

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6436 *Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Tortosa n.º 1 a inscribir una escritura de adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don F.V.A., en su calidad de administrador de la sociedad «Viñes Assessors, S.L.», representante de la entidad en cuyo favor ha de practicarse la inscripción (la «Fundació Residència Diocesana d'Ancians Sant Miquel Arcàngel»), contra la negativa del registrador de la Propiedad de Tortosa número 1, don Ángel García Molina, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura de aceptación y adjudicación de herencia autorizada por el notario de Tortosa don Pedro Francisco Carpena Sofío el 16 de junio de 2020 (protocolo n.º 572), la «Fundació Residència Diocesana d'Ancians Sant Miquel Arcàngel», en calidad de único heredero de doña T. A. A. y previa aceptación a beneficio de inventario de su herencia, se adjudicó la finca registral 33.561/B del citado Registro.

II

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Tortosa número 1 fue objeto de calificación por parte del registrador, don Ángel García Molina, en los siguientes términos:

«En cuanto al asiento 668 del diario 68 y la entrada 2071 de la escritura autorizada ante el Notario de Tortosa, Don Pedro Francisco Carpena Sofío número 572/2020 de protocolo, manifiesto:

Muy Sr. mío: Conforme al artículo 322 de la Ley Hipotecaria y a los efectos del Artículo 19 bis del mismo cuerpo legal, pongo en su conocimiento que, en relación con la escritura pública relacionada, se ha advertido el siguiente defecto:

Constando en este Registro la incapacitación de la testadora y estableciendo la Sentencia de incapacidad la imposibilidad de realizar actos de disposición, es necesario que el testamento reúna los requisitos del Código Civil Catalán para las personas incapacitadas, o siendo nulo el testamento se abra la sucesión intestada.

Contra esta calificación negativa caben las siguientes actuaciones. (...)
Tortosa, a trece de noviembre del año dos mil veinte.
El Registrador, D. Ángel García Molina.»

III

Don F.V.A., en su calidad de administrador de la sociedad «Viñes Assessors, S.L.», representante de la entidad en cuyo favor ha de practicarse la inscripción (la «Fundació

Residència Diocesana d'Ancians Sant Miquel Arcàngel»), interpuso recurso contra la calificación en el que alega lo siguientes fundamentos jurídicos:

«1. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tortosa declaró la incapacitación parcial de la Sra. T. A. A. con nombramiento de curador que la asistiera solamente en los actos de enajenación, gravamen y disposición, sin hacer mención expresa a la facultad de testar.

2. En virtud del artículo 421-3 Código Civil Catalán, pueden testar todas las personas, que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo. Así pues, el TSJC en sus sentencias 25/2014, de 21 de junio y 37/2014, de 8 de mayo, concluye que la capacidad de testar es la regla y la excepción es la incapacidad. Son incapaces para testar, de acuerdo con el artículo 421-4 Código Civil Catalán, los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. En la Resolución de 26 de noviembre de 2015, la DGRN [sic] concluye que el Código Civil de Cataluña otorga a las personas de más de 14 años, la capacidad de otorgar testamento a pesar de no tener capacidad de obrar plena de conformidad con el artículo 211-3 y en esta línea no impide otorgar testamento a las personas incapacitadas si éstas tienen capacidad en el momento del otorgamiento.

3. El artículo 421-9 del Código Civil de Cataluña, a los efectos de la intervención de facultativos en el testamento notarial, distingue los casos según el testador esté incapacitado judicialmente o no. Si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar la capacidad de acuerdo con el artículo 421-7, y si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos. En cambio, si el testador está incapacitado es cuando la presencia de dos facultativos es inexcusable.

La Sra. A. no estaba incapacitada totalmente, sino parcialmente, y según consta en la sentencia de incapacitación, "padece un retraso mental leve o ligero" que la incapacita para los actos de disposición patrimonial.

