

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**2947** *Resolución de 10 de febrero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Xirivella, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña C.M.R. contra la calificación de la registradora de la propiedad de Xirivella, doña María de los Ángeles Pineda Lázaro, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia Don Fernando Pérez Narbón, el día 24 de julio de dos mil veinte, con número 929 de protocolo, se formalizó la manifestación y adjudicación de la herencia de doña M.G.C., quien falleció el 7 de mayo de 2020, viuda y con tres hijos, don A.M.G., don J. M.G. y doña M.M.G. En el testamento que sirve de base a la escritura, otorgado el 15 de octubre de 2015 dispone que «Deshereda a sus hijos A. y J. M.G., por las causas previstas en el artículo 853 del Código Civil. Si las causas de desheredación fueran impugnadas y prospera dicha impugnación, la herencia de los mencionados hijos quedaría limitada a la legítima estricta»; además instituye única heredera a su hija doña M.M.G. y nombra contadora-partidora a doña C.M.R.

En la escritura, otorgada por la contadora-partidora y la heredera, aquella hace constar que el motivo de la desheredación se justifica con el acta de manifestaciones autorizada por el mismo notario el 21 de octubre de 2015, que se testimonia. La otorga la testadora con dos testigos y en ella manifiestan que, dado el estado físico en que se encuentra aquella por su avanzada edad, no puede vivir sola y necesita ayuda «tanto para su aseo personal, como para cualquier otro cuidado de alimentación, médico, etc.»; que su hija doña M.M.G. y el esposo de ésta han tenido que dejar su vivienda habitual y desplazarse a la vivienda de la testadora para dispensarle todos los cuidados que necesita, haciéndose cargo de todos ellos, sin percibir remuneración alguna; que los otros dos hijos de la testadora, ante la situación de dependencia de ésta, han cortado todo contacto con la misma, circunstancias sobre la que los testigos realizan determinadas aseveraciones concretadas a los últimos cinco años para confirmarlas.

Asimismo, consta en dicha escritura que, antes de su otorgamiento y mediante actas de requerimiento de 3 y 6 de julio de 2020 que se testimonian, se ha dado conocimiento a los hijos de la causante don A.M.G. y don J.M.G. de que habían sido desheredados por ella en su referido testamento, por las causas que manifestó en el acta de 21 de octubre de 2015, y se les notifica que en la notaría referida «se encuentra preparada para su firma el próximo día 24 de julio de 2020, a las 10 horas, la escritura de herencia de su madre, lo que se le comunica a los efectos oportunos». En el acta respectiva, don J.M.G. contestó lo siguiente: «Primera. - Esta parte niega que exista causa legal de desheredación y manifiesta su voluntad de impugnar el testamento otorgado por la difunta doña M.G.C. por desheredación injusta (...). Tercera. - Me niego a que se efectúe escritura de la herencia en los términos expuestos».

En la escritura se adjudican los únicos bienes de la herencia (valorados en 43.896,33 euros) a la instituida heredera.

## II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Xirivella y fue objeto de calificación negativa por la registradora, doña María de los Ángeles Pineda Lázaro, que a continuación se transcribe:

«La Registradora que suscribe, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Escritura de partición y adjudicación de herencia de la causante doña M.G.C., otorgada en Valencia, el día veinticuatro de julio de dos mil veinte, unte su Notario don Fernando Pérez Narbón, protocolo número 929, debidamente liquidada, en unión de Justificante acreditativo de la Declaración del Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana; de certificaciones de defunción del Registro Civil de Xirivella, certificados del Registro General de Actos de Ultima Voluntad; testamento de Doña M.G.C. y en unión de Acta de manifestaciones y requerimiento otorgada ante el Notario de Valencia, Don Fernando Pérez Narbón, de fecha 21 de octubre de 2015, protocolo 1546, y Actas de requerimiento otorgada ante el Notario de Valencia, Don Fernando Pérez Narbón, de fecha tres de julio de 2020, protocolo 791, otra de fecha 6 de julio de 2020, protocolo 802; la cual ha sido presentada en este Registro el día 15 de septiembre de 2020, y que ha causado en asiento de presentación número 313 del Diario 62; Finca –datos registrales–: Número 11.494 de Xirivella; Interesados: Doña M.M.G..

Fundamentos de derecho:

Se suspende la inscripción del presente documento en cuanto a la finca registral arriba indicada por existir los siguientes defectos subsanables:

1. En cuanto a la herencia de doña M.G.C., es necesario contar con la intervención de los hijos descendientes de los dos hijos desheredados por la causante en su testamento, de conformidad con los artículos 857 y 1.058 del Código Civil y artículo 80, 1 a) del Reglamento Hipotecario y concordantes.

