectura del articulado propuesto podemos extraer las siguientes notas o caracteres:

- Se mantiene inalterada la estructura del Capítulo Primero, Título III, Libro III del CC, a pesar de la existencia de la fusión

(1) El Proyecto aludido (*BOCG*, de 26 de abril de 1982, I Legislatura, Serie A, núm. 246-I) se componía exclusivamente de un único artículo que proponía la reforma de los artículos 681, 685, 694, 695, 699, 706, 707, 710, 711, 734 y 754 del CC (este último precepto no es recogido en el Proyecto de 1991). Las diferencias existentes con el actual se irán poniendo de manifiesto, en nota a pie de página, mediante la transcripción del artículo proyectado que en cada momento se comente.

aparente de varios preceptos en uno solo, como es el caso, v.g., del artículo 697 del Proyecto, el cual recoge supuestos plasmados actualmente en los artículos 697 y 698 del CC.

- Intenta adecuar (a mi juicio sin conseguirlo) la regulación a los tiempos modernos, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la identificación del testador vía documental, pudiendo prescindir de los testigos de conocimiento (art. 685 Proyecto) (2); la admisión expresa de la redacción del testamento por medios mecánicos (art. 706, 3.º del Proyecto —relativo al testamento cerrado—), siguiendo así el ejemplo del artículo 604 del *Codice Civile* italiano y del artículo 972 del *Code civil* francés (en redacción dada al precepto citado por la Ley de 1950), al tratar del "Testamento secreto" (es el equivalente a nuestro testamento cerrado); la supresión de la "rúbrica" y de la "firma entera" y la sustitución de ambos requisitos por la "simple firma" (arts. 706, 3.º y 707, 3.º, ambos del Proyecto); en el caso del testamento cerrado se reemplaza el protocolo reservado por el corriente.
- Mayor agilidad en el otorgamiento del testamento, siendo reflejo de ello, por ejemplo, la supresión de la exigencia con carácter general de la intervención de testigos (3), quedando la misma reservada ora cuando el testador no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar, cualquiera que sea la causa ora cuando el Notario no conozca al testador y, aún en este último supuesto, el empleo de testigos se puede obviar "mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas" (art. 685 del Proyecto) (4). También

(2) Lo cual ya fue defendido por varios autores, citando entre ellos a SÁNCHEZ ROMÁN (en su *Tratado de Derecho Civil*, VI, 1.º, págs. 426 y 427): "Creemos que para los efectos de la identificación de la persona del testador no debería exigirse más que el conocimiento del mismo por parte del Notario", valorando negativamente la intervención de los testigos al respecto.

(3) A este respecto debemos recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1929, citada en el interesante trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS ("El documento en el Código civil", *RDN*, 1989, pág. 263), en la que se discutió la validez o no del testamento abierto, por haber dado el testador instrucciones sólo al Notario, para que éste ordenara y redactara el testamento. Abogando en favor de la supresión de los testigos GONZÁLEZ PORRAS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. I-A, págs. 288 a 292, EDESA, Madrid, 1990, citando a su vez a numerosos autores. De auténtica "comparsa" ha sido calificada la intervención de testigos por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO ("Solemnidades y formalidades de los testamentos", *RDN*, 1978).

(4) Ya se recogía en el artículo 23 LN y 187 RN. La práctica es la inversa a la recogida en el texto del Proyecto: la identidad se acredita documentalmente, siendo los testigos meros "convidados de piedra", si bien, más de una vez son foco de controversias y quebraderos de cabeza, como así se plasma en la STS de 25 de abril de 1991.

sirve al mismo propósito la concurrencia —en los casos en que la misma se exija— de un menor número de testigos (dos, con carácter general, para las formas testamentarias abierta y cerrada (arts. 697, 707 y 709, 3.º “in fine” del Proyecto), frente a la necesidad actual de tres testigos para la forma abierta (art. 694 del CC) o de cinco testigos en el testamento cerrado (arts. 707, 2.º y 709, 2.º del CC). A la misma intención debe obedecer que el comienzo de la unidad de acto en el otorgamiento del testamento se sitúe en su lectura por el Notario (5).

- De igual modo se hace patente, en algunas ocasiones, un empleo más riguroso de la terminología desde un punto de vista de técnica jurídica, abandonando las expresiones que encierran una reminiscencia de las antiguas causas de incapacitación (*ex art. 32 CC en su redacción originaria*) como la recogida en el vigente art. 665 del CC (“demente que pretenda hacer testamento en intervalo lúcido”) siendo sustituidas por otras más estrictas y precisas como ocurre en el artículo 665 del Proyecto (“incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar”, consecuencia tardía de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, momento aquél muy oportuno para haber afrontado la actualización de toda la terminología del CC en materia de capacidad).

Del mismo modo me parece que goza de mayor rigor la exigencia de que, salvo en los supuestos de los artículos 700 y 701 del CC (testamentos realizados en circunstancias límites), el juicio acerca de la concurrencia o no de la capacidad legal en el sujeto que otorga testamento sea realizada por el Notario y no por los testigos (6), por cuanto estos últimos, en la mayoría de los casos

(5) Lo cual supone una coherencia con el artículo 193 RN.

(6) Creemos oportuno reproducir la polémica que ya desde antaño existiera respecto de la apreciación de la capacidad del testador por parte del Notario, y que recoge magistralmente RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 257 y ss.): “La apreciación de la capacidad del otorgante, a diferencia de su identidad, había sido considerado con frecuencia ajena a la función notarial. Por ejemplo, LAURENT (en *Principes de Droit Civil*, XIX, pág. 132): ‘Los Notarios tienen la costumbre de constatar que han hallado al testador sano de espíritu. Esta declaración no hace ninguna fe, porque el Notario no tiene ni la capacidad ni la misión de comprobar el estado de las facultades intelectuales del testador; lo que dice a este respecto no es, pues, más que un mero testimonio, y un testimonio hecho sin la observancia de las formalidades prescritas por la ley; de donde su declaración no hace fe alguna. Lo mismo sería una declaración análoga que el Notario hiciera con ocasión de un contrato’; no se trata de una opinión particular de LAURENT, sino de una doctrina muy generalizada, que tiene su fundamento en una concepción muy sensorial de la función notarial”. Y continúa diciendo RODRÍGUEZ ADRADOS que “desde luego, siempre se trataba de una misión exclusiva del Notario, no extensiva a los

(aunque parezca descarnado y grotesco), suelen conocer al testador en el mismo momento del otorgamiento (7). De dicho rigor participa que no se exija al Notario que tenga que dar fe de dichas circunstancias, así como de las restantes que se recogen en el texto vigente (8).