4. De la STS de 15 de marzo de 2018 se extrae que la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

5. En este caso, la Sra. A. tenía capacidad modificada judicialmente en virtud de sentencia en la que no la sometía a tutela, hecho que hubiera comportado una representación legal, sino a una curatela, régimen que exige complemento de capacidad para realizar determinados actos que establece la sentencia, entre los cuales está el de disposición de sus bienes, pero no el de otorgar testamento. En relación con el artículo 491.2 solo habla de testador incapacitado judicialmente, sin distinguir entre la incapacitación total o parcial ni sobre los actos sobre los cuales recae esta incapacitación. Esta sería, a nuestro entender, la base del argumento del Registrador para la calificación ya que en su nota de calificación no especifica los requisitos que debía cumplir el testamento. Ahora bien, las limitaciones de capacidad de obrar se han de interpretar de manera restrictiva de acuerdo con el artículo 211.3.3 y siempre a favor de la persona con capacidad modificada. La interpretación que se tiene que hacer del artículo 421-9 cuando habla de "testador incapacitado judicialmente" tiene que ser en el sentido restrictivo, teniendo que estar incapacitada judicialmente expresamente para testar.

6. Finalmente, la Resolución JUS/3526/2019, de 9 de diciembre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto contra la calificación de la Registradora de la Propiedad titular del Registro de la Propiedad núm. 5 de Barcelona que suspende la inscripción de una escritura de herencia porque en el testamento que la rige, otorgado por una persona sujeta a curatela, no se han cumplido los requisitos del artículo 421-9 del Código Civil de Cataluña, resuelve que en los casos en que una persona esté incapacitada judicialmente pero no se la incapacite totalmente ni expresamente para otorgar testamento, será el notario quien, a su parecer, requerirá la presencia de dos facultativos para otorgar testamento, no siendo este un requisito. Dicha resolución estima el recurso presentado y

revoca la nota de calificación de la Registradora, siendo inscribible la escritura presentada sobre la base del testamento.»

IV

Presentado el escrito, y remitido el expediente a este Centro Directivo, se observó la omisión del trámite de traslado del recurso al notario autorizante, lo que fue subsanado. El uno de febrero del dos mil veintiuno, dicho notario, mediante escrito aportado al Registro y después remitido a este Centro Directivo, formuló las siguientes alegaciones:

«Informe del Notario de Tortosa Pedro Francisco Carpena Sofío sobre la calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Tortosa Número Uno Ángel García Molina de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia autorizada por mí el 16 de junio de 2020 bajo el número 572 de protocolo, como consecuencia del recurso interpuesto por F.V.A. el 2 de diciembre de 2020.

I. Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura de aceptación y adjudicación de herencia referida en el encabezamiento de la presente, respecto de la cual el Registrador califica en los términos siguientes: «Constando en este Registro la incapacitación de la testadora y estableciendo la Sentencia de Incapacidad la imposibilidad de realizar actos de disposición, es necesario que el testamento reúna los requisitos del Código Civil de Cataluña para las personas incapacitadas, o siendo nulo el testamento se abra la sucesión intestada».

II. En el expediente se pone a disposición de este Notario copia de la inscripción en Libro de Incapacitados y la Sentencia de incapacitación de 7 de diciembre de 1999. Y de dicha documentación resulta que el testamento que constituye el título de la sucesión fue otorgado el 13 de abril de 2010 por testadora que había sido sometido a curatela mediante sentencia en que «se declara la Incapacitación parcial de..., con nombramiento de curador que la asista en los actos de enajenación, gravamen y disposición».

III. La cuestión consiste en determinar la aplicación del artículo 421.9 del Código Civil de Cataluña al sometido a curatela por sentencia que requiere la asistencia del curador para los actos de enajenación, gravamen y disposición. Según dicho artículo “si el testador está incapacitado judicialmente puede otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar bastante capacidad y lucidez para hacerlo”. Y la respuesta ha de ser negativa por los motivos siguientes: a) En la curatela, el curador conserva su capacidad de obrar y tan solo se requiere la asistencia del curador, completando su capacidad, en los actos que expresamente establezca la sentencia y en cualquier caso para los actos del art. 222-43 y para otorgar capítulos matrimoniales (art. 223-4 CCC). Además, el artículo 211-3.3 del CCC establece que las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural. En consecuencia, en el sometido a curatela no puede darse el presupuesto de aplicación de la norma del art. 421.9, esto es el “intervalo lúcido”, ya que conserva su lucidez y solo requiere la asistencia del curador para los actos que expresamente determine la sentencia. b) La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, si bien referida al artículo 665 del Código Civil, establece que “la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición mortis causa, sino que debe estarse a la opinión del notario y de los médicos que aprecien *in situ* la capacidad del otorgante”. c) Y este supuesto ha sido específicamente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado [sic] en Resolución JUS/3526/2019 que literalmente establece: “A favor de la equiparación plena de las situaciones de sumisión a tutela o a curatela con vistas a la aplicación del artículo 421-9.2, podemos argumentar que la ley no distingue porque sólo habla de testador incapacitado judicialmente. Es la posición de la registradora. En contra de esta equiparación podemos argumentar que: 1) las limitaciones a la capacidad de obrar se tienen que interpretar de manera restrictiva (211-3.3, 2), y siempre en favor de la persona