A su vez debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, cual ha sido la causa concreta de la desheredación, así como la aptitud genérica del desheredado para serlo. Esto es, se debe acreditar la imputabilidad de los desheredados en el momento de la desheredación. «El desheredado ha de ser 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. 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" Resolución de la DGRN de 1 de septiembre de 2016.»

Por ello, si bien los llamados en testamento por ley pueden, por sí 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.

Vistos los artículos 806, 850, 851, 857, 885, 1.057 y 1.058 del Código Civil; 14, 15 y 16 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento; así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 2001; 31 de marzo de 2005; 1 de marzo de 2006; 25 de febrero de 2008, 22 de mayo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 23 de mayo de 2012.

Como ha resuelto anteriormente la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de fecha 31 de marzo de 2005, hay que entender eficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el

testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados – artículos 850 y 851 del Código Civil– Y en la sucesión objeto de la presente, consta por Diligencia extendida el día nueve de julio de dos mil veinte, la comparecencia ante el Notario de Valencia, Don Vicente Sorribes Gisbert, de Don J.M.G., uno de los desheredados, al objeto de manifestar su voluntad de impugnar el testamento de la causante.

Asimismo, siendo desheredado un hijo del testador, la cualidad de legitimarlo pasa a los hijos de éste, de conformidad con lo que establece el artículo 857 del Código Civil.

En conclusión, los hijos de los descendientes desheredados han de intervenir en la partición, pues como también ha dicho la Dirección General en su resolución de fecha 25 de febrero de 2008, la especial cualidad del legitimarlo en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia –artículo 1057.1 del Código Civil–, de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

Contra la presente calificación cabe (...)

Xirivella, a uno de octubre de dos mil veinte. La Registradora. Fdo. María de los Ángeles Pineda Lázaro».

La notificación de esta calificación fue recibida por el presentante del título el 19 de octubre de 2020.

### III

El 18 de noviembre de 2020, por escrito que entró en el referido Registro al día siguiente, doña C.M.R. interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente:

«(...) Antecedentes.–En fecha 15 de Septiembre del 2020, se procedió a presentar en el Registro la escritura de Partición y Adjudicación de la herencia de la Causante Dña. M.G.C., otorgada en Valencia el día 24 de Julio del 2020, ante el Notario D. Fernando Pérez Narbón, protocolo 929, debidamente liquidada, junto con el certificado de últimas voluntades, testamento de M.G.C. y en unión de un acta de manifestaciones de los testigos que asentían la voluntad desheredación de Dña. M.G.C. y requerimientos a los hijos de Dña. M.G.C. comunicándoles la voluntad de su difunta madre e indicándoles el día en que se iba a efectuar en la notaría la partición y adjudicación.

El Registrador de la Propiedad de Chirivella en fecha uno de octubre del 2019 del 2020, notificada a esta parte el día 19 de octubre del presente, extiende resolución indicando que previo examen y calificación del documento resuelve no practicar la inscripción solicitada por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia.

Conforme a los hechos y fundamentos expuesto en la resolución y considerando esta parte que la Resolución no es ajustada a derecho, dentro del plazo conferido al efecto, procede a recurrir la misma, en base a los siguientes

#### Alegaciones

Primera. Una vez recabada la documentación acreditativa de los extremos alegados por el Registrador de la Propiedad, en su resolución negativa, tanto en lo referente a sus Hechos como en sus Fundamentos de Derecho. Se advierte que ha sido aportado por error el testamento que otorgo Dña. M.G.C. el día 15 de octubre del 2015 ante el Notario de Valencia D. Fernando Pérez Narbón, con número de protocolo 1512, cuando se debía haber aportado el último testamento tal y como se indica el Certificado de Últimas Voluntades. Dicho testamento corresponde al realizado por Dña. M.G.C. en fecha 31 de mayo de 2017, ante el Notario de Valencia D. Fernando Pérez Narbón con número de protocolo 952.

A la vista de ello, el día 10 de Noviembre de 2020, se efectuó por el Notario D. Fernández Pérez Narbón, una Diligencia, indicando el error involuntario acometido, al hacer constar como valido el testamento de fecha 15 de octubre del 2015, con número de protocolo 1512 transcribiéndose el mismo en el propio cuerpo de la escritura e incorporándose por testimonio fotocopia autorizada en los documentos incorporados, ERROR que el Registrador de Chirivella, no se da cuenta y del que no trae causa para efectuar la resolución negativa de inscripción de la finca 11.494.

