

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**2094** *Resolución de 28 de enero 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 Valencia n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Juan Montero-Ríos Gil, notario de Torrent, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Valencia número 17, doña Rosa María del Pilar Romero Payá, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de abril de 2020 por el notario de Torrent, don Juan Montero-Ríos Gil, con el número 725 de protocolo, se formalizó la manifestación y adjudicación de la herencia de doña R. M. N., quien falleció, viuda, el 2 de noviembre de 2019. Dicha causante, en el testamento que servía de base a la escritura, otorgado el día 20 de febrero de 1998, desheredó a una de sus hijas «por la causa establecida en el artículo 853.2.º del Código Civil», y, además de ordenar determinado legado del derecho de uso y habitación sobre una vivienda, instituyó herederos a sus restantes ocho hijos con derecho de sustitución en favor de sus descendientes para los casos de premoriencia o incapacidad.

En la escritura, otorgada por todos los herederos y por la hija desheredada, se manifestaba lo siguiente: «3.–Derecho a la legítima de doña M. I. G. M.: Siendo contradicha la causa de desheredación ordenada por la causante en su testamento por la desheredada doña M. I. G. M. y no pudiéndose probar por los herederos la causa de desheredación, éstos han acordado que la citada desheredada conserve su derecho de legítima».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Valencia número 17, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Título: herencia.  
Notario: Juan B. Montero-Ríos Gil.  
Notaría: Torrent.  
Protocolo: 725/2020.  
Fecha: 29/04/2020.  
Finca: 11.549 de Paiporta.

Calificado el documento al que se hace referencia en el encabezado de la presente, que fue presentado el diez de septiembre de dos mil veinte, motivando el asiento 450, del Diario 30, la Registradora que suscribe, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento ha resuelto no practicar la inscripción solicitada en base a los siguientes:

Se pretende la inscripción de una escritura de herencia en la que Doña M. I. G. M., es desheredada por la causante. Sin embargo, a pesar de la desheredación comparece en el documento que nos ocupa junto con los demás herederos instituidos, doña M., don D.,

doña J. y doña R., don V. M. y doña V. G. M., y don J. J., don D. y don S. G. R., estos últimos como sustitutos de un hijo premuerto, quienes de común acuerdo y, manifestando no poder probar la causa de desheredación impuesta, acuerdan que la citada desheredada conserve su derecho de legítima.

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 legitimario 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 han de intervenir en la partición, pues como también ha indicado la Dirección General (Resolución de 25 de febrero de 2008), la especial cualidad del legitimario 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 legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico ("*pars valoras bonorum*"). De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima.

Como consecuencia de lo anterior:

a) si el desheredado carece de hitos 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 el desheredado tiene hijos y descendientes, deberá acreditarse (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitida en Derecho) quiénes son los mismos, manifestando expresamente que son los únicos hijos y descendientes del mismo 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 16 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.

Art. 857 Código Civil.

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

Dichos defectos se consideran subsanables.

No se practica anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado.

Contra la precedente Nota (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Rosa María del Pilar Romero Paya registrador/a de Registro Propiedad de Valencia 17 a día uno de Octubre del año dos mil veinte.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Juan Montero-Ríos Gil, notario de Torrent, interpuso recurso el día 2 de noviembre de 2020 en el que alegaba lo siguiente:

«1.º Para fijar el motivo de recurso, el mismo estriba en determinar si en caso de que al hijo desheredado se le respete su legítima es necesario el consentimiento de su descendencia para practicar la partición de la herencia.

2.º Al respecto el Centro Directivo se ha pronunciado sobre el tema en dos ocasiones recientes con resultados contradictorios: Resoluciones de 5 de octubre de 2018 y 3 de octubre de 2019.

La primera trata un testamento en que se deshereda a los tres hijos y se instituye herederos a los seis nietos; los desheredados niegan la causa y se hace constar que por acuerdo de los herederos se respetaba su derecho a la legítima. Concluye, por analogía con un supuesto de preterición (Rs. 21 de noviembre de 2014) “que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de los afectados, una previa declaración judicial (Fundamento 5) y, en consecuencia, concurriendo esa conformidad de todos los interesados no es necesaria esa declaración judicial”.

Mantiene igualmente (Fundamento 8) la validez de que los herederos, ante la falta de prueba de la certeza de la causa de la desheredación, puedan realizar la partición respetando la legítima estricta de los desheredados que niegan ser cierta la causa invocada para la desheredación. Los desheredados consienten la partición.

La segunda, sin perjuicio de exigir la pertinente declaración judicial indica en su Fundamento 4 que habrá que concluirse que «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»; añade la doctrina que deriva de la Rs. De 6 de marzo de 2019 respecto de legitimarios desheredados de que “la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de los afectados, una previa declaración judicial (al amparo del art. 42 de nuestra Constitución)”.

Como vemos las fundamentación de ambas resoluciones es prácticamente la misma: exigencia de una declaración judicial a falta de conformidad de todos los interesados.

La Resolución se plantea igualmente, y este es el caso de controversia, si los desheredados (además de los herederos) que han contradicho la desheredación en el documento particional y los herederos que aceptan la legítima de los primeros son los “únicos afectados que tienen que dar su conformidad» concluyendo que son también interesados los hijos y descendientes de los desheredados por aplicación del art. 857 del Código Civil ya que «en caso de efectividad de la desheredación, éstos estarían llamados en su condición de legitimarios”.