con capacidad modificada; 2) el testamento es un negocio jurídico que tiene que ser conservado mientras sea posible y que disfruta del *favor testamenti* (artículos 421-6, 422-5, 422-6 y 422-3.2; 3), de acuerdo con los principios que derivan de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas, de diciembre de 2006, y el espíritu de la doctrina más reciente, no hay propiamente personas incapaces, sino personas con la capacidad modificada judicialmente, y es precisamente la sentencia de incapacitación la que tiene que establecer los límites a la capacidad de la persona; 4) los requisitos formales del negocio jurídico responden siempre a finalidades de protección de las personas concernidas y de la seguridad jurídica, pero no pueden ser entendidos de manera maquinal e incuestionable; 5) en materia sucesoria el sujeto tutelado por la ley, en Cataluña, es precisamente la persona que dispone libremente de sus bienes, no el cónyuge o el conviviente, o determinados parientes, a los cuales se les otorga el derecho a la legítima o a la cuarta viudal; 6) el artículo 421-4 considera incapaces para testar a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento, mientras que el artículo 421-9 habla de testador incapacitado judicialmente, y habrá que entender esta previsión en el sentido que tiene que estar incapacitado judicialmente para testar.”

Y añade que su anterior Resolución de 26 de noviembre de 2015 se refería a un supuesto de incapacidad absoluta por lo que la intervención de los facultativos era un requisito formal reforzado que había que cumplir; pero no en el presente caso en que se trata de un supuesto de capacidad modificada por sentencia que impide hacer determinados actos, pero no impide hacer testamento.

En consecuencia, el testamento que constituye el título de la sucesión ha de considerarse válido como consecuencia del juicio de capacidad del Notario autorizante conforme al artículo 421-7 del CCC en relación con los artículos 421-3 y 421-4 del mismo cuerpo legal.»

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 19, 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 211-3, 419-1, 421-3, 421-4, 421-7, 421-8 y 421-9 del Código Civil de Cataluña; 665 y 666 del Código Civil; 1, 2 y 3 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña; la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (vigente en España desde el 3 de mayo de 2008); artículos 99 y siguientes del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Constitucional 156/1993, de 6 de mayo, y 4/2014, de 16 de enero; las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo y 8 de noviembre de 2017 y 15 de marzo, 15 de junio y 28 de septiembre de 2018; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14 de septiembre de 2020; las Resoluciones de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Cataluña de 26 de noviembre de 2015 y 9 de diciembre de 2019; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2001, 21 de septiembre de 2017, 5 de marzo de 2018 y 29 de agosto de 2019; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 22 de octubre de 2020.

1. Son hechos relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

a) Mediante escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada el 16 de junio de 2020, la «Fundació Residència Diocesana D'Ancians Sant Miquel Arcàngel», en calidad de única heredera de doña T.A.A., instituido como tal por la causante en un testamento notarial del año 2010 (cuya copia obra incorporada a aquella) y previa aceptación con beneficio de inventario de su herencia, se adjudicó determinada finca.

b) La calificación recaída es del siguiente tenor: «Constando en este Registro la incapacitación de la testadora y estableciendo la Sentencia de incapacidad la

imposibilidad de realizar actos de disposición, es necesario que el testamento reúna los requisitos del Código Civil Catalán para las personas incapacitadas, o siendo nulo el testamento se abra la sucesión intestada».

c) El recurrente alega:

– Que había presentado al Registro la escritura de herencia, «aportando para su inscripción sentencia de incapacitación parcial de la Sra. T.A.A.».

– Que el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Tortosa declaró la incapacitación parcial de dicha señora, con nombramiento de curador que la asistiera solamente en los actos de enajenación, gravamen y disposición, sin hacer mención expresa a la facultad de testar.

– Que en virtud del artículo 421-3 Código Civil de Cataluña, pueden testar todas las personas, que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo. Cita las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 25/2014, de 21 de junio y 37/2014, de 8 de mayo, que afirman que la capacidad de testar es la regla y la excepción es la incapacidad.

