

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8589 *Resolución de 23 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la Propiedad de Alberic, que acuerda suspender la inscripción de una escritura de partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por el notario de Villanueva de Castellón, don Jesús Florencio Sanz Larrosa, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Alberic, don Guillermo José Dromant Jarque, que acuerda suspender la inscripción de una escritura de partición de herencia.

Hechos**I**

Por el notario de Villanueva de Castellón, don Jesús Florencio Sanz Larrosa, se autorizó el 28 de abril de 2011, con el número 276 de su protocolo, una escritura de manifestación de herencia.

Dicha escritura fue otorgada exclusivamente por la viuda del testador, que se adjudicaba todos los bienes hereditarios, en base a un testamento en el que el testador, previa desheredación de sus hijos don Esteban B. A. y don Juan Bautista B. A. y de «toda la descendencia de éstos, en virtud del artículo 853-2.ª del Código Civil», instituía heredera universal a su esposa sustituida vulgarmente por los hijos del testador (los previamente desheredados).

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Alberic el 21 de noviembre del mismo año y fue calificada negativamente en los términos siguientes: «Se presenta escritura de manifestación de herencia, autorizada por el notario de Villanueva de Castellón D. Jesús Florencio Sanz Larrosa, en la que se formaliza la partición de bienes de don E. B. A. Dicho causante falleció bajo testamento autorizado por el citado notario Sanz Larrosa el día uno de marzo de 2007, en virtud del cual desheredaba a sus dos hijos don E. y don J. B. B. A. “y a toda la descendencia de éstos”, por la causa prevista en el artículo 853-2.º del Código Civil, instituyendo heredera universal a su esposa doña V. F. A.; única compareciente. Expuesto cuanto antecede, y con arreglo a los siguientes Fundamentos de Derecho: 1. El artículo 806 del CC establece que la legítima es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer, por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. 2. El artículo 813 del CC establece que el testador no podrá privar a los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la Ley. 3. El artículo 857 del CC establece que los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar, y conservarán sus derechos de herederos forzosos respecto a la legítima. 4. El artículo 929 del CC establece que no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad. 5. Según la Doctrina y la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (SSTS 20 de febrero de 1981 y 23 de enero de 1959) como de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN de 31 de marzo de 2005 y 29 de septiembre 2010), la desheredación implica una conducta específica del desheredado respecto del causante, valorada particularmente por éste respecto de aquél, para privarle de su legítima en base a los motivos tasados previstos en los artículos 848 y ss del CC, y puesto que la consecuencia de la desheredación es la privación del derecho a la

percepción de la porción legitimaria, tal desheredación exige, además de hacer constar la causa en la que se fundamenta, lo que sí resulta del testamento del causante, la concreta determinación de las personas que han incurrido en la causa de la misma invocada por el testador. Este extremo resulta del testamento en cuanto a la designación nominativa de los hijos desheredados, pero no así respecto de los descendientes de éstos a los que se imputa una conducta incurrida en el supuesto del artículo 853-2.º CC. Así, no resulta del documento calificado, como primera premisa, si los hijos desheredados tienen o no descendencia, y en segundo lugar, caso de que efectivamente existan descendientes, cuáles de ellos han incurrido en causa de desheredación, pues los descendientes no afectados por tal causa representarán a los desheredados en la partición del causante, conservando su carácter de herederos forzosos en cuanto a la legítima. Esta exigencia se fundamenta en el hecho de que, de no exigirse tal determinación, podría darse el supuesto de que, con posterioridad a la fecha del otorgamiento del testamento por el causante, sobrevinieran nuevos descendientes no tenidos en cuenta por el testador, y que, por razones obvias, no podrían haber incurrido en la causa de indignidad sucesoria señalada, por lo que nos hallaríamos ante una vulneración del artículo 857 del CC, que establece el derecho de representación en la legítima estricta en favor de los descendientes de los desheredados. En base a lo anteriormente expuesto, el Registrador que suscribe acuerda suspender la inscripción del precedente documento, al no resultar del mismo la manifestación acerca de la existencia o inexistencia de descendientes de los desheredados, siendo, además, genérica la referencia a los mismos, lo que podría impedir, en su caso, la aplicación del artículo 857 del Código Civil, en orden a la necesaria concurrencia de posibles legitimarios a la partición de la herencia, en unión de la heredera instituida. Contra la presente (...). Alberic, 28 de noviembre de 2011. El registrador. (Firma ilegible y sello del Registro.) Fdo.: Guillermo José Dromant Jarque».

III

Que, con fecha 7 de diciembre de 2011, se otorgó ante el mismo notario otra escritura en virtud de la cual se aclaraba y complementaba la escritura anterior, consignando el nombre de los descendientes de cada uno de los hijos del causante que quedaban al fallecimiento de éste.

Que de nuevo se presentó la escritura de partición de herencia en unión de la referida escritura de aclaración y complemento de aquélla el 17 de febrero de 2012. De nuevo se calificó negativamente suspendiéndose su inscripción por mantenerse «el defecto consistente en la designación genérica de los descendientes de los desheredados, sin determinación, una vez constatada la existencia de los mismos, de a cuáles de ellos afecta la causa de desheredación, puesto que los no incluidos en la misma, conservan sus derechos legitimarios en la partición, debiendo concurrir a la misma en unión de la heredera instituida».

