

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14908 *Resolución de 5 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Valencia n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Sapena Davó, notario de Valencia, contra la calificación de la registradora de la propiedad número 17 de Valencia, doña Pilar Romero Payá, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia don Joaquín Sapena Davó, de fecha 5 de noviembre de 2019, se otorgaron las operaciones particionales ocasionadas por el fallecimiento de doña RAG, que había fallecido el 27 de marzo de 2019, en estado de viuda y dejando de su matrimonio una única hija viva llamada doña MPMA; de sus otras tres hijas premuertas, deja tres nietas, llamadas doña PGM – hija de doña M-, doña LM –hija de don My–, doña LMM –hija de doña R-. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento ante el notario de Benetússer (Valencia) don Tobías Calvo Escamilla, de fecha 25 de enero de 2006, en el cual interesa a efectos de este expediente que instituyó herederas universales por partes iguales a su hija doña MPMA y a su nieta doña PGM sustituidas vulgarmente por sus respectivos descendientes. En la cláusula segunda, «Deshereda expresamente a sus nietas doña LM y doña LMM por las causas recogidas en el Código Civil».

En la citada escritura de partición de herencia, intervienen la hija heredera y la nieta heredera junto con las dos nietas desheredadas; se expresa que, si bien la causante las desheredó, todas las comparecientes reconocen que no ha lugar la desheredación impuesta, por lo que a cada una de estas dos nietas les corresponde la legítima estricta. Las dos herederas aceptan la herencia causada y parten el caudal relicto entre ambas por partes iguales. Las dos nietas desheredadas, «renuncian a la legítima estricta que con arreglo a derecho les corresponde y prestan su conformidad a las presentes operaciones particionales, sin que nada tengan que reclamar por ello».

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad número 17 de Valencia el día 15 de junio de 2020, y fue objeto de calificación negativa de 30 de junio y notificada el 17 de julio, que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«Hechos: Se pretende la inscripción de una escritura de herencia en la que doña L. M. M. D. y doña L. M. M., nietas y llamadas como legitimarlas a la sucesión de doña R. A. G. por fallecimiento de sus padres son desheredadas por la causante. Sin embargo, a pesar de la desheredación comparecen en el documento que nos ocupa junto con doña M. P. M. A. y doña P. G. M. y manifestando que no ha lugar a la desheredación impuesta, renuncian como legitimarlas a su derecho.

Al no constar que la causa de desheredación haya sido negada por las desheredadas en la vía judicial correspondiente ha de pasarse por ella.

Serán los hijos y descendientes de las desheredadas si los hubiere los que deberían comparecer, siendo precisa su intervención en la escritura pública en que se realizan las operaciones particionales de la herencia del causante.

Fundamentos de derecho: De conformidad con lo indicado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 6 de marzo de 2012, 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 (cfr. artículos 850 y 851 del Código Civil): en el presente caso, al no constar que haya sido negada por las desheredadas, en la vía judicial correspondiente, la causa de desheredación expresada por el testador, ha de pasarse por ella. Como ya ha declarado reiteradamente el DGRN, 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).

En consecuencia, la cualidad de legitimarlo pasa a los hijos de éste, de conformidad con lo que establece el artículo 857 del Código Civil. Corolario de lo anterior es que los hijos del descendiente desheredado ha de intervenir en la partición, pues como también ha indicado la Dirección General (Resolución de 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. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos españoles) se configura generalmente como una "pars bonorum" (en todo caso el Código Civil habla de "porción de bienes", cfr. artículo 806), y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimarlo, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico ("pars valoris bonorum"). De ahí, que se imponga la intervención del legitimarlo en la partición, dado que tanto el inventarlo de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimarlo, para preservar la intangibilidad de su legítima.

Como consecuencia de lo anterior:

A) si las desheredadas carecen de hijos y descendientes, deberá manifestarse así expresamente por los otorgantes del precedente documento para proceder a la inscripción interesada;

B) en otro caso, esto es, si las desheredadas tienen hijos y descendientes, deberá acreditarse (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho) quiénes son los mismos, manifestando expresamente que son los únicos hijos y descendientes de la misma y siendo precisa su intervención en la escritura pública en que se realizan las operaciones particionales de la herencia del causante (o, incluso, su ratificación de las operaciones ya practicadas en el precedente documento).