– Que, en la Resolución de 26 de noviembre de 2015, la Dirección General de los Registros y del Notariado [sic] concluye que el Código Civil de Cataluña otorga a las personas de más de 14 años la capacidad de otorgar testamento a pesar de no tener capacidad de obrar plena de conformidad con el artículo 211-3 y en esta línea no impide otorgar testamento a las personas incapacitadas si éstas tienen capacidad en el momento del otorgamiento.

– Que el artículo 421-9 del Código Civil de Cataluña, a los efectos de la intervención de facultativos en el testamento notarial, distingue los casos según el testador esté incapacitado judicialmente o no. Si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar la capacidad de acuerdo con el artículo 421-7, y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos. En cambio, si el testador está incapacitado es cuando la presencia de dos facultativos es inexcusable. La Sra. T.A.A. no estaba incapacitada totalmente, sino parcialmente, y según consta en la sentencia de incapacitación, «padece un retraso mental leve o ligero» que la incapacita para los actos de disposición patrimonial.

– Que de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 se extrae que la disposición de bienes «*mortis causa*» no puede equipararse a los actos de disposición «*inter vivos*» y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual. En este caso, la testadora tenía capacidad modificada judicialmente en virtud de sentencia en la que no la sometía a tutela, hecho que hubiera comportado una representación legal, sino a una curatela, régimen que exige complemento de capacidad para realizar determinados actos que establece la sentencia, entre los cuales está el de disposición de sus bienes, pero no el de otorgar testamento.

– Que el citado artículo 421-9 solo habla de testador incapacitado judicialmente, sin distinguir entre la incapacitación total o parcial ni sobre los actos sobre los cuales recae esta incapacitación, lo que sería la base del argumento del registrador para la calificación ya que en la nota recurrida no especifica los requisitos que debía cumplir el testamento. Ahora bien, las limitaciones de capacidad de obrar se han de interpretar de manera restrictiva de acuerdo con el artículo 211.3.3 del Código Civil de Cataluña y siempre a favor de la persona con capacidad modificada. Por ello, la interpretación que se tiene que hacer del artículo 421-9 cuando se refiere al «testador incapacitado judicialmente» tiene que ser en el sentido restrictivo, teniendo que estar incapacitada judicialmente expresamente para testar.

– Que la Resolución JUS/3526/2019, de 9 de diciembre, de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, dictada en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Barcelona número 5 que suspende la inscripción de una escritura de herencia porque en el testamento que la rige, otorgado por una persona sujeta a curatela, no se han cumplido los requisitos del artículo 421-9 del Código Civil de Cataluña, resuelve que en los casos

en que una persona esté incapacitada judicialmente pero no se la incapacite totalmente ni expresamente para otorgar testamento, será el notario quien, a su parecer, requerirá la presencia de dos facultativos para otorgar testamento, no siendo este un requisito.

2. Antes de analizar el fondo del presente recurso, es preciso, con carácter previo, que esta Dirección General decida sobre su propia competencia para resolverlo, pues, aunque la nota toma como base para denegar la práctica de la inscripción un impedimento que deriva de los libros registrales («obstáculos que surjan del Registro»), no es menos cierto que tanto en el recurso como en la nota se cita preceptos sustantivos de derecho civil catalán. No obstante, debe anticiparse que el núcleo rector de esta resolución se ha de centrar en el alcance que pueda tener la calificación sobre la base de un determinado asiento registral: el Libro de Incapacitados.

Así las cosas, este Centro Directivo tiene ya declarado, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

La citada sentencia del Tribunal Constitucional resuelve lo siguiente:

«(...) Encuadrado el debate en los términos expuestos, según se desprende del artículo 3.4 antes transcrito, el órgano administrativo competente para conocer de los recursos gubernativos varía dependiendo de la invocación que, en cualquiera de ellos, se haga de la normativa estatal o autonómica. Se establece una regla sobre la acumulación de recursos gubernativos dirigidos contra una misma calificación registral negativa que impone, por el solo hecho de que uno de ellos se base en normas de Derecho catalán o en su infracción, una vis atractiva a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, habilitándola para sustanciarlos todos en una sola pieza, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán.

