

El testament de persones amb capacitat modificada judicialment

Comunicació presentada a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya per l'acadèmic numerari Lluís Jou i Mirabent.

Març del 2020

Introducció.

La finalitat d'aquesta comunicació és la de compartir amb els acadèmics dues resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques recaigudes amb motiu de sengles qualificacions de registradors de la propietat que suspenien la inscripció d'escriptures d'herència regides per testaments atorgats per persones amb la capacitat modificada judicialment en l'atorgament dels quals no havien intervingut facultatius de conformitat amb l'article 421-9 del Codi Civil de Catalunya. Es tracta de les Resolucions JUS/2904/2015 de 26 de novembre, i JUS/3526/2019, de 9 de desembre.

En els darrers cursos s'ha tractat en altres ocasions el tema de la capacitat per atorgar testament¹ de manera que em sabia greu de a dur a aquesta taula una altra comunicació relacionada amb el tema, però finalment he cregut que no deixava de tenir interès.

Els dos testaments són atorgats després de l'1 de gener de 2009, data de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008, de 10 de juliol i per tant fan referència a l'article 421-9 d'aquest Codi.

Recordem, per començar, que l'article 421-9 del Codi Civil estableix:

- 1. Si el testador no està incapacitat judicialment, el notari n'ha d'apreciar la capacitat per a testar d'acord amb l'article 421-7 i, si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius, els quals, si escau, han de certificar que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per a fer-ho.*
- 2. Si el testador està incapacitat judicialment, pot atorgar testament notarial obert en un interval lúcid si dos facultatius acceptats pel notari certifiquen que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per a fer-ho.*
- 3. En els casos a què fan referència els apartats 1 i 2, els facultatius han de fer constar llur dictamen en el mateix testament i l'han de signar amb el notari i, si escau, amb els testimonis.*

¹ Dues comunicacions recents presentades en aquesta Acadèmia tracten també el tema de la capacitat de la persona que atorga testament. Una és la presentada per Robert Follia Camps el 24 de febrer de 2015 sobre *Capacitat per atorgar testament (estudi entorn de tres sentències del TSJC)*. En ella analitza les sentències del TSJ 32/2006. De 4 de setembre, 25/2014 de 7 d'abril i 31/2014, de 8 de maig. L'altra és la presentada per Tomàs Giménez Duart el dia el 15 de gener de 2019 sobre una sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 17 de setembre de 2018. L'abundància de conflictes relacionats amb la capacitat de les persones que atorguen testament, sobretot quan son d'edat avançada, no deixa de ser un efecte col·lateral de l'allargament de la vida humana a l'Europa occidental.

Comentari a l'article 421-9 del Codi Civil de Catalunya.

Abans d'entrar en l'exposició de les dues resolucions a què faré referència, procediré a fer una exegesi bàsica del l'article 421-9 del CCCat. Per fer-ho, prendré per base el que jo mateix vaig escriure en els *Comentaris al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya* dirigits pel professor Joan Egea, company acadèmic i publicats per Atelier l'any 2010 i el text del nostre company Robert Follia en els *Comentaris al Llibre Quart* coordinats per Encarna Roca i publicats per l'editorial SEPPIN l'any 2011.

L'article 421-9 va clarificar substancialment l'article 116 CS de 1991 que per causa d'una redacció defectuosa havia generat dubtes d'interpretació ja que permetia entendre que sempre que alguna persona tenia habitualment disminuïda la capacitat natural, encara que no estès incapacitada, era necessària la intervenció de dos pèrits. Això havia generat una certa conflictivitat resolta pels Tribunals en el sentit que el judici de capacitat corresponia al notari i genera una presumpció que només pot ser destruïda amb proves concloents. La STSJC 37/2014, de 8 de maig, ens resumeix bé aquella doctrina.

El doble supòsit normatiu.

El text del Codi de 2008 aclareix que la intervenció dels pèrits només és necessària quan la persona que atorga testament està incapacitada. En els altres casos és simplement potestatiu per al notari demanar-ne, o acceptar-ne, la presència. Així, l'article regula dos supòsits diferents:

- a) El de la persona no incapacitada però amb aparent disminució, cas en què el notari pot demanar la intervenció de dos facultatius.
- b) El de la persona incapacitada, en què el notari ha de demanar la intervenció de dos facultatius encara que li sembli que la testadora té el cap prou clar.

A parer meu el punt u no aporta res ja que dono per fet que sense la norma el notari o la persona interessada també podria demanar l'assistència dels dos facultatius.

És el punt dos el que conté l'autèntica especialitat, amb un contingut normatiu doble: d'una banda, permet "derogar" parcialment, en un moment determinat i per a un acte concret, la incapacitació judicial. De l'altra, estableix un requisit formal afegit al testament notarial.