3.º No se comparte por el recurrente esa última doctrina, contraria a las conclusiones de la primera de las Resoluciones indicadas por lo siguiente:

a) Señala la Resolución la condición de legitimarios de los hijos y descendientes “en caso de efectividad de la desheredación”.

Totalmente de acuerdo. De ello se deriva que el derecho a la legítima de los descendientes del desheredado nace cuando es efectiva la desheredación pero no antes. En consecuencia si no es efectiva, los descendientes del desheredado carecen de derecho a legítima.

b) Y cuando es efectiva? Cuando se prueba la causa o cuando la misma no ha sido contradicha. Solo así cobra sentido el Artículo 857 cuando señala que Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.

c) En sede judicial la contradicción de la causa debe ser alegada por el hijo desheredado y frente a ella los herederos demandados pueden hacer varias cosas:

- Probar la causa, en cuyo caso entra en funcionamiento el art. 857.
- No probarla, en cuyo caso el desheredado conserva su derecho a la legítima por aplicación del art. 851.
- Allanarse a la pretensión o transaccionar sobre ella, en cuyo caso el desheredado tiene derecho a su parte de legítima. En este supuesto no es necesario el refrendo judicial de dicho allanamiento por los descendientes del desheredado; y no lo es porque la atribución de legítima a los hijos desheredados impide el nacimiento de la legítima de sus descendientes.

Una, digamos, transacción extrajudicial (negación de la causa por el desheredado y acuerdo con los herederos para abonarle su legítima) nos tiene que llevar a idéntica conclusión evitando así como dice la Rs de 2018 (Fundamento 4) al señalar que “se trata precisamente de evitar acudir a los Tribunales y que pueda llevarse a efecto la partición”.

Lo contrario equivaldría a mantener que si la transacción o acuerdo es judicial, el mismo basta con que se logre entre los herederos y el hijo desheredado a quién le respetan o reconoce la legítima, mientras que si lo mismo es extrajudicial sería necesario además el consentimiento de los nietos y bisnietos del hijo desheredado.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 11 de noviembre de 2020, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 658, 806, 814, 850, 851, 857, 885, 1057 y 1058 del Código Civil; 14, 15 y 18 de la Ley Hipotecaria; 80 del Reglamento Hipotecario; 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, 6 de marzo de 2013, 21 de noviembre de 2014, 6 de mayo y 1 de septiembre de 2016, 25 de mayo de 2017, 2 de agosto y 5 de octubre de 2018 y 6 de marzo y 1 y 3 de octubre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio y 5 de noviembre 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, viuda, había otorgado testamento en el cual desheredó a una de sus hijas «por la causa establecida en el artículo 853.2.º del Código Civil», y, además de

ordenar determinado legado del derecho de uso y habitación sobre una vivienda, instituyó herederos a sus restantes ocho hijos con derecho de sustitución en favor de sus descendientes para los casos de premoriencia o incapacidad.

En la escritura, otorgada por todos los herederos y por la hija desheredada, se manifiesta lo siguiente: «3. Derecho a la legítima de doña M. I. G. M.: Siendo contradicha la causa de desheredación ordenada por la causante en su testamento por la desheredada doña M. I. G. M. y no pudiéndose probar por los herederos la causa de desheredación, éstos han acordado que la citada desheredada conserve su derecho de legítima».

La registradora de la Propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en que, a su juicio, la desheredación ordenada por el testador debe entenderse eficaz porque se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por la desheredada en la vía judicial correspondiente, por lo que la cualidad de legitimario pasa a los hijos de dicha desheredada (artículo 857 del Código Civil) y, por ello, si ésta carece de hijos y descendientes, deberá manifestarse así expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, 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 desheredada y deberán intervenir en la partición.

El notario recurrente alega que, al no probarse la certeza de la causa de la desheredación, la desheredada conserva su legítima (artículo 851 del Código Civil), por lo que, igual que pueden allanarse los herederos a la pretensión de la desheredada sobre su legítima o transaccionar sobre ella sin necesidad de consentimiento de los descendientes de ésta, debe concluirse que ese consentimiento es innecesario en caso de que el acuerdo entre los herederos y la desheredada sea extrajudicial.

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 y 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 Directivo también en relación con la desheredación (cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2018, 6 de marzo y 3 de octubre de 2019 y 5 de noviembre de 2020) 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 comparece y consiente en la escritura la hija legitimaria que ha contradicho la causa de desheredación, por lo que los herederos, al no poder probar la certeza de dicha causa, han acordado que conserve su derecho legitimario. Y la cuestión que se ha de resolver ahora es si puede entenderse que los otorgantes de dicha escritura 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.

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 (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 2019 y 5 de noviembre de 2020).

Por las razones expuestas, debe confirmarse la calificación impugnada y, como ya expresó este Centro Directivo en la citada Resolución de 3 de octubre de 2019, es procedente exigir que, si la desheredada carece de descendientes, se manifieste así

expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, se acredite (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho) quiénes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos; siendo necesaria su intervención en la operaciones de adjudicación de la herencia.

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

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