Es evidente que tal atribución excede de la competencia estatutariamente asumida por la Comunidad Autónoma de Cataluña para resolver estos recursos gubernativos, que se circunscribe estrictamente a la “calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán» (art. 147.2 EAC), siendo su finalidad, tal y como se declara en la exposición de motivos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, la de preservar y proteger el Derecho catalán. Es igualmente evidente que esta habilitación estatutaria no incluye –ni podría incluir– la preservación o protección de otros Derechos forales o especiales, ni del Derecho civil común.

(...) En conclusión, resulta contrario al bloque de la constitucionalidad el artículo 3.4 impugnado, en cuanto atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat la competencia para resolver los recursos cuando las cuestiones registrales planteadas exceden del marco estricto del Derecho civil catalán. Incurrir así el precepto en inconstitucionalidad y nulidad en los incisos “y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción” e “incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán” (...).»

Y más clara no puede ser la postura de esta Dirección General, expresada en Resolución de 21 de septiembre de 2017 (en línea con anteriores pronunciamientos de 29 de mayo y 9 de junio de 2017, también seguida en Resoluciones de 5 de marzo de 2018 y 29 de agosto de 2019), y que no cabe sino ratificar y reiterar: «Según el artículo 324 de la Ley Hipotecaria “las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en

la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley. Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».

Por su parte, el artículo 147.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña, competencia desarrollada por la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, que, tras su anulación parcial por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, atribuye a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción» (artículos 1 y 3.4); añadiendo el apartado 3 del artículo 3 de la misma Ley que «si la persona que presenta el recurso en el Registro lo interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el registrador o registradora, manteniendo la calificación, entiende que, en aplicación del artículo 1, es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, deberá formar expediente en los términos establecidos legalmente y elevarlo a esta última con la advertencia expresa de aquel hecho».

Ello es así porque la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 107/2010 planteado contra la Ley catalana 5/2009 entendió que todo lo no incluido en los términos estrictos del precepto competencial estatutario constituye competencia exclusiva e indisponible del Estado, que no puede ser menoscabada a partir de la competencia de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, aun cuando hubiera sido objeto de regulación en el Derecho civil catalán; por lo que se concluye que la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán comprendiendo, además, otras cuestiones de derecho común u otro tipo de derecho –registral, consumo, etc.–, corresponde a esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por tanto, cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los registradores deberán remitir el expediente formado a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, aun cuando se hayan interpuesto ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten, además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

Con base en todo lo expuesto, este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso, pues la materia discutida no es exclusivamente de Derecho especial catalán, toda vez que la base de la negativa en encuentra en los obstáculos registrales que señala el registrador en su nota, lo que hace también preciso analizar al alcance de la calificación registral en supuestos como el presente; extremos, ambos, competencia exclusiva de este Centro Directivo.

3. Respecto del primordial obstáculo que señala el registrador en su calificación, debe tenerse en cuenta que en el tradicionalmente denominado «Libro de

Incapacitados» del Registro en cuestión consta, en el folio 1 del Tomo 2, una inscripción primera, fechada el 28 de marzo de 2018 (que también se reproduce en la inscripción cuarta de la registral 33561), que expresa lo siguiente: «En el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Tortosa, en sentencia de fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, fue declarada en estado civil declarada parcialmente incapaz para regir su persona y bienes a doña T. A. A., debiendo ser suplida su incapacidad a través de la institución de la tutela; y en la que se designó como curadora a persona de doña A. F. A., la cual en fecha 1 de marzo de 2004, manifestó que no aceptaba dicho cargo, renuncia ratificada el 7 de abril de 2204 (ha de ser 2004) y justificada por causa de enfermedad. En acta de comparecencia de fecha seis de mayo de dos mil cinco, se nombró tutor de Doña T. A. A., a la Fundació Catala Tutelar de Disminuïts Psiquis».

Debe tenerse en cuenta igualmente que en el recurso se hace mención expresa al hecho de haberse presentado al Registro la citada sentencia de incapacitación parcial junto con la escritura de herencia; y dicha sentencia establece la necesaria intervención del curador para los actos de enajenación, gravamen o renuncia –*sic*–.

Obra igualmente en el expediente del recurso remitido por el registrador a este Centro Directivo, reproducción de dicha sentencia, en la que se acuerda: «... la incapacitación parcial de D.^a T.A.A. con nombramiento de curador que la asista en los actos de enajenación, gravamen y disposición...».

