

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (setembre – desembre 2019)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 5 de setembre, 12 de novembre i 4 i 9 de desembre de 2019

Sumari

-

Comentari a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 5 de setembre de 2019 (dret de retenció: la seva constitució requereix la intervenció dels propietaris de la finca); 12 de novembre de 2019 (propietat horitzontal: servitud per a instal·lació d'ascensor); 4 de desembre de 2019 (segregació de porció de terreny per transmetre-la al titular de la finca confrontant i procedir a l'agrupació: sobre la necessitat de llicència de parcel·lació o declaració d'innecessarietat - operacions realitzades fa més de 30 anys), i 9 de desembre de 2019 (testament de persona subjecta a curatela sense intervenció dels dos facultatius requerits per l'art. 421-9 CC).

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities dated 5 September 2019 (right of retention: its creation requires the intervention of the owners of the land); 12 November 2019 (condominium: easement to install a lift); 4 December 2019 (division of plots and the requirement of an administrative licence when the division took place over 30 years ago), and 9 December 2019 (partial incapacitation and the capacity to make a will: scope of the formal requirements laid down by article 421-9 of the Catalan Civil Code).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, dret de retenció, propietat horitzontal, servitud, ascensor, testament, capacitat per a testar, requisits formals.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, right of retention, condominium, easement, lift, division of plots, administrative licence, will, capacity to make a will, formal requirements.*

-

1. Resolució de 5 de setembre de 2019 (JUS/2537/2019; DOGC núm. 7964, de 20.9.2019). Dret de retenció: la seva constitució requereix la intervenció dels propietaris de la finca

- 1.1. Introducció
- 1.2. Les qüestions procedimentals: objecte i legitimació en el recurs governatiu, i llengua
- 1.3. La constitució del dret de retenció

2. Resolució de 12 de novembre de 2019 (JUS/2966/2019; DOGC núm. 8006, de 20.11.2019). Propietat horitzontal: servitud per a instal·lació d'ascensor

- 2.1. Introducció
- 2.2. L'acreditació del càrrec de president
- 2.3. La necessitat d'acceptació de la servitud i de la modificació d'estatuts per part de la junta de propietaris
- 2.4. Com s'adopta l'acord i a favor de qui es constitueix la servitud?
- 2.5. La qüestió fiscal

3. Resolució de 4 de desembre de 2019 (JUS/3625/2019; DOGC núm. 8030, de 24.12.2019). Segregació de porció de terreny per transmetre-la al titular de la finca confrontant i procedir a l'agrupació: sobre la necessitat de llicència de parcel·lació o declaració d'innecessarietat (operacions realitzades fa més de 30 anys)

- 3.1. Introducció
- 3.2. La segregació d'una porció de terreny està subjecta a fiscalització administrativa
- 3.3. La prescripció de l'acció administrativa per restablir la legalitat urbanística

4. Resolució de 9 de desembre de 2019 (JUS/3526; DOGC núm. 8030, de 24.12.2019). Testament de persona subjecta a curatela sense intervenció dels dos facultatius requerits per l'art. 421-9 CC

- 4.1. Introducció
- 4.2. El principi "pro capacitat" i la interpretació correctora de l'art. 421-9.2 CC

5. Bibliografia citada

1. Resolució de 5 de setembre de 2019 (JUS/2537/2019; DOGC núm. 7964, de 20.9.2019). Dret de retenció: la seva constitució requereix la intervenció dels propietaris de la finca*

1.1. Introducció

Es pretén la inscripció d'un dret de retenció "constituït" unilateralment, sense la intervenció dels propietaris de la finca.

L'any 2007, una parella casada havia adquirit una finca gravada amb hipoteca constituïda pels venedors. Desconeixem si es va emprar alguna de les alternatives contemplades a l'art. 118 de la Llei hipotecària. L'any 2011 la finca va ser objecte d'execució hipotecària. L'entitat financera creditora es va adjudicar el bé i el va transferir a la seva entitat immobiliària, que al seu torn la va vendre, l'any 2012, a un altre matrimoni, els quals van constituir sobre la finca un nou gravamen hipotecari.

L'any 2017, quan els adquirents de 2007 ja s'havien divorciat, per mitjà d'una acta de manifestacions, la recurrent va expressar la seva intenció d'exercitar el dret de retenció sobre la finca, com a tercera posseïdora que havia cobert les despeses de construcció. El dret de retenció havia d'assegurar la devolució del preu d'adquisició de 2007 i altres quantitats. Deia també que havia notificat per burofax la decisió de retenir als propietaris i a les entitats financera i immobiliària.

El mes de maig de 2018, actuant en nom propi i de la seva filla menor d'edat, la interessada va atorgar escriptura pública de "reconeixement del dret de retenció de propietat i de possessió" de la finca. També establí les condicions per les quals s'hauria de regir el dret. Després de diverses presentacions, l'assentament de presentació es va produir el mes de febrer de 2019. Posteriorment, el mes de maig del mateix any, es va presentar instància sol·licitant expressament la inscripció d'aquesta escriptura, acompanyada de còpia d'una interlocutòria de primera instància que, segons afirmava, inadmetia la demanda interposada per ella contra els propietaris de la finca que es negaven a atorgar escriptura de reconeixement del dret de retenció, per considerar innecessari el consentiment d'aquests per a inscriure. No obstant això, segons la DGDEJ (FD 3.7), la interlocutòria senzillament inadmetia la demanda per no complir els requisits procedimentals que garanteixen el dret a la defensa.

El registrador qualifica negativament. En primer lloc, arran de la manca de justificació de l'autoliquidació dels impostos corresponents. En segon lloc, perquè considera que l'escriptura de reconeixement del dret de retenció ha de ser atorgada pels propietaris de la finca i, si es neguen a fer-ho, procedirà acudir a les vies que obre l'art. 708 de la Llei d'Enjudiciament Civil. El primer defecte s'esmena i no és objecte del recurs.

Recorren tant la presentant de l'escriptura com una associació d'usuaris bancaris, de la qual la primera n'és tesorera. Sembla que el gruix de recurs es centra en denunciar actuacions fraudulentas per part de l'entitat financera, de l'entitat immobiliària i dels actuals titulars de l'immoble, així com la negligència del registrador. Pel que fa a les qüestions sobre les quals es

* Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2017SGR151, Grup de Dret Civil Català, i DER2017-82129-P.

podrà pronunciar la DGDEJ, únicament s'al·lega la inecessarietat de demandar els propietaris de l'immoble per constituir el dret de retenció, interpretant la referida interlocutòria en el sentit que és suficient "l'autoritat del Registre" per a inscriure.

1.2. Les qüestions procedimentals: objecte i legitimació en el recurs governatiu, i llengua

La DGDEJ, com no podia ser d'altra manera, s'absté d'analitzar les presumptes irregularitats al·legades per les recurrents en les operacions per mitjà de les quals la titularitat de la finca va ser adquirida pels actuals propietaris, així com l'eventual negligència del registrador en practicar algunes inscripcions. Tant una cosa com l'altra haurien de ser discutides en procediments judicials contradictoris, sense que el recurs governatiu s'hi pugui estendre, atès que el seu objecte es limita a analitzar la procedència o no d'una determinada qualificació. En aquest cas, es tracta únicament de determinar si l'escriptura de reconeixement del dret de retenció pot ser inscrita o no (FD 1.1).