Dicha Diligencia, fue presentada en ese Registro para su inscripción el día 11 de noviembre del 2020, con el fin de que subsanado el error, se proceda a la inscripción de la finca 11.494. al no existir defecto alguno conforme a la Legislación hipotecaria y al Código Civil, al haberse practicado las operaciones correspondientes al día de hoy.

Segundo. Una vez rectificado el error y aportado el testamento correcto que da lugar a la escritura de partición y adjudicación de herencia de la causante Doña M.G.C., se desprende:

Que la causante Dña. M.G.C., el día 31 de mayo del 2017 comparece en la Notaria de D. Fernando Pérez Narbón, para otorgar testamento en el que Deshereda a sus dos hijos A. y J. y a su Estirpe (hijos de sus hijos) de ambos hijos desheredados por las causas previstas en el art 853 del Código Civil, amparada por el acta de manifestación efectuada por dos testigos en fecha 21/10/2015; que ratifican las causas de desheredación. Nombra heredera a su hija M.; con derecho a sustitución y además manifiesta, que si las causas de desheredación fueran impugnadas y prosperara dicha impugnación, el reparto de los bienes de la testadora será, el tercio de legítima estricta, pero además añade que para poder cuantificar la legítima estricta, se tengan en cuenta los créditos que tienen sus hijos con ella por el dinero que le ha entregado en vida y continua manifestando que su hijo A.M.G. le adeuda 78.900 euros y su hijo J.M.G. 45.000 euros y a su hija M.M.G. la cantidad de 25.000 euros.

Una vez deducidas dichas cantidades, en pago de la legítima estricta que les corresponda a sus hijos A. y J., les será adjudicado a los mismos la porción que les corresponda sobre el piso en Xirivella, calle (...)

Calculada la legítima estricta de la masa hereditaria que consta en la escritura de herencia, de Dña. M.G.C., la misma ascendería a 4.877,37 euros, para cada hijo, y teniendo en cuenta la voluntad de la difunta de descontar los créditos que en vida tenía cada hijo con ella, aun les quedaría un saldo deudor a ambos; dado que A. adeudaba a su madre 78.900 euros y J. 45.000 euros. Por lo que otorgándoles la legítima estricta A. adeudaría 74.022,63 euros y J. adeudaría 40.122,63. Motivo por el cual tampoco se les adjudico.

A la vista de ello, y efectuados los requerimientos notariales a los hijos de la difunta A. y J. se comprueba que ha quedado cumplida la voluntad de la causante en la escritura de partición y adjudicación de la herencia de Dña. M.G.C., autorizada por el Notario D. Fernando Pérez Narbón en fecha 24 de Julio de 2020, con número de protocolo 929, herencia aceptada por Dña. M.M.G. como heredera, adjudicándose los bienes inventariados en la escritura referida.

Tercero. Dicha escritura fue calificada negativamente en el Registro de la Propiedad y se fundamentaba esta calificación en que en la herencia es necesario contar con la intervención de los hijos o descendientes de los hijos en virtud del art 857 y 1058 del Código Civil y el art 80,1 a) del Reglamento Hipotecario.

A su vez considera que se debe acreditar la imputabilidad de la desheredación en el momento de la desheredación y que la misma se funde en justa causa, e igualmente en el requerimiento efectuado a D. J.M.G. el mismo, manifiesta su voluntad de impugnar.

Asimismo, entiende el Registrador que los hijos del desheredado tienen derecho a la legítima de conformidad con el art 857 del Código Civil, y deben comparecer en la partición para ocupar el lugar del desheredado.

Cuarto. Esta parte con la diligencia aportada el día 11 de noviembre del 2020, ha acreditado, que la testadora:

Deshereda, por la causa prevista en el artículo 853-2.<sup>a</sup>, A sus dos hijos, A. y J. a los que identifica por sus nombres y apellidos, «y a toda la descendencia de éstos» y nombra heredera universal a su hija M.

En la escritura de herencia, que se otorga, al sentar las bases particionales, se relacionan las disposiciones testamentarias relativas a la desheredación y a la institución de herederos.

Presentada la diligencia de subsanación del error involuntario acontecido con la aportación del testamento. Consideramos 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 los herederos forzosos, 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. Y esa voluntad en la presente herencia está bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, indica con el acta de manifestación de los testigos la causa legal de la desheredación, probada por el testador con dicho documento e identificando a los hijos que desheredaba, siendo ambos hijos maduros física y mentalmente y responsables de sus actos maltrato de obra, por abandono absoluto a su madre. Y aún más, el testador impone la condición de descotarle el crédito por ella otorgado en caso de impugnación.