Por todo ello, y si bien las inscripciones practicadas en el Libro de Incapacitados y en el folio de la finca no tienen la claridad que hubiera sido deseable, debe partirse de un dato incontrovertible: la causante únicamente estaba sometida al régimen de curatela, por razón de una incapacidad parcial declarada y ceñida a las limitaciones reseñadas; esto es, a la asistencia por el curador a determinados actos. Medida de protección ésta, por tanto, que no comporta la «*auctoritas interpositio*» («*de lege lata*» propia de la tutela), sino la «*auctoritas gestio*» (característica de la curatela).

4. No puede olvidarse que el testamento es un acto personalísimo; el acto personalísimo por excelencia, pues aun en los supuestos de incapacidad total y posibilidad de otorgarlo en un intervalo de razón o lúcido (con las añadidas garantías y formalidades que el derecho prevé en este caso), no deja de ser tal, ya que es el testador quien dispone. Y dispone él; no él con el consentimiento o autorización complementaria de otro, pues en modo alguno tiene ese sentido, ni alcance, el juicio favorable de capacidad que puedan emitir dos facultativos (cuando se exija, o se estime conveniente, cosa ésta última ciertamente bien distinta). Y lo que no es posible en modo alguno es que una persona teste con la asistencia y consentimiento o complemento de capacidad de otra (el curador en este caso).

Este Centro Directivo, como no podría ser de otro modo, no desconoce los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, de 15 de marzo y 15 de junio de 2018. Ni tampoco la postura adoptada por Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 9 de diciembre de 2019, según la cual, en el caso de incapacitación parcial con sujeción a curatela no es de aplicación el régimen del artículo 419-1 del Código Civil de Cataluña con la necesaria intervención de dos facultativos, salvo que en la sentencia exista un pronunciamiento expreso que prive a la persona de su capacidad de testar libremente, dado que no se la sometía a tutela, régimen que comportaría una representación legal, sino a una curatela, régimen que exige complemento de capacidad para realizar determinados actos que establece la sentencia; debiendo además interpretarse las limitaciones a la capacidad de manera restrictiva y siempre en favor de la persona con capacidad modificada.

Pero es que, además, se impone una relectura de una normativa que está necesitada –y en trance, en este momento– de reforma; de acuerdo con los principios que derivan de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las con discapacidad, de diciembre de 2006 y según la doctrina más reciente, que alude, más que a personas incapaces, a personas con la capacidad modificada judicialmente, debiendo fijar la sentencia determinados límites. Límites, por cierto, que, en el caso que

motiva este recurso aparecen meridianamente fijados en la sentencia tantas veces reseñada; de modo que ha de estarse al artículo 421-4 del Código Civil de Cataluña, que considera «incapaces para testar a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento», algo que ha de apreciar el notario. Por ello, cuando el artículo 421-9 se refiere al «testador incapacitado judicialmente» habrá que entender esta previsión en el sentido de que aquel habrá de estar incapacitado judicialmente para testar.

Estas ideas están bien presentes y plenamente asumidas por todos los operadores jurídicos, y de ellas se han hecho adecuado eco los tribunales de justicia. Sirvan de ejemplo los pronunciamientos –realmente certeros– de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14 de septiembre de 2020, que, aun aplicando Derecho civil común contiene unos planteamientos perfectamente extrapolables al resto de legislaciones civiles especiales, cuando afirma lo siguiente:

«(...) Nuestra legislación vigente, en general, ha seguido más bien un criterio paternalista tanto con las personas con discapacidad como con los menores. Se ha querido proteger a los sujetos de sus propias decisiones para salvaguardarlos de abusos e influencias indebidas. El problema es que, con tanto "proteccionismo", nos hemos olvidado de sus propios intereses, aparcando su voluntad (mayor o menor) y sus deseos y preferencias.

No obstante, bastantes cosas han cambiado desde que se incorporó a nuestro ordenamiento la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (vigente en España desde el 3 de mayo de 2008). Es verdad que nuestra legislación debe adaptarse a este convenio y, de hecho, hay ya un proyecto de ley en tramitación. Con todo, aunque el convenio no sea de aplicación directa, sí informa nuestro ordenamiento y, por ende, la normativa vigente debe interpretarse a la luz de sus principios (artículos 10.2 de la Constitución y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados internacionales).

En lo que aquí interesa, debemos citar su importante artículo 12. Proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se quiere con ello respetar su voluntad y sus preferencias. El propio discapaz, como regla general, debe ser el encargado de adoptar sus propias decisiones.

