

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6690** *Resolución de 25 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Alicante n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Francisco José Tornel López, notario de Elche, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Alicante número 3, don Fernando Trigo Portela, por la que se deniega la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Elche, don Francisco José Tornel López, el día 1 de diciembre de 2016, con el número 3.759 de protocolo, doña M. B. E. otorgó la aceptación y manifestación de la herencia causada por el óbito de don A. G. G., que había fallecido dejando viuda de segundas nupcias -la misma otorgante- y cuatro hijas de anterior matrimonio llamadas doña C., doña E., doña A., y doña B.G.G.

En su último testamento otorgado ante el mismo notario el día 22 de enero de 2015, «nombra e instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a su esposa doña M. B. E., sustituida vulgarmente por sus descendientes (...) Deshereda a sus hijas doña C. G. G., doña E. G. G., doña A. G. G. y doña B. G. G., habidas de su anterior matrimonio con doña E. G. A., y a todos los descendientes de éstas, por la causa establecida en el artículo 853, número 2.º del Código Civil, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2014». No consta en el testamento ninguna mención más ni identificación alguna respecto de los nietos, hijos de las desheredadas.

En la citada escritura de manifestación y aceptación de herencia se incorpora un escrito privado, hecho en tipografía mecánica de letras de imprenta, que aparece firmado por el causante y figura fechado el día 23 de septiembre de 2014, justificativo del contenido del testamento, en orden a la desheredación, y se manifiesta en la escritura que es la base sobre la que se otorga la manifestación y aceptación de herencia.

##### II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Alicante número 3 el día 29 de diciembre de 2016, y fue objeto de la nota de calificación que, a continuación, se transcribe: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por doña A. M. T. B., el día 29/12/2016, bajo el asiento número 504, del tomo 150 del Libro Diario y número de entrada 10190, que corresponde al documento autorizado por el notario de Elche/Elx Francisco José Tornel López, con el número 3759/2016 de su protocolo, de fecha 01/12/2016, en unión de copia autorizada del testamento y de las certificaciones de defunción y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad del causante, y certificado de matrimonio entre dicho señor y doña M. B. E., ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Aunque se considerase válida la desheredación, no

obstante los hijos o descendientes de las hijas desheredadas ocuparían su lugar, y conservarían los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, máxime cuando en el testamento no se identifican a los descendientes de las hijas del causante.—. Fundamentos de Derecho: Artículo 857 y 1.056.1 del Código Civil. Artículo 857 del Código Civil: «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».—Y artículo 1.056.1 del Código Civil: «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.» Y por tanto se procede a la denegación de los asientos solicitados del documento mencionado. Contra esta calificación (...) Alicante, doce de enero del año dos mil diecisiete. El Registrador de la Propiedad (firma ilegible), Fdo: Fernando Trigo Portela».

### III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Pego, doña Teresa Aparicio Marín, quien, con fecha de 9 de febrero de 2017, emitió calificación confirmando la del registrador de la Propiedad de Alicante número 3.

### IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Francisco José Tornel López, notario de Elche, interpuso recurso el día 8 de marzo de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «1.—Ante la dificultad de la aplicación práctica de la desheredación por maltrato psicológico en el momento de practicarse la partición hereditaria, fundamentalmente de tipo probatorio, se incorpora a la escritura de manifestación y aceptación de herencia escrito redactado por el causante, de fecha anterior al otorgamiento del testamento que sirve de base a la formalización de la escritura de partición de herencia, en el que justifica el contenido de su testamento, y en el que expresa la causa de desheredación respecto de sus hijas y los descendientes de éstas, cual es el abandono del padre por todas sus hijas y por todos sus nietos, que no tienen ningún vínculo familiar con el testador y que es contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno filial (textualmente escribe el causante en el documento incorporado que «a partir de mi separación de su madre por desavenencias conyugales, siendo todas ellas mayores de edad, adoptaron una postura de total enfrentamiento hacia mí»). De dicho escrito resulta una ruptura absoluta de comunicación, extendida en el tiempo (más de veinte años), de las hijas del testador y de sus descendientes, que ha provocado un verdadero padecimiento en el testador (textualmente manifiesta «Yo no formo parte de sus familias. No he acudido ni a sus bodas, ni bautizos, comuniones de sus hijos a los que puedo decir que en realidad no conozco, porque ver a una persona un rato una vez en la vida, no es conocerla. Para mí no existen Navidades, ni día del Padre, ni cumpleaños, ni Santos ni nada. Yo estoy totalmente abandonado por mis hijas, que desde que me separé hace más de veinte años, tornaron la decisión de olvidar que tenían un padre»). Las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2.014 y de 30 de Enero de 2.015 establecen que el abandono emocional de los padres por los hijos supone un maltrato psicológico que puede considerarse como maltrato de obra a los efectos de desheredación del artículo 853.2 del Código Civil español, abandono que se ha producido en el caso concreto que nos incumbe. 2.—Una vez considerada válida la desheredación, que puede probarse en base a los argumentos antes expuestos, ha de determinarse si los hijos o descendientes de las hijas desheredadas están plenamente identificados en la escritura de partición de herencia. Del documento incorporado a la escritura de partición de herencia firmado por el causante y al que se ha hecho referencia anteriormente, resulta que la situación de abandono es también predicable para todos sus nietos, que están perfectamente determinados, no pudiendo dudarse de