- Adecuación a la actual configuración política territorial y a la realidad social española, especialmente por lo que se refiere a la coexistencia de diversas lenguas oficiales (a nivel autonómico) en el territorio nacional (9). A ello obedece la redacción de los artículos 681,3.º y 684 del Proyecto. Como botón de muestra cabe señalar la supresión de los términos recogidos en el vigente artículo 684 ("castellano" y "extranjero", salvo en el artículo 684,2.º del Proyecto, donde sí se recoge la referencia al idioma extranjero), y el empleo de expresiones tan ambiguas como "lengua que el Notario no conozca" (art. 684 Proyecto) o "lengua oficial empleada por el Notario" (art. 698,3.º del Proyecto) (10).
- No se modifica en el Proyecto el artículo 679 del CC (autorizan el testamento abierto "las personas", expresión que debe ponerse en relación con las "personas" mencionadas en el artículo 694: Notario y testigos), pudiendo crear ciertas disfunciones por el tenor empleado en el mismo, frente a la redacción propuesta para el

testigos instrumentales". Especialmente interesantes son las citas de MONTERROSO y PALOMARES, recogida en nota 55 a pie de página (pág. 258 *ob. cit.*). En págs. 258-259 termina señalando que "en todo caso no era admisible extender a los testigos unas funciones que siempre se habían considerado exclusivas del Notario y que, en parte, exigían conocimientos legales". Cfr. artículo 167 RN.

(7) Así GONZÁLEZ PORRAS señala que "el noventa y nueve por ciento de los testigos que concurren al otorgamiento de un testamento notarial abierto no se enteran del contenido de las disposiciones; suelen ser las mismas personas en las distintas Notarías y firman confiados, como es habitual, en el valor moral y profesional del Notario autorizante (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1-A, pág. 288, EDESA, Madrid, 1990).

(8) Esta es una reivindicación antigua, como pone de manifiesto en su obra RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 261, v. gr.). Dicho autor, en pág. 257, destaca que "... esa expresión documental solamente había sido exigida por la Pragmática de Alcalá: 'y si el escribano conosciere al otorgante, dé fe en la suscripción que le conosce'..." Más adelante recoge la opinión de FEBRERO, consistente en la no necesidad de la fe de conocimiento.

(9) Dicha expresión debe leerse al cobijo de lo dispuesto por los diferentes Estatutos de Autonomía (art. 6,1.º del EA para el País Vasco, LO 3/1979, de 18 de diciembre; art. 3 del EA para Cataluña, LO 4/1979, de 18 de diciembre; art. 5 del EA para Galicia, LO 1/1981, de 6 de abril; art. 7 del EA de la Comunidad Valenciana, LO 5/1982, de 1 de julio; art. 3 del EA para las Islas Baleares, LO 2/1983, de 25 de febrero).

(10) El artículo 25,1.º LN dispone: "Los instrumentos públicos se redactarán en la lengua castellana...".

artículo 694 (donde es el Notario el único autorizante en el testamento abierto).

- Sería deseable una mayor coordinación normativa con la legislación notarial (ausente en el Proyecto), bien modificando expresamente los preceptos concordantes mediante nueva redacción de los mismos en el Proyecto, bien mediante una Disposición Derogatoria "ad hoc", aparte de la ya recogida respecto de la Ley de 1 de abril de 1939, cuanto más a la vista del artículo 1.217 CC y artículo 143 RN.
- Por último es curioso reseñar que este Proyecto, de llegar a ser Ley tendría una característica en común (en el *iter prelegislativo* —si se me permite la expresión—) con algunas de las últimas reformas que el Código Civil ha experimentado últimamente: el Proyecto actual se basa en uno anterior (concretamente el de 1982, mucho más tímido), fenómeno que ocurrió con las reformas del CC en materia de adopción, de nacionalidad, y la más reciente de no discriminación por razón del sexo (esta última contemplada originariamente en el proyecto de modificación de determinados artículos de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados).

II. EXAMEN DEL ARTICULADO PROPUESTO

No obstante esta visión panorámica del Derecho proyectado (y por ende no pormenorizada), creo conveniente establecer un somero estudio comparativo, artículo por artículo, transcribiendo el texto propuesto por el Gobierno (para mayor facilidad del lector) y realizando las consideraciones oportunas a continuación.

Artículo 665: "Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad".

Podemos señalar como diferencias más notorias, en primer lugar, la exigencia de incapacitación judicial en la redacción proyectada, y en segundo término, la inexigencia de dar fe del dictamen en el testamento, así como la no intervención de testigos.

Por lo que respecta al primero de los temas, debemos destacar la mayor concreción terminológica, fruto de reivindicaciones realizadas por

un amplio sector doctrinal, pues, como señalara el profesor LACRUZ (11), "lo mismo la doctrina que la jurisprudencia han tenido siempre por indudable que se aplica —el art. 665— sólo a los supuestos de incapacitación y no a los restantes de demencia habitual". A mi juicio la intervención de los dos facultativos sólo deberá ser preceptiva, a pesar de la literalidad del precepto, en los supuestos en los que el incapacitado carezca de la necesaria capacidad natural, es decir, por mediar una deficiencia de carácter psíquico de las contempladas en el artículo 200 CC, por ser tal la "ratio" del precepto. Para los supuestos en que el sujeto carezca de dicha capacidad natural y no se encuentre incapacitado judicialmente, será de aplicación el artículo 663,2.º del CC.

En lo tocante al segundo punto, hay que destacar que ello se dispone con carácter general en el artículo 685 "in fine" del Proyecto, y más concretamente para el testamento abierto y cerrado, en los artículos 697, segunda parte, y artículo 707,4.º, "in fine" del Proyecto, si bien sólo se refiere al Notario, y no a los facultativos.

Es importante recordar la observación que, respecto de los facultativos, hiciera en su día BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS en los siguientes términos: "No contiene nuestro Código Civil ninguna disposición sobre posibles incapacidades de los médicos para reconocer al demente cuando éste pretenda hacer testamento en intervalo lúcido" (12). Tampoco se aprovecha el momento presente para solucionar algunas cuestiones que han venido siendo puestas de manifiesto por la doctrina, no carentes de cierta importancia de índole práctica: qué ocurre en caso de discrepancia de criterios entre los facultativos y el Notario, entre los propios facultativos acerca de la capacidad del sujeto; valor del dictamen emitido de cara a una posterior impugnación del testamento por falta de capacidad, etc... (13).

Art. 681 (14): "No podrán ser testigos en los testamentos:

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

Segundo: Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

Tercero: Los que no entiendan el idioma del testador.