En el presente caso se deshereda por la misma causa, a dos hijos, perfectamente identificados, y, a sus descendientes. Esta es la voluntad testamentaria. Desheredaba a sus hijos y la estirpe ósea hijos de sus hijos los cuales tampoco tienen derecho a la herencia al haber sido desheredados, no pudiendo ocupar el lugar de su progenitor, ya que en caso de impugnación la testadora dispone que se les otorgaría la legítima estricta descontando los créditos otorgados por ella en vida, por lo que efectuados los cálculos matemáticos, seguirían siendo deudores, sin tener participación alguna en el inmueble. No cabe olvidar que la voluntad del testador debe interpretarse conforme a las circunstancias existentes al tiempo del otorgamiento testamentario, no de su defunción, aunque son las mismas ya que ni acudieron a su despedida ninguna de los desheredados.

La exigencia del registrador, conduce a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio, lo que no es admisible.

El principio supremo, la ley que rige la sucesión es la voluntad del testador (principio recogido en diversos artículos del Código Civil: 658; 8.8 también rige en derecho internacional privado este principio). La voluntad, en este caso, está expresada en la desheredación. La escritura, autorizada en base al testamento, contiene simplemente desheredaciones expresas, con causa, que son la voluntad del testador. Hecha la desheredación expresa, de sus hijos y la estirpe de sus hijos desheredados. Por lo que la interpretación de las cláusulas testamentarias ha de hacerse fundamentalmente en sentido literal (art. 675 del Código Civil), y, por tanto, se ha de respetar la desheredación expresamente hecha. Si el testador ha hecho una o varias desheredaciones expresas hay que pasar por ello, es su voluntad. Están expresamente desheredados sus dos hijos, y su estirpe.

En caso de desheredación, cualquier reclamación por parte de los desheredados se ha de plantear en los Tribunales de Justicia, exclusivamente por vía judicial. Combinando lo anterior, nos da el siguiente funcionamiento práctico: Ante una testamento que contiene desheredación expresa de cualquier tipo, los llamados en el testamento – herederos y/o legatarios– pueden, por sí solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, y sin necesidad del concurso de él o los desheredados expresamente respetando, pues, la voluntad del testador; el notario puede autorizar la correspondiente escritura pública de herencia, sin contar con los expresamente desheredados; recabar las manifestaciones complementarias y oportunas, especialmente las relativas a los hechos negativos; y si contiene inmuebles, se puede solicitar su inscripción en el Registro de la Propiedad competente.

Si algún desheredado se cree con derechos de legítima derivados de la sucesión, es, exclusivamente, en los Tribunales, donde puede interponer su reclamación. Sin que ello conlleve la suspensión de la inscripción registral'.

El titular del Registro de la Propiedad no tiene competencia para garantizar los eventuales derechos de él o los desheredados expresamente, sino que la vía judicial es la única para esta reclamación de los posibles derechos de legítima de él o los desheredados. Ante los Tribunales es donde habría que impugnar y debatir, en un contencioso, los posibles temas derivados de la desheredación ya hecha –y, en su caso, de la herencia ya hecha–. En esa sede se podrían revisar: el testamento, y la forma de la desheredación, la causa legal de la desheredación y la prueba de su certeza, los derechos de legítima u otros y la cuantía de los mismos, la legítima de las stirpes desheredadas, etc.

En nuestro caso, estos requisitos están cumplidos, y estas manifestaciones se han vertido en la escritura de fecha 24 de Julio de 2020, número 929 del protocolo, del Notario D. Fernando Pérez Narbón, junto con la diligencia emitida el 10 de noviembre del presente.

En cuanto a la figura del contador partidor, según la Doctrina deducida de la Resolución de 31 de marzo de 2005: ha de respetar la desheredación hecha por el testador, ha de respetar la voluntad del testador, y no se la puede saltar adjudicando bienes para pagar las posibles legítimas. Por tanto, la reclamación de la posible legítima habría de ser exterior al documento público particional, ante los Tribunales; según confirmó el defecto la Dirección General de los Registros y del Notariado, a favor de la tesis del registrador, no vale ni siquiera el reconocimiento de la legítima, y abono de bienes en pago de la legítima, hechas en el documento particional, porque contravienen la voluntad del testador, que era la de la desheredación expresa y privar de la legítima. Aplicado a nuestro caso, hecha la desheredación expresa, con causa, en testamento – documento que contiene la voluntad suprema del testador, principio básico de la sucesión–, a los hijos y a su descendencia, la reclamación de los derechos de legítima posibles, de él o los desheredados, ha de ser en tribunales, no queda bajo la salvaguardia del registrador; lo que coincide con el argumento que ya hemos expuesto.