(...) En conclusión, el objetivo final de la Convención es garantizar en la mayor medida posible la capacidad de actuar. El ejercicio de los derechos civiles de las personas con discapacidad se limitará solo en la medida en que sea absolutamente necesario.

El Tribunal Supremo, sensible a las carencias de nuestra legislación civil y procesal, viene ya interpretando nuestra normativa interna de forma flexible. Por lo pronto, se resalta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación solo es una forma de protección. Se habla del llamado traje a medida, de modo que debe siempre graduarse la incapacidad. Se abandona prácticamente la figura de la incapacidad absoluta y se prima la institución de la curatela, que no sufre la voluntad del sujeto, sino que la refuerza (entre otras muchas, sentencias 530/2017, de 27 de septiembre y 282/2009, de 29 de abril).

Y no solo eso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado precisamente el caso de las personas que tienen limitaciones psíquicas a la hora hacer testamento. Situación cada vez más frecuente y generalizada dado el paulatino envejecimiento de la población y el aumento de las enfermedades cognitivas (patologías psiquiátricas, neurológicas, dolencias genéticas, secuelas de accidentes vasculares, etcétera).

(...) Como ya ha apuntado la doctrina científica, el notario es quien garantiza el cumplimiento del artículo 12 de la Convención. Desempeña perfectamente el papel de ayudante o asistente de los testadores que presentan dificultades de comprensión. Será quien, en último caso, tras ponderar todos los factores concurrentes y con los auxilios preceptivos, evaluará la capacidad del compareciente y accederá o no al otorgamiento

del testamento. Y es que, para apreciar la capacidad del testador, solo cuenta su estado al tiempo de testar (artículo 666 del Código Civil).

Por otra parte, es plausible entender que aquellos actos jurídicos que puedan poner en riesgo la situación personal o económica del discapacitado merezcan por nuestra parte una mayor desconfianza. Pero no todas las transmisiones patrimoniales son iguales. Las realizadas en vida del causante pueden comprometer los intereses del incapaz, pero no ocurre lo mismo con las disposiciones mortis causa. Hacer testamento, en principio, no entraña riesgo propio, pues sus efectos económicos se despliegan *post mortem* y sobre terceros. Otra razón más para excluir tal acto jurídico de la relación de inhabilitaciones generales. Máxime cuando, al ser en general un acto personalísimo, nadie puede hacer testamento por el interesado (artículos 670 y 671 del Código Civil). Es más, aun con la privación, se ha llegado a sostener que el testamento podría ser válido si el sujeto tiene un intervalo de lucidez en el momento del otorgamiento (sentencia del Tribunal Supremo 479/1994, de 20 de mayo).

(...) El Código Civil permite testar con solo tener catorce años (artículo 663 del Código civil). Esto da idea de que no se precisa, comúnmente, una especial capacidad intelectual. Y es que la capacidad para testar está en proporción inversa a las complejidades de las disposiciones tomadas (...).»

5. En conclusión, en el reducido marco de este expediente, a la vista del defecto tal como se ha expresado en la calificación, del recto sentido de lo consignado en el Libro de Incapacitados y de la propia sentencia (que no veda al testador disponer «mortis causa» de sus bienes), y dados los límites de la calificación registral, no cabe en modo alguno basar la negativa a la inscripción en una hipotética causa de nulidad del testamento; la cual solo podría ser declarada, en el presente caso, por los tribunales de Justicia, que cuentan para ello con los adecuados medios de prueba y contradicción procesal, valorando los extremos que certeramente pone de relieve la sentencia antes transcrita.

Por lo demás, en este caso es patente el alcance dado a la incapacitación parcial por la sentencia que la declaró, por lo que el defecto ha de decaer necesariamente, pues sobre el notario recae la responsabilidad del juicio favorable con la asistencia de dos facultativos (artículo 421-9.1 del Código Civil de Cataluña) si lo estimara conveniente; juicio que, en su caso, solo a los tribunales de justicia compete revisar, pues solo ellos pueden declarar la nulidad de un testamento. Mientras eso no tenga lugar y como acertadamente indica el notario en sus alegaciones: «... el testamento que constituye el título de la sucesión ha de considerarse válido como consecuencia del juicio de capacidad del Notario autorizante conforme al artículo 421-7 del CCC en relación con los artículos 421-3 y 421-4 del mismo cuerpo legal».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 25 de febrero de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.