(11) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.

(12) BELTRÁN DE HEREDIA, P., "Incapacidad de testar del que 'habitualmente o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio'", *RDP*, 1966, pág. 253. La cita transcrita ha sido recogida de los comentarios que el profesor ALBALADEJO realiza de los artículos 662 a 666 del CC (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1-A, EDERSA, Madrid, 1990).

(13) ALBALADEJO, en el T. IX, vol. 1-A de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 1990, realiza una interesante exposición de las distintas posturas que sobre las citadas cuestiones ha venido sosteniendo la doctrina, debiendo destacar las citas transcritas de la obra de BELTRÁN DE HEREDIA, y la postura de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, en nota 54.

(14) El artículo 681 del Proyecto de 1982 rezaba del siguiente modo:

Cuarto: Los que no estén 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".

La relación de causas de "inidoneidad" (15) —vocablo recogido expresamente en el artículo 697 del Proyecto y que al igual que el término "testigo" carecen de definición en el Proyecto, manteniéndose el corte del artículo hoy vigente— para ser testigo (que ya fuera modificada por la Ley de 1933, la Ley de 24 de abril de 1958 y por la Ley 8/1984, de 31 de marzo), quedan reducidas en el texto proyectado a cinco, surpimiéndose la segunda y sexta del artículo vigente, quedando inalteradas, en cuanto a su redacción las restantes causas, excepto la séptima. Por lo que se refiere a la disposición que adoptan las contenidas en el Proyecto, la supresión de la segunda da lugar a que las sucesivas asciendan un lugar salvo la séptima que sube dos posiciones por desaparecer la causa sexta del artículo 681 CC (pasando a ser la quinta en el Proyecto). Es esta última la única que es objeto de nueva redacción consistente en obviar la relación de sujetos que tienen relación de trabajo con el Notario autorizante (16). Al mismo tiempo se da lugar a una inversión en los dos grandes bloques recogidos

"No podrán ser testigos en los testamentos:

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

Segundo. Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto. Los que no estén en su sano juicio.

Quinto. Los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

Sexto. Los empleados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante."

El Proyecto de 1982 no contempló, como también hace el Proyecto de 1991, como causa de inidoneidad para ser testigo testamentario "los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio", manteniendo la que se basaba en estar sufriendo la pena de interdicción civil, por ser anterior a la reforma operada por la Ley 8/1984, de 31 de marzo. El Proyecto de 1991, coherentemente, propone la supresión del actual apartado sexto del artículo 681 CC en su totalidad.

Así mismo, el Proyecto modifica la redacción del actual apartado séptimo del CC (contemplado como sexto en el Proyecto de 1982 y quinto en el de 1991), si bien mantiene el mismo espíritu.

(15) No entro a examinar, pues rebasaría el propósito de estos apuntes, las distinciones que al respecto han venido señalando los autores. Nos referimos a si la relación de supuestos de inidoneidad son auténticas "prohibiciones", "incapacidades" o "incompatibilidades" (a decir de MUCIUS SCAEVOLA), y el carácter relativo o absoluto de las mismas.

(16) Esta redacción puede favorecer la inclusión entre los sujetos que no pueden ser testigos a los intérpretes. En contra de ello se encuentra, por un lado, el carácter odioso de la norma proyectada que impone una interpretación restrictiva, y por otro, la propia legislación notarial, especialmente el artículo 27,2.º LN y artículo 182 RN.

en dicho apartado por razón de los sujetos: primero el cónyuge y familiares y luego los empleados.

La redacción propuesta puede ser objeto de varias objeciones, en particular las causas primera y segunda, las cuales adolecen de una misma deficiencia: la excesiva generalidad en su redacción. En efecto: se mantiene la prohibición o incapacidad para ser testigos a todos los menores de edad, emancipados o no, sin establecer distingo alguno al respecto (17).

Por lo que respecta a la causa quinta del Proyecto, sería deseable la extensión de la prohibición (en coherencia con el espíritu recogido en la misma) al sujeto que mantuviera una relación "more uxorio" con el Notario autorizante, aunque fuera vía Disposición adicional (técnica empleada por la Ley de 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción), cuanto más al tratarse de una norma prohibitiva, y por tanto sujeta a una interpretación restrictiva.

Art. 684: "Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El Instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido empleada por el testador.

El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste desconozca aquélla".

(17) Existe una tendencia doctrinal generalizada en favor de la aplicación del criterio establecido legalmente para poder testar. Una corriente científica menos amplia propugna la equiparación de los menores de edad emancipados, en esta materia, a los mayores de edad. Una última postura, niega tal posibilidad. Creo que no debe existir inconveniente para que los menores de edad fueran testigos, estuvieran emancipados o no, siempre y cuando gozaran de la necesaria capacidad natural de querer y entender, criterio éste que informa en definitiva, los supuestos contemplados en el artículo 681; en caso contrario, podría ocurrir —como sucede en la actualidad— que un cónyuge menor de edad no pueda ser testigo en el testamento de su consorte en los supuestos admitidos expresamente (y en sentido contrario), por el artículo 682 CC.

Un razonamiento parecido cabe establecer respecto del supuesto segundo artículo 681 del Proyecto: no debe bastar el mero hecho de que el sujeto padezca de ceguera, sordera o sea mudo totalmente, sin la concurrencia de otras causas como que sean analfabetos o, aún más, la imposibilidad material de que dichos sujetos puedan identificar al testador, la realización del testamento, o entender el contenido del mismo —similitud con la circunstancia que afectan a los que no entiendan el idioma del testador—. En favor de la supresión de esta segunda causa de inidoneidad, debemos recordar la modificación que en materia de capacidad realizó la Ley de 1983, la existencia de técnicas que posibilitan el entendimiento por parte de los sordos o mudos como la lectura de labios, etc..., así como la circunstancia de que en la práctica los testigos no conocen el contenido del testamento, y aún menos la voluntad manifestada por el testador al Notario antes de ser transcrita y redactada por éste.

Varias son las modificaciones introducidas en el texto vigente. Por un lado, y como consecuencia del artículo 3 de la Constitución y concordantes a la vista de lo dispuesto en ciertos Estatutos de Autonomía (18), se propone la división del artículo 684 CC en dos párrafos bien diferenciados: el primero de ellos hace mención a la diversidad de lenguas existentes en nuestro país, y la consideración como oficiales de las mismas en el concreto ámbito autonómico: de ahí la expresión "se traduzca a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario", así como la supresión del término "castellano" (19). Por contra, el segundo párrafo se refiere al supuesto que originariamente contempla el precepto vigente. Por otra parte, otra novedad es la exigencia de la intervención de un único intérprete, en tanto que actualmente se exigen dos. La razón es bien sencilla: la mayor agilidad del procedimiento.