A la vista de todo lo manifestado, no nos queda más que considerar que los registradores de la Propiedad tienen taxativamente prescrita la órbita de sus atribuciones en los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, la cual no pueden traspasar sin menoscabo de la misma y sin constituir una peligrosa intrusión en lo que es propio de los tribunales de Justicia. Negar la inscripción, omite la función esencial de publicidad del Registro de la Propiedad (oponibilidad, legitimación y fe pública) de tal suerte que priva a hipotéticos perjudicados de la posibilidad de conocer el evento testamentario y de acudir a los tribunales a reclamar sus derechos.

Por lo que no es causa suficiente para suspender la inscripción el hecho de la manifestación vertida por el hijo desheredado J., en la contestación al requerimiento notarial efectuado al indicar su voluntad de impugnar, ya que de efectuarlo (hecho que dudamos), no recibiría ningún porcentaje del bien heredado por su hermana M., al tenerle que descontar el crédito que ostenta con su madre en vida. Por lo que el bien se debe inscribir dejando la posibilidad que impugne la herencia en el plazo de 15 años.

En el caso del hijo desheredado A. el mismo es conocedor de haber recibido en vida de su madre más cantidad económica que la que le pertenecía por herencia, motivo por el cual se da por satisfecho y nada manifestó en el requerimiento notarial efectuado.

Quinto. 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.

Vistos los artículos, 675, 767, 771, 772, 806, 813, 848, 850, 851, 853, 857 y 924 CC; e1 929 del CC y el 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 82 del Reglamento Hipotecario; 209 del Reglamento Notarial, 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, 21 de mayo de 2003, 30 de enero de 2004, 23 de febrero y 13 de diciembre de 2007, 31 de enero y 24 de octubre de 2008, 29 de septiembre de 2010, 21 de noviembre de 2014 y 29 de enero de 2016.

Solicito Tenga por presentado este recurso contra la Calificación Negativa de Inscripción de la finca 11.494 de ese Registro y a la vista de las manifestaciones vertidas en este escrito, junto con la documental que obra en el mismo, incluida la diligencia de fecha 10 de Noviembre del 2020 efectuada por el Notario D. Fernando Pérez Narbón y presentada el día 11 de Noviembre del 2020, se proceda a efectuar la inscripción de la misma en base a la voluntad del testador, evitando excederse de las atribuciones otorgadas a los Registradores de la Propiedad, constituyendo una peligrosa intrusión propia de los Tribunales de Justicia».

#### IV

Mediante escrito con fecha de 24 de noviembre de 2020, la registradora de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Consta que se dio traslado el notario del recurso, sin que haya formulado alegaciones.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 658, 806, 814, 848, 849, 850, 851, 853, 857, 885, 1057 y 1058 del Código Civil; 14, 18, 19 bis y 326 de la Ley Hipotecaria; 80 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 15 de junio de 1990, 31 de octubre de 1995, 27 de junio de 2018 y 13 de mayo de 2019, y la de la Sala Tercera de 22 de mayo de 2000; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959, 4 de mayo de 1999, 13 de septiembre y 12 de noviembre de 2001, 31 de marzo de 2005, 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 22 de mayo de 2009, 29 de septiembre de 2010, 6 de marzo y 23 de mayo de 2012, 21 de noviembre de 2014, 6 de marzo y 23 de mayo de 2012, 6 de marzo de 2013, 6 de mayo y 1 de septiembre de 2016, 25 de mayo de 2017, 2 de agosto y 5 de octubre de 2018, 6 de marzo, 1 y 3 de octubre de 2019; y, respecto de la cuestión formal expresada en el primer fundamento de derecho, Resoluciones de 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008, 13 de diciembre de 2010, 7 de julio de 2011, 16 de septiembre de 2014, 19 de enero y 13 de octubre de 2015, 14 y 21 de julio y 12 de diciembre de 2017, 31 de octubre de 2018, 30 de enero de 2019, 19 de febrero y 9 de octubre de 2020; y las Resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio y 5 de noviembre de 2020 y 28 de enero de 2021 y, respecto de las referidas cuestiones formales, la de 15 de enero de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

a) La causante, viuda, había otorgado testamento el día 15 de octubre de 2015 en el cual desheredó a dos de sus hijos «por las causas previstas en el artículo 853 del Código Civil», instituyó única heredera a su restante hija y nombró contadora-partidora a la ahora recurrente.