Son de aplicación los artículos 806, 850, 851, 857, 885, 1.057 y 1.058 del Código Civil; 14, 15 y 18 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento; así como, entre otras, 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 y 6 de marzo de 2012, por aplicación analógica, Resolución de 21 de noviembre DE 2014. Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2019.

Artículo 857 Código Civil: Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.

Dicho defecto se considera SUBSANABLE. No se practica anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Contra la precedente Nota... (Oferta de recursos)».

III

No se solicitó calificación sustitutoria.

IV

El día 11 de agosto, don Joaquín Sapena Davó, notario de valencia, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente:

«1. Inexistencia de causa de desheredación. Cláusula en la que se ordena la desheredación. En la escritura se protocoliza testimonio de la copia autorizada del testamento otorgado por la citada causante, siendo la cláusula segunda la que motiva este recurso al ordenar la testadora que "Deshereda expresamente a sus nietas Doña... y Doña... por las causas recogidas en el Código Civil".

Se trata, de forma incontestable, de una desheredación sin expresión de justa causa. No hay justa causa expresada en el testamento como se asevera en la calificación registral. La remisión al Código Civil, en una sanción de tal importancia en nuestro sistema legitimario como es la desheredación, no sirve para entender que la desheredación ha sido bien ordenada por la testadora. Define V. G. la desheredación como un acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluye de su derecho a un legitimarlo. En la cláusula transcrita no hay invocación de una cláusula legal y cierta, hay una remisión al Código Civil y tal remisión no es suficiente como para poder hablar de una desheredación.

No hay, como se dice en la calificación, una causa de desheredación expresada por la testadora que ha de pasarse por ella. La remisión sin más al Código Civil no permite hablar de certeza en la causa de desheredación que, caso de impugnación, pueda ser probada.

¿Cuántas causas habría que probar en un supuesto como el que nos ocupa cuando las desheredadas se opusiesen sin más? ¿Las seis? Por todo ello, la desheredación hecha por la testadora es injusta al no expresar su causa, lo que así fundamento a continuación por invocación: de los preceptos del Código Civil que son de aplicación, de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la interpretación que del testamento se hace al otorgar la escritura de partición.

2. Preceptos del Código Civil que resultan de aplicación. Son, en total, seis las justas causas de desheredación que el Código admite: las dos del artículo 853 y las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6. Pues bien, según el tenor literal de la desheredación, las dos nietas habían incurrido al tiempo de otorgar testamento la causante -25 de enero de 2006- en las seis, sin exclusión de ninguna. Nietas que contaban en el año del testamento con 22 y 19 años respectivamente, como así resulta de los DNI exhibidos y cuyo escaneo custodio. Edad que no resulta de la escritura, que la Registradora desconoce, pero que estimo oportuno mencionar en este momento consciente de que no puede ni necesita ser argumento que fundamente la desheredación injusta. A mi leal entender, no hay justa causa de desheredación por no cumplir con los requisitos que imponen los artículos siguientes del Código Civil: 848: "La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley". 849: "La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde". Como de la cláusula transcrita resulta no hay expresión de causa y por lo tanto se incumple lo dispuesto en el artículo 851 del mismo cuerpo legal: "La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya

certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima"

3. Tribunal Supremo y Dirección General de los Registros y del Notariado.

3.a) El Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Civil de 15 de junio de 1990 (RO.) 10969/1990 proclama que "el carácter solemne de la desheredación requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas previstas en la Ley, y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso se exige concretar o descubrir los hechos constitutivos de la desheredación, sin perjuicio de que pueda el desheredado negarla y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa". En nuestro caso, la testadora no indica la causa aplicada, la remisión sin más al Código Civil, no es suficiente.

En la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1975 (Ar.3583) se dice que las causas de desheredación "deben interpretarse restrictivamente por obligación del principio odiosa sunt restringida y porque de otra forma podría darse al traste con todo el sistema legitimarlo". Y la Sentencia de 9 de julio de 1974 (Ar.3.556) requiere que "se exprese la causa legal en que se funde la decisión del testador (art. 849 del referido Código) indicándola con claridad, aun cuando no sea imprescindible su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla".

3.b) Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que deben invocarse son las siguientes:

– Resolución de 23 de mayo de 2012, fundamento sexto: "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 legitimarlo afectado y la expresión la causa desheredationis (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza)".