En segon lloc, crida l'atenció que el recurs s'interposés tant per l'anterior propietària de la finca (que és també la persona que pretén constituir el dret de retenció) com per una associació d'usuaris bancaris, de la qual la primera és tesorera, atès que no és cap dels subjectes als quals l'art. 325 LH atorga legitimació per recórrer contra la qualificació negativa. La DGDEJ considera que aquesta relació de legitimats és "taxativa i tancada" i assenyala que l'associació "no té cap dret de crèdit, no va intervenir en l'atorgament d'una escriptura la inscripció de la qual va sol·licitar només [l'antiga propietària] i no ha al·legat cap dret o interès que permeti considerar-la legitimada per recórrer" (FD 2).

Pel que fa a la que la DGDEJ anomena "qüestió incidental" relativa a la llengua emprada per a la qualificació (castellà, perquè era la llengua usada en l'escriptura) i per al recurs (català), sens perjudici de notificar en castellà i de publicar també la resolució al DOGC en versió castellana, es reproduïen els raonaments sobre aquest punt ja emprats a la Resolució de 25 de juliol de 2019¹ (FD 1.2). Era una qüestió que no apareixia amb anterioritat, però que ara es tracta per segon cop consecutiu.

1.3. La constitució del dret de retenció

El fons de la qüestió discutida no és problemàtic: sembla pacífica l'opinió segons la qual, encara que la iniciativa de constituir el dret de retenció correspon al creditor, quan recau sobre béns immobles requereix inexcusablement la participació dels propietaris o dels titulars del dret real de què es tracti, bé avenint-se a atorgar l'escriptura de reconeixement del dret, bé perquè així ho imposa l'autoritat judicial, quan, malgrat haver estar correctament notificats, els titulars no col·laboren ni s'hi han oposat judicialment en el termini de dos mesos a comptar des de la notificació (art. 569-5 CC de Catalunya). L'escriptura, atorgada pels titulars del bé (o dret) gravat, serà la que permetrà la inscripció al Registre de la Propietat, sense la qual no es podrà dur a terme la realització de valor prevista a l'art. 569-8 del Codi (aquest és el sentit que cal donar a la torturada redacció de l'apartat 3, lletra b, d'aquest precepte, atès que altrament – és a dir, si en cas de resolució judicial s'excusés la necessitat d'inscripció – es vulneraria el principi de tracte successiu).

¹ JUS/2185/2019, DOGC núm. 7934, de 7.8.2019. Comentada a *InDret* 4/2019.

Així ho manté també la DGDEJ a la resolució ara comentada. Front de les al·legacions formulades per la recurrent, en el sentit de ser suficient l'atorgament d'escriptura unilateral per part del creditor i entendre que una altra solució premiaria la inactivitat i mala fe dels propietaris, de manera que l'exigència d'atorgament per part d'aquests seria discrecional per al retenidor, la DGDEJ considera que una interpretació d'aquest estil és inadmissible, perquè “el que l'article 569-8.3 posa precisament de manifest és que l'atorgament de l'escriptura de reconeixement del dret correspon al propietari de l'immoble sobre el que recau el dret, no al retenidor” i perquè “l'expressió ‘poden exigir’ referida als retenidors no fa referència a una eventual conducta discrecional d'aquests, sinó al compliment d'un pressupost necessari – la notificació notarial de la decisió de retenir [...]– a partir de la qual es faculta a aquells per exigir als propietaris – que és a qui correspon exclusivament – l'atorgament de l'escriptura” (FD 3.4). En el mateix fonament de dret, continua insistint en la idea que de cap manera es pot deduir del precepte esmentat que el retenidor pugui atorgar unilateralment l'escriptura de reconeixement del dret de retenció; en realitat, la DGDEJ descarta que, com semblava suggerir el registrador, sigui suficient un posterior consentiment dels propietaris o la ratificació per part d'aquests: el defecte de l'escriptura presentada per a la seva inscripció és la manca de legitimació de la retenidora per atorgar-la.

Aquesta conclusió es reforça amb la idea que només el propietari pot gravar el seu dret, llevat de casos en què sigui la pròpia llei la que imposi una restricció o gravamen (*ex art.* 545-1 i 545-4 CC). “I la Llei – l'article 569-5 – no imposa el dret de retenció, sinó que, reconeixent que la seva imposició correspon al propietari, faculta el retenidor per exigir la seva constitució, però sense autoritzar-lo a establir-lo sense el consentiment del propietari de l'immoble” (FD 3.4). L'argument es reforça palesant les similituds amb els casos de les anomenades hipoteques legals (art. 569-36, - 37, -39. -40 i -41) i afegint que els principis de legitimació i de tracte successiu impedeixen que accedeixin al Registre actes amb transcendència real sense la intervenció del titular registral o sense que hagi tingut la possibilitat d'intervenir-hi.

La DGDEJ també remarca alguns aspectes de la pròpia escriptura de reconeixement que posen de manifest la necessitat que intervinguin els propietaris de la finca (FD 3.5) i comparteix l'opinió del registrador, conforme a la qual, si els propietaris no s'avenen a atorgar l'escriptura, caldrà recórrer al mecanisme de compliment forçós de les obligacions consistents en emetre una declaració de voluntat (FD 3.6). Finalment, es corregeix la interpretació que fa la recurrent de la interlocutòria que inadmet la seva demanda, atès que es considera que no afirma que l'escriptura atorgada pel retenidor sigui suficient per inscriure, sinó que inadmet la demanda (i declara la nul·litat d'actuacions respecte a una prèvia admissió) per ser generadora d'indefensió i causar perjudici a les parts processals (FD 3.7).

Es podria afegir a aquesta argumentació que és dubtós que les quantitats reclamades per la recurrent responguessin a cap de les obligacions descrites a l'art. 569-4 del CC, almenys pel que fa al preu de la compra de la finca, sens perjudici de la referència a les despeses de construcció (en sentit semblant, TENZA, 2019, p. 19).

La DGDEJ s'havia pronunciat amb anterioritat sobre la inscripció d'un dret de retenció, però en un supòsit molt diferent al que aquí es tracta. En la Resolució de 23 de març de 2006² es tractava d'un dret de retenció recollit en un manament judicial a favor de la fiduciària, en garantia de diferents partides (entre elles, la quarta trebel·liànica); a banda de tractar-se d'un supòsit

² JUS/1921/2006, de 19.5.2006, DOGC núm. 4655, de 15.6.2006. Comentada per Marsal a *InDret* 2/2007.

ocorregut sota la vigència del Codi de Successions de 1991 i la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia, es presentaven problemes de tracte successiu i de correlació entre les anotacions preventives practicades, el manament judicial i el títol judicial que s'executava. Per tant, es tractava d'un cas prèviament judicialitzat i no de la constitució *ex novo* del dret de retenció, per al qual queda clar que cal l'atorgament d'escriptura per part dels propietaris de la finca o bé que la seva declaració de voluntat sigui substituïda per l'autoritat judicial.