IV

Mediante escrito de 28 de febrero de 2012, el notario autorizante don Jesús Florencio Sanz Larrosa, interpuso el correspondiente recurso frente a la referida calificación registral en base a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: «1.º Argumento: 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 expresa. La escritura, autorizada en base al testamento, contiene simplemente desheredaciones expresas, con causa, que son la voluntad del testador. Hecha la desheredación expresa, no importa que sea genérica la designación de los descendientes desheredados. 2.º Argumento. 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 los hijos, y toda su descendencia, con causa, la del artículo 853-2 del Código Civil, según indica el testamento base de la herencia, cuya calificación se recurre. 3.º 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 un 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. 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 estirpes desheredadas, etc. 4.º La prueba de los hechos negativos, que no hay más descendientes del desheredado, basta que se haya hecho por manifestación (Resolución de 29 de septiembre de 2010, así admitida para una desheredación, manifestando que el desheredado no tenía más descendencia, en este caso en acta). En nuestro caso, este requisito está cumplido, y estas manifestaciones se han vertido en la escritura de fecha 7 de diciembre de 2011, número 663 de mi protocolo, complementaria a la anterior de herencia. 5.º Doctrina deducida de la Resolución de 31 de marzo de 2005: el contador partidor 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 expuesto arriba, en el punto 3 de este recurso».

V

Mediante escrito de fecha de 2 de marzo de 2012, el Registrador de la Propiedad emitió el correspondiente informe, mantuvo su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 767, 771, 772, 848, 849, 850, 851, 853, 857 y 924 del Código Civil; Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero 1981 y 23 de enero 1959, y las Resoluciones de esta Dirección General de fecha 31 de marzo y 19 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2010, entre otras.

1. A los efectos de este recurso deben tenerse por hechos relevantes, los siguientes, que resultan de los documentos presentados a inscripción:

a) El testador deshereda, por la causa prevista en el artículo 853-2.^a, a sus dos hijos, a los que identifica por sus nombres y apellidos, «y a toda la descendencia de éstos» y nombra heredera universal a su esposa, si bien sustituida vulgarmente por los hijos (previamente desheredados) de ésta.

b) En la escritura de herencia, que otorga la viuda del testador, al sentar las bases particionales, se relacionan las disposiciones testamentarias relativas a la desheredación y a la institución de herederos, pero sin que se expliciten las consecuencias de su aplicación ni el alcance subjetivo de la desheredación, pues ni hay referencia alguna al elenco de descendientes de aquél, a excepción de sus hijos, ni concreción de los legitimarios apartados, con la motivación de su apartamiento, sino que implícitamente se prescinde de todos ellos.

c) Mediante una escritura complementaria se deja constancia de los descendientes mediatos del testador a la fecha del fallecimiento de éste: uno de los hijos del testador tiene a su vez tres hijos, y el otro uno. A todos ellos se les identifica por sus nombres y apellidos, pero sin especificar su fecha de nacimiento, ni si existían al tiempo de otorgarse el testamento.

El registrador rechaza la inscripción de la escritura de herencia, con la que se sirve de complemento, pues no resultan de ellas los datos suficientes para saber si al causante le sobrevinieron, con posterioridad al otorgamiento del testamento, otros descendientes que no podrían haber incurrido en la causa de «indignidad sucesoria» señalada.

2. 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.

3. 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. art. 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.

4. En el presente caso se deshereda por la misma causa, a dos hijos, perfectamente identificados, y de forma genérica, a todos sus descendientes. Esta expresión de la voluntad testamentaria se torna imprecisa, si bien aceptable, en la medida en que pueda llegar a establecerse indubitadamente las personas a las cuales el testador quiso apartar, circunstancia que obliga a dirimir qué sujetos, qué descendientes, son los afectados por la disposición testamentaria. Consecuentemente, es en la escritura de herencia donde, para complementar el título sucesorio por falta de suficiente concreción de éste, ha de plasmarse la determinación de los sujetos comprendidos en esa exclusión legitimaria genérica, como una de las bases determinantes del acto partitivo o de adjudicación de bienes hereditarios. Y para ello es preciso establecer, en principio por lo que resulte de

las manifestaciones del otorgante del documento particional, quiénes son los legitimarios que deja el testador para determinar quienes están comprendidos en el ámbito de la desheredación.

5. Es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto, a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias –la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador– pasó igualmente (Resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias –la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona–, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento.

Pero siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que –sin llegar a una prueba diabólica– se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, *per se*, para la adjudicación de los bienes relictos, como condición de adecuación a la legalidad del documento público por la que el notario ha de velar.

Todo ello obliga a que en casos como el que es objeto de este recurso, dado el llamamiento a la legítima que a favor de los descendientes del desheredado establece el artículo 857 del Código Civil, conste la expresión documental de si los descendientes que tenía el testador al tiempo de formalizar su voluntad testamentaria son los mismos que ha dejado al tiempo de su fallecimiento, para verificar si todos o algunos de éstos se ven afectados por la disposición privativa de la legítima.

6. 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 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.

7. 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 el maltrato de obra o la injuria grave.

8. 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 todo ello, ha de considerarse que si bien a través de la escritura complementaria se han concretado los descendientes del testador, fuera de sus hijos, que quedaron a su fallecimiento, no se han consignado los datos que permitan determinar cuáles de aquéllos habían nacido al tiempo de otorgar el testamento y reunían, por su edad, un mínimo de aptitud para ser desheredados.

Por ello, en contra de lo que sostiene el recurrente, 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, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes.

En base a las consideraciones que preceden, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota del registrador.

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, 23 de mayo de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.