los sujetos afectados pues son todos mayores de edad y todos vivían al tiempo de otorgarse el testamento del causante, por lo que todos ellos incurren en la misma causa de desheredación, teniendo todos ellos aptitud para ser desheredados. Si bien en dicho documento, que no olvidemos está incorporado a la escritura de partición de herencia, no se cita el nombre y apellidos de los nietos, se designa a los mismos de forma clara y diáfana, están subsidiariamente perfectamente determinados, debiendo aplicarse a este supuesto, en orden a la identificación de los nietos, lo establecido en el artículo 772.2 del Código Civil, entendiéndose que si es aplicable a la designación de heredero, es también aplicable para la designación de quienes son desheredados (respecto de alguno de ellos no sabía ni que existían, cita textualmente «tuvo hijos y yo ni me enteré. Hace como dos años, me llamó en un par de ocasiones. Uno de esos días, quedamos y trajo a sus hijos. No les he vuelto a ver más, ni he recibido una llamada de ellos.»). Sostener la tesis contraria, supondría imponer al testador, en el momento de otorgar el testamento, o, en su defecto, al heredero instituido, en el momento de formalizar la escritura de partición de herencia, una labor de investigación impropia y excesiva, máxime teniendo en cuenta que la causa de desheredación, en este caso concreto, es el abandono familiar, que produce una relación familiar inexistente».

V

Mediante escrito, de fecha 9 de marzo de 2017, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución española; 807, 853, 854, 857, 772 y siguientes, 1056 y 1058 del Código Civil; 209 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959, 17 de junio de 1967, 24 de octubre de 1972, 31 de octubre de 1995, 29 de noviembre de 2012, 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1897, 26 de junio de 1901, 24 de febrero de 1950, 16 de julio de 1991, 21 de febrero de 1992, 13 de septiembre de 2001, 21 de mayo de 2003, 30 de enero de 2004, 31 de marzo y 19 de mayo de 2005, 23 de febrero y 13 de diciembre de 2007, 31 de enero y 24 de octubre de 2008, 29 de septiembre de 2010, 6 de marzo y 23 de mayo de 2012, 21 de noviembre de 2014 y 29 de enero, 6 de mayo, 6 de junio y 1 de septiembre de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación y aceptación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: la otorga por sí sola la única heredera, viuda del causante; las cuatro hijas del causante han sido desheredadas en el testamento -de fecha 22 de enero de 2015- por la causa del artículo 853.2 del Código Civil; acompaña a la partición un documento privado que se manifiesta suscrito y firmado por el testador con fecha 23 de septiembre de 2014, en el cual se hacen una serie de manifestaciones y justificaciones sobre las causas de la desheredación que posteriormente se realiza en el testamento.

El registrador señala como defecto que aunque se considerase válida la desheredación, no obstante los hijos o descendientes de las hijas desheredadas ocuparían su lugar, y conservarían los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, máxime cuando en el testamento no se identifica a los descendientes de las hijas del causante.

El notario recurrente alega que se acompaña a la escritura un escrito redactado por el causante, de fecha anterior al otorgamiento del testamento, en el que justifica el contenido de su testamento, y en el que expresa la causa de desheredación respecto de sus hijas y los descendientes de éstas, cual es el abandono del padre por todas sus hijas y por todos sus nietos, que no tienen ningún vínculo familiar con el testador y que es contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno filial; que respecto de la falta

de identificación de sus nietos, éstos están perfectamente determinados, y aunque no se los denomina por sus nombres, ya que no los conoce, en virtud de lo dispuesto por el artículo 772 del Código Civil, se entiende aplicable para los desheredados la misma designación que para los herederos.

2. En primer lugar, hay que aclarar que el documento incorporado a la escritura de herencia, no reúne las formalidades ni solemnidades necesarias para ser considerado como una disposición de última voluntad. No se trata de un testamento ológrafo ya que no está manuscrito por el testador, ni la fecha es fehaciente, ni consta fehacientemente la autoría, por lo que en definitiva no puede ser tomado jurídicamente en consideración. En consecuencia de nada sirven las alegaciones hechas en relación con este documento, por mucho que se haya incorporado a un protocolo notarial.

Pero es que además, en el caso de haber reunido los requisitos necesarios y solemnidades exigidas por la ley para ser considerado como un testamento o una disposición de última voluntad, la fecha del documento es anterior a la del testamento por lo que quedaría revocado de pleno Derecho por este último. Por lo tanto, la resolución del expediente lo tiene que ser únicamente a la vista del contenido del último testamento del causante, que es el de 22 de enero de 2015.