– Resolución de 1 septiembre 2016, fundamento segundo: "la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimarlo de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no solo 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 RDGRN 3 de octubre de 2019, fundamento primero: "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, si bien ha de ser una voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada, exigencia de determinación que 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 (en el presente supuesto, se indica que la desheredación tiene lugar por la causa establecida en el artículo 853.2º del Código Civil, en la interpretación sentada por el Tribunal Supremo).

– y, por otra, también requiere la identificación del sujeto (...)".

4. Interpretación del testamento. La interpretación del testamento que contiene la cláusula de desheredación que motiva este recurso ha de ser realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil que ordena que "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo

testamento". Tradicionalmente se ha reconocido que es el formalismo testamentario, línea objetiva, el que debe primar en la interpretación del testamento que no impide, si resulta posible, una interpretación subjetiva. Este es el criterio del que parte el artículo 675 que reconoce la posibilidad de tener que acudir a una línea subjetiva o espiritualista cuando establece que "En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento". Así, por ejemplo, el artículo 773 permite en su párrafo primero que "el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada". Reconoce el legislador que cabe acudir a los medios extrínsecos cuando éstos puedan salvar la eficacia de una cláusula.

Pero, ¿qué ocurre en la cláusula testamentaria punitiva que motiva este recurso? Que no hay interpretación posible que pueda mantener una desheredación sin expresión de causa. La cláusula contradice lo que la Ley exige -como ha interpretado el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado- para que pueda hablarse de una desheredación justa. Que los herederos pueden ejercer esa labor interpretativa del testamento, lo ha proclamado recientemente la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 19 de febrero de 2020, al tratar de la interpretación del testamento y decir lo siguiente: "En cuanto a quien puede realizar la interpretación de las disposiciones testamentarias, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha manifestado en la Resolución de 30 de abril de 2014, que resuelve un supuesto de interpretación de testamento redactado de forma confusa, vinculando sus disposiciones al acaecimiento de hechos que no se sabía si habían ocurrido, y con legados de bienes de dudosa identificación. Afirma como doctrina reiterada que "es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencia/mente, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador.". " En cuanto a la interpretación hecha por los herederos, ha puesto de relieve el mismo Centro Directivo en Resolución de 19 de mayo de 2005, que «en la interpretación del testamento ha de estarse a su literalidad, y a las palabras ha de otorgárselas el sentido que de ellas se desprende (...) Ante una posible duda, esta ha de decidirse a favor del que se halle obligado a ejecutar la disposición -los herederos en este caso-, dado que el obligado debe entenderse obligado a lo menos.... Son los herederos, cuando lo son "in locus et in ius", quienes han de realizar en primer término esa labor interpretativa". Y siendo los herederos los que interpretan, el Notario, en el ejercicio de la jurisdicción de voluntaria que el legislador le reconoce, velando por el control de legalidad que le compete, debe dar forma documental a lo por ellos manifestado y el Registrador, calificando el documento público, practicar las inscripciones que se soliciten. Como Notario autorizante de la escritura, acepté autorizar la partición con la concurrencia de las únicas que debían otorgarla: las herederas y las injustamente desheredadas. No hace falta acreditar que las desheredadas tienen hijos, o que, si los tienen, éstos deban concurrir. Lo que por la Registradora se solicita, únicamente sería necesario cuando la desheredación, institución sancionadora de privación de la legítima que debe ser estrictamente interpretada, cumple los requisitos exigidos por el legislador en la forma que nos recuerdan las Sentencias y Resoluciones citadas. Pero no es nuestro caso, por lo que no procede la invocación que la Registradora hace de las resoluciones que ella cita como fundamento de su calificación denegatoria y que no pueden ser tenidas en cuenta en el supuesto de una cláusula testamentaria como la que se ha transcrito. O, mejor dicho, deben ser tenidas en cuenta para fundamentar la injusta desheredación. Pensemos por un momento que, ante una falta de entendimiento entre las interesadas en la herencia, hubiese que probar la desheredación lo que corresponde a las herederas sí la desheredada la negare (cfr. art. 850). ¿Por cuál de las seis causas desheredación se comienza? ¿Por las seis a la vez, por economía procesal? No, todo es más sencillo: la desheredación es injusta, está mal formulada y las únicas que deben concurrir para reconocerlo son las que otorgan la