2. Resolució de 12 de novembre de 2019 (JUS/2966/2019; DOGC núm. 8006, de 20.11.2019). Propietat horitzontal: servitud per a instal·lació d'ascensor

2.1. Introducció

Els fets que donen lloc a aquesta resolució es poden arribar a deduir d'una combinació de la relació de fets pròpiament dita, del resum dels arguments del recurs presentat pel notari i dels fonaments de dret. En essència: una comunitat en propietat horitzontal decideix instal·lar un ascensor (sembla que en una reunió de 2015 es va plantejar la qüestió), per a la qual cosa calia que la caixa ocupés part del local propietat d'una SOCIMI. En algun moment, que no es precisa, la comunitat obté una sentència de condemna contra la propietària del local, que l'obliga a acceptar una servitud en benefici de la comunitat als efectes esmentats. El mes de març de 2018, el president de la comunitat i la SOCIMI atorguen escriptura de constitució de servitud i una modificació estatutària relativa a la instal·lació de l'ascensor, que es presenta al Registre i que posteriorment es complementa amb l'autoliquidació de l'impost i amb una escriptura de ratificació per part dels administradors i representants de la societat. Amb posterioritat, el mes de juliol de 2018, d'acord amb el que s'anunciava a l'ordre del dia, la Junta va nomenar nou president, va ratificar i consentir la servitud constituïda i la modificació estatutària realitzada en l'escriptura de març del mateix any, tot i que el que es preveia és que la instal·lació de l'ascensor pogués afectar els habitatges (pati interior o safareig), i no pas el local. El mes de març de 2019, s'atorga escriptura de ratificació atorgada pel president de la comunitat (que acredita degudament el càrrec) en virtut de la qual, segons el notari, s'esmenen "dos defectes assenyalats per la registradora", que sembla ser que eren la necessitat que la Junta de Propietaris acceptés la servitud constituïda i la modificació estatutària consegüent (relació de fets III). S'intueix, doncs, que l'escriptura de març de 2018 va ser qualificada negativament en una primera qualificació. No sabem si l'assentament de presentació es va prorrogar o bé si va caducar. A la qualificació que entenem que es recorre (relació de fets IV), del 27 de juny de 2019, s'afirma que el dia 5 del mateix mes i any no s'havien esmenat els defectes i que l'assentament de presentació havia caducat. La DGDEJ no entrarà a valorar aquesta qüestió, com de seguida es veurà. En tot cas, sembla que la qualificació va referida a l'escriptura de març de 2018, a la qual se li imputen tres defectes: a) la manca d'acreditació del nomenament del càrrec de president o la manifestació per part del notari del fet que se li hagués exhibit l'acta de nomenament; b) la necessitat d'acceptació, per part de la Junta, de la servitud i de la modificació estatutària (es fa referència a un canvi de titularitat del qual el lector no en té coneixement), i c) la manca d'autoliquidació o declaració de l'impost (referint-se al que grava l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana). Afegeix també la registradora en la nota de juny de 2019 que, en constituir-se la servitud en benefici de la comunitat de propietaris, se la configura com a personal, la qual cosa no és possible atès que la comunitat no té personalitat jurídica.

El notari recorre, tot i que pel que fa la manca d'acreditació del càrrec de president, reconeix que potser es va perdre i afirma que es presentarà de nou. Pel que fa al segon defecte, l'argumentació del recurs és llarga. Afirma que la comunitat, malgrat no tenir personalitat jurídica, sí que té una representació orgànica i pot dur a terme actes col·lectius per mitjà del seus òrgans, com succeeix amb la desafectació i venda de la porteria, per exemple. De la mateixa manera que pot vendre, també hauria de poder adquirir el que considera un element comú, la servitud, de la qual cosa se'n derivaria la legitimació per constituir-la. Rebat l'al·lusió al suposat caràcter personal de la servitud perquè a Catalunya no n'hi ha de personals i, en la relació que s'estableix a les escriptures, el local és el predi servent, essent la matriu de la propietat horitzontal el predi dominant. Considera també el notari que potser la servitud no és la fórmula més adequada per reflectir les necessitats derivades de la instal·lació d'un ascensor, tot i trobar cobertura en els art. 553-25 i 553-39 del Codi (com també en l'art. 9, lletra c, de la Llei estatal de propietat horitzontal), però que els termes de la sentència recaiguda contra la propietària del local condicionaven el mecanisme jurídic emprat. Finalment, remarca que l'art. 553-41 considera que l'ascensor és un element comú i que la seva instal·lació és un acte col·lectiu de la comunitat que ha de decidir la junta amb la majoria (simple) que exigeix l'art. 553-25.2, lletra a, i no cadascun dels propietaris d'elements privatis individualment considerats, sense que calguin, a més, les majories reforçades exigides per a la modificació dels estatuts o del títol constitutiu en aquest supòsit. Quant a la qüestió fiscal, considera que, estant exempta la constitució de servituds de l'impost, no cal presentar ni l'autoliquidació ni la declaració corresponent.

La registradora, en emetre el seu informe, manté la qualificació, en entendre que no s'havien esmenat els defectes assenyalats a la nota.

2.2. L'acreditació del càrrec de president

Tal i com ja s'ha assenyalat, en aquest cas van produir-se múltiples reunions de la junta, amb l'adopció de diferents acords, alguns de ratificació d'altres anteriors, que posteriorment es van elevar a públics. En una d'aquestes ocasions (en l'escriptura de març de 2019) sembla ser que el president de la comunitat nomenat el juliol de 2018 acredita la condició amb la qual actua mitjançant certificació de l'acta de la junta lliurada per l'administrador de la comunitat i incorporada a l'escriptura. Per tant, s'hauria esmenat el defecte assenyalat per la registradora en aquest sentit (FD 1.1) – defecte que el notari no recorre, pensant que s'havia perdut el nomenament i afirmant que es tornaria a presentar.

2.3. La necessitat d'acceptació de la servitud i de la modificació d'estatuts per part de la junta de propietaris

El segon defecte assenyalat a la qualificació és la necessitat que la junta acceptés tant la servitud com la modificació d'estatuts.

La DGDEJ considera, en primer lloc, que en una reunió extraordinària de la junta de l'any 2015 es va aprovar la instal·lació de l'ascensor i la supressió de barreres arquitectòniques, així com el pressupost de les obres que s'havien d'haver dut a terme, però que la constitució d'una servitud ni era a l'ordre del dia (art. 553-21.4, lletra a, i 553-25.1 del CC), ni es va discutir i, per tant, tampoc no es va votar, de manera que no es va facultar el president a constituir-la davant de notari (FD 1.1). El mateix succeeix quant a la modificació d'estatuts (FD 1.3).

Però en l'esmentada escriptura de març de 2019 sí que s'hi certifica que en la reunió de juliol de 2018 la junta va ratificar i consentir la servitud constituïda davant de notari per escriptura de març del mateix 2018, d'acord amb el que es preveia a l'ordre del dia, així com també la modificació d'estatuts (FD 1.2 i 1.4).