3. En segundo lugar, no se ha puesto en cuestión por la calificación, la validez de la desheredación, sino la falta de concurrencia y en su caso la identificación de los hijos o descendientes de las hijas desheredadas, que ocuparían su lugar, y conservarían los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima. En consecuencia, huelgan las alegaciones relativas a la justicia de la causa de la desheredación, que no ha sido cuestionada como defecto en la calificación.

4. En el testamento objeto de este expediente, se dispone que «deshereda a sus hijas doña C. G. G., doña E. G. G., doña A. G. G. y doña B. G. G., habidas de su anterior matrimonio con doña E. G. A., y a todos los descendientes de éstas, por la causa establecida en el artículo 853, número 2.º del Código Civil». Nada se cuestiona respecto de la identificación de las hijas desheredadas, que cumple con los requisitos necesarios, pero sí se objeta la identificación de los nietos a los que deshereda, que resulta anodina -«(...) y a todos los descendientes de éstas (...)»-.

En este punto y en cuanto a la eficacia de la partición habiendo desheredados, este Centro Directivo ha dicho (Resoluciones en «Vistos») que «la desheredación es una institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas tasadas establecidas en la ley. Es decir, la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte impone la expresión de una causa legal, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quien incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad. Por eso se plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la designación de heredero «por su nombre y apellidos» (cfr. artículo 772 del Código Civil). Subsidiariamente habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado». En el supuesto de este expediente, no se cumplen suficientemente estas exigencias.

Consecuentemente, este punto del recurso debe ser desestimado, por cuanto en el presente expediente la desheredación no puede alcanzar a la totalidad de los descendientes de forma genérica y sin identificación precisa, habiendo nietos del causante, hijos de los desheredados, respecto a quienes no se puede justificar ningún motivo concreto de desheredación (cfr. artículos 857 y 973.2 del Código Civil), habida cuenta que no están identificados los nietos desheredados -que por otra parte pueden ser menores o incapacitados y por lo tanto inimputables para concurrir en causa de desheredación- todo ello, además, sin perjuicio de la declaración judicial sobre el carácter justo o injusto de la desheredación.

5. Por otro lado, la doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones en «Vistos») ha determinado que «la desheredación requiere que se le atribuya al desheredado una acción (u omisión) que la ley tipifique como bastante para privarle de la legítima, y que haya ocurrido antes de que se otorgue el testamento. Pero, en realidad, esta exigencia conlleva, además de la identificación del legitimario afectado y la expresión de la causa desheredationis (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza), la existencia del desheredado al tiempo en que se formalice testamentariamente la voluntad de su exclusión y que entonces tenga aptitud para ser excluido. No cabe olvidar que la voluntad del testador debe interpretarse conforme a las circunstancias existentes al tiempo del otorgamiento testamentario, no de su defunción. En efecto, el ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador descansa en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil -a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas- no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; en el presente supuesto la negativa de alimentos por parte de los ascendientes a quienes se deshereda... Es cierto que en nuestro sistema, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, basta para que la desheredación sea eficaz la simple expresión testamentaria de la causa legal, o de la conducta tipificada como tal, que se imputa al sujeto desheredado, sin que, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, sea precisa ex ante la prueba de la certeza de la causa desheredationis. Esta prueba sólo se impone, a cargo del favorecido por la desheredación, cuando el privado de la legítima impugnase la disposición testamentaria. En consecuencia, cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima... Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo... Por ello... si bien los llamados en testamento (o, en defecto de llamamiento testamentario, por ley) pueden, por si solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes». En consecuencia, deben ser identificados los desheredados a los efectos de determinar que efectivamente son imputables por lo que se refiere a la causa de

desheredación alegada y esto no ocurre en el testamento del causante, en el que la escueta mención «y a todos los descendientes de éstas» es notablemente insuficiente.

6. En cuanto a si los hijos o descendientes de los padres desheredados ocupan su lugar y conservan sus derechos como herederos forzosos respecto de la legítima, el artículo 857 del Código Civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

En definitiva, como ha reiterado la doctrina de esta Dirección General (por todas, la Resolución de 21 de noviembre de 2014), respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción, cabe recordar que, como ya ha declarado reiteradamente el Centro Directivo, la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (Resolución de 13 de septiembre de 2001). Por ello, debe concluirse que en el caso de este expediente, no podrá prescindirse del consentimiento de los legitimarios. En consecuencia, produce sus efectos la manifestación de herencia realizada por esa única heredera pero con el consentimiento de los nietos legitimarios y tanto en cuanto no se haya producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado. En el supuesto de este expediente, no concurre el consentimiento de los nietos legitimarios.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

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

Madrid, 25 de mayo de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.