S'ha dit, amb raó, que l'article 421-9 CCCat, relacionat amb el 421-3 que autoritza a atorgar testament notarial les persones majors de 14 anys, permet formular amb tota l'amplitud el principi general *pro capacitate*, en virtut del qual tenen capacitat per a atorgar el testament totes les persones amb capacitat d'obrar plena i, a més, les que essent menors d'edat ja han complert els catorze anys i les que estant judicialment incapacitades, tenen prou lucidesa. En ambdós casos s'estableixen formalitats reforçades: el testament ha de ser

sempre notarial (no és possible l'hològraf) i, en el cas de persones incapacitades, a més, ha de ser obert i cal la intervenció de dos facultatius que han d'aportar un dictamen i han de signar el testament juntament amb el notari.

Qüestions de capacitat i de forma.

La primera qüestió pràctica a determinar és, però, la d'establir com pot saber el notari que la persona que vol fer testament està incapacitada. Certament, podria exigir a cada persona que vol atorgar-lo que li aportés una certificació de naixement del Registre Civil de poca antiguitat per poder constatar que no té la capacitat modificada. És una exigència desmesurada avui per avui i a la pràctica no es demana mai per a cap acte, ni entre vius ni per causa de mort. D'altra banda, generaria un tractament desigual a les persones que volen atorgar testament fonamentat simplement en l'edat que resultaria discriminatori. Per tant mai no es podrà imputar manca de prudència ni mala praxi al notari per no haver demanat aquesta certificació quan hagi atès a alguna persona incapacitada que s'expressi amb prou coherència i claredat i aparenti ser capaç.

Si el testament s'autoritza sense facultatius, la manca de forma facilitarà la impugnació per part de les persones que es considerin perjudicades: no caldrà que aportin proves que desnaturalitzin el judici positiu de capacitat que fa el notari sinó que en tindran prou amb demostrar que el testador estava incapacitat judicialment en el moment d'atorgar el testament i en l'atorgament no hi van intervenir facultatius.

La incapacitació de la persona que vol atorgar testament pot constar al notari per coneixement directe, quan la coneix o en coneix la família, o la pot presumir, quan acut a un centre d'atenció social per a persones discapacitades o quan, tot i personar-se en el despatx, ho fa acompanyada i no s'expressa amb coherència, convicció ni claredat. Ordinàriament, però seran els familiars els qui informaran el notari de l'estat d'incapacitació de la persona que vol atorgar testament.

Així doncs el que comportarà la nul·litat del testament no serà tant el defecte de forma sinó la manca de capacitat de qui el va atorgar. El defecte de forma existirà, estrictament, quan constant la incapacitació i havent cridat els facultatius, aquests no hagin aportat el dictamen en la forma prevista en el punt 3 de l'article. La nul·litat basada en la manca de facultatius ex punt dos serà, així, nul·litat per manca de capacitat, mentre que la nul·litat per no haver complert els requisits del punt tres serà nul·litat per defecte de forma.

El notari haurà de fer constar al testament la incapacitació del testador per referència a la Sentència que se li aportarà o bé pel que resulti de la certificació de naixement del Registre Civil que podrà exigir. No valdran, a parer meu, les certificacions de l'Institut Català de Serveis Socials per molt que li puguin ser útils per a demanar facultatius a l'empara del punt 1 de l'article. En tot cas, no és admissible que els familiars es limitin a dir al notari que la persona que vol fer testament està incapacitada sense provar-ho, perquè a la pràctica no és del

tot estrany que el fills o cònjuge del testador intentin impedir que atorgui un testament que presumeixen que els pot perjudicar alarmant el notari sobre l'estat de salut mental de qui vol fer-lo. Com sempre, la prudència del notari serà essencial. Aquest és el punt bàsic tractat en la Resolució de 2015.

El que no s'ha qüestionat ara per ara és a quines persones incapacitades s'aplica la norma. S'ha d'aplicar a totes les persones incapacitades o només a les incapacitades totalment? A la llum de les darreres tendències legislatives i jurisprudencials i de la sensibilitat social actual, tendent a la màxima conservació de l'autonomia de les persones amb discapacitat i a la màxima igualtat entre les persones, em decanto per entendre que només és exigible la intervenció de facultatius ex punt dos de l'article que es tracti d'una incapacitació total. Aquest és el punt bàsic tractat en la Resolució de 2019.

Sobre els facultatius i el dictamen.