En la escritura, otorgada por la contadora-partidora y la heredera, aquella hace constar que el motivo de la desheredación se justifica con el acta de manifestaciones autorizada por el mismo notario el 21 de octubre de 2015, que se testimonia. El acta es instada por la testadora y en ella (sin referencia alguna al testamento otorgado días antes) manifiesta, ante dos testigos, que, dado el estado físico en que se encuentra aquella por su avanzada edad, no puede vivir sola y necesita ayuda «tanto para su aseo

personal, como para cualquier otro cuidado de alimentación, médico, etc.»; que su hija doña M.M.G. y el esposo de ésta han tenido que dejar su vivienda habitual y desplazarse a la vivienda de la testadora para dispensarle todos los cuidados que necesita, haciéndose cargo de todos ellos, sin percibir remuneración alguna; y que los otros dos hijos de la testadora, ante la situación de dependencia de ésta, han cortado todo contacto con la misma, circunstancias sobre la que los testigos realizan determinadas aseveraciones concretadas a los últimos cinco años para confirmarlas.

Asimismo, consta en dicha escritura que, antes de su otorgamiento y mediante actas de requerimiento de 3 y 6 de julio de 2020 que se testimonian, se ha dado conocimiento a los hijos de la causante don A.M.G. y don J.M.G. de que habían sido desheredados por ella en su referido testamento, por las causas que manifestó en el acta de 21 de octubre de 2015, y se les notifica que en la notaría referida «se encuentra preparada para su firma el próximo día 24 de julio de 2020, a las 10 horas, la escritura de herencia de su madre, lo que se le comunica a los efectos oportunos». En el acta respectiva, don J.M.G. contestó lo siguiente: «Primera. - Esta parte niega que exista causa legal de desheredación y manifiesta su voluntad de impugnar el testamento otorgado por la difunta doña M.G.C. por desheredación injusta (...). Tercera. - Me niego a que se efectúe escritura de la herencia en los términos expuestos».

En la escritura se adjudican los únicos bienes de la herencia (valorados en 43.896,33 euros) a la instituida heredera.

b) En la calificación que contiene los motivos en los que la registradora de la propiedad fundamenta su negativa a la inscripción empieza afirmando que «es necesario contar con la intervención de los hijos descendientes de los dos hijos desheredados por la causante en su testamento, de conformidad con los artículos 857 y 1.058 del Código Civil y artículo 80, 1 a) del Reglamento Hipotecario y concordantes».

Afirma que «debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, cual ha sido la causa concreta de la desheredación, así como la aptitud genérica del desheredado para serlo», y, por ello, para realizar la adjudicación sin el concurso de los desheredados expresamente, es necesario que contenga los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes.

Asimismo, afirma que para entender eficaz la desheredación ordenada por el testador debe estar fundada en justa causa expresada en el testamento sin que la certeza de dicha causa sea contradicha por los desheredados –artículos 850 y 851 del Código Civil–; y en el presente caso uno de los desheredados ha comparecido ante notario para manifestar su voluntad de impugnar el testamento.

Añade que «siendo desheredado un hijo del testador, la cualidad de legitimarlo pasa a los hijos de éste, de conformidad con lo que establece el artículo 857 del Código Civil».

Termina afirmando lo siguiente: «En conclusión, los hijos de los descendientes desheredados han de intervenir en la partición, pues como también ha dicho la Dirección General en su resolución de fecha 25 de febrero de 2008, la especial cualidad del legitimarlo en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia – artículo 1057.1 del Código Civil–, de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos».

c) La recurrente alega:

– Que, con posterioridad a la calificación, el 10 de noviembre de 2020, se extendió en la escritura una diligencia –presentada en el Registro al día siguiente– en la que se subsanó el error consistente en haber tomado como base un testamento que no era válido por existir otro posterior –de 31 de mayo de 2017, que se testimonia por transcripción–, en el cual «Deshereda a sus hijos A. y J. M.G., por las causas previstas en el artículo 853 del Código Civil, así como deshereda a la estirpe de ambos hijos desheredados»; asimismo para el caso de que las causas de desheredación fueran impugnadas y prosperara dicha impugnación, instituye heredera a su hija y lega el tercio

de legítima estricta a sus hijos desheredados, si bien ordena que para poder cuantificar la legítima estricta se tengan en cuenta los créditos que la testadora tiene frente a sus tres hijos (don A.M.G., por 78.900 euros, don J.M.G. por 45.000 euros y su hija doña M.M.G. por 25.000 euros); además nombra contadora-partidora a la ahora recurrente. Interesa hacer constar que esta diligencia es otorgada únicamente por la contadora-partidora y en ella además de transcribir el último testamento, se incluye una reseña de las actas –de 21 de octubre de 2015 y 3 y 6 de julio de 2020– testimoniadas en la escritura; y dicha señora manifiesta únicamente lo siguiente: «Por todo lo expuesto, la compareciente reitera que conforme el último testamento que se incorpora a la presente, que la única persona interesada en esta sucesión es la hija y heredera de la causante doña M.M.G., subsanando la escritura que precede en sentido antes expuesto».