escritura las hijas heredadas y las nietas injustamente desheredadas. Y el Notario, en su condición de profesional del derecho y funcionario público, acepta la interpretación hecha que permite autorizar la escritura que puede ser inscrita. ¿Qué otra interpretación puede ser admisible para salvar una desheredación sin expresión de causa? Ninguna. ¿Pueden las heredadas y las desheredadas así reconocerlo? Pueden. Únicamente sería necesario conocer si las desheredadas tienen descendientes y, si los hubiese, pedir su intervención en el supuesto de que la desheredación se hubiese hecho con expresión de causa por su carácter punitivo. Pero la lógica jurídica es aplastante: no hay una desheredación bien hecha, la desheredación es injusta.

Conclusión. Estamos ante una incorrecta expresión de la causa de desheredación que conlleva la nulidad de la cláusula testamentaria.

Estamos ante una ineficacia automática y provocada, una nulidad de pleno derecho a tenor del artículo 6.3 del mismo Código Civil.

La desheredación ordenada por la testadora no es apta para producir efecto alguno.

El error en la desheredación, en la invocación de los motivos de la desheredación, no puede ser salvado de ninguna forma.

Y las heredadas, como ocurre en la escritura que motiva este recurso, interpretan el testamento, y dejan sin eficacia una cláusula radicalmente nula.

La Registradora, al solicitar que se manifieste si hay o no descendientes, incurre en el error interpretativo de dar validez a una cláusula testamentaria que no la merece y de ahí la invocación errónea que hace de las resoluciones de la D.G.R.N. No hace falta una sentencia que declare la ineficacia por nulidad de la cláusula que nos ocupa. Como en tantas particiones, no es precisa una sentencia ante la interpretación que los herederos hagan de un testamento.

El ejercicio de la jurisdicción voluntaria, el control de legalidad que Notarios y Registradores cumplen, es suficiente.»

V

Mediante escrito con fecha de 18 de agosto, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 658, 806, 814, 850, 851, 857, 885, 1.057 y 1.058 del Código Civil; 14, 15 y 18 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981, 23 de enero de 1959, 17 de junio de 1967, 24 de octubre de 1972, 31 de octubre de 1995 y 29 de noviembre de 2012; 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 la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio de 2020.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: la causante falleció el 27 de marzo de 2019, en estado de viuda y dejando de su matrimonio una única hija viva y tres nietas, una de cada una de las otras tres hijas premuertas; en su último testamento, de 25 de enero de 2006, instituyó heredadas universales por partes iguales a su hija y a una de sus nietas y «Deshereda expresamente a sus nietas doña ... y doña ... por las causas recogidas en el Código Civil»; en la escritura de partición de

herencia, intervienen la hija heredera y la nieta heredera junto con las dos nietas desheredadas; se expresa que, si bien la causante desheredó a las dos últimas, todas las comparecientes reconocen que no ha lugar la desheredación impuesta, por lo que a cada una de estas dos nietas les corresponde la legítima estricta. Las dos herederas aceptan la herencia causada y parten el caudal relicto entre ambas por partes iguales. Las dos nietas desheredadas, «renuncian a la legítima estricta que con arreglo a derecho les corresponde y prestan su conformidad a las presentes operaciones particionales, sin que nada tengan que reclamar por ello».

La registradora señala como defecto que, al no constar que la causa de desheredación haya sido negada por las desheredadas en la vía judicial correspondiente, ha de pasarse por ella y serán los hijos y descendientes de las desheredadas, si los hubiere, los que deberían comparecer, siendo precisa su intervención en la escritura pública en que se realizan las operaciones particionales de la herencia del causante.

El notario recurrente alega lo siguiente: que se trata de una desheredación sin expresión de justa causa, ya que no hay una invocación a una causa legal y cierta; que no basta la mera remisión al Código Civil sin expresión de causa, pues esa falta de certeza hace inviable que se pueda probar la causa de la desheredación; que es imprescindible 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; que la interpretación del testamento compete a las herederas quienes, con las legitimarias, no pueden más que concluir en que se trata de una desheredación patentemente mal hecha y por tanto injusta; que existe una incorrecta expresión de la causa de desheredación que conlleva la nulidad de la cláusula testamentaria que produce una ineficacia automática y provocada y una nulidad de pleno derecho de la desheredación, que no es apta para producir efecto alguno; que el error en la invocación de los motivos de la desheredación no puede ser salvado de ninguna forma; que, en definitiva, las herederas, en su interpretación del testamento, han concluido que la desheredación está mal hecha por falta absoluta de expresión y certeza de la causa y esto deja sin eficacia una cláusula radicalmente nula.