Si els facultatius consideren que el testador té prou capacitat natural i el notari comparteix el seu parer, autoritzarà el testament sense cap altra especialitat. Si no el comparteix, denegarà l'autorització.² Si els facultatius consideren que el testador no té prou lucidesa i el notari, en canvi, arriba de bona fe a la convicció que efectivament la té, podrà autoritzar el testament incorporant, això sí, el dictamen negatiu dels facultatius i, a més, justificant d'una manera o altra el seu judici positiu.

Alguns autors es qüestionen a quins facultatius fa referència aquest article. En concret, ¿han de ser necessàriament metges en exercici? Han de ser forçosament especialistes en psiquiatria o en malalties de la ment? Hi ha qui respon afirmativament al es dues qüestions, i aquesta és l'opinió compartida per força metges forenses. Tot i això, el CCCat fa referència a facultatius, sense fer cap menció específica a especialistes en malalties mentals. Per tant, entenc que n'hi ha prou amb que els facultatius siguin metges col·legiats. A parer meu, el metge de capçalera i, per exemple, el cardiòleg que atén periòdica i regularment al persona incapacitada, té elements més que suficients per dictaminar sobre la capacitat natural del seu pacient en un moment concret. Crec que fins i tot diplomats en gerontologia (la persona que periòdicament ajuda a fer exercicis a la incapacitada per mantenir-ne la mobilitat o el diplomant en infermeria que l'atén diàriament) podrien actuar com a facultatius si són els que atenen regularment la persona que atorga el testament. El que em sembla rellevant és que tinguin uns coneixements tècnics i objectivables dels quals el notari no disposa, i que estiguin en actiu. La Llei no imposa que les facultatius estiguin col·legiats però és imprescindible que tinguin formació especialitzada.

Naturalment, en el testament caldrà identificar els facultatius i justificar que efectivament ho són. També caldrà incorporar el dictamen i que els facultatius

² Com deia Mezquita del Cacho, un document en el qual el notari es limités a donar fe que uns facultatius consideren amb capacitat natural una persona incapacitada però en què el notari no doni fe que ell mateix el considera amb prou capacitat natural, no seria un testament, sinó una simple acta de manifestacions.

signin en el testament. Encara que la Llei usi un “llur” plural en referir-se als dictàmens, entenc que res no s’oposa a que es tracti d’un sol dictamen signat pels dos col·legiats. A la pràctica els col·legiats hauran redactat el dictamen abans que el notari redacti el testament, però caldrà que en el moment d’atorgar el testament ratifiquin aquell dictamen.

Finalment, no cal ni dir-ho, els facultatius han de ser idonis, en el sentit que no poden ser parents del testador, de les persones beneficiades pel testament ni del notari que l’autoritza, essent d’aplicació el que estableix per als testimonis l’article 421-10 CCCat.

La meva única experiència professional.

En la meua vida professional només he autoritzat un testament de persona incapacitada. Es tractava d’una persona vídua resident a Barcelona, sense ascendents ni descendents i amb germans que l’havien premort deixant nebots. Tenia parents a Espanya i al Brasil i amics en els dos països. Una neboda resident fora de Catalunya, que a més tenia poders del testador, n’havia instat la incapacitació i la sentència havia establert la incapacitació total i l’havia designada tutora a ella. Per simplificar, el testador pretenia ordenar alguns llegats en favor d’unes entitats sense ànim de lucre (una de l’òrbita de l’Església Catòlica), de la persona que el cuidava, d’una persona amiga (en concret un apartament al Brasil) i instituïa hereus els tres nebots. De fet havia demanat per atorgar testament per la via del metge i és aquest que va contactar amb l’advocat que em va requerir per atorgar el testament.

Tot i que d’entrada m’hi vaig resistir, el lletrat em va aportar a l’avançada dos dictàmens, un de medicina general i l’altre de psiquiatria i unes notes amb indicacions sobre la pretesa darrera voluntat de la persona incapacitada. Finalment em vaig constituir a la clínica una tarda de visita i vam deixar al voltant d’una hora, amb els dos metges i dos testimonis, cap dels quals era l’advocat que m’havia contactat perquè jo el vaig acceptar com a tal. La meua primera intenció, en veure el testador a la sala d’espera en cadira de rodes i la manera que em va saludar, va ser la de marxar sense més. Parlava, és evident, però feia bromes que la meua manca de sentit de l’humor em va fer creure que eren incoherències que m’incomodaven. De tota manera, potser perquè esperàvem els metges, vaig conformar-me en valorar amb més paciència i profunditat la coherència dels desitjos i de les bromes i, finalment, amb certa dificultat i algunes llacunes de memòria es va expressar amb coherència i claredat més que suficient. Vaig deixar-hi una tarda, és cert, però confesso que és un dels records més vius que conservo de la vida professional. El testador va morir al cap d’una mica més d’un any i la seva voluntat expressada en el testament es va complir per part de tots els interessats, inclosa la neboda tutora i apoderada que segurament va ser la perjudicada.