– Que, calculada la legítima estricta de la masa hereditaria que consta en la escritura de herencia, la misma ascendería a 4.877,37 euros, para cada hijo, y teniendo en cuenta la voluntad de la difunta de descontar los créditos que en vida tenía frente a cada hijo, aun les quedaría un saldo deudor a ambos; motivo por el cual tampoco se les hizo ninguna adjudicación.

– Que la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión, y esa voluntad en la presente herencia está bien determinada, pues se indica en el acta de manifestaciones con los testigos la causa legal de la desheredación, probada por la testadora con dicho documento e identificando a los hijos que desheredaba, responsables de sus actos de maltrato de obra, por abandono absoluto a su madre; además impone la condición de descontarles el crédito por ella otorgado en caso de impugnación; y por la misma razón sus descendientes tampoco tienen derecho a la herencia.

– Que la exigencia de la registradora conduce a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio, lo que no es admisible, pues el principio supremo, la ley que rige la sucesión, es la voluntad del testador. Por ello, hecha la desheredación expresa, de sus hijos y la estirpe de sus hijos desheredados, se ha de respetar el testamento, de modo que cualquier reclamación por parte de los desheredados se ha de plantear en los tribunales de justicia. También el contador-partidor debe respetar la desheredación hecha por el testador, sin que pueda obviarla adjudicando bienes para pagar las posibles legítimas (según Resolución de esta Dirección General de 31 de marzo de 2005).

2. Como cuestión previa debe recordarse que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece lo siguiente: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 14 de julio de 2017 o las más recientes de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero de 2021), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia –Sala Tercera– de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Esto es, el recurso debe resolverse atendiendo únicamente a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

Es igualmente doctrina reiterada que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los

documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación (cfr., por todas, las Resoluciones de 19 de enero y 13 de octubre de 2015, 21 de julio de 2017, 31 de octubre de 2018, 30 de enero de 2019 y 9 de octubre de 2020, entre otras muchas).

Y debe recordarse que según esa misma doctrina (vid., entre otras muchas, las Resoluciones de 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008 y 13 de diciembre de 2010, 7 de julio de 2011, 16 de septiembre de 2014, 12 de diciembre de 2017 y 19 de febrero de 2020) el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe, toda vez que, si el registrador retrasa la exposición de sus argumentos a dicho informe, el interesado o legitimado para recurrir se ve privado de su derecho, pues desconocerá la razón última de la decisión recurrida y no podrá exponer adecuadamente al órgano competente para conocer de su recurso sus argumentos. Igualmente, se ha expuesto que en dicho informe no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de calificación pues, por el mismo trámite del recurso frente a la calificación, el interesado desconocerá las razones añadidas por el registrador.

Hechas las anteriores precisiones, es la calificación tal y como ha sido formulada en el presente caso la que debe ser objeto de análisis, sin que pueda tenerse en cuenta la diligencia de subsanación de la escritura presentada con posterioridad al momento de la calificación impugnada, ni abordarse otras cuestiones distintas de la expresada en la misma. No puede, por tanto, decidirse sobre la cuestión que el registrador plantea en su informe al afirmar que no es posible desheredar a toda la estirpe del desheredado; ni analizar la referida diligencia subsanatoria para decidir si, al computarse los créditos que tenía la causante frente a los desheredados y por tanto no tuvieran derecho a percibir bien alguno, puede la contadora-partidora realizar la adjudicación en este caso por tener carácter de partición unilateral o, por el contrario, por tratarse de partición convencional deben intervenir todos los legitimarios.

3. Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo planteadas, para decidir si la escritura presentada (sin la diligencia posterior a la calificación) es inscribible, es necesario determinar si se cumplen los siguientes requisitos que, entre otros son propios, de toda desheredación:

- a) Que dicha privación de la legítima se funde en una de las causas de establecidas en la ley y sea expresada en el testamento (artículos 848 y 849 del Código Civil).
- b) Que la certeza de la causa expresada no sea negada por los desheredados o, si se ha negado, que haya sido probada por los herederos (arts. 850 y 851).
- c) Que, mientras no se declare judicialmente que no es cierta la causa de desheredación, intervengan los hijos o descendientes de los desheredados.