2. El artículo 851 del Código Civil establece lo siguiente: «La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima».

Para resolver la concreta cuestión que plantea la registradora en su calificación debe recordarse que este Centro Directivo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias, si bien referida a la existencia de preterición, en la Resolución de 2 de agosto de 2018, que ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio mantenido en la citada Resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001 que afirmó que: «Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia».

Estas Resoluciones no contradicen la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones 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) con arreglo a la cual se admite la validez de la

partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados.

Así, la Resolución de 4 de mayo de 1999, consideró innecesaria la impugnación y la previa declaración de herederos abintestato para la validez de una partición efectuada por la viuda y el hijo que había sido omitido en el testamento otorgado antes de que naciese.

Esta resolución afirma que: «2. Ciertamente es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General (vid. sentencias de 27 de mayo de 1909, 7 de noviembre de 1935; Resoluciones de 20 de mayo de 1948, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959), que si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina -conforme al artículo 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981- la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los Tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que éstos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la sucesión intestada, por lo que no cabe rechazar la inscripción de la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poder concederse validez legal al testamento que lo origina, pues "los interesados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia", y, por otra parte, con tal proceder se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia».

A dicha doctrina se ha referido este Centro también respecto de la desheredación (cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2018 y 6 de marzo y 3 de octubre de 2019) para recordar que es también doctrina reiterada del mismo, 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). En consecuencia, concurriendo esa conformidad de todos los interesados, no es necesaria la declaración judicial de privación de eficacia de la cláusula de desheredación.

En el presente caso comparecen y consienten en la escritura las dos hijas legitimarias que han contradicho la causa de desheredación por falta de expresión legal, lo que ha sido corroborado por las herederas que aceptan la legítima de ambas. La cuestión que se ha de resolver ahora es si ambas nietas legitimarias constituyen todo el elenco de «afectados que tienen que dar su conformidad» como consecuencia de la privación de la eficacia del contenido económico del testamento.

La registradora afirma que la cualidad de legitimarios pasa a los hijos y descendientes de las desheredadas y por lo tanto han de intervenir en la partición, de manera que si las desheredadas carecen de hijos y descendientes, deberá manifestarse así expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, esto es, si las desheredadas tienen hijos y descendientes, deberá acreditarse (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho) quiénes son los mismos, manifestando expresamente que son los únicos hijos y descendientes de la misma y siendo precisa su

intervención en la escritura pública en que se realizan las operaciones particionales de la herencia del causante o, la ratificación de las operaciones ya practicadas.

Respecto de la cuestión relativa a la intervención de los descendientes de los hijos desheredados, 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». Por ello, es doctrina de este Centro Directivo que en los casos en que la causa de desheredación haya sido contradicha sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial; y ello porque se produce la extinción de su acción para reclamar la legítima, como consecuencia del acuerdo sobre la falta de certeza de la causa de desheredación.

3. No obstante, en el caso del presente recurso las anteriores consideraciones no deben impedir la inscripción de la escritura calificada porque falta uno de los presupuestos para que sea exigible la intervención de los hijos o descendientes de las desheredadas, cual es -como sostiene el recurrente y aun cuando la registradora no se refiere a esta cuestión- que la desheredación no cumple los requisitos formales para que produzca efectos.

Este Centro Directivo ha afirmado (cfr. las Resoluciones de 25 de mayo de 2017 y 3 de octubre de 2019, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) 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 quién 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 concreto supuesto de este expediente se cumplen dos de los parámetros: las desheredadas están identificadas 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 y 3 de octubre de 2019, que siguen la línea de otras anteriores) que «(...) 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».

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 nietas (arts. 848 y 849 el Código Civil) y se limitó a indicar que las deshereda «por las causas recogidas en el Código Civil», mención que es a todas luces insuficiente según la doctrina del Tribunal Supremo y de esta Dirección General.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 5 de noviembre de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.