Per tant, la DGDEJ entén esmenats els defectes apuntats per la registradora en aquest sentit.

2.4. Com s'adopta l'acord i a favor de qui es constitueix la servitud?

En el cas que dona lloc a aquesta resolució, sembla clar que, per sentència judicial, s'obliga la societat propietària d'un local de negoci a acceptar una servitud consistent en què la caixa de l'ascensor envaeixi part del seu element privatiu. En successives reunions de junta i consegüents escriptures, es ratifica la constitució de la servitud. Nogensmenys, sorgeixen dubtes quant a qui sigui el beneficiari de la servitud, la qual cosa té conseqüències quant a qui l'ha d'acceptar.

La registradora entén que, en constituir-se a favor de la comunitat de propietaris, es tractaria d'una servitud personal, que el dret català no admet. Per la seva banda, el notari considera que l'articulació de la modificació requerida per a la instal·lació de l'ascensor per mitjà d'una servitud venia imposada per la resolució judicial i potser no és la millor fórmula, però que troba fonament en els art. 553-25 i 553-39 del Codi; entén que no és personal, sinó que es constitueix en benefici de tota la comunitat, no en benefici de tots els propietaris o elements privatis considerats individualment, i que passa a ser "element comú". Com de seguida es veurà, aquesta darrera qualificació sembla acceptada en la resolució.

La DGDEJ, en primer lloc, recorda que l'art. 553-39 del Codi faculta la comunitat per exigir la constitució de servituds sobre annexos dels elements privatis, cosa que entén que se supera en el cas que ens ocupa, perquè sembla que en algun moment la junta havia acordat que es poguessin establir servituds que afectessin el pati interior o el safareig dels habitatges (que, per tant, no s'estarien considerant annexos) (FD 2.1). A banda del fet que això és irrellevant pel que fa al que es discutia (la inscripció de la servitud sobre part d'un local, a conseqüència d'una resolució judicial), atès que no es tracta ja de determinar si la comunitat pot o no imposar un determinat sacrifici als titulars de certs elements privatis, tampoc no convé interpretar l'art. 553-39 en el sentit que la comunitat no pugui acordar eficaçment la constitució de les servituds que convinguin (encara que afectin elements que no siguin els annexos), sempre que ho acordi la majoria requerida i, si escau, el propietari afectat.

Pel que fa la majoria requerida, la DGDEJ conclou que l'acord es va adoptar per unanimitat (en no haver-s'hi oposat cap dels propietaris que no van assistir a la reunió pertinent) i que, per tant, és plenament vàlid, en haver-se superat la majoria requerida per l'art. 553-25.2, lletra a – que, val a dir, no es refereix expressament a l'establiment de servituds que, en essència, priven un element privatiu d'una part del mateix – (FD 2.4) i també la necessària per a la modificació d'estatuts (FD 2.5).

En el fonament de dret 2.2, la DGDEJ descarta la comparació que havia fet el notari amb la desafectació d'un element comú, perquè "en el present cas, estem davant del gravamen d'elements privatis com són el local de la planta baixa i els habitatges i, per tant, es requereix el consentiment de cada propietari que veurà afectat directament el seu element privatiu; aquesta afectació no comportarà una modificació dels coeficients de participació del total

immoble, malgrat l'impacte que aquesta servitud passi a tenir en cada habitatge en particular.” Convé matisar, però, que en aquest cas el consentiment del propietari afectat es presta en compliment d'una sentència judicial i, d'altra banda, que res no impediria que s'hagués acordat, amb les compensacions pertinents, que enlloc de constituir una servitud, part del local s'hagués convertit en element comú, amb la consegüent necessitat de modificar la descripció dels elements integrants de la propietat horitzontal i dels corresponents coeficients en el títol constitutiu o que s'hagués adquirit com a element privatiu en benefici comú, com va succeir en la Resolució de 22 d'octubre de 2009³.

En qualsevol cas, en el fonament de dret 2.3 es ve a dir que atesa la finalitat de suprimir barreres arquitectòniques, cal “acceptar la possibilitat que per a imposar aquest gravamen forços n'hi hagi prou amb l'acord de la Junta i no calgui el consentiment individualitzat dels propietaris de tots i cadascun dels pisos, i si bé podria comportar una modificació dels coeficients de propietat de cada habitatge, no hi ha cap obligació legal de modificar-los, i menys quan es tracta de la supressió de barreres arquitectòniques. Altrament, es desnaturalitzaria l'esperit de la llei, que tracta de garantir la igualtat en l'accés als diferents departaments de l'edifici.” Es tracta de consideracions que segurament no es poden elevar a la categoria de doctrina registral catalana, ja que en el cas concret, com s'ha comentat, l'acord s'adopta per unanimitat (malgrat que el consentiment de l'afectat que ens ocupa s'obtingués per via judicial). Tinguem present que l'art. 553-25.2, lletra a, no es refereix, literalment, a la constitució de servituds o altres afectacions d'elements privatis per tal de permetre la supressió de barreres arquitectòniques, sinó únicament al fet que l'acord comporti la modificació del títol de constitució i dels estatuts o que les innovacions afectin l'estructura o la configuració exterior. Vegeu també l'art. 17 de la Llei 13/2014, de 30 d'octubre, d'accessibilitat, que fa referència a l'adequació de les zones comunes.

Finalment, de manera bastant sorprenent, la DGDEJ qualifica la servitud com a “element comú”, d'acord amb l'art. 553-41, que fa referència a les “instal·lacions” que es destinen a l'ús comunitari o a facilitar l'ús o gaudi dels elements privatis. I del fet que sigui element comú, en dedueix que no és objecte d'inscripció separada, sinó que constarà tant al foli de la finca servent com al de la matriu. En constituir, des d'aquesta interpretació, un nou element comú, cal que la modificació d'estatuts s'hagi adoptat per 4/5 parts, cosa que, com queda dit, s'hauria aconseguit (FD 2.5). A més de contradir obertament l'aparent defensa de la suficiència de majoria simple que es recull al fonament de dret 2.3 que s'acaba de comentar, sembla clar que els elements comuns són, efectivament, els que descriu l'art. 553-41, és a dir, elements físics consistents en espais, instal·lacions o serveis, però no els drets que sobre ells recauen (ESQUIROL, 2020, en premsa). La manca de personalitat jurídica de la comunitat tampoc no ha de ser obstacle; de la mateixa manera que els referits elements privatis en benefici comú pertanyen als titulars presents i futurs dels elements privatis (vegeu, novament, la citada Resolució de 22 d'octubre de 2009), de forma que la comunitat els ha de poder adquirir per mitjà d'un acte col·lectiu, amb més raó la servitud, que es defineix com una relació entre finques (art. 566-1-1), s'ha de poder inscriure a la finca matriu com a predi dominant i al full del local, com a predi servent (en el mateix sentit, vegeu, novament, ESQUIROL, 2020, en premsa).