4. El primero de los requisitos indicados ha sido objeto de análisis por esta Dirección General en Resolución de 5 de noviembre de 2020, con un criterio que debe ahora reiterarse.

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

quién incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad (cfr. las Resoluciones de 25 de mayo de 2017 y 3 de octubre de 2019, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente).

En el concreto supuesto de este expediente los desheredados están identificados y eran susceptibles de imputación al tiempo de la desheredación. Pero no se cumple la exigencia de la expresión determinante de al menos una de las causas de desheredación recogidas en el Código Civil.

Es también doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. las citadas Resoluciones de 25 de mayo de 2017, 3 de octubre de 2019 y 5 de noviembre de 2020, que siguen la línea de otras anteriores) 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 sí 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, contenga los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes.

Por los razonamientos precedentes debe concluirse que en este caso debe negarse eficacia a la desheredación, pues la testadora no menciona de manera expresa la concreta causa legal en que se funda para desheredar a sus hijos (arts. 848 y 849 del Código Civil) y se limitó a indicar que los deshereda «por las causas previstas en el artículo 853 del Código Civil», precepto legal en cual se incluyen muy diversas causas de desheredación y, por ello dicha mención es a todas luces insuficiente según la doctrina del Tribunal Supremo y de esta Dirección General. Esta conclusión no queda empañada por el hecho de que en la escritura calificada se testimonie un acta notarial de manifestaciones de la testadora con dos testigos acerca de determinadas circunstancias con las cuales se pretende dar por probada la certeza de determinada causa legal de desheredación. Y es que la expresión de dicha causa tiene carácter solemne y por ello debe manifestarse en testamento (cfr. artículo 849 del Código Civil y Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1990, 27 de junio de 2018 y 13 de mayo de 2019).

5. La resolución de la primera cuestión en el sentido expresado en el fundamento jurídico anterior es suficiente para desestimar el presente recurso sin necesidad de analizar las restantes objeciones invocadas por la registradora. Además, si la falta de concreción de la causa de desheredación en el testamento comporta que esta sea ineficaz, la conclusión debe ser que los dos desheredados han de intervenir en la partición (o debe reconocerse su legítima en la que realice la contadora-partidora), pero no –como afirma la registradora– que deban intervenir los hijos de los descendientes de los desheredados.

No obstante, dado el contenido de la calificación impugnada conviene recordar el criterio de este Centro Directivo respecto de casos análogos.

Así, respecto de la negación de la certeza de la causa que realiza uno de los dos desheredados, no puede compartirse el criterio de la registradora en cuanto afirma que, al haber sido contradicha extrajudicialmente la certeza de la causa por uno de los desheredados, deben intervenir sus hijos por pasar a ellos la cualidad de legitimarios conforme al artículo 857 del Código Civil.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2018, 6 de marzo y 3 de octubre de 2019, 11 de junio y 5 de noviembre de 2020 y 28 de enero de 2021) respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción, que 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, para que la negación de la certeza de la causa de la desheredación prive a ésta de su eficacia debe aquélla realizarse ante los tribunales de justicia. El desheredado tiene acción para alegar que no es cierta la causa de su desheredación, y la prueba de lo contrario corresponde a los herederos del testador (art. 850 del Código Civil), pero, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1995, esta ventaja es de índole procesal, y más concretamente de naturaleza probatoria, de modo que los hijos del desheredado tienen la cualidad de legitimarios sin necesidad de esperar al resultado del proceso judicial y, por ello, existe litisconsorcio pasivo respecto de aquéllos en la demanda que interponga el desheredado para negar la certeza de la causa.

Por último, respecto de los hijos del desheredado que no ha contradicho la certeza de la causa de la desheredación, tampoco puede compartirse la afirmación de la registradora cuando concluye que «los hijos de los descendientes desheredados han de intervenir en la partición, pues (...) la especial cualidad del legitimarlo en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia – artículo 1057.1 del Código Civil–, de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos». Y es que, en el presente caso, es cierto que al no haber sido contradicha la certeza de la causa de desheredación por el indicado desheredado, sus hijos deben ser considerados como legitimarios, pero su intervención no es imprescindible si se tiene en cuenta que la testadora ha nombrado contadora-partidora con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a los herederos forzosos. Cuestión distinta es que, como antes se ha expresado, en el presente expediente no deba analizarse si esa posible partición realizada por la contadora-partidora se ha realizado correctamente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

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