Fins aquí, teoria i experiència. Ara passarem a analitzar les dues Resolucions que són objecte d’aquesta comunicació.³

³ En exposar les dues Resolucions he recorregut al text que te penjat el Departament de Justícia al web de la Generalitat i n’he importat els textos. Els he resumit i/o alleugerit però he

La Resolució JUS/2904/2015 de 26 de novembre de 2015.

El supòsit, la qualificació i el recurs.

El cas que provoca la Resolució sorgeix a causa d'una escriptura autoritzada pel notari de Lleida Carlos L. Herrero Ordóñez el 6 de maig de 2015, en la qual dos germans. accepten l'herència de la seva cosina que va morir el 14 de gener de 2015. L'herència consisteix en trenta-sis finques (majoritàriament rústiques) i altres béns mobles, que s'adjudiquen als cosins per parts iguals. El títol de la successió és el testament atorgat per la causant el 4 de març de 2013 (dos anys abans de la defunció) davant del notari de Lleida, Sebastián Gutiérrez Gañán.

A l'escriptura s'acompanyava la còpia del testament que s'havia autoritzat en una residència. La testadora, soltera i amb domicili a la mateixa residència, instiueix hereus als seus cosins per parts iguals i revoca el testament anterior. Del certificat del Registre General d'Actes d'Última Voluntat resulta que hi havia un testament notarial anterior atorgat el 13 de juny de 2007.

L'escriptura d'herència fou presentada al Registre de la propietat de la Seu d'Urgell i la registradora en va suspendre la inscripció. A la nota de qualificació fa constar que en els llibres del Registre consta que la causant fou declarada incapaç per sentència de 15 de novembre de 2007 (subratllo cinc mesos després de la data del testament anterior) i que el darrer testament de la causant és de 4 de març de 2013 i no hi consta el compliment dels requisits de l'article 421-9.2 del CCCat. La registradora argumenta que això duu com a conseqüència la nul·litat del testament cosa que donaria eficàcia al testament atorgat abans de la incapacitació de la testadora. Per tot això entén que no es pot practicar la inscripció llevat que s'acrediti que la causant va ser reintegrada en la seva capacitat per sentència judicial abans de l'atorgament del testament. També argumenta que l'article 421-9 del CCC s'ha d'aplicar amb independència que el notari autoritzant del testament tingui o no tingui coneixement de la incapacitació judicial.

El notari que havia autoritzat l'escriptura d'herència (no el que havia autoritzat el testament que no rep comunicació de cap mena) interposà recurs sobre la base que el notari no havia conegut la incapacitació i per tant el judici de capacitat corresponia al notari i que si aquest no havia tingut dubtes de la capacitat de la testadora i no havia requerit els facultatius, la registradora no havia d'entrar en la valoració de la suficiència de la capacitat perquè no sabia que estava incapacitada. També discuteix la competència de la registradora per

evitat les citacions literals per fer més àgil la comunicació. Subratllo, m doncs, que hi ha paràgrafs coincidents entre el text que d'aquesta comunicació i el publicat al DOGC.

a considerar que el testament és nul, cosa que segons el notari correspon en exclusiva a l'autoritat judicial.

La Resolució.

La Direcció General de Dret i Entitats jurídiques va desestimar el recurs sobre la base de l'argumentació següent:

- a) L'article 421-9 del CCCat està situat en la secció dedicada a les formalitats dels testaments i tot i que hi ha remissions a la legislació notarial, aquesta s'ha d'integrar amb els requisits substantius del CCCat. En concret, considera que l'exigència de dos facultatius en l'atorgament de testament de la persona incapacitada judicialment i de que llur dictamen consti al testament, no és una previsió legal per reforçar el judici de capacitat del notari, sinó una exigència legal necessària perquè una persona prèviament incapacitada per sentència, que en principi no pot atorgar testament, en tingui la facultat.
- b) Si els majors de 14 anys no poden atorgar testament hològraf i l'han d'atorgar necessàriament en forma notarial, les persones incapacitades, en interval lúcida, no poden atorgar testament sense complir els requisits formals que estableix l'article 421-9. El precepte és coherent amb els dos principis que la Llei mira d'harmonitzar: llibertat de testar i seguretat jurídica. Si la incapacitació comporta una presumpció de manca de capacitat per a realitzar negocis jurídics, l'exigència de la intervenció de dos facultatius es justifica per garantir que efectivament hi ha un interval lúcida.. Llur dictamen no supleix el judici de capacitat que correspon al notari, però ha de ser pres en consideració per aquest a l'hora de fer-lo, de la mateixa manera que el Jutge va prendre en consideració el dictamen dels forenses sense quedar-hi sotmès.
- c) El CCCat imposa un requisit formal afegit perquè la persona incapacitada per sentència pugui atorgar testament sense necessitat de revisar la sentència.

Tot seguit la Direcció General també entra en la segona qüestió plantejada pel notari, és a dir, que no es pot aplicar l'article 421-9 del CCC si el notari que autoritza el testament no coneix la incapacitació de la testadora. La Direcció General no comparteix aquest criteri i, si bé admet que no es pot exigir al notari que investigui cas per cas si la persona testadora està o no està incapacitada judicialment, sí que conclou que si una persona incapacitada atorga testament sense el compliment dels requisits formals de l'article 421-9, el testament serà nul per molt lúcida que estigui la persona no tant per manca de capacitat, perquè potser en aquell moment tenia capacitat natural, sinó per defecte de forma.

Finalment, la Direcció General entén que correspondrà a l'autoritat judicial declarar la nul·litat del testament si les persones que en tenen la legitimació

exerceixen l'acció dins del termini legal que preveu l'article 422-3, de manera que mentre la nul·litat no sigui declarada per sentència ferma, tampoc no podran pretendre la inscripció dels béns les persones cridades pel testament anterior vàlid segons estableix l'article 422-4 del Codi civil. La qualificació del registrador no pot declarar nul el testament sinó que s'ha de limitar a considerar-lo títol no apte per a fonamentar la transmissió hereditària als efectes de la inscripció.

La Resolució JUS/3526/2019, de 9 de desembre de 2019.

El supòsit de fet i la qualificació.

El supòsit a que fa referència aquesta segona resolució és ben diferent del primer, per molt que giri al voltant de l'aplicació del mateix article i també tingui per autors tant de l'escriptura com del testament, sengles notaris de Lleida diferents dels del supòsit anterior. Es tracta d'una escriptura autoritzada pel notari de Lleida José Lorenzo Iribarne Blanco el 20 de maig de 2019, en la qual una de les dues filles de la testadora, com a única hereva, accepta l'herència de la seva mare, que havia mort a Lleida el 3 de gener de 2019, en relaciona els béns i se'ls adjudica en ple domini. La successió es regeix pel testament que va autoritzar el notari de Lleida Luis Prados Ramos el dia 9 de setembre de 2016 del qual resulta que la difunta era vídua i tenia dues filles i, després de llegar la llegítima a una institueix hereva a l'altra. Entre els béns inventariats hi ha un habitatge situat a Barcelona i per això la qualificació correspon al Registre número 5 de la capital.

Al testament, de 9 de setembre de 2016, s'hi fa constar que la testadora, havia nascut el 17 de maig de 1926 i que *“En sentència dictada pel Jutjat .. de Lleida en procediment d'incapacitació ... es va declarar ... que no té capacitat d'obrar ni les habilitats necessàries per a actuar per si sola i prestar consentiment vàlid en relació amb els actes que figuren en la sentència, sense pronunciament especial sobre la capacitat de testar. Així resulta del testimoniatge de la dita sentència que m'exhibeix. En el mateix sentit, m'exhibeix una fotocòpia, que incorpore, d'un certificat mèdic de data 26 de juliol de 2016, emès per la metgessa geriatra ... que determina que la demència lleu que pateix la compareixent no li impossibilita atorgar un testament (sic). Assegura tenir, i a judici meu té, la capacitat legal necessària per a testar i manifesta la seva lliure i conscient decisió d'atorgar testament”*. De l'expedient resulta que la testadora signa amb la seva empremta i la signatura de dos testimonis instrumentals que compareixen.

La registradora va suspendre la inscripció de l'escriptura per *“Incompliment de les formalitats extrínseques a l'autorització del testament. Vulneració de l'article 421-9.2 i 421-9.3 del Codi civil de Catalunya. Possible vici de nul·litat que*

impedeix (sic) la inscripció de l'escriptura de manifestació d'herència. Testament atorgat després de la sentència d'incapacitació. En el cas present, el testador (sic) és una persona incapacitada judicialment, i la sentència de la incapacitació fixa l'extensió de la dita incapacitat d'obrar. La capacitat i lucidesa del testador en el moment d'atorgar el testament no ha estat valorada pels dos facultatius, que han de ser acceptats pel notari i han de formular un dictamen sobre la suficient capacitat i lucidesa de la testadora en aquell moment. El testament no ha estat signat per ells (els facultatius). Pel que s'ha exposat, s'ha de concloure que el dit testament té un defecte (sic) en les formalitats extrínseques que no li permet fonamentar la transmissió hereditària que es pretén i que impedeix l'accés del títol al registre, atès que podria estar viciat de nul·litat, si bé aquesta ha de ser declarada als tribunals si les persones legitimades per a fer-ho ho sol·liciten en termini”.

El recurs.

La filla hereva presenta un recurs contra la nota de qualificació sobre la base dels arguments següents:

- a) Que el jutjat va declarar que la testadora tenia una incapacitat parcial, la va sotmetre al règim de curatela i va establir un catàleg parcial dels límits de capacitat d'obrar i de les habilitats per als quals necessita complement de capacitat entre els quals no hi ha referència a la facultat de testar; destaca el fet que la sentència, seguint l'informe del forense, estableix que la persona “té conservades les seves facultats mentals superiors”.
- b) Que el judici notarial de capacitat conforma una presumpció iuris tantum de capacitat que només es pot destruir judicialment amb proves clares i concloents.
- c) Que el Codi civil de Catalunya disposa que poden testar totes les persones que d'acord amb la llei no siguin incapaces per fer-ho i al·lega la jurisprudència del TSJC en les sentències següents: 7/1990, de 21 de juny; 17/1999, d'1 de juliol; 4/2000, de 28 de febrer; 24/2000, de 13 de novembre; 5/2002, de 4 de febrer; 36/2003, de 16 d'octubre; 25/2014, de 7 d'abril, i 37/2014, de 8 de maig, de les quals extreu, com a idees bàsiques, que la capacitat de qui fa testament és la regla i l'excepció és la incapacitat. En concret, en relació amb la Sentència del TSJC 25/2014, subratlla que, als efectes de la intervenció de facultatius en el testament notarial, l'article 421-9 del Codi civil de Catalunya

distingeix els casos segons que el testador estigui incapacitat judicialment o no. És quan està incapacitat, que la presència dels facultatius és inexcusable.

d) Que la testadora no estava incapacitada de manera plena, sinó parcial, i conservava les facultats mentals superiors, per la qual cosa la intervenció dels facultatius no era un requisit obligatori.

e) Que perquè una persona es consideri incapacitada per a atorgar testament la incapacitat o afecció mental ha de ser greu fins a l'extrem de fer desaparèixer la personalitat psíquica en la vida de relació de qui la pateix, amb exclusió de consciència dels seus propis actes, i no n'hi ha prou per a declarar-la amb les afeccions lleus ni les simples presumpcions o conjectures indirectes, de manera que cal mantenir la necessitat que es demostrï de manera inequívoca i concloent la manca de raciocini.

La recurrent adjunta el testimoniatge de la Sentència... dictada per la jutgessa del Jutjat de Primera Instància ...de Lleida en el procediment d'incapacitació corresponent.⁴

La Resolució.

La Direcció General circumscriu la qüestió debatuda a l'abast del requisit formal i en concret de si calia complir-lo en el supòsit d'una persona sotmesa a curatela i estima el recurs sobre la base dels fonaments que, resumits, són els següents:

- a) El Codi Civil fa de la llibertat de testar un dels principis fonamentals de l'ordenament jurídic i per això permet que persones que en

⁴ En la part resolutiva, la sentència modifica la capacitat d'obrar de la testadora i declara que "no té capacitat d'obrar ni les habilitats necessàries per actuar, tota sola, i prestar consentiment vàlid: 1) per a atorgar consentiment vàlid i informat en ordre al tractament mèdic, psicològic i/o psiquiàtric, a seguir per a supervisar el seguiment del tractament mèdic i terapèutic pautat; 2) per a realitzar actuacions complexes o d'administració del seu patrimoni, en termes generals i, especialment, obrir, demanar i tenir targetes bancàries, de crèdit o debit i, igualment, targetes de serveis financers de grans, mitjanes o petites superfícies comercials; obrir comptes, actius, préstecs, etc.; i qualsevol actiu financer en entitats bancàries o semblants; se l'autoritza per al maneig de diners de butxaca per a les seves despeses personals per l'import que determini el curador; 3) per a atorgar poders; 4) per a atorgar, per si sola, consentiment vàlid en contractes o negocis jurídics que afectin la seva persona o els seu patrimoni (a títol d'exemple, subscripció de crèdits al consum, subrogació en crèdits de tercers, cessió de crèdits o assumptió de deutes de tercers); 5) per a determinar el seu lloc de residència". Com a mesura de suport es nomena curadora la filla (l'hereva). En l'exposició de fets, consta que s'ha aportat un informe del forense, que la jutgessa ha interrogat personalment la senyora la qual ha parlat de la seva situació familiar i personal, de la seva estada a la residència i d'altres qüestions, que el fiscal ha prestat la conformitat a la declaració, i en els fonaments de dret la sentència subratlla que la normativa del Codi civil de Catalunya (articles 222-16, 223-1, 223-6) s'ha d'interpretar d'acord amb la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat de 13 de desembre de 2006, ratificada per Espanya el novembre de 2007 i en vigor des de maig de 2008.

circumstàncies ordinàries no tenen capacitat d'obrar puguin atorgar testament: les de més de 14 anys, tot i no tenir capacitat d'obrar plena de conformitat amb l'article 211-3 CCCat, poden atorgar-lo i no s'impedeix atorgar-lo a les persones incapacitades.

- b) La senyora tenia la capacitat modificada judicialment en virtut d'una sentència que reconeixia que conservava les seves facultats mentals superiors i no la sotmetia a tutela, règim que comportaria una representació legal, sinó a una curatela, règim que exigeix complement de capacitat per a realitzar determinats actes (i, d'acord amb l'article 223.4.3 del Codi civil de Catalunya, tots els que segons l'article 222-43 exigeixen autorització judicial quan actua el tutor), però no el d'atorgar testament. Es tracta del que en terminologia convencional es coneix com una incapacitació parcial.

A favor de l'equiparació plena de les situacions de submissió a tutela o a curatela amb vista a l'aplicació de l'article 421-9.2, podem argumentar que la llei no distingeix perquè només parla de "testador incapacitat judicialment". És la posició de la registradora. En contra d'aquesta equiparació podem argumentar que: 1) les limitacions a la capacitat d'obrar s'han d'interpretar de manera restrictiva (211-3.3, 2), i sempre en favor de la persona amb capacitat modificada; 2) el testament és un negoci jurídic que ha de ser conservat mentre sigui possible i que gaudeix del *favor testamenti* (articles 421-6, 422-5, 422-6 i 422-3.2; 3) d'acord amb els principis que deriven de la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones discapacitades, de desembre de 2006 i l'esperit de la doctrina més recent, no hi ha pròpiament persones incapaces, sinó persones amb la capacitat modificada, i és precisament la sentència d'incapacitació la que ha d'establir els límits a la capacitat de la persona; 4) els requisits formals del negoci jurídic responen sempre a finalitats de protecció de les persones concernides i de la seguretat jurídica, però no poden ser entesos de manera maquinal i inqüestionable; 5) en matèria successòria el subjecte tutelat per la llei, a Catalunya, és precisament la persona que disposa dels seus béns, no el cònjuge o el convivent, o determinats parents, als quals se'ls atorga el dret a la llegítima o a la quarta vidual; 6) l'article 421-4 considera "incapaços per a testar els qui no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament", mentre que l'article 421-9 parla de "testador incapacitat judicialment" amb una qualificació terminològica diferent que no es pot

passar per alt, i caldrà entendre aquesta previsió en el sentit que ha d'estar incapacitat judicialment per a testar.

- c) Considera que en l'autorització del testament el notari no estava obligat a incloure el dictamen de dos facultatius que certifiquessin que la testadora tenia, en el moment de testar, prou capacitat i lucidesa per fer-ho perquè si el jutge ja va entendre que tenia aquella capacitat, davant de la llei, era igual que qualsevol altra persona.

Per acabar, la Direcció General compara les dues resolucions que ara comento i mira de justificar l'aparent canvi de criteri. Així, diu que la de 26 de novembre de 2015 es fonamentava en l'aplicació del mateix article 421-9.2 però el supòsit de fet no era anàleg:

El 2015 es tractava d'un testament en l'autorització del qual el notari no havia conegut la circumstància de la incapacitació de la testadora, que tampoc no s'havia esmentat a l'escriptura d'herència, i la registradora la va advertir pel llibre d'incapacitats del seu Registre. Pel que constava a l'expedient, es tractava d'una "incapacitació absoluta". En conseqüència, essent el testament posterior a la sentència, i atès que no s'havia pogut valorar aquest punt en el moment d'autoritzar-lo, l'incompliment de la forma de l'article 421-9 era flagrant.

En la Resolució de 2019 no som davant d'una *incapacitació absoluta*, sinó d'un cas de capacitat modificada per una sentència que impedeix fer determinats actes, però no fer testament. I som davant d'un testament en l'autorització del qual el notari ha tingut en consideració la sentència, l'ha valorada i, a la vista de les circumstàncies, ha qualificat la capacitat de la testadora amb cautela i ha emès el seu judici favorable a l'atorgament del testament. Si la persona que atorga el testament no està incapacitada judicialment per a atorgar-lo, el judici de capacitat és un judici ordinari que fa el notari tot sol i sense necessitat de facultatius. És cert que fa constar al testament un dictamen (un, no dos), i que li és aportat amb una signatura d'uns quants dies abans (no en el mateix moment de l'atorgament), de manera que no es compleix el que estableix l'article 421-9.3, però si la norma no obliga a fer comparèixer facultatius no podem considerar que el testament tingui defectes de forma; el fet d'incorporar-hi un dictamen mèdic pot servir de principi de prova per a un hipotètic judici d'impugnació per manca de capacitat de la testadora, de la mateixa manera que pot servir incorporar-hi una còpia del document d'identitat per a provar la de qui atorga el testament en cas de judici per suplantació.

En el punt final de la Resolució la Direcció General es cura en salut tot dient que: *En la resolució present en cap cas ens pronunciem en relació amb la*

capacitat de la testadora, per a la valoració de la qual ens remetem al judici de capacitat del notari que va autoritzar el testament. Ens pronunciem sobre els pressupòsits de fet que justifiquen el requisit de forma reforçada que és la intervenció dels facultatius. La inscripció de l'escriptura d'herència que considerem que cal fer, no causa cap perjudici especial a les persones instituïdes hereves en el penúltim testament de la causant, atorgat el 1998, que serien hereves si el darrer testament fos nul.... Malgrat la inscripció, es manté intacta la seva legitimació per a impugnar el testament, si ho consideren adequat, pels motius que els semblin oportuns a l'empara de l'article 422-3 del Codi civil de Catalunya, amb els efectes que preveuen els articles 422-4 i 465-2. El procediment judicial, contradictori i amb possibilitat de presentar i demanar proves, serà l'adequat per a determinar si la testadora tenia capacitat natural o no en tenia en el moment que va atorgar testament i, si arriba el cas, per a determinar si manquen en el testament determinats requisits de forma.

Conclusió.

Com a conclusió, entenc que les dues Resolucions plantegen algunes qüestions noves relacionades amb els testaments de les persones amb la capacitat modificada judicialment.

La primera, considera que si la incapacitació no és absoluta, la persona pot atorgar testament sense cap especialitat. La Direcció General trenca una llança en favor de la igualtat de totes les persones i ve a establir que la persona amb la capacitat modificada o amb una discapacitat no ha de córrer amb el relatiu estigma d'haver de superar uns requisits legals que no s'imposen a d'altres persones, sinó que és la societat en conjunt la que ha de córrer amb el perjudici d'haver d'impugnar els actes realitzats per aquella persona. Personalment aquesta posició em genera dubtes perquè entenc que a la pràctica mirar d'evitar que aquestes persones siguin víctimes d'abusos també em sembla una posició elogiable i és el que a parer meu pretén evitar l'article 421-9.

La segona, ve a afirmar que la concurrència de facultatius en testaments de persones amb la capacitat modificada per incapacitació absoluta, és un requisit exclusivament de forma. Em sembla correcta l'afirmació, però entenc, com deia en començar, que el que genera la nul·litat del testament, si no hi concorren els facultatius, és la manca de capacitat més que la manca de formalitat. La nul·litat formal existirà, només, quan un cop s'ha acreditat al notari que la persona que atorga testament està incapacitada totalment i per tant cal la intervenció de facultatius, aquesta intervenció no s'hagi fet constar de la manera adequada.

La tercera és la que considera que la incorporació d'un sol informe mèdic, sense que siguin dos informes ni intervinguin els facultatius, quan no era exigible llur concurrència en el testament, no és un defecte formal, sinó una simple expressió de prudència. Personalment, en el cas plantejat per la resolució, jo hauria tingut la prudència de fer comparèixer els facultatius, per molt que ja se que cada dia consta més que ningú vulgui ni tan sols fer de testimoni.

En el fons, crec que darrere de les Resolucions hi ha una mena de justícia del cas. La de 2015, més conservadora, impedia la inscripció de l'herència fonamentada en el testament discutit, però "forçava" als beneficiats pel testament anterior a impugnar-lo si volien pretendre algun dret en la successió. Així, mentre el testament no sigui declarat nul, ningú no inscriurà, ni els cridats pel testament discutit ni els cridats en el testament anterior. La de 2019 és més proactiva i considera que mentre el testament discutit no sigui declarat nul ha de produir tots els seus efectes i, entre d'altres, el de servir de títol per a la inscripció i qui es consideri perjudicat sempre pot demanar-ne la nul·litat dins del termini.

I això ens du a una altra qüestió que el Codi Civil despatxa amb dos articles: els de l'acció de reclamació d'herència, imprescriptible; i el del règim jurídic de l'hereu aparent, a qui el mateix Codi beneficia respecte de la normativa anterior amb terminis d'usucapió més curts que els tradicionals: tres anys per a béns mobles i vint per a immobles segons l'article 531-27.

Lluís Jou i Mirabent
Gener/febrer de 2020