³ JUS/3472/2009, DOGC núm. 5525, de 14.12.2009. Comentada per MARSAL a *InDret* 1/2010.

2.5. La qüestió fiscal

La registradora va considerar que calia la presentació de l'autoliquidació de l'impost sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana o la declaració de l'exempció o no subjecció a l'impost per part de l'Ajuntament, mentre que el notari recurrent entenia que, estant la constitució de servituds expressament exempta de tributació, d'acord amb l'art. 105.1, lletra a, de la Llei reguladora de les hisendes locals, no calia cap d'aquestes acreditacions per tal de procedir a la inscripció.

La DGDEJ comparteix parcialment l'opinió de la registradora i, en aquest sentit, entén que l'art. 254 de la Llei hipotecària és imperatiu i estableix que no s'ha d'inscriure cap acte o contracte que meriti impostos sense que es presenti l'autoliquidació o declaració. Aquesta és una de les possibles interpretacions de l'esmentat precepte, que és imprecís en la seva literalitat, en referir-se, impròpiament, a actes que "determinin" un impost, cosa que en termes de dret tributari no té cap significat específic (FD 3.1).

Considera la DGDEJ que "no es pot imposar a la registradora la qualificació de l'exempció o no de determinats actes [...] ja que suposaria obligar-la a fer declaracions tributàries que queden fora de l'àmbit de la competència de la registradora, cosa que l'obligaria a assumir una responsabilitat que no li pertoca" (FD 3.2). En el cas de les servituds, però, l'exempció és tan clara i sense pal·liatius que difícilment podria equivocar-se, a banda del fet que decidir si s'inscriu o no un acte al Registre de la Propietat no comporta, ni pot comportar, cap mena de "declaració tributària" generadora de responsabilitat (en sentit semblant, ESQUIROL, 2020, en premsa). Una cosa és determinar si, atesos els valors d'adquisició i de transmissió i atenent a la doctrina del Tribunal Constitucional, un determinat acte tributa o no, i una altra ben diferent és tenir en compte una exempció rotunda i sense matisos de cap mena⁴.

Però el cas és que potser cal assumir que hem arribat a un punt en què la funció de policia que porta incorporada la qualificació registral s'estén també a les obligacions tributàries formals, com ara l'obligació de declarar, que certament existeix també per als actes exempts de l'impost sobre l'increment de valor dels immobles de naturalesa urbana. La DGDEJ exigeix l'aportació d'aquesta declaració fiscal com a requisit per evitar la suspensió prevista a l'art. 254 de la Llei hipotecària, per bé que no demana, com sí que ho feia la registradora, la declaració d'exempció per part de l'administració tributària competent⁵.

⁴ Pel que fa el criteri de la DGRN al respecte, cal tenir en compte que, malgrat que en resolucions com les de 7 i 17 d'abril de 2008 (BOE núm. 100, de 25.4.2008, i núm. 116, de 13.5.2008, respectivament), i altres d'anteriors, s'havia considerat que les exempcions clares (com ara la relativa a la cancel·lació d'hipoteques) poden ser apreciades pel registrador als efectes de permetre o no la inscripció, totes dues resolucions van ser anul·lades per sentència judicial (vegeu BOE núm. 193, de 10.8.2010). Posteriorment, tot i que per a casos en què l'exempció no era tan clara, vegeu les resolucions citades a la nota següent. Pel que fa a supòsits de no subjecció o de "clara exempció", en què es manté més recentment la tesi segons la qual el registrador pot apreciar-los als efectes d'aixecar el tancament registral, Resolucions de la DGRN de 12 de setembre de 2016 (BOE núm. 241, de 5.10.2016) o de 20 d'octubre de 2017 (BOE núm. 275, de 13.11.2017).

⁵ En sentit semblant, i partint de la premissa de què l'impost és d'exacció voluntària per a les administracions municipals, que en fixen l'obligatorietat o no, recentment les Resolucions de la DGRN de 13 de març de 2019 (BOE núm 85, de 9.4.2019) i d'1 d'abril de 2019 (BOE núm. 97, de 23.4.2019) es conformen amb la presentació de la sol·licitud d'exempció dirigida a l'administració pertinent per qualsevol dels mecanismes previstos a la Llei 39/2015, d'1 d'octubre (art. 16), sense exigir a més la declaració administrativa d'exempció. Requerint que s'acrediti l'efectiva recepció per part de l'administració tributària

La qualificació només es manté, per tant, quant a la necessitat d'aportar la declaració de l'impost.

3. Resolució de 4 de desembre de 2019 (JUS/3625/2019; DOGC núm. 8030, de 24.12.2019). Segregació de porció de terreny per transmetre-la al titular de la finca confrontant i procedir a l'agrupació: sobre la necessitat de llicència de parcel·lació o declaració d'inecessarietat (operacions realitzades fa més de 30 anys)

3.1. Introducció

L'any 2018 s'atorga escriptura de ratificació i elevació a públic del contracte privat de compravenda d'una porció de terreny pertanyent a la finca de la part venedora que es va concloure l'any 1985 i a la qual s'adjuntava un plànol d'atermenament de parcel·les.

En l'escriptura hi compareixen els successors dels qui van signar la compravenda feia més de trenta anys (una societat i l'hereva del comprador). Segreguen la porció de terreny venuda, declaren que la part compradora va adquirir la possessió el dia de la compravenda, que el preu es va pagar en aquella data i que l'atermenament ja es va fer. Manifesten també que la porció de terreny no té referència cadastral perquè està integrada a la finca (confrontant) de la compradora. En la mateixa escriptura, a banda de sol·licitar la constància d'excessos de cabuda que no són objecte de recurs, s'agrupen tres finques pertanyents a la compradora, una de les quals és la referida porció de terreny.

A l'escriptura s'hi fa constar la referència cadastral d'aquesta finca resultant de l'agrupació, juntament amb un certificat cadastral descriptiu i gràfic.

S'hi adjunta, a més, “un certificat d'un arquitecte tècnic de data 27 de novembre de 2018 que acredita la superfície i les coordenades georeferenciades de la finca agrupada, i també de les tres finques que han passat a formar-la. Segons aquest certificat tècnic, la cabuda total de la parcel·la agrupada és de 2.133,20 m². També s'adjunta a l'escriptura un certificat de la secretària general de l'Ajuntament de Matadepera del qual resulta que la finca agrupada té la consideració de sòl urbà consolidat, que la parcel·la mínima és de 800 m², que l'ús és el d'habitatge unifamiliar aïllat i que la finca en qüestió té atorgades dues llicències d'obres, una per a la construcció d'un habitatge unifamiliar aïllat, de 8 d'abril de 1983, i l'altra per a la legalització d'una piscina i una cambra soterrani, de 29 de novembre de 1985, que la piscina i la cambra soterrani tenen una antiguitat superior a 30 anys i que, consultades les dades existents en l'Àrea d'Urbanisme de l'Ajuntament de Matadepera corresponents als darrers sis anys, no s'ha trobat constància de la incoació de cap expedient de disciplina urbanística que afecti la finca [X]” (relació de fets 1).