Art. 685 (20): "El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad".

(18) *Vid.* nota núm. 9 en pág. 5.

(19) Cabe señalar que algunos autores, como LOIS PUENTE ("El llamado testamento en lengua extranjera", *RDP*, 1988, págs. 971-988) niegan la aplicabilidad del vigente artículo 684 de los que hablan español, sean extranjeros o españoles. Otros, como LUCAS FERNÁNDEZ (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, I-A, págs. 342-344, EDESA, Madrid, 1990), en base a la literalidad de la redacción del precepto vigente niega su aplicación a los supuestos de testamento en idioma español distinto del castellano. *Vid.* artículo 25 LN.

No podemos pasar por alto que el Proyecto de 1982 omitió toda referencia a este tema, lo cual admite diversas lecturas.

(20) El Proyecto de 1982 proponía la siguiente redacción:

"El Notario deberá conocer al testador, y de no ser así, lo identificará por los medios previstos en la legislación notarial. También procurará el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario en los casos de los artículos 700 y 701 tendrán obligación de conocer al testador y de asegurarse de su capacidad".

No existen grandes diferencias entre los dos textos propuestos en 1982 y 1991, si bien a mi juicio me parece más acertada la redacción del primer párrafo del artículo 685 del Proyecto de 1982, por cuanto remite a la legislación notarial sin más.

En cambio, en lo que se refiere al segundo párrafo "in fine" estimo más correcta la redacción del Proyecto de 1991, por cuanto con la redacción empleada cabe entender que no establece una obligación tan tajante respecto del juicio por parte de los testigos de la capacidad del testador.

Como novedades más relevantes cabe señalar (siguiendo la inspiración del Proyecto) la tendencia a suprimir toda intervención de los testigos, tanto los denominados "testigos instrumentales" (salvo en los supuestos en los que no intervenga el Notario como son los contemplados en los artículos 700 y 701 CC), como los "testigos de conocimiento", puesto que si bien éstos últimos son recogidos en el primer párrafo del artículo 685 del Proyecto, la realidad será su no utilización (de llegar a buen fin dicho Proyecto), por cuanto se contempla como medio alternativo —que no subsidiario— "la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas" (21).

Consecuentemente, el Notario (y ya no los testigos) (22) deberá contemplar la concurrencia de la capacidad exigida para testar en el sujeto otorgante. Dicha exigencia viene contemplada también en el artículo 167 del Reglamento Notarial (23). Igualmente se ha venido pronunciando la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre las Sentencias (por citar las más recientes) de 21 de junio de 1986 y 25 de junio de 1990, sancionando la ausencia de dicha formalidad con la nulidad del testamento.

De mayor coherencia hubiera sido acomodar también la redacción del vigente artículo 686 a la nueva que se quiere dar al 685.

Art. 694 (24): "El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección".

(21) *Vid.* artículo 23 LN (reformado por la Ley de 18 de febrero de 1946), relativo a la identificación del sujeto otorgante, así como el artículo 187 RN, también reformado por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio, a consecuencia del Decreto 357/1962, de 22 de febrero, sobre obligatoriedad del Documento Nacional de Identidad.

(22) Como así se ocurre en el artículo 101 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña: "En los testamentos ante Notario se observarán las formalidades exigidas por el Código Civil, salvo, respecto de los testigos, que serán siempre dos, sin requerirse que sean rogados *ni que aprecien la capacidad del testador*, ni que en su carácter de testigos instrumentales hayan de conocerle, pero deberán firmar".

(23) Artículo 167 RN: "El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate".

(24) El artículo 694 del Proyecto de 1982 establecía:

"El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y dos testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, al menos, pueda firmar".

La crítica es bien fácil: se trata de una redacción conservadora, en la que se mantiene la exigencia de la presencia de testigos (reduciendo el número a dos) y cuya única virtud (siendo excesivamente benevolente con el redactor) es la sustitución (respecto del texto vigente) de la exigencia de que el testigo pueda firmar (pues lo que importa) en lugar de escribir (no todo testigo que puede firmar puede escribir).

La novedad estriba en la supresión de exigencia de testigos, con carácter general, a salvo lo dispuesto en los artículos 697 y 698 del Proyecto. Así pues, excepto en los supuestos contemplados en los mencionados preceptos proyectados, la intervención de los testigos deja de ser un elemento esencial. El artículo 971 del *Code Civil* francés (en redacción dada por la Ley de 1950) contempla la posibilidad de otorgar testamento sin testigos, pero en dicho supuesto exige la presencia de dos Notarios.

Art. 695 (25): "El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos".

Desde un punto de vista meramente formal, la redacción propuesta sufre ciertas alteraciones: queda reducido el precepto a dos párrafos, con la siguiente supresión del que actualmente aparece como último, y la supresión parcial de la segunda parte del párrafo segundo del vigente artículo 695 CC. Por contra, en el texto del artículo 695 del Proyecto queda englobado en la segunda parte de su primer párrafo la redacción del vigente artículo 696 CC, con la correspondiente salvedad en lo que se refiere a la intervención de testigos.

(25) La redacción propuesta en 1982 era la siguiente:

"El testador expresará su última voluntad al Notario o, en su caso, a los testigos que deban autorizar el acto. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento".

Muchas son las diferencias existentes entre el texto de 1982 y el de 1991, y tan notorias que hace innecesaria cualquier crítica al respecto. Lo que sí debemos destacar en cambio es que, al contrario de lo que ocurre en el texto vigente, el Proyecto de 1982 (y el de 1991) sitúan la intervención de los testigos no ya en el momento de la manifestación de la voluntad testamentaria, sino en la lectura del mismo (cfr. con el art. 699 del Proyecto de 1982 y con el vigente art. 695, primera parte del párrafo primero CC), pues el empleo de la expresión "o, en su caso, a los testigos que deban autorizar el acto" ha de leerse a la luz de los artículos 700 y 701 CC.

En lo que atañe al contenido del texto proyectado, el mismo se inspira en la praxis notarial cotidiana en un doble orden de cosas: a) Por un lado los testigos no suelen estar presentes en la manifestación de voluntad del testador; ahora bien su presencia es imprescindible (por cuanto reviste carácter esencial) en las restantes fases del otorgamiento (con lo cuál queda rota la "unidad del acto" en la práctica, a pesar de lo establecido en el artículo 699,1.º CC. Cfr. STS de 10 de abril de 1987). b) Por otra parte, dicha manifestación suele ser oral (así se contempla en el artículo 565,2.º del Proyecto de 1851; a este respecto el profesor OSSORIO MORALES (26) manifestó que históricamente el actual testamento abierto era un testamento "nuncupativo", es decir, oral) y no exclusivamente escrita (27). Ahora bien, como ya señalara el profesor LACRUZ (28), "en los casos de instrucciones verbales, la reducción a escrito, naturalmente, no consiste en reproducir de modo literal las palabras del testador, sino la sustancia de su declaración, pero cuando el disponente entregue al Notario una minuta escrita, éste habrá de transcribirla íntegra" (afirmación que seguirá teniendo plena vigencia, en mi opinión, de llegar a buen fin el Proyecto que anotamos). Y precisamente, como consecuencia de la posibilidad de manifestar la voluntad de forma oral o escrita, es por lo que el Proyecto introduce "ex novo" como requisito esencial de forma (puesto que ello es el objeto del art. 695 del Proyecto) que el Notario "advierta al testador del derecho que tiene para leerlo por sí", lo cuál no fue contemplado en el Proyecto de 1982.

En lo tocante a la redacción del testamento se observa una novedad respecto del vigente artículo 965 CC, y es que a diferencia de lo que se dispone en el citado precepto del Cuerpo legal sustantivo, el Proyecto encomienda expresamente al Notario la redacción del testamento ("Redactado por éste el testamento..."), lo cuál, creo que se debe al carácter unificador de este artículo 695 del Proyecto (29), puesto que engloba el 695 y 696 del CC, y en este último se establece, al contemplar el supuesto

(26) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957. Esta afirmación es recogida por ALBALADEJO GARCÍA en su *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona 1989.

(27) Las Partidas admitían ya expresamente la dualidad de formas, oral y escrita, en el testamento abierto: "... E son dos maneras de testamento. La una es, a que llaman en latín testamento nuncupativum, que quiere dixer, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze por palabra o escripto, a quales establece por sus herederos, e como ordena, o departe las otras sus cosas..." (Partida VI, Título I, Ley 1.ª).

(28) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.

(29) Evitando así la polémica doctrinal relativa a si el artículo 696 CC recoge o no una segunda modalidad de testamento notarial abierto. *Vid.* al respecto los criterios contrapuestos recogidos en la obra de OSSORIO MORALES y la de CASTÁN TOBEÑAS.

de que el testador presente por escrito su disposición testamentaria, que "el Notario redactará el testamento con arreglo a ella". La redacción propuesta supone la (innecesaria) extensión de este precepto a la voluntad testamentaria manifestada oralmente. En el supuesto de que el Proyecto deviniera en Derecho positivo sería de aplicación lo que señalara a este propósito ALBALADEJO (30): "como es natural no se refiere la ley a que el Notario haya de escribir materialmente el testamento, sino a que, aun escrito por un dependiente suyo u otra persona, la redacción pceda de un texto que el Notario ha elaborado a la vista de lo que expresó el testador, o que incluso puede ser exclusivamente el escrito que él mismo presentó con su disposición testamentaria".

Respecto de la lectura que del testamento debe realizar el Notario cabe plantear una cuestión: ¿Qué ocurre si el Notario desconoce la lengua en la que se ha redactado el testamento? Será de aplicación el artículo 684 del Proyecto. Obviamente, el Notario sólo podrá leer el texto escrito en la lengua oficial y acaso en la extranjera que conozca, quedando sin cumplimiento en los demás casos el mandato imperativo contenido en el artículo 695 del Proyecto, circunstancia esta que también pusiera de manifiesto la más autorizada doctrina y que aparece carente de solución en el texto proyectado, debiendo remitirnos a lo recogido en el artículo 698,3.º de dicho Proyecto ("Al otorgamiento deberá concurrir: ... 3.º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del textador —debe decir "testador"— a la lengua oficial empleada por el Notario"). No obstante, dicho artículo 698,3.º del Proyecto no señala el papel o actuación que dicho intérprete debe llevar a cabo, si de mera comprobación pasiva o de traducción simultánea (o posterior) de la lectura realizada por el Notario; de esta forma sigue abierta la polémica al respecto.

Por lo que atañe a la supresión de la segunda parte del apartado segundo, ello se encuentra en la misma línea seguida en la redacción propuesta para el artículo 665.

Con relación a la omisión del tercer párrafo debemos señalar que el mismo se integra como texto independiente en el diseño del artículo 696.

Para terminar el presente comentario debemos señalar la aplicación del artículo 186 del Reglamento Notarial en los supuestos en que ninguno de los testigos pudieran o supieran firmar (lo cual no se contempla en el CC ni en el Proyecto) (31).

(30) ALBALADEJO, *Curso...*, pág. 215.

(31) No obstante, cabe preguntar si reúne carácter solemne la constancia de la firma de alguno de los testigos presentes en el acto de otorgamiento. La respuesta ha de ser negativa por cuanto el no saber o no poder firmar no se contempla como causa de inidoneidad para ser testigo testamentario. Amén de ello, el artículo 143,2.º RN establece que "Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y

Art. 696: "El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento".

Me remito a las observaciones efectuadas a propósito de los artículos 685 y 695 del Proyecto. Respecto de la exigencia de constancia por el Notario de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, el texto proyectado no sólo mantiene la coherencia con el artículo 167 del Reglamento Notarial, sino que corrobora la doctrina jurisprudencial existente, siendo buena prueba de ello la STS de 25 de junio de 1990 (32).

Art. 697: "Al acta de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1.º Cuando el testador declare que no se sabe o no puede firmar el testamento.

2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten".

El texto transcrito recoge parcialmente las "garantías" (33) contenidas en la regulación actualmente en vigor (arts. 697 y 698 del CC), si bien el deber de leer el testamento por sí mismo quien fuere enteramente sordo,

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 aquéllos".

(32) Dicha STS de 25 de junio de 1990 declaró la nulidad de un testamento abierto notarial por carecer del requisito esencial de no transcribir simultáneamente el Notario en el momento de redactarse el testamento, la frase que el causante tenía capacidad legal para testar.

(33) Recojo entrecomillado el término garantías pues participo de la opinión que pusiera de manifiesto SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española*, Tomo sexto, vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 426) al destacar que "la autoridad notarial o nada significa o debe ser bastante para garantizar la autenticidad de todos los hechos y afirmaciones que bajo la fe del Notario contiene el instrumento público". Esta opinión es ratificada por la mayoría doctrinal. Así GONZÁLEZ PORRAS señala que "el noventa y nueve por ciento de los testigos que concurren al otorgamiento de un testamento notarial abierto no se enteran del contenido de las disposiciones; suelen ser las mismas personas en las distintas Notarías y firman confiados, como es habitual, en el valor moral y profesional del Notario autorizante" (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1-A, pág. 288, EDESA, Madrid 1990). Vid. también en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 126, junio de 1991, págs. 1666 a 1668, los argumentos esgrimidos por Domingo Castilla, siendo concluyente la siguiente afirmación: "Personal-

deja de contemplarse como tal deber para pasar a ser un derecho del sujeto, contenido en el ya comentado artículo 695 del texto propuesto ("... advertido el testador del derecho a leerlo por sí..."). Tampoco se recoge la previsión del actual artículo 698 para los supuestos del ordinal 2.º del pasaje que se comenta.

Por contra, aumentan las "garantías" en el supuesto de que "el testador que no supiese o no pudiese leer (v. gr. por ser ciego) fuera enteramente sordo" (34), por cuanto no habrá sólo dos lecturas del testamento (vigente art. 698 CC), sino que "los testigos —no uno de ellos, sino todos ellos— leerán el testamento": el autor del Proyecto ha empleado la forma imperativa en su redacción. No obstante, a diferencia de lo que dispone el Derecho vigente, los testigos sólo "tienen" que leer el testamento, para el caso del testador ciego, cuando este es además enteramente sordo.

El tercer epígrafe es una novedad, en materia de testamentos, para nuestro Derecho (35). El redactor del Proyecto no ha hecho sino plasmar en el Código Civil las fórmulas ya existentes en la legislación notarial (arts. 180 y 183,2.º RN). Creo que merece un juicio positivo su inclusión en el articulado, no tanto por la repercusión práctica (puesto que raramente sería utilizada esta facultad), sino por lo que supone de coherencia con la propia función notarial y con la realidad social imperante (36).

mente creo que los testigos en el testamento abierto son unos meros elementos de solemnidad caduca, residuo histórico de una regulación antaño justificada, pero cuya supervivencia hoy en día está basada en la desidia del Notario, como sujeto activo directamente implicado, de no promover la actuación legislativa orientada a su supresión...". A mayor abundamiento, el propio artículo 180 RN sólo exige testigos en el supuesto de los testamentos.

(34) Para un estudio del testamento otorgado por sordomudo, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios...*, T. IX, vol. 1-B, págs. 122 y ss.

(35) Ello no es nuevo para el Derecho alemán, pues como recoge GONZÁLEZ PORRAS al comentar el artículo 694 del CC (*Comentarios...*, T. IX, 1-B, pág. 18), "el parágrafo 2.273 del BGB establece que el Juez o Notario puede, discrecionalmente, hacer intervenir a dos testigos, no estando ya vigente el antiguo carácter forzoso que tenía la intervención testifical".

(36) La afirmación recogida en el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1 de abril de 1939 (cuya derogación se propone en la Disposición Final del Proyecto) es hoy extensible a los testamentos: "Esta intervención testifical, difícilmente justificable desde el punto de vista técnico, subsiste en nuestra legislación por la influencia del Derecho histórico, como una reminiscencia de las primitivas formas instrumentales en la autorización de las Escrituras públicas, si no llega a ser una ficción, es al menos en muchos casos un requisito que se cumple en serie con la colaboración de verdaderos profesionales de la testificación retribuido y no añade valor ni autenticidad a los documentos, ni constituye una garantía para los contratantes". Del mismo modo es aplicable lo que se recoge en el último párrafo de dicha Exposición de Motivos: "El criterio formalista que impone la declaración de nulidad de los actos o de los documentos por infracción de los requisitos de forma es arcaica e incompatible". Buena prueba de ello es la Sentencia del TS de 25 de abril de 1991.

Art. 698: "Al otorgamiento también deberán concurrir:

- 1.º Los testigos de conocimiento si los hubiera, quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales.
- 2.º Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado.
- 3.º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador (*debe decir "testador"*) a la lengua oficial empleada por el Notario".

Este precepto cabe reconducirlo, siquiera parcialmente, a algunos artículos vigentes actualmente en nuestro CC. De este modo el epígrafe 1.º supondría no sólo la inclusión en nuestro Cuerpo legal sustantivo de una norma extravagante, sino también la generalización de la facultad conferida al Notario por el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1939, así como en los artículos 180,3.º y 184,2.º RN.

El segundo epígrafe es más familiar: en seguida recordamos el artículo 665 CC, que si bien no establece la necesidad de que los facultativos concurren al otorgamiento (sino solamente el juicio de los mismos acerca de la capacidad del testador), dicha exigencia deriva del principio de unidad de acto sentado por el artículo 699 CC. El Proyecto incluye este supuesto de modo expreso por cuanto el principio de unidad del acto tiene comienzo con la lectura del testamento, tal y como se establece en el artículo 699 del Proyecto, a diferencia de lo establecido en el mismo precepto del CC.

Por último nos queda señalar que la mención expresa de la concurrencia del intérprete es consecuencia directa de la redacción propuesta para el artículo 699, por cuanto la intervención contemplada en el artículo 684 del Proyecto es anterior al momento inicial señalado en el susodicho artículo 699 del proyecto. Tampoco resuelve el redactor del texto la polémica doctrinal (existente a pesar de su intrascendencia práctica en las Notarías españolas) acerca de si puede concurrir en un sujeto la doble condición de testigo e intérprete.

Art. 699 (37): "Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero".

(37) Así se pronunció el redactor del texto de 1982:

"Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero."

El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado por alguno de los medios prescritos en la legislación notarial y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686 de este Código."

El texto reproducido encierra dos importantes modificaciones: a) De un lado suprime el segundo párrafo del vigente artículo 699 CC, lo cual no implica que el Notario deje de dar fe al tener consideración de elemento esencial en el testamento abierto y ser esa su función (38). b) Por otra parte, contiene una importante alteración de índole procedimental: la unidad del acto arranca en la lectura del testamento, con lo cuál la manifestación de la voluntad del testador, la valoración de la capacidad del otorgante, etc., no vendría sujeto a dicho principio. No obstante, nos parece acertado por ser ésta la realidad cotidiana, como así ha sido puesto de manifiesto por los tratadistas de Derecho notarial (39). Buena prueba de ello es no solamente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a pesar que la letra de la ley —artículo 699 CC— reduce la exigencia de unidad de acto al otorgamiento propiamente dicho), sino también una nota de la Academia Matritense del Notariado estableciendo que "la unidad de acto que exige el artículo 699 del Código Civil... consiste en que un solo acto, y sin más interrupción que la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero estando presentes el testador, Notario y los testigos, se verifiquen la lectura del testamento en alta voz, la expresión de la voluntad del testador, mediante su conformidad con el documento leído, la firma por el repetido testador, si sabe y puede, y por los testigos" (40).

En otro orden de cosas, no podemos menos que señalar la incoherencia que daría lugar el texto propuesto: si todas las formalidades de la sección quinta deben realizarse en un solo acto y este tiene como comienzo con la lectura del testamento (se entiende por parte del Notario), ¿cuándo tendría lugar la manifestación de voluntad del testador?; ¿debe entenderse que el conocimiento o identificación del testador por el Notario se produce una vez redactado por este último el testamento?, etc. Obviamente la respuesta es negativa. Es una pena que a la bondad de establecer la lectura del testamento como momento inicial de la unidad del acto (en absoluta coherencia con la realidad práctica) se contraponga una pésima redacción.

Una última crítica será de índole sistemática, puesto que la unidad de acto no sólo es aplicable al testamento abierto, sino también al cerrado,

Como novedades podemos señalar la remisión expresa al artículo 686 CC (remisión que se entiende hecha en todo caso por encontrarse este precepto en la sección tercera que lleva por rúbrica "De la forma de los testamentos"), y el comienzo del acto en la lectura del testamento, siendo este último punto retomado en el Proyecto de 1991.

(38) Cfr. artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado y artículo 1 del Reglamento.

(39) Cfr. al respecto GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial español*, vol. II, págs. 211 y ss., entre otros. Igualmente se recomienda la lectura del magnífico trabajo del profesor Díez-PICAZO, "La pluralidad de testamentos", *RDN*, 1960.

(40) Recogido por GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios...*, T. IX, vol. 1-B, pág. 172, nota núm. 16.

según opinión mayoritaria de la doctrina (41). Ello hace que, ante la ausencia de norma al respecto para la forma testamentaria cerrada, el mencionado principio de unidad de acto se recogiera también en la sección sexta, o bien que se hiciera mención expresa en el artículo 699 al testamento cerrado.

Art. 706 (42): "El testamento cerrado habrá de ser escrito con expresión del día, mes y año.

Si lo escribiese por su puño y letra el testador, pondrá al final su firma.

Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.

Cando (*debe decir "Cuando"*) el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones".

Es el presente, el primero de los preceptos objeto de modificación destinados a la regulación del testamento secreto, con lo cual se mantiene en el Proyecto la distribución establecida en el CC desde su redacción originaria.

Como novedades podemos destacar las siguientes:

- a) La supresión de la rúbrica y la firma entera, sustituyéndolas por la firma (que puede ser entera, esto es, firma y rúbrica).
- b) La omisión de la expresión del lugar donde se redacta el testamento. Ello nos parece positivo por varias razones: se elude una solemnidad más que por otra parte, carece de sentido; en cualquier caso, lo que sí debe ponerse de manifiesto no es tanto el lugar de

(41) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, T. IX, vol. 2, pág. 37, EDESA, Madrid, 1983.

(42) La redacción propuesta por el Proyecto de 1991 se inspira en el Proyecto de 1982, como se puede comprobar:

"El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiese por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma.

Si estuviere escrito a máquina o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y rubricará todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o entre renglones".

redacción, sino el de otorgamiento, lo cual viene contemplado en el artículo 707,6.º del Proyecto. Al mismo tiempo, dicha omisión en el texto proyectado no afecta a la posible conversión del testamento cerrado en testamento ológrafo, por cuanto tampoco se exige en el artículo 688 CC la constancia del lugar.

- c) Se admite expresamente el empleo de "cualquier medio mecánico" en la redacción del escrito.
- d) Mayor coherencia en la ubicación de la disposición relativa a la enmienda de las tachaduras, al situarse en el último párrafo, comprendiendo de este modo no sólo los supuestos de escritura por el propio testador, sino también la redacción realizada por tercero (en el art. 706 CC se contiene en la segunda parte del párrafo segundo).

Art. 707 (43): "En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

(43) Artículo 707 del Proyecto de 1982:

"En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.º El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y dos testigos idóneos que puedan firmar.

3.º Seguidamente el testador manifestará que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena o a máquina, y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.

4.º Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.º Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo por él uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquél.

6.º También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento."

Escasas son las diferencias que separan al texto en vigor con el de ambos Proyectos: la referencia o no a los testigos (y en su caso el distinto número) y el empleo de medios mecánicos en la redacción del testamento, por señalar las más relevantes.

2.º El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo.

3.º En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

4.º Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686 y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.º Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.

6.º También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

7.º Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos si así lo solicitan el testador o el Notario".

La redacción de este precepto es consecuencia lógica de todo lo que hasta el momento se ha venido poniendo de manifiesto: la no exigencia, con carácter general, de la concurrencia de testigos; el uso de medios mecánicos en la realización del testamento (lo cual no es aconsejable de cara la conversión del testamento cerrado en ológrafo regulada en el artículo 715 CC); la redacción del 707,3.º no es todo lo correcta que sería deseable: por un lado la redacción propuesta en 1982 nos parece mejor al comenzar el epígrafe con el adverbio "seguidamente", reforzando la unidad que debe presidir el acto del otorgamiento, y por otro lado, a diferencia también del texto vigente y del Proyecto de 1982, el artículo 707,3.º "in fine" del texto de 1991 no especifica expresamente (sí por vía de interpretación) en qué supuestos debe firmar otra persona en lugar del testador, a su ruego; del epígrafe 4.º se suprime la exigencia de que el Notario dé fe de la observancia de las solemnidades que se mencionan con anterioridad; por último cabe establecer un paralelismo entre los artículos 697,3.º y 707,7.º del Proyecto, siendo —como se pusiera de manifiesto al comentar el primero— una novedad en esta materia.

Art. 709: "Los que no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.

2.º Al hacer su presentación el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento expresado como está escrito y que está firmado por él.

3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso".

El redactor material ha estimado oportuno suprimir la mención expresa al sordomudo, que sí realiza nuestro Derecho vigente, debiendo entenderse incluidos los mismos en la expresión "los que no pueden expresarse verbalmente pero sí escribir", por cuanto la sordomudez es una deficiencia física consistente en una sordera nativa que priva de la facultad de hablar. Respecto del epígrafe 1.º, se obvia la exigencia de la escritura por el testador, en coherencia con la admisión del empleo de medios mecánicos y la posibilidad de redacción a cargo de un tercero (aunque lo más normal es, precisamente por las barreras de comunicación a que está sujeto, que el propio testador redacte el testamento). De esta forma se sitúa en la línea del régimen general establecido para el testamento cerrado ordinario, al que se remite expresamente. El epígrafe 2.º ratifica esta afirmación al sustituir la expresión "que está escrito" (709,2.º CC) por "como está escrito" (709,2.º Proyecto); de esta forma no es bastante la mera comprobación de la existencia de una redacción, sino de la forma en que la misma se realizó (manuscrita, mecanografiada) e incluso cabría señalar —realizando una interpretación extensiva siguiendo las pautas establecidas en el artículo 707,3.º del Proyecto, al que se remite el 709,3.º del mismo texto— el idioma empleado, así como si está escrito de mano ajena o no. Sin embargo, de llegar a buen fin este Proyecto, creo que en la práctica la mecánica que se llevará a cabo será la actualmente empleada.

Art. 710 (44): "Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento".

(44) El Proyecto de 1982 rezaba del siguiente modo:

"Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, e incorporará al protocolo acta en la que se transcribirá la del otorgamiento".

Se trata de una redacción confusa e imprecisa: En primer término habla de incorporar no la "copia autorizada", sino el "acta". En segundo lugar, no determina el tipo de protocolo (corriente —Proyecto de 1991— y secreto —redacción actual del CC—) al que se debe incorporar dicha "acta". De haber llegado a buen fin este Proyecto dos serían las interpretaciones posibles: De un lado, la vigencia de dicho protocolo secreto por aplicación subsidiaria de la legislación notarial (solución que parece más probable: estaríamos una vez más ante un "olvido del legislador"); de otra parte, entender que el

No contradice la sustitución propuesta de la conservación de la copia en el protocolo reservado (muy escasamente utilizado en las Notarías españolas) en lugar del protocolo corriente, con el "deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad" (según reza el Preámbulo del Proyecto), puesto que el carácter confidencial no viene conferido por el distinto tipo de protocolo donde se conserva la copia. Así señala el artículo 274 RN que "los protocolos son secretos". El texto propuesto modificaría, de llegar a ser ley, los artículos 34 LN, 274 RN, y concordantes de la legislación notarial.

Art. 711 (45): "El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirase después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota".

Se aplica "mutatis mutandis" lo mencionado anteriormente respecto de la supresión del protocolo reservado y su sustitución por el corriente, siendo ésta la única modificación propuesta.

Art. 734 (46): "También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.

En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta de este capítulo".

redactor, con la mencionada supresión, se decidía por la solución contenida en el Proyecto de 1991 (interpretación, a mi juicio, forzada).

(45) Artículo 711 del Proyecto de 1982:

"El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar al margen y a continuación del acta incorporada al protocolo que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota".

Lo único destacable es la exigencia de que conste al margen y a continuación (no al margen o a continuación) del acta que el testamento es depositado en poder del Notario autorizante.

(46) Artículo 734 del Proyecto de 1982:

"También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el Agente diplomático o funcionario consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

Es de destacar la mayor claridad de redacción que encierra el texto propuesto, y la consecuente supresión de toda mención a los testigos. También es digno de mención que el artículo 11 del Anexo III del Reglamento Notarial (relativo al "Ejercicio de la fe pública por los Agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero"), establece que "Los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley, autorizados por los Agentes diplomáticos y consulares, se protocolizarán en el Protocolo corriente"; respecto de la capacidad para ser testigo en los testamentos otorgados en país extranjero, el artículo 16,2.º de dicho Anexo III remite a la regulación contenida en el CC, no exigiendo la condición de domicilio en el país en que se otorga. Del mismo modo se debe tener en consideración lo dispuesto en el artículo 3,d) del Anexo II ("Del Registro de actos de última voluntad").

Por último, respecto del empleo de la expresión "funcionario diplomático o consular" (empleada ya en el art. 11 CC), como ha comentado el profesor GONZÁLEZ CAMPOS a propósito del artículo 11 CC, la misma no se acomoda a la empleada en la normativa convencional internacional en vigor establecida en los Convenios de Viena de 18 de abril de 1961 y 21 de noviembre de 1967, los cuales utilizan respectivamente las expresiones "agente diplomático" y "funcionario consular".

Por lo que respecta a la DISPOSICION DEROGATORIA (47) ("Queda derogado el artículo segundo de la Ley de 1 de abril de 1939 sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas"), ha sido objeto de comentario al analizar el artículo 698 del Proyecto, al que me remito.

III. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Como señalara la profesora GAYA SICILIA a propósito de la Ley 11/1990 "la norma (en este caso proyectada) —salvo elementales aciertos— deja mucho que desear". En efecto, si bien la finalidad última es

En estos casos dicho Agente o funcionario hará las veces de Notario y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor".

Dos observaciones al respecto: De una parte, destacar el acierto en la terminología empleada ("agente diplomático" y "funcionario consular"). De otro lado, la expresión "siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor" (cuya lectura ha de realizarse al amparo del art. 11 CC) obedece a la preocupación de una posible práctica fraudulenta que destacados estudios han puesto de manifiesto (v. gr., ORTIZ DE LA TORRE, "El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido", RGLJ, 1974).

(47) El Proyecto de 1982 carecía de Disposición Derogatoria alguna.

acertada, contemplando la realidad de la práctica notarial española, no es menos cierto que existen grandes fallas en la redacción (no sólo de índole formal, como por ejemplo el distinto criterio seguido para enumerar los apartados del artículo 681 frente al mantenido en los artículos 697, 698, 707 y 709, todos ellos del Proyecto; ortográfica —"textador", "cando"—; sino también imprecisiones de naturaleza material o sustantiva). Sería deseable, como pone de manifiesto la citada profesora "un asesoramiento más eficaz en lo que a materias jurídicas se refiere".

Concluyo señalando dos cosas: 1) Que no se ha afrontado con valentía el tema de la supresión de los testigos en los testamentos. 2) Hubiera resultado muy conveniente suprimir las restricciones que al respecto contiene la legislación notarial, estableciendo una única regulación tanto para los testamentos como para los actos *inter vivos* recogidos en instrumentos públicos, coordinando así dicha regulación con la contenida en el Código Civil; desgraciadamente nada de esto se contempla en el Proyecto (ni siquiera se plasma en la Disposición Derogatoria los artículos de la LN y RN que resultan afectados).

El resultado final, si el Proyecto sigue adelante, es la consagración de unas solemnidades huecas y carentes de sentido que, además de no obedecer a la realidad actual, sólo traen complicaciones y quebraderos de cabeza, citando una vez más como botón de muestra (por su carácter reciente) la STS de 25 de abril de 1991.

Mazagón, 17 de agosto de 1991

MANUEL IGNACIO FELIÚ REY
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid