**TEMA 103. Sucesión testada: Concepto, naturaleza, caracteres y contenido del testamento. Clases de testamento. Capacidad para testar. Formalidades generales del testamento: Identificación del testador e intervención de testigos**

#### SUCESIÓN TESTADA: CONCEPTO

La sucesión testada puede definirse como la subrogación de una persona en los bienes y relaciones jurídicas transmisibles dejada por otra a su muerte, en virtud de la libre voluntad manifestada por un acto notarial solemne y revocable denominado testamento

Art. 667 El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.

SANCHEZ ROMAN ha **criticado** esta definición

* **No es exacta**. Atribuye al testamento contenido exclusivamente patrimonial, cuando también puede contener disposiciones personales o familiares del testador, como designación de un tutor (art 223), reconocimiento de un hijo (art 124) Incluso puede existir un testamento que sólo contenga disposiciones no patrimoniales, como resulta del Art 741

741 El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.

* **No es completa**. Omite **los** caracteres esenciales del testamento.
* **No es útil**. Ningún beneficio se reporta con ella y el cuerpo legal nada perdería con su supresión.

####  NATURALEZA

Aun cuando el CC lo define como acto, la generalidad de la doctrina le atribuye la categoría de un negocio jurídico "*mortis causa*", ya que se otorga por causa de muerte y para que surta efectos después de ésta.

HECHOJ -> ACTO J -> NEGOCIO J -> **no** CONTRATO...

Por otro lado, Si bien algunos autores han considerado que se trata de un negocio imperfecto (por ser un simple proyecto dependiente de una voluntad variable) podemos afirmar con Ruggiero que se trata de un negocio jurídico perfecto, pero sujeto a una condición suspensiva –en realidad, conditio iuris- (que el testador no lo revoque), y a un plazo (que se cumple con la muerte del testador)

Se ha discutido mucho el **fundamento** y legitimidad de la sucesión testada. En principio, **el dº de testar es un corolario del dº de propiedad**.

Art. 33 CE Se reconoce el dº a la propiedad privada y a la herencia.

La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

Presupuesta la propiedad, resulta lógico que si una persona puede disponer de sus bienes en vida pueda hacerlo también para después de su muerte.

#### CARACTERES

El testamento es:

**Unipersonal**

669 No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Y ello aunque en el lugar donde se otorgue esté permitido ya que

733 No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado.

Señalar que, excepto en Cataluña y Baleares, está permitido en los demás derechos forales.

**No recepticio** La aceptación de los llamados es necesaria para la adquisición de los bienes (tb en el caso 881, RDGRN 19 de septiembre de 2002, REMISION tema 101), no para la eficacia del testamento (LACRUZ).

**Personalísimo**

670 El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

Como excepción, según el art.

671 Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.

Existen sin embargo algunas excepciones al carácter personalísimo del testamento. Así, arts 775 y 776 (referidos respectivamente a las denominadas sustitución pupilar y ejemplar) y la figura de la sucesión por comisario que contemplan algunos derechos forales (ejemplo, alkar poderoso en Pais Vasco, REMISION tema 107)

Artículo 31. Nombramiento del comisario

El nombramiento de comisario habrá de hacerse en testamento ante notario.

Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán nombrarse recíprocamente comisarios en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio (figura del ALKAR-PODEROSO)

Los miembros de una pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario en el pacto regulador de su régimen económico patrimonial o en pacto sucesorio, siempre que los otorguen en documento público ante notario.

**Esencialmente voluntario y libre**

673 Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.

**Acto de disposición**

673 El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

**Formal**

687 Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Conforme a ello, los arts. 688, 705 y 715 Cc

Se rechazan expresamente las antiguas memorias testamentarias

672 Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

**Esencialmente revocable** hasta el momento de la muerte, sin que el testador tenga necesidad de expresar la causa de la revocación**.**

737 Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales.

Este último supuesto hace referencia a las antiguas cláusulas “*ad cautelam*”

#### Y CONTENIDO DEL TESTAMENTO

Como queda dicho,

. Aunque el testamento es principalmente un acto dispositivo de bienes, nada impide que pueda contener también otras disposiciones de carácter personal o familiar.

. Incluso puede existir un testamento que sólo contenga disposiciones no patrimoniales (741). En principio, tal acto no será testamento ya que no se ajusta al concepto del art. 667; pero no puede negarse su eficacia ya que en otro caso se negaría la posibilidad de reconocer al hijo no matrimonial en testamento a quien no tuviera bienes (art 124.2).

Distinguimos:

* Actos de disposición de caracter patrimonial (contenido típico del testamento)

+ DE ORDENACIÓN Como la institución de heredero o legatario, la desheredación o la rehabilitación del indigno (art. 757: *Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público*). En Dº común, el **art. 764,** señala que ***el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes***. Por el contrario, en Dº catalán (art 423-1 CCC) y balear, la institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento, salvo

Testamento que contenga nombramiento de albacea universal (sustituye la falta de institución de heredero en él), ó

Testamento otorgado por persona sujeta al Derecho de Tortosa (en el que puede distribuirse toda la herencia en legados)

+ DE EJECUCIÓN Son disposiciones complementarias o accesorias en relación con los bienes hereditarios como la designación de albacea o de contador partidor.

* **Actos jurídicos de contenido no patrimonial**, como los actos de carácter personal y familiar:

Reconocimiento de hijos extramatrimoniales (arts. 120, 124 y 741)

Nombramiento de un tutor (223)

Emancipación de los hijos

* Simples declaraciones carentes de valor jurídico (creencias religiosas) y meras **amonestaciones, ruegos o consejos**

En caso de duda sobre si se ha establecido un ruego, condición o modo, ha de presumirse el efecto más débil:

797 La EXPRESIÓN DEL OBJETO de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad.

Idem en Cataluña (art. 428-1), donde en caso de duda sobre si el testador ha impuesto una condición, un modo o una simple recomendación se da preferencia respectivamente al modo o a la recomendación (efecto más débil).

Advertir que en principio sólo pasados 15 días desde la muerte del causante podrá un tercero conocer la existencia o no de un acto de última voluntad del que se haya tomado razón en el Registro General de Actos de última voluntad (art. 5del Anexo II del Reglamento Notarial), lo que aconseja otorgar determinados contenidos NO en testamento sino por acto inter vivos. Es el caso de las instrucciones sobre la forma de organizar el **funeral y** también del mal llamado “testamento vital” (en realidad, **documento de instrucciones previas**, para el que en cualquier caso NO se requiere documento público) del art. 11 de la Ley 14 noviembre 2002, de la autonomía del paciente.

#### CLASES DE TESTAMENTO

En todo caso en nuestro Cc rige el sistema de *"numerus clausus"*, sin que el testador pueda usar un tipo de testamento no reglado, ni uno que no le esté permitido (por ejemplo, el que no sepa escribir no puede otorgar testamento ológrafo *ex* art. 688).

Los testamentos pueden ser:

Atendiendo a su **forma:** Públicos, privados y mixtos

* Públicos: aquéllos en que la declaración ha sido hecha ante una persona investida de carácter oficial: notarios, jueces, autoridades administrativas, militares o eclesiásticas (vgr testamento abierto).
* Privados, formalizados por si solo por el testador (vgr. testamento ológrafo).
* Mixtos: son los que participan de las dos categorías anteriores, vgr testamento cerrado.

Atendiendo a las solemnidades y **circunstancias** necesarias: Comunes y especiales

* Comunes. Otorgados en circunstancias normales.
* Especiales. Otorgados en situaciones de excepción en que no sería posible hacer uso de las formas comunes.

El Código sigue esta clasificación

676 El testamento puede ser común o especial.

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

677 Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

TESTAMENTOS COMUNES

Testamentos comunes son el ológrafo, el abierto y el cerrado

678 Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688.

679 Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

680 El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

A su vez, el testamento abierto y el cerrado pueden revestir la forma ordinaria o tener, por alguna circunstancia concreta, una forma extraordinaria (variantes), en cuyo caso se les denomina TESTAMENTOS COMUNES EXTRAORDINARIOS.

En el caso del testamento abierto, son (REMISION tema 104):

El otorgado en peligro de muerte, que podrá otorgarse ante cinco testigos, sin que intervenga notario (art 700)

El otorgado en caso de epidemia (701) en el que bastan tres testigos.

En el caso del cerrado, será el testamento de los que no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir, que se rige por el art 709.

Igualmente presenta especialidades en los testamentos notariales el testamento del incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad de testar (665), los casos del 697 (por ejemplo, cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, 695 in fine) y el otorgado en lengua extranjera

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 la 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 conozca aquélla.

 TESTAMENTOS ESPECIALES

* **El testamento marítimo ordinario** (en viaje marítimo) y **extraordinario** (en peligro de naufragio).
* **El testamento militar ordinario** (en campaña) y **extraordinario** (en peligro próximo de acción de guerra).
* **El testamento hecho en país extranjero,** que más que una clase de testamento es la regulación de las formas de testamentifacción fuera de España.
* **El testamento vital.** La Ley de 14 de noviembre de 2002 de autonomía del paciente regula el documento de instrucciones previas, sobre tratamientos médicos, destino del cuerpo y órganos vitales, que no es un verdadero testamento. Como tp parece ser propiamente un albacea el “representante” designado en el documento de instrucciones previas (para, como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario, procurar el cumplimiento de las instrucciones previas).

#### CAPACIDAD PARA TESTAR

Constituye **una modalidad especial de la capacidad civil**, en cuyo estudio deben tenerse en cuenta dos consideraciones previas:

* **Sólo la tienen las personas físicas**, si bien las jurídicas pueden fijar en sus Estatutos o cláusulas fundacionales el destino de los bienes en caso de disolución (39 Cc).
* Se establecen **menores** exigencias para testar EN CUANTO A CAPACIDAD (663), no en cuanto A LA FORMA, 687->705,715 y 743) **que para** los actos ***inter vivos***. Y ello, según RIVAS, porque los actos inter vivos son “irrevocables” y producen efectos inmediatos, mientras que los testamentos son esencialmente revocables y su efectividad pende de la muerte.

En Derecho español la regla general es la de la capacidad.

682 Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

Se deduce una presunción general de capacidad para testar, consecuencia del principio tradicional *fávor iuris.* Las incapacidades son de interpretación estricta (no restringida) y no susceptibles de aplicación extensiva.

La falta de capacidad determina la nulidad de pleno derecho del testamento (STS 15 febrero 2001)

**INCAPACIDADES**

**ABSOLUTAS**. Impiden otorgar cualquier clase de testamento

663 Están incapacitados para testar:

Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Para suplir la falta de capacidad hasta los 14 años, así como en el caso de incapacidad y evitar que el fallecimiento de estas personas suponga inevitablemente la apertura de la sucesión intestada en todos sus bienes, el ordenamiento arbitra las sustituciones pupilar y ejemplar.

664 El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

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.

El art. 665 se refiere al testamento abierto notarial, no pudiendo aplicarse al ológrafo. En cuanto al CERRADO, la doctrina se divide:

* mientras unos (LACRUZ, CASTAN) opinan que la testamentifacción se produce en el momento del otorgamiento
* otros (PUIG BRUTAU, OSSORIO MORALES) aducen que la redacción del testamento puede ser muy anterior al momento en que el testador va a ser reconocido.

Los facultativos han de reconocer al testador previamente al otorgamiento y han de estar presentes en el mismo acto.

El dictamen de los médicos es requisito *ad solemnitatem.* En su defecto el testamento será nulo (art 687).

Junto a estas incapacidades absolutas, existe otra **de hecho**: la de **los sordomudos que no sepan o puedan leer y escribir**. No obstante, existe una tendencia, reconocida por la RDGRN 23 XI 1987, a admitir que pueden otorgar testamento abierto, si comparecen acompañados de peritos en el lenguaje de los sordomudos. Tendencia ahora que recibe respaldo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

**RELATIVAS.** Impiden otorgar determinadas formas. Son:

688 El testamento ológrafo sólo podrá ser otorgado por personas mayores de edad.

708 No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no pueden leer.

**APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD**

**Sujetos.** Hay que destacar la necesidad de que el testador y en general cualquier otorgante de un documento público sea identificado para que el documento resulte verdaderamente probatorio y se prevengan engaños y usurpaciones. En efecto, dejar sin identificación al testador sería tanto como admitir la posibilidad de que alguien dispusiera de un patrimonio ajeno, con el riesgo añadido de que eso sucedería precisamente cuando el verdadero titular ya no podría reclamar por haber fallecido.

En los testamentos públicos en cuyo otorgamiento interviene **Notario**, este deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, art 685 (también en el 696 respecto al abierto y 707 respecto al cerrado); debiendo además el Notario hacer constar en el testamento abierto o en la cubierta del cerrado tal circunstancia.

Según la STS 15 de febrero de 2001:

* Esta apreciación es una enérgica presunción *iuris tantum*, que sólo puede destruirse judicialmente por prueba suficiente y eficiente.
* La apreciación de la capacidad por los tribunales es una cuestión de hecho no revisable en casación.

**Momento** para apreciar la capacidad del testador.

666 para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgarse el testamento.

Como consecuencia de ello, el artículo 664 declara que ***el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido***

#### FORMALIDADES GENERALES DEL TESTAMENTO:

Como tales, y con referencia a aquellos testamentos en que ha de intervenir notario, se señala comúnmente la intervención de éste, la identificación del testador y la concurrencia de testigos**.**

**INTERVENCIÓN DE NOTARIO**. En el testamento en que intervenga notario en su otorgamiento (que es el abierto y el cerrado) o en su protocolización (el ológrafo y los especiales), deberá tratarse de notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento (como resulta del art. 694, en relación al abierto) y en general de la LN y RN; pues los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial (***salvo habilitación especial****)****.***

Según los arts. 116 a 119 RN es notario hábil quien se halla en ejercicio de su cargo y lo ejerce dentro de su término municipal y distrito notarial, pudiendo ejercer:

. en los términos municipales de los demás pueblos de su mismo distrito notarial sólo si no existe en ellos notaría demarcada o, de existir, en casos muy excepcionales (previstos en el art. 117 RN) REMISION tema notarial

. en un término municipal contiguo al suyo y perteneciente a otro distrito notarial, para el solo caso de autorizar el testamento del que se halla en gravemente enfermo, si en tal término contiguo no reside notario o es incompatible u otra causa imposibilita su intervención.

Por razón de la materia, según el art 139 RN, el Notario no puede autorizar testamentos que contenga disposiciones a su favor, o de su cónyuge (o persona con análoga relación de afectividad) o parientes dentro del 4º grado de consanguinidad o 2º de afinidad.

Sí su propio testamento o aquel en el que se le nombre albacea o contador-partidor. Pero no el de las citadas personas ni tampoco el de las ***personas físicas o jurídicas con las que el Notario mantenga una relación de servicios profesionales.***

La LN contempla una específicas reglas de asignación de competencia territorial en materia de:

* **Art 57.** Presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados
* **Art 61. P**resentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos
* **Art 64. P**resentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral

Resaltar que en todos estos casos la competencia territorial del notario es alternativa y muy amplia. Solo en último término (a modo de cierre) está prevista una competencia subsidiaria (no alternativa) a favor del Notario del lugar del domicilio del requirente.

**La presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos** *cerrados/ológrafos/otorgados en forma oral* **se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio**, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, **o en el lugar en que hubiera fallecido**, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. **También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante** a los anteriores. **En defecto de todos ellos**, será competente **el Notario del** lugar del **domicilio del requirente.**

#### IDENTIFICACIÓN DEL TESTADOR E INTERVENCIÓN DE TESTIGOS

TESTADOR

685 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.

Como señala Feliu Rey, la utilización de los llamados testigos de conocimiento es en la práctica prácticamente inexistente.

De acuerdo con este precepto y el **art. 23 LN** resulta que los medios de identificación del testador son:

* El principal es el **conocimiento del Notario,** al que la Ley otorga preferencia sobre los demás, porque es el más seguro. En la práctica se suele además hacer constar el DNI o el Pasaporte (hoy obligado por exigencia del Índice Único).
* Los sistemas supletorios, ambos del mismo rango, son dos:
* La identificación por **documentos** expedidos por las **autoridades públicas** cuyo objeto sea identificar a las personas.

+ No dice el Cc cuáles son, pero entiende la doctrina que, para los ESPAÑOLES, sólo cumplen los requisitos exigidos (retrato y firma) el DNI y el Pasaporte, siendo muy dudoso que pueda usarse el carné de conducir

Hacer constar que, según el RD 11 julio 2003, por el que se regula la expedición del pasaporte, éste, dentro del territorio nacional, sólo sirve a acreditar la identidad de los españoles NO residentes. Lo que con mayor o menor justificación provoca dificultades para su aceptación como medio de identificación de los españoles residentes en el Índice Único Notarial.

También podrá usarse el carnet diplomático español, y para los españoles no residentes en España, el documento que les haya atribuido la autoridad del país donde residan.

+ Para los EXTRANJEROS, su pasaporte y si residen en España la tarjeta de residencia en su caso.

+ LA CADUCIDAD, en principio, no impide su utilización para identificar, salvo casos excepcionales (documentos muy antiguos).

Advertir no obstante que, según el art. 6.4 del Real Decreto 5 mayo 2014, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, los documentos de identificación deberán encontrarse en vigor.

* La identificación por **testigos** **de** **conocimiento**, que deben conocer al testador y ser además conocidos por el Notario autorizante.

Los testigos de conocimiento pueden ser, a la vez, testigos instrumentales del testamento, como resulta del artículo 698.1º Cc y del **art. 180.3 RN** (“los testigos instrumentales pueden ser a la vez, incluso en los testamentos, testigos de conocimiento").

* El **sistema subsidiario** de identificación está previsto en

686 Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

TESTIGOS

Tras la reforma de 20 de diciembre de 1991 se suprime su intervención como requisito general para la validez del testamento abierto y cerrado (en el ológrafo nunca se exigió testigos), recogiendo el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva.

* Ahora bien su concurso, en los casos excepcionales exigidos por la Ley, es requisito esencial para la validez del testamento:

Testamento abierto

697 Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

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

2º 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.

3º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

Testamento cerrado

707 En el otorgamiento del testamento cerrado... 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 (5ª).

También concurrirán dos testigos si así lo solicitan el testador o el Notario (7ª).

Por el contrario, en caso de testamento militar, marítimo y el otorgado en peligro de muerte o en caso de epidemia, sigue siendo necesaria la presencia de los mismos. En testamento ológrafo, por su propio concepto, no hay testigos.

* Idoneidad.

681 No podrán ser testigos en los testamentos:

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

Segundo. Sin contenido.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

La extranjería o falta de residencia del testigo en el lugar de autorización del testamento abierto NO por en sí mismo causa de inidoneidad para ser testigo. Y ello sin perjuicio de que el notario venga obligado a hacer constar su vecindad en el testamento (art. 24 LN).

Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

La reforma operada en este artículo por LJV 2015 ha venido a cohonestar su contenido con lo que para el resto de las escrituras públicas (a ver, un testamento ES una escritura) ya dispuso el Real Decreto 16 de septiembre 2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, modificando a tal fin el art. **182 Reglamento Notarial** de manera que en lo sucesivo, son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en una escritura *(para los testamentos este RD carecía de rango suficiente para modificar el 681 Cc)*: 1º **Las personas que no posean el discernimiento necesario** para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.

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.

Aunque no referido directamente a los testigos de un testamento notarial, recordar que:

* ex art 139 RN, el notario no puede autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales.
* ex art 182 (referible no a los testamentos sino a la escritura en general), son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura (entre otros) los empleados del notario autorizante o del autorizado para actuar en su mismo despacho de conformidad con el artículo 42 de este Reglamento.

682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta 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.

Tiempo. 683. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Para finalizar señalar que RIVAS MARTINEZ añade 2 supuestos de incapacidad para ser testigo:

* La de los que no saben o no pueden **firmar**, pues los testigos deben hacerlo (art. 695 para el testamento abierto, art. 707 para el cerrado);
* La de los que no saben o no pueden **leer** en relación con el testamento del enteramente sordo, ya que de conformidad con el art. 697 son precisamente los testigos quienes deben leer el testamento.