La registradora denega la inscripció, essencialment, degut a la manca d'aportació de la llicència de parcel·lació o declaració d'inecessarietat, o el document administratiu que acrediti que ha transcorregut el termini de prescripció de la possible infracció urbanística, d'acord amb el Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, i el Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost. Afirma, a més, que no és possible constatar de manera fefaent quan es va produir la segregació extra registral

pertinent, vegeu, per exemple, la Resolució de la DGRN de 27 de novembre de 2017 (BOE núm. 303, de 14.12.2017).

per tal de computar l'esmentat termini de prescripció. I entén també que, si s'esmenés aquest defecte, la manca de concordança de la representació gràfica aportada requeriria fer ús de l'expedient de l'art. 199 de la Llei hipotecària.

El notari recorre al·legant, principalment, que no és necessària cap declaració administrativa suplementària quant al fet que no hi ha constància de cap expedient de disciplina urbanística relativa a la finca en els darrers sis anys. Argumenta que no es va tractar d'una segregació o divisió per formar dos o més lots ni per facilitar la construcció d'edificacions o d'instal·lacions, sinó que donada la petita entitat de la parcel·la segregada (encara no 82 m²) es tractava bàsicament de delimitar correctament dues finques confrontants. Entén que no cal la fiscalització administrativa de la segregació, d'acord amb els art. 17.1 i 25.1 del Decret 64/2014, de 13 de maig, atès que, donada l'agrupació immediata, no es creen noves finques. A més, explica que cap de les finques resultants té una superfície inferior a la mínima prevista legalment.

3.2. La segregació d'una porció de terreny està subjecta a fiscalització administrativa

La DGDEJ afirma de manera contundent que tota divisió es considera parcel·lació urbanística si té com a destinació usos urbans:

“Tota divisió, sigui quina sigui la classe de sòl, constitueix parcel·lació urbanística, segons l'article 191 del text refós de la Llei d'urbanisme i l'article 22 de l'esmentat Reglament [Decret 64/2014], essent definitiva de l'operació de parcel·lació la destinació a usos urbans. Aquest és el terme clau per a qualificar de parcel·lació urbanística l'operació de segregació de 81,60 m², ja que s'agrupa a dues finques urbanes més, i passa a formar una parcel·la qualificada com a urbana, en la qual s'ubica un habitatge unifamiliar amb piscina i jardí.”(FD 1.3 final)

La parcel·lació urbanística es defineix a l'art. 191.1 del Decret legislatiu 1/2010 i, d'acord amb l'art. 187 del mateix, es troba subjecta a llicència administrativa. La DGDEJ entén que el Decret 64/2014, com a norma de rang inferior que és, s'ha d'interpretar d'acord amb la Llei d'urbanisme i, en aquest sentit, no es pot compartir l'argumentació del notari segons la qual es deduiria de l'art. 17 del Decret que no cal llicència quan el terreny segregat s'agrupa immediatament a una altra finca, atès que llavors queda exclòs de la consideració de solar. Segons la DGDEJ, això darrer no treu que hi hagi parcel·lació, tal i com es desprèn de l'art. 24 del mateix Decret. I en el seu art. 25 la parcel·lació es subjecta a fiscalització administrativa, sens perjudici que l'òrgan municipal pugui declarar innecessària la llicència (art. 27), com també ho podria fer en el supòsit de l'art. 17, sense que constitueixi una excepció a la regla general de fiscalització (FD 1.2).

D'altra banda, la DGDEJ considera que:

“És cert que la petita entitat de la porció segregada fa que no pugui constituir, de cap manera, una parcel·la independent, i per aquest motiu és immediatament agrupada a les finques confrontants en l'escriptura que motiva la nota de qualificació. Però aquest argument, tot sol, és insuficient per a eximir de la llicència de parcel·lació d'aquesta porció de terreny, ja que el fet que no es faci constar al registre de la propietat com a finca independent no implica que físicament no ho sigui. D'altra banda, en la legislació urbanística no s'exigeix que la finca segregada tingui sempre la consideració de solar, ja

que les segregacions també poden produir-se en sòl no urbanitzable, o en sòl urbanitzable en el qual no s'hagi aprovat l'instrument de gestió corresponent.” (FD 1.3)

Per tant, la fiscalització administrativa es considera necessària per a tota segregació, encara que vagi immediatament seguida d'agrupació, sempre que es destini a usos urbans, ja que és aquesta destinació la que caracteritza la parcel·lació. Tot això sens perjudici que sigui l'administració urbanística pertinent la que declari que la llicència no és necessària.

En aquest cas, la DGDEJ dona per entès que la regulació aplicable als requisits de llicència administrativa per a les segregacions és la vigent en el moment en què se'n pretén la inscripció. La resolució no ho explicita, però en cap cas no es planteja (com tampoc no ho feien ni la qualificació ni el recurs) la possible aplicació de la normativa vigent el 1985 o el 1991, any en què va esdevenir feient la data del document privat per haver mort el comprador (art. 1127 del CC estatal; FD 2.5), de manera que sembla que implícitament es valida la tesi de la naturalesa registral de les operacions de segregació (per bé que en algun moment fa referència a possibles segregacions *de fet*, FD 1.3). Aquesta postura contrasta amb la mantinguda en la Resolució de 17 de juliol de 2009⁶, en què es va tenir en compte el moment de l'atorgament de l'escriptura de segregació, i en la Resolució de 18 de desembre de 2009⁷, en què es prenia com a referència la data de la sentència judicial en què s'ordenava practicar la segregació. Més propera a la tesi que sembla mantenir-se implícitament a la resolució que ara es comenta és la que recollia, explícitament, la Resolució de 13 d'abril de 2012 (JUS/901/2012, DOGC núm. 6130, de 17.5. 2012; comentada per ANDERSON a *InDret* 1/2013); en el seu fonament de dret 1.3 es podia llegir que:

“Les segregacions de finques, en canvi, són operacions jurídiques de transcendència purament registral. En conseqüència, el notari ha de donar compliment a la normativa vigent quan autoritza l'escriptura de segregació, agregació o divisió i el registrador, per a inscriure-la, ha d'exigir el compliment de la normativa vigent en el moment que l'ha d'inscriure. Així doncs, el registrador, quan qualifica una escriptura de segregació, divisió o agregació ha de prendre en consideració la normativa vigent quan el notari va autoritzar l'escriptura per a qualificar si aquest va efectuar els controls de legalitat, inclosos els de legalitat administrativa, vigents en el moment d'autoritzar-la, però, a més, també ha de qualificar si es compleixen els requisits i autoritzacions administratives que hi ha vigents en el moment de la presentació del document al Registre.”

Però malgrat aquest plantejament, a continuació la DGDEJ es pregunta quan va tenir lloc la segregació per tal de determinar si havia prescrit la possible acció per restablir la legalitat urbanística.

3.3. La prescripció de l'acció administrativa per restablir la legalitat urbanística

En aquest sentit, havent establert que la infracció urbanística més greu té un termini de prescripció de sis anys (art. 213 a 216 i, en particular, 227 del Decret legislatiu 1/2010) (FD 2.2; fixem-nos que s'aplica un règim sancionador a fets ocorreguts amb anterioritat a l'entrada en vigor de la norma que l'estableix; cfr DT setzena (2) del Decret legislatiu 1/2010), la DGDEJ es

⁶ JUS/2383/2009, DOGC núm. 5458, de 4.9.2009. Comentada per Marsal a *InDret* 4/2009.

⁷ JUS/3883/2009, DOGC núm. 5557, d'1.2.2010. Comentada per Marsal a *InDret* 2/2010.

planteja en primer lloc quin és el moment a partir del qual cal computar aquest termini i, per a determinar-ho, acudeix al dret civil català, como a dret comú aplicable amb caràcter supletori. El precepte rellevant és l'art. 121-23 CC, que condueix a la necessitat de determinar a partir de quin moment l'administració municipal va conèixer o podia haver raonablement conegut la segregació practicada i la persona contra la qual dirigir-se.

La data del document privat adquireix eficàcia front de tercers des del moment que mor un dels seus atorgants (en el cas que en ocupa, com ja s'ha apuntat, l'any 1991), però això no necessàriament determina que els tercers hagin tingut coneixement del seu contingut. Per aquest motiu la DGDEJ recorre a altres documents adjuntats: a la certificació registral on hi consta l'agrupació ja practicada no es diu quan es va produir, però més solució proporciona el certificat expedit per l'Ajuntament. En aquest es descriu ja la finca resultant de l'agrupació i s'identifica el propietari contra el qual es podia haver dirigit l'acció administrativa, en termes corresponents amb el certificat cadastral (FD 2.6). Interpretant-los conjuntament, la DGDEJ arriba a la conclusió que la finca a la qual es refereix la certificació de l'Ajuntament, en el sentit de palesar que no hi ha cap expedient de disciplina urbanística pendent i que no se n'ha incoat cap en els darrers sis anys, és la mateixa a la qual es refereix la certificació cadastral, que recull ja el resultat de la segregació i posterior agrupació. Per tant, "resulta acreditada la prescripció de l'acció administrativa per al restabliment de la legalitat urbanística, atès que fins i tot en el supòsit que l'Ajuntament no hagués pogut conèixer l'inici del *dies a quo* de la prescripció, explícitament reconeix que ja no pot exercir cap mesura per a restablir la legalitat urbanística en aquesta parcel·la [...]. Per aquest motiu, no és procedent que el Registre de la Propietat torni a demanar un altre document de reconeixement explícit d'innecessarietat de llicència de parcel·lació" (FD 2.7).

Al cap i a la fi, es tracta de no duplicar la càrrega de demanar nous certificats administratius quan de l'existent ja se'n dedueix que, encara que s'hagués incomplert la legislació urbanística, la pròpia entitat municipal accepta que ha prescrit l'acció que pogués emparar-la, i això tot i no haver-se determinat ni el *dies a quo*.

4. Resolució de 9 de desembre de 2019 (JUS/3526; DOGC núm. 8030, de 24.12.2019). Testament de persona subjecta a curatela sense intervenció dels dos facultatius requerits per l'art. 421-9 CC

4.1. Introducció

La resolució de 9 de setembre de 2019 resulta especialment significativa en un context en què l'ordenament català – com també altres del nostre entorn proper – necessita fer un pas cap endavant per tal d'implementar la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, fet a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificat per Espanya el 23 de novembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21.4.2008). Aquesta convenció requereix un notable canvi de paradigma, de manera que la regulació de les institucions de protecció i tots els aspectes de l'ordenament relatius a persones amb discapacitat efectivament parteixin de la regla general de la manca de limitacions de qualsevol tipus a la capacitat de les persones. I això és significament rellevant en l'àmbit successori, atès que les restriccions haurien d'establir-se només en atenció a la cura de la persona testadora, que és a qui es tracta de protegir.

En el supòsit en qüestió, la testadora havia estat judicialment incapacitada l'any 2015, establint-se en la sentència que tenia conservades les “facultats mentals superiors”, però que no tenia la capacitat d'obrar necessària per a dur a terme tot un seguit d'actes (entra altres, els relatius a tractaments mèdics, la realització d'actuacions complexes o d'administració del seu patrimoni, la determinació del seu lloc de residència, la subscripció de crèdits al consum o la contractació de targetes bancàries o de comerços; vegeu la relació de fets III, final), per als quals necessitava l'assistència d'un curador (una de les seves dues filles, que serà nomenada hereva).

L'any següent, el 2016, als 90 anys d'edat, va atorgar testament en què instituïa hereva la filla que exercia les funcions de curadora i llegava a la seva altra filla la llegítima. En el testament s'hi va fer constar l'existència de la referida sentència i que en ella no s'hi contenia cap pronunciament relatiu a la capacitat de testar. S'hi incorporava també fotocòpia d'un certificat mèdic emès per una metge geriatra segons el qual la testadora patia una demència lleu que no li impedia testar. El judici de capacitat del notari és també positiu. La testadora signa amb la seva empremta i compareixen i signen també dos testimonis instrumentals.

La testadora va morir l'any 2019 i l'hereva atorga escriptura d'acceptació de l'herència.

La registradora de la propietat denega la inscripció per incompliment de les formalitats extrínseques del testament, que s'ha de considerar nul per no haver-se respectat el que estableix l'art. 421-9 CC.

L'hereva recorre argumentant, essencialment, que la incapacitació va ser parcial, que no va referir-se a la capacitat per a testar i que, per tant, cal aplicar al testament i a la valoració notarial de la capacitat la presumpció favorable a la seva validesa. Entén la recurrent que, per tal que una persona es consideri incapacitada per a testar, cal que la incapacitat o l'afecció mental sigui “greu fins a l'extrem de fer desaparèixer la personalitat jurídica en la vida de relació de qui la pateix, amb exclusió de consciència dels propis actes” (relació de fets III).

En el seu informe la registradora manté la qualificació negativa, argumentant també que el Codi civil de Catalunya no distingeix entre persones incapacitades subjectes a tutela o a curatela a l'hora de requerir formalitats reforçades per tal de poder atorgar testament de manera vàlida – cosa ben certa, i que demostra un cop més la necessitat de reformar el dret civil català en aquest àmbit.

Es dona la circumstància que l'expedient té entrada a la DGDEJ quan ja ha transcorregut més de la meitat del termini per a resoldre. La resolució en deixa constància (relació de fets IV), però no es fa cap consideració ulterior al respecte.

4.2. El principi “pro capacitat” i la interpretació correctora de l'art. 421-9.2 CC

La DGDEJ, partint de les previsions recollides als art. 421-3 i 421-4 CC, recorda que la llibertat de testar és un dels principis fonamentals de tot l'ordenament jurídic i que per això poden testar els menors i també les persones incapacitades si tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament (FD 1.2). A diferència del que succeïa amb l'art. 116 del Codi de Successions, l'actual art. 421-9 deixa clar que només si hi ha hagut sentència d'incapacitació cal la intervenció de facultatius i estableix, en el seu apartat segons, dues qüestions que constitueixen una “autèntica especialitat normativa”: la possibilitat que fins i tot les persones incapacitades atorguin

testament en interval lúcid i el requisit de forma addicional que permet acreditar la capacitat natural en el moment de fer-ho. Se segueix, en aquest punt, el que va establir la Sentència TSJC de 7 d'abril de 2014⁸ (FD 1.4).

La posició de la DGDEJ respecte a la necessitat o no d'intervenció de facultatiu en aquest cas comporta una interpretació correctora de la literalitat de l'art. 421-9.2 CC, en el sentit d'entendre que la incapacitació a la qual es refereix el precepte ha de ser una incapacitació per a testar, que no es pot inferir de casos en què la incapacitació sigui parcial i no es faci previsió expressa al respecte. Així, els diversos arguments per arribar a aquesta conclusió s'expressen com segueix (FD 1.5):

“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 judicialment, 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 lliurement dels seus béns, no els 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', i caldrà entendre aquesta previsió en el sentit que ha d'estar incapacitat judicialment per a testar.”

Es fa, doncs, uns pas endavant en la flexibilització de la interpretació de l'art. 421-9.2 CC, que no per això en soluciona tots els problemes, atesa aquella necessitat de modificar els paradigmes de partida. En la pròpia resolució s'hi detecten encara, malgrat els esforços per arribar a una solució encertada i més propera a l'esperit de la Convenció internacional referida, algunes matisacions pròpies del sistema amb què s'ha operat durant tant de temps.

Així, al fonament de dret 1.6, s'hi pot llegir el següent:

“[M]algrat que pugui semblar estrany que la sentència que considera que la senyora Á. no tenia capacitat, actuant sola, 'per a realitzar actuacions complexes o d'administració del seu patrimoni' no l'hagi incapacitada per a atorgar testament, no podem, en l'àmbit reduït de la qualificació registral i d'aquest expedient (mancats d'elements de contradicció i de prova), interpretar-la en un sentit extensiu més enllà del que literalment ha fixat.”

⁸ ECLI:ES:TSJCAT:2014:4524.

A criteri de qui subscriu, no ha de semblar estrany, de cap manera, que una persona no pugui dur a terme bastants actes relatius al seu patrimoni i, en canvi, sí que pugui testar. L'acte de testar no compromet el patrimoni de la persona, única a qui es busca protegir; per tant, és lògic que la capacitat requerida per testar sigui inferior a l'exigida per dur a terme transaccions que potser, en moments de plena capacitat, puguin semblar fins i tot poc transcendents, però que poden tenir un impacte en les condicions de vida de qui les du a terme.

Una antiga sentència anglesa va fixar, per a aquell ordenament, uns criteris per determinar la capacitat de testar que encara ara operen: la persona ha d'entendre què representa fer testament; ha de tenir una idea general del seu patrimoni i ha de tenir presents les persones que podrien raonablement esperar rebre arran de la seva mort⁹. No cal més. No és necessari que la lucidesa sigui total. En el cas de referència, el testador havia estat internat múltiples vegades, entre altres causes, per temors irracionals (com ara creure que el perseguia una persona que havia mort feia anys), però va fer un testament racional, a favor de la neboda que vivia amb ell. Els esmentats criteris serveixen també per a altres casos en què la persona es troba en una zona grisa entre, el que fins ara anomenem encara, la capacitat i la incapacitat. Lluny queden els temps en què es creia que la salut mental, o es té o no es té. L'edat avançada pot conduir a què la persona es trobi en aquest tipus de zona grisa i no per això se li ha de negar la capacitat de disposar dels propis béns per causa de mort com prefereixi. De fet, el que resulta estrany és que una sentència, fins i tot d'incapacitació "total" (mentre encara existeixin), gosi pronunciar-se sobre la capacitat de testar, atès que, per definició, no pot excloure l'interval lúcid.

En segon lloc, la DGDEJ es veu obligada a justificar el que podria semblar un canvi de criteri respecte a la seva resolució de 26 de novembre de 2015¹⁰ i ho fa perquè el cas no era anàleg. Es tractava d'un testament atorgat per notari que desconeixia l'existència d'una prèvia incapacitació "absoluta" i la DGDEJ va considerar que la manca d'intervenció dels dos facultatius en determinava la nul·litat per defecte de forma, fins al punt que no es podrien salvar les seves disposicions malgrat que la persona es trobés en un moment de plena lucidesa al moment de testar. Tot i la inseguretats jurídica que això pogués causar, l'evolució en la manera de pensar quant a aquestes qüestions hauria pogut justificar un canvi de criteri de l'òrgan resolutori. Es pot admetre, encara ara, que un requisit estrictament formal (el fonament del qual, a més, el notari podia desconèixer) passi pel damunt del principi de llibertat de testar i de presumpció de capacitat?

La resolució acaba fent referència a la cura que va tenir, en el cas que va motivar-la, el notari, a l'hora de comprovar la capacitat (FD 2.3) i al fet que permetre la inscripció de l'acceptació d'herència no comporta un pronunciament sobre la capacitat de la testadora (que hauria de fer un tribunal) i que en cap cas perjudica la posició de l'altra legitimària i dels instituïts en el testament que el de referència revoca, atès que mantenen intactes les possibilitats d'accionar contra l'hereva, tant per reclamar la llegítima com per impugnar el testament per manca de capacitat (FD 2.4). Des del punt de vista registral, a aquestes consideracions s'hi podria afegir el fet que la fe pública registral restarà suspesa durant dos anys (art. 28 de la Llei hipotecària).

En definitiva, és una resolució valenta, que podria haver estat encara més ambiciosa en els seus plantejaments de fons, però no per això és menys benvinguda.

⁹ *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549.

¹⁰ JUS/2904/2015; DOGC núm. 7022, de 21.12.2015. Comentada a *InDret* 2/2016.

5. Bibliografia citada

Miriam ANDERSON (2019), “Recursos gubernatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques”, *InDret* 4.2019, disponible a: <http://www.indret.com/pdf/1494.pdf>

Miriam ANDERSON (2016), “Recursos gubernatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques”, *InDret* 2.2016, disponible a: http://www.indret.com/pdf/1226_ca.pdf

Víctor Esquirol Jiménez (2020), “Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat”, 2 *La Notaría* (2019), en premsa, consultat per cortesia de l’autor.

Joan MARSAL GUILLAMET (2010), “Recursos gubernatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques”, *InDret* 2.2010, disponible a: http://www.indret.com/pdf/735_cat.pdf

Joan MARSAL GUILLAMET (2010), “Recursos gubernatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques”, *InDret* 1.2010, disponible a: http://www.indret.com/pdf/714_cat.pdf

Joan MARSAL GUILLAMET (2009), “Recursos gubernatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques”, *InDret* 4.2009, disponible a: http://www.indret.com/pdf/675_cat.pdf

Joan MARSAL GUILLAMET (2007), “Recursos gubernatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques”, *InDret* 2.2007, disponible a: http://www.indret.com/pdf/434_ca.pdf

María TENZA LLORENTE (2019). “Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas”, 201 *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, pàg